

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

FÁBIO FERNANDES RUIZ

Presidente Prudente/SP

2010

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

FÁBIO FERNANDES RUIZ

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Valmir da Silva Pinto.

Presidente Prudente/SP

2010

DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Monografia aprovada
como requisito parcial
para obtenção do Grau
de Bacharel em direito.

Valmir da Silva Pinto
Orientador

José Roberto Dantas Oliva
Examinador

André Luis Felício
Examinador

Presidente Prudente, 09 junho de 2010

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

A meus pais, Sérgio e Maria, pelo esforço e amor incomuns que dedicam a meus irmãos e a mim.

A toda a minha família, meus irmãos, avós e avôs, tios, primos, todos mesmo.

Ao meu orientador, Doutor Valmir da Silva Pinto, que aceitou a difícil tarefa de me orientar, para isso tendo que despende parte de seu precioso tempo de advogado e professor, mas sempre com paciência e compreensão.

À Luana, que está sempre ao meu lado.

Aos grandes amigos que tive a felicidade de encontrar nessa vida, pelos inesquecíveis momentos que me proporcionaram.

Por fim, agradeço aos examinadores, Dr. José Roberto Dantas Oliva e Dr. André Luis Felício, exemplos de profissionais, cuja presença na banca examinadora engrandece este trabalho.

De alguma forma, todos eles contribuíram para esta realização.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar que a relação de emprego é campo deveras propício a que suas partes tenham direitos lesionados uma pela outra, sobretudo a parte mais fraca dessa relação, que é o empregado. Nesse contexto, ganha relevância o instituto do dano moral, como forma de coibir e reprimir condutas ilícitas e/ou abusivas, e, mais que isso, restabelecer o direito violado. Faz-se então uma breve síntese histórica do instituto, seguida de ligeiras palavras sobre responsabilidade civil. O reconhecimento do dano moral trabalhista, aquele derivado de uma relação de emprego traz ainda outras implicações, como as questões da competência jurisdicional e da prescrição, que, ao lado do tópico reservado à prova judicial, também são analisadas.

Palavras-chave: Relação de emprego. Responsabilidade civil. Dano moral.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that the employment relationship field is very conducive to their parties have rights injured by one another, especially the weakest part of this relationship, which is the employee. In this context, gains relevance the institute of the moral damage, as a way to discourage and punish illegal conduct and / or abuse, and, more importantly, restore the right violated. So, it is necessary a brief historical summary of the institute, followed by mild words about civil responsibility. The recognition of labor law moral damages, derived from an employment relationship also carries other implications, such as questions of jurisdiction and limitation, which, next to the topic reserved for judicial proof, are also analyzed.

Keywords: Employment relationship. Civil responsibility. Moral damage.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL	09
3. RESPONSABILIDADE CIVIL	21
3.1 Rápidas Noções	21
3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	26
4. DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO	30
4.1 Introdução	30
4.2 Fase Pré-contratual.....	34
4.3 Fase Contratual.....	39
4.4 Momento da Extinção do Contrato de Trabalho e Fase Pós- contratual.....	53
5. QUESTÕES JUDICIAIS	60
5.1 Competência	60
5.2 Prova	70
5.3 Prescrição	74
6. CONCLUSÃO	80
BIBLIOGRAFIA	83

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o dano moral oriundo da relação de emprego, assim durante a prestação de serviços como antes e também depois dela terminada, excluída a questão do acidente de trabalho.

Começa-se fazendo uma retrospectiva geral, um exame da evolução histórico-legislativa do instituto, desde o seu nascimento, passando pela fase dos questionamentos, até chegar ao momento do reconhecimento definitivo.

No terceiro capítulo faz-se uma abordagem sucinta, mas indispensável, sobre linhas gerais de responsabilidade civil, cuja intenção é fornecer subsídios mínimos à compreensão do tema proposto.

O tema central é encontrado no quarto capítulo, onde se procura demonstrar que a relação de emprego, marcada pela pessoalidade, continuidade e subordinação, é propícia ao aviltamento dos direitos da personalidade do empregado. Assim, divididas conforme as fases em que geralmente ocorrem, são trazidas algumas espécies de conduta praticadas por empregadores que a doutrina e a jurisprudência apontam como ensejadoras de dano moral.

Prosseguindo, são feitas algumas considerações importantes do ponto de vista pragmático, sobre temas como competência, prova e prescrição, tão fundamentais para a discussão em juízo.

Ao final, os pontos abordados são resumidos na forma de pequenas

conclusões.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL

Atualmente, incontáveis pedidos de indenização por dano moral têm sido aforados nos juízos e tribunais pelo país afora, não só da Justiça Comum como também da Justiça do Trabalho. É certo que muitas vezes mais configuram tentativa de enriquecimento sem causa do que legítima pretensão de ver direitos garantidos pelo Poder Judiciário, tamanha a falta de respaldo fático e jurídico que se vê em determinadas postulações, constatação essa que, infelizmente, só se presta a dar razão àqueles que afirmam a banalização do instituto.

Mas, apesar de estar em voga, não se trata de criação jurídica recente, afinal de contas a reparação por dano moral já era prevista desde os mais longínquos regramentos da história da humanidade, a demonstrar que a preocupação com a honra sempre esteve presente na consciência dos povos.

Vale lembrar, porém, que nos primórdios da civilização humana os conflitos eram solucionados no âmbito privado, com a participação exclusiva dos envolvidos ou dos grupos aos quais pertenciam. Vigorava o sistema da vingança pessoal, de modo que a própria vítima repelia as agressões sofridas (físicas ou morais), valendo-se das suas próprias habilidades pessoais. Inexistia, nesse primeiro momento, a figura estatal como ente pacificador das tensões sociais.

O prof. Alvino Lima, citado por Nehemias Domingos de Melo (2007, p. 3), descreveu esse primeiro método de autoproteção contra agressões alheias como uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação

espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. É a vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão”.

Com o passar do tempo e o natural desenvolvimento humano “esta situação evoluiu e, à medida que os povos foram se organizando, o Estado passou a assumir o papel de distribuir justiça, colocando-se no lugar do ofendido, apenando o agressor para, em nome da harmonia social, garantir o bem-estar coletivo” (MELO, 2007, p. 3).

A partir daí é que nos interessa, pois, com o objetivo de disciplinar a convivência social, surgiram as leis, que passaram a prever sanções em caso de inobservância de seus preceitos, sanções estas que também evoluíram ao longo do tempo.

Após estas breves observações, vejamos a evolução histórico-legislativa por que passou a categoria do dano moral.

a) Código de Hamurabi

Após rever e adaptar várias leis sumérias e acadianas, Hamurabi, rei da Babilônia no período de 1728 a 1686 a.C., as reuniu num sistema codificado, o qual foi batizado com seu nome.

Inegável a importância histórica deste corpo de leis, chegando Veit Valentim (1964) apud Pamplona Filho (1999, p. 44) a afirmar que “o Código de Hamurabi foi o primeiro na história em que predominam idéias claras sobre

direito e economia”.

Quanto à questão da reparação dos danos, o sistema em comento valia-se, basicamente, da Lei de Talião, expressada pela regra do ”olho por olho, dente por dente”, fazendo retribuir ao agressor as lesões que causasse na vítima, conforme se observa nos parágrafos 196, 197 e 200:

“§ 196. Se um *awilum* destruir um olho de um *awilum* destruirão seu olho”.

“§ 197. Se quebrou o osso de um *awilum*: quebrarão o seu osso”.

“§ 200. Se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual a ele arrancarão o seu dente”.

Mas a obra de Hamurabi não se limitou a esse primitivo método. Ela foi além, prevendo em seu bojo, já naquela época, hipóteses de reparação pecuniária. É o que se depreende dos parágrafos 209, 211 e 212, a seguir transcritos:

“§ 209. Se um *awilum* (homem livre) ferir o filho de um outro *awilum* e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto”.

“§ 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o fruto de seu seio: pesará cinco ciclos de prata”.

“§ 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata”.

Não há como negar que nas disposições acima está considerada a dor espiritual sofrida como critério para atingir o somatório a ser indenizado, tanto

que de acordo com a gravidade do fato os valores são majorados.

Verifica-se, portanto, que além da preocupação com a integridade física, também a honra era tutelada, sujeitando-se aqueles que transgredissem as normas previstas às respectivas sanções, que poderiam ser: ofensas idênticas (Lei de Talião), como regra geral, ou compensação pecuniária em favor da vítima, para casos específicos. Com isso, não se buscava pura e simplesmente a punição do ofensor, mas, igualmente, a integral reparação do dano, aí compreendido o dano moral sofrido pelo lesado.

Os comentários do prof. Wilson Melo da Silva (1983, p. 15) sintetizam o espírito do Código:

“Não obstante, já encontramos, nesse mesmo Código, certos preceitos que, estabelecendo uma exceção ao direito de vindita, ordenava, em favor da vítima, o pagamento de uma indenização, o que denuncia um começo da idéia de que resultou modernamente a chamada teoria da compensação econômica, satisfatória, dos danos extrapatrimoniais.”

b) As Leis de Manu

Embora alguns discutam sua existência, consta na mitologia hindu que Manu Vaivasvata foi um homem altamente respeitado naquela sociedade. É considerado o pai do Hinduísmo, religião que até hoje predomina na Índia.

Por desfrutar de tamanho prestígio, coube a ele a elaboração de um sistema de leis que ficou conhecido como Código de Manu.

No cotejo com o Código de Hamurabi torna-se evidente o avanço que

se obteve. Neste último, a solução imediata, isto é, a regra geral, para o caso de lesão causada a outrem era a via da reciprocidade, retribuindo-se ao agressor o mal causado na vítima, sendo a indenização pecuniária prevista em casos pontuais. De outro lado, no Código de Manu essa situação se inverteu, transformando-se a indenização na primeira opção, com o fim de evitar ao máximo a ofensa física retributiva, que somente subsistiu em casos excepcionais.

A respeito, assinala o magistrado paranaense Clayton Reis (1997-2001, p. 12) que “suprimiu-se a violência física, que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso, por um valor pecuniário. Ora, a alusão jocosa, mas que retrata uma realidade na história do homem, onde o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz o efeito de obstar eficazmente o *animus* do delinqüente”.

Assim, ao adotar a idéia da reparação pecuniária, Manu visou depurar o sistema de qualquer sentimento de vingança da vítima para com o agressor, o que reflete uma nítida influência religiosa. Nessa perspectiva, destaca Clayton Reis (1997-2001, p. 12) que “no fundo, trata-se, na realidade, de um sentimento cristão, milênios antes do surgimento do Cristianismo, que haveria de modificar substancialmente o espírito humano”, e, “assim sendo, o Código de Manu trouxe-nos a lume uma conceituação primária da indenização do dano moral”.

c) Direito Romano

Assim como em relação a outros institutos do direito privado, o direito romano nos brindou com seu avanço no tema da responsabilidade civil, com

disposições que certamente viriam a influenciar o moderno pensamento jurídico do ocidente, como de fato influenciaram.

A honra era extremamente valorizada pelos romanos, que diziam *honesta fama est alterium patrimonium* (a fama honesta é outro patrimônio). Convém registrar, também, os preceitos do *Jus Naturale*, preconizados por Ulpiano: “*Suum cuique tribuere*”, “*Honest Vivere*” e “*Alterum nom laedere*”, que significam, respectivamente, “dar a cada um o que é seu”, “viver honestamente” e “não lesar outrem”.

Tais assertivas demonstram bem que as ofensas à honra não eram toleradas no direito romano, sendo os danos daí decorrentes passíveis de reparação. Para tanto, as leis escritas não poderiam deixar de regulamentar a questão, inclusive delineando os modos de ressarcimento.

Assim sendo, num primeiro momento surgiu a Lei das XII Tábuas (452 a.C.), onde se encontram diversos dispositivos referentes à reparação de danos morais.

Aqueles romanos que fossem injuriados poderiam utilizar-se da ação pretoriana chamada “*actio injuriarum aestimatoria*”, por meio da qual pleiteavam uma indenização, que seria, após análise minuciosa do caso, moderadamente arbitrada pelo juiz. A indenização visava, obviamente, reparar o mal sofrido pela vítima, protegendo seus interesses.

O fundamento dessa proteção pode ser retirado da Tábua VII (“*De delictis*”) da Lei das XII Tábuas. Eis alguns trechos pertinentes:

“§ 2º. Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare”.

“§ 9º. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses”.

Para Rodolfo Pamplona Filho (1999. p. 50), “a melhor interpretação dos §§ 2º e 9º supra transcritos é a que reconhece a possibilidade, ainda primária, de reparação dos danos morais pelos romanos, eis que estes não questionavam a que título o dano era intentado, mas somente se este efetivamente ocorreu, o que geraria automaticamente a obrigatoriedade de reparar”.

Como se vê, a noção de reparação pecuniária dos danos, patrimoniais ou morais, foi acolhida pelo direito romano, na esteira do desenvolvimento jurídico que ali se obteve. E nem poderia ser diferente, afinal qualquer vedação a essa cultura significaria um retrocesso, tendo em conta que povos mais primitivos já vinham adotando-a, conforme visto acima.

Posteriormente, a Lei das XII Tábuas, a *Lex Aquilia* (286 a.C.) e a Legislação Justiniana (528/534 d.C.) também trataram sobre responsabilidade civil, aprimorando os conceitos já existentes e desenvolvendo outros novos.

d) No Brasil

A atual Constituição Federal consagrou indubitavelmente a ampla reparabilidade do dano moral, motivo pelo qual desde 05 de outubro de 1988 a questão se encontra pacificada, dispensando, assim, debates doutrinários sobre sua aceitação no direito brasileiro.

Contudo, o caminho para esse reconhecimento foi árduo. Anteriormente ao advento da Carta Política de 1988, a questão era das mais controvertidas. Durante décadas juristas de escol divergiram sobre a possibilidade de ressarcimento do dano moral em nosso ordenamento, buscando na legislação vigente, em especial o Código Civil de 1916, os fundamentos para suas convicções. Dessa celeuma surgiram três correntes: a negativista, a positivista e uma terceira chamada eclética ou mista.

Os negativistas, entre os quais Savigny, Lafayette, Gabba, Nelson Hungria, Tito Fulgêncio, sustentavam a impossibilidade de reparação de dano extrapatrimonial. Para tanto, elencavam vários argumentos, eis alguns: a) inexistência de norma que assegurasse essa modalidade de reparação; b) a falta de efeito penoso durável; c) incerteza de se haver violado um direito; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade de compensar dor com pecúnia; g) poder ilimitado que tem de ser conferido aos juízes; e, finalmente, que h) a resposta jurídica deve se dar somente na esfera penal.

Inobstante os esforços da tese negativista, doutrinadores como Pontes de Miranda, Orozimbo Nonato, Clóvis Bevilacqua, José de Aguiar Dias, Eduardo Espínola, entre outros, eram firmes ao dizer que o dano imaterial é passível de ressarcimento e que o nosso direito albergava esse entendimento.

No artigo 159 do Código Bevilacqua os positivistas encontravam seu principal fundamento para uma regra geral sobre ressarcibilidade do dano moral. Conveniente, então, a transcrição do referido dispositivo:

“Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Ante a redação do artigo supra, afirmava a classe positivista que o dano moral era de ser reconhecido, pois a lesão foi tratada de forma genérica. A lei não fez distinções, portanto não caberia ao intérprete excluir o que ela não excluiu.

Analisando a redação do dispositivo, Valdir Florindo (1999, p. 43) complementa esse raciocínio afirmando que “o Código Civil, quando se referiu à indenização por danos, disse que é aquele defluente de prejuízo causado ou direito violado. Ora, quisesse o legislador prender a noção de dano apenas no sentido de prejuízo patrimonial, certamente não teria incluído a frase violar direito. Suficiente seria dizer que aquele que causasse um prejuízo ficaria obrigado a repará-lo”.

No mesmo sentido são as observações feitas por João Casilo (1987) apud Florindo (1999, p. 44), para quem “o texto é muito claro. O direito à indenização nasce quando seja causado o prejuízo ou simplesmente violado o direito”.

Não bastassem tais argumentos - afora muitos outros que alimentavam sobremaneira o debate – os positivistas ainda recorriam ao artigo 76 do mesmo *Codex*, cujo *caput* dizia “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”, sendo que “O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”, era seu parágrafo único.

Clóvis Bevilacqua, citado por Sérgio Pinto Martins (2007, p. 48), refutando a tese de que tais dispositivos se tratavam de norma puramente processual, esclareceu o seu verdadeiro sentido:

“Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo e restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. É uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e não raro grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se compute em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais”.

Como se vê, os argumentos positivistas desde aquela época já eram muito consistentes, de modo que hoje fica difícil imaginar como sequer poderia haver dúvida sobre a indenização de danos não patrimoniais. E essa força argumentativa fez surgir novos posicionamentos, ditos mistos ou ecléticos, levando alguns autores a sustentar que doutrinariamente admitiam a possibilidade de reparação do dano moral, mas que o nosso sistema não o havia feito, ou ainda que só seria possível a reparação nos casos específicos previstos em lei.

Todavia, a divergência persistia e refletia-se nos tribunais - inclusive no Supremo Tribunal Federal - que não chegavam a um denominador comum, às vezes reconhecendo o dano moral e a devida reparação, outras negando-lhe amparo jurídico.

E assim foi até a chegada daquela que é conhecida como a “Constituição Cidadã”, conforme célebre definição de Ulysses Guimarães, referindo-se ao Texto Político de 1988.

Com efeito, se antes havia qualquer dúvida sobre compensar o dano

moral, hoje, em razão de disposição constitucional expressa, não se pode cogitar a tese negativista. A preocupação foi tamanha que levou o constituinte de 1988 a erigir a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, precisamente nos incisos V e X, do artigo 5º, assim redigidos:

Art. 5º (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Essa nova proteção conferida aos direitos da personalidade, lançada dentro do rol dos direitos fundamentais, ganha especial relevância na medida em que tais direitos têm aplicabilidade imediata, por força do parágrafo primeiro do mesmo artigo 5º. Sendo assim, mesmo antes da promulgação do Novo Código Civil, que, em conformidade com o novo paradigma constitucional, regulou a matéria a nível de lei ordinária, já era plenamente assegurado o ressarcimento dos danos morais.

À guisa de conclusão, vale transcrever as palavras de Valdir Florindo (1999, p. 52), que vê a Constituição Federal de 1988 como um divisor de águas acerca do instituto:

“Assim, há dois momentos quanto ao dano moral: o *primus*, antes da Constituição, duvidoso para alguns, discutido por muitos, assegurado pela maioria, defendido pelos setores mais prosseguistas, posto que inúmeras eram as correntes doutrinárias. A verdade é que os doutrinadores se digladiaram por décadas afins. O *secundus*, é o da tomada definitiva de posição: o da vigência da Constituição Federal,

de absoluta pertinência, abrindo grandes horizontes para a discussão segura, estendendo a perspectiva de melhora do crescimento deste instituto, que reputo de transcendental importância, tendo como postulado coibir ofensas psíquicas. Assim vejo o divisor”.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Rápidas Noções

Com o intuito de proporcionar melhor compreensão do tema proposto, serão tecidas breves considerações sobre a responsabilidade civil, pois o fato de o enfoque ser direcionado ao contrato de emprego não dispensa o conhecimento de algumas idéias básicas.

Pois bem. A ordem jurídica, para atingir a sua finalidade de regular a vida social, estabelece deveres direcionados a toda a coletividade. Tais imposições podem ser positivas, de dar ou fazer, ou negativas, de não fazer ou tolerar algo. Não se trata de mera recomendação ou advertência, mas de imperativo legal a que todos devem obediência.

Sendo assim, a responsabilidade civil nada mais é do que a reação da ordem jurídica contra um ilícito civil. Se o agente violar preceitos jurídicos, causando dano, sofrerá as conseqüências de seus atos, isto é, responderá por eles. Pode-se dizer então que ela surge visando restaurar o equilíbrio econômico, social e jurídico rompido com a transgressão levada a efeito pelo ofensor.

Nesse sentido, pertinente a colocação de Sergio Cavalieri Filho (2007, p.13):

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo

ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.”

Do mesmo modo, ensina Maria Helena Diniz (2005, pg. 5):

“O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco.”

Conclui, ainda, a ilustre civilista (2005, p. 6/7) aduzindo que “a responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*...Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento”.

Como se vê, em regra, a reparação busca anular o estrago perpetrado, zerar seus efeitos.

Em relação ao dano moral, contudo, uma observação deve ser feita. É que em ofensas dessa natureza a conduta do agente atinge a vítima em seu aspecto puramente subjetivo, em seu âmago, naquilo que sente e pensa. Como aferir então a extensão desse prejuízo, para que se possa reconduzi-la ao *statu*

quo ante? Bem, simplesmente não há essa possibilidade, não há como retornar ao estado anterior à ofensa, pois não dá para apagar o mal-estar vivido.

Desse modo, a indenização assume, aqui, outra finalidade, que não a de restituição integral, como no caso dos danos patrimoniais, estes sim mais fácil e objetivamente mensuráveis. Na verdade, valerá como um lenitivo para o injuriado, visando mitigar as sensações negativas mediante a aquisição de bens ou outras formas de lazer que o dinheiro possibilita.

Sobre esse raciocínio, leciona Sergio Pinto Martins (2007, p. 32):

“Visa a indenização compensar a vítima pelo dissabor passado, pela sua dor, angústia, humilhação. Seria uma forma de consolação da vítima...Visa neutralizar ou diminuir a situação de dor com o pagamento de uma indenização correspondente. Não vai ter uma correspondência exata, mas compensatória. Daí porque se falar que não seria uma indenização, mas uma espécie de compensação, pois indenização compreende a eliminação do prejuízo, o que é impossível na reparação do dano moral. A indenização não tem por objetivo refazer o patrimônio do ofendido, mas apenas compensar a dor sofrida.”

“O pagamento da indenização não tem por objetivo que o lesado esqueça o passado, mas que possa compensar a dor do passado e viver melhor no presente...tem por fundamento proporcionar meios ao ofendido para minorar seu sofrimento, adquirindo bens ou utilizando o numerário na forma de lazer que entender cabível.”

Wilson Melo da Silva, em citação colhida na obra de Valdir Florindo (1999, p. 189), também trabalha essa problemática argumentando que:

“Tristezas se compensam com alegrias. Sofrimentos e angústias se neutralizam com sensações, contrárias, de euforia e de contentamento.

E se tais fatores de neutralização não se obtêm pela via direta do

dinheiro (não se pagam tristezas e angústias), pela via indireta, contudo, ensejariam os valores econômicos, que se propiciassem às vítimas dos danos morais, parcelas de contentamento ou euforia neutralizadoras de suas angústias e de suas dores.”

Assentado este sentido compensatório, cumpre agora verificar o outro lado da questão: a função sancionadora da indenização.

Com efeito, se admitíssemos somente um interesse compensatório, ligado exclusivamente aos anseios da vítima, o instituto em apreço não cumpriria integralmente sua finalidade. Ora, se assim fosse, no caso de afronta a direitos extrapatrimoniais de pessoas financeiramente abastadas seria dispensável a compensação, uma vez que elas já podem desfrutar dos prazeres que o dinheiro pode oferecer.

Calha, então, rememorar a afirmação do grande San Tiago Dantas de que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ou, como diz Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 1), “ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria”.

Fica claro, diante dessa premissa, que ao se impor o dever de indenizar não se tem em conta apenas a satisfação da vítima, senão também o escopo de sancionar o agente causador do dano. Deveras, existe uma finalidade dúplice no exigir da reparação, e ambas se apresentam simultaneamente, porque através de uma única medida - a indenização - resguardam-se os direitos do ofendido e pune-se o ofensor, com o fim último de preservar a ordem jurídica.

Sob esse prisma, veja-se a seguinte lição de Maria Helena Diniz (2005, p. 107):

“A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc”.

Infere-se daí que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sancionadora, pois deflui, via de regra, da prática de um ato ilícito, isto é, caracteriza-se como a conseqüência lógico-normativa de uma violação da ordem jurídica.

Por fim, pedimos vênias para trazer à baila as precisas conclusões de Carlos Alberto Bittar, tiradas da obra de Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 30), que sintetizam o que se procurou demonstrar nesse espaço:

“Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal

perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Na satisfação dos interesses lesados é que, em última análise, reside a linha diretiva da teoria em questão, impulsionada, *ab origine*, por forte colaboração humanista, tendente a propiciar ao lesado a restauração do patrimônio ou a compensação pelos sofrimentos experimentados, ou ambos, conforme a hipótese, cumprindo-se assim os objetivos próprios.”

3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa (2001, p. 2293) define a palavra pressuposto, em sentido jurídico, como “circunstância ou fato em que se considera um antecedente necessário de outro”.

Destarte, para que se possa falar em responsabilidade civil, imprescindível a conjugação simultânea de alguns elementos, sem os quais esta sanção estará impedida de atuar.

Não há, porém, um consenso sobre quais são, efetivamente, os elementos indispensáveis, sendo que uns exigem mais, outros menos para a caracterização do dever de ressarcir. Ante essa dissonância doutrinária, que é universal diga-se, colocaremos como pressupostos mínimos à configuração da responsabilidade civil os seguintes: conduta, dano e nexa causal.

Assim, o primeiro pressuposto é a existência de uma conduta, gênero

do qual são espécies a ação e a omissão.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 24), entende-se por conduta “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.

Para que alguém seja responsabilizado por um dano é necessário que tenha agido quando não deveria, agido de forma equivocada, ou ainda se mantido inerte quando a ação lhe era exigida. É preciso, portanto, a ocorrência de um ato humano.

Esse comportamento, via de regra, deve ser realizado de maneira culposa. Vale dizer, deve estar revestido dos elementos da culpa, sobre os quais deixamos de discorrer porquanto desnecessário para o objetivo deste tópico, esclarecendo apenas que, nos casos de responsabilidade objetiva, a responsabilidade prescinde do elemento culpa.

O segundo pressuposto, que aliás é o fator determinante do dever de indenizar, é o dano. Realmente, se não houver dano inexistirá responsabilidade civil, mesmo que a conduta seja das mais temerárias.

E o que vem a ser dano?

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2005, p. 66) pode ser definido como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre

uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Isso genericamente, mas para nós interessa a espécie do dano moral.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 359), “dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.

Visando evitar confusões, acrescenta o citado autor (2009, p. 359):

“O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. P. ex.: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando este fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos”.

Assim, o dano moral não se confunde com a eventual repercussão negativa no íntimo da pessoa, mas estará configurado desde a constatação do ato atentatório de sua dignidade. Aquela repercussão pode ou não ocorrer, dependendo da vítima, e tanto terá direito a reparação a que sentiu profundamente a infâmia como a que se mostrou pouco abalada, o que significa

que tal contingência somente importará na fixação do *quantum* indenizatório.

Por fim, para que ocorra a responsabilização é necessário que haja nexos causal entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima.

Traduz-se, este último pressuposto, em verdadeira relação de causa e efeito entre a conduta e o mal dela decorrente, um vínculo natural, não jurídico, que liga esses dois momentos.

Fundamental o domínio do requisito em comento, pois se o dano havido não se deu por ato do agente, desnecessário adentrar na análise da culpa, pela falta mesmo de concorrência para o fato lesivo.

Em síntese, “Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar” (GONÇALVES, 2009, p. 36).

4. DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

4.1 Introdução

O homem, ser de natureza eminentemente social, relaciona-se continuamente com seus semelhantes, em diversos ambientes. E se, por um lado, essa interação é fundamental para o desenvolvimento da espécie humana, por outro, traz consigo uma consequência negativa inevitável: o surgimento dos conflitos de interesse.

Na relação de emprego a situação não é diferente, eis que “empregado e empregador, até pela convivência habitual, estão sempre sujeitos a sofrer danos ou então a causar dano (um ao outro), seja ele moral ou material, e nem por isso estão imunes à devida reparação, hoje elevado à estatura constitucional” (FLORINDO, 1999, p. 57). Não há razão, destarte, para se excluir as regras gerais sobre reparabilidade de danos do âmbito da relação de emprego.

Nesse sentido, observa Marly A. de Cardone, citada por Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 81)

“Na vida em relação, as pessoas podem, voluntariamente ou não, causar prejuízos às outras. A relação humana e jurídica que liga empregado e empregador não é suscetível de escapar desta contingência. Isto é tão irrefutável quanto dizer que o ser humano é passível de errar. Por isso, causa espanto que alguns queiram isolar empregado e empregador deste círculo no qual está inserida a prática dos chamados atos ilícitos. A relação de emprego tem uma disciplina jurídica para a troca trabalho x remuneração, mas seus sujeitos não estão excluídos da órbita do Direito Civil quando praticam atos ou fatos de natureza civil na específica situação de

empregado e empregador”.

Na verdade, a relação de emprego faz do trabalhador, mais que qualquer outro sujeito, em qualquer outra relação, alvo fácil de lesões aos seus direitos pessoais. Prova disso são as inúmeras demandas indenizatórias que chegam à Justiça do Trabalho a cada dia.

Mas qual a razão disso?

Não é outra senão a necessária subordinação que há de ter para a configuração da aludida relação, característica essa que, aliás, é o traço marcante, decisivo e justificante da autonomia do Direito do Trabalho frente ao Direito Civil.

Como é sabido, nos contratos em geral existe isonomia entre as partes, imperando a autonomia da vontade. Vale dizer, não há submissão, os contratantes assumem de livre acordo obrigações recíprocas, sem que um exerça controle sobre o outro em posição contratualmente superior.

O mesmo não ocorre no contrato de trabalho. Neste há uma condição intrínseca de subordinação, a do empregado para com o empregador. Este último, no exercício da atividade econômica, detém os poderes de controle, de fiscalização e de disciplina sobre seus funcionários, e é exatamente daí que tendem a surgir abusos.

Segundo José Alberto Couto Maciel apud Moraes (2003, pg. 74), “O trabalhador, como qualquer outra pessoa, pode sofrer danos morais em

decorrência de seu emprego, e, acredito até, que de forma mais contundente do que as demais pessoas, uma vez que seu trabalho é exercido mediante subordinação dele ao empregador, como característica essencial da relação de emprego”.

De forma similar pensa o professor Vasques Villard, conforme passagem colacionada por Enoque Ribeiro dos Santos (1998, pg. 97), ao dizer que “se em algum âmbito do Direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é precisamente no do Trabalho. A razão da subordinação a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito leva a que a atuação da outra parte, que dirige essa atividade humana, possa menoscabar a faculdade de atuar que diminui ou até frustra totalmente a satisfação de um interesse não patrimonial”.

E além das próprias características da relação de emprego, outros fatores ainda reforçam essa maior probabilidade de lesão ao trabalhador, que são a sua invariável hipossuficiência financeira frente àquele que lhe contrata e a mais que acirrada competitividade dos dias atuais - tanto entre as empresas, quanto pelos postos de trabalho.

Realmente, na grande maioria das vezes o obreiro, para seu sustento, depende exclusivamente do salário recebido da empresa, o que o leva a relevar eventuais comportamentos ilícitos de diretores e gerentes, impulsionados estes, muitas vezes, pela tensão provocada por resultados abaixo do esperado.

Reunindo todas estas condições, tem mesmo razão Rodolfo Pamplona Filho (1999, pg. 81) quando afirma que “(...) não há dúvidas que a relação de

emprego é um campo fértil para a ocorrência lesões no patrimônio jurídico (tanto material, quanto moral) dos seus contratantes”.

Estes danos, é claro, podem ser sofridos por empregados e empregadores – daí o autor dizer “contratantes” -, uma vez que ambos titularizam direitos e obrigações que compõem seu patrimônio jurídico, igualmente passível de ser lesionado material e moralmente. De fato, além das prestações e contraprestações a cada um devidas em razão do contrato de trabalho, deve haver, ainda, mútua observância do princípio da boa-fé, a fim de que procedam com respeitabilidade, eticidade e lealdade.

Mas, pelas particularidades do vínculo no qual é a parte mais fraca, é o empregado, sem dúvida, quem tem mais exposição de seus direitos personalíssimos, justificando-se, assim, a proteção que lhe é outorgada pelo Direito do Trabalho, com vistas a equilibrar a desigualdade existente. Por isso é que, neste trabalho, nos ateremos somente a hipóteses em que a vítima é o trabalhador.

A seguir serão vistas algumas situações que a doutrina e, nos casos concretos, o Poder Judiciário vêm reconhecendo como atentadoras de direitos da personalidade dos trabalhadores, algumas delas antes mesmo da vigência do contrato de trabalho (em uma fase pré-contratual), outras posteriores ao seu fim (numa fase pós-contratual).

4.2 Fase Pré-contratual

Trata-se do momento anterior ao aperfeiçoamento da relação de emprego, em que o candidato à vaga submete-se a um processo seletivo e são realizadas as demais tratativas a respeito do futuro contrato de trabalho.

Na circunstância de o pretendido empregador praticar ato infamante que embarace a reputação e a boa-fama do aspirante ao cargo, haverá legítimo interesse em uma reparação, malgrado não se tenha ainda emprego constituído.

Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 84/86), com a experiência de quem atua na magistratura trabalhista, nos traz dois exemplos que podem ocorrer nesta fase: atos discriminatórios e argüições sobre opiniões pessoais.

Quanto ao primeiro, importa consignar que a Carta de 1988, no *caput* de seu artigo 5º, consagrou o princípio da igualdade como direito fundamental, de forma a banir qualquer espécie de discriminação negativa que possa obstaculizar o alcance dos objetivos ventilados no artigo 3º do mesmo Texto.

Assim, em plena coerência com a Lei Maior, notadamente seu artigo 7º, XXX, foi editada a Lei 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, tanto para efeitos admissionais quanto para a permanência da relação jurídica de trabalho.

Tamanha a relevância deferida à questão que, nessa mesma norma, o legislador tipificou certas condutas como crime, sujeitando aquele que praticá-las à pena de um a dois anos de detenção e multa, além de outras cominações

administrativas.

Comentando esse diploma, Márcio Túlio Viana apud Pamplona Filho (1999, p. 85) obtempera que se “a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão de seu fim social – tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o empregador se vale daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, está não apenas traindo o destino daquela norma, mas ferindo a literalidade de outra norma – exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí o artigo em questão, que surge como uma terceira norma, fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei, e se a liberdade de contratação tem o fim de atender às necessidades da empresa, quem escolhe A ou B com propósitos discriminatórios age ilicitamente”.

Para melhor compreensão do conteúdo da Lei 9.029/95, forçoso transcrever seus principais artigos, *verbis*:

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

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

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

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

- a) indução ou instigamento à esterilização genérica;
- b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Art. 3º. Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

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

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

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre:

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

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

Não há dúvida, pois, que qualquer discriminação injustificável, sem

base em parâmetros objetivos referentes à natureza do trabalho almejado, implica ato ilícito causador de dano moral, passível de ser indenizado, nada obstante a falta de vínculo empregatício neste momento.

A ementa a seguir, interpretada a *contrario sensu*, confirma o que ficou dito:

“DANO MORAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

A empresa que colhe de candidata a emprego oferecido por ela informações acerca de sua saúde física e mental não pratica ato discriminatório na fase jurídica da pré-contratação se demonstra que a declaração não era exigida como requisito para admissão, mas sim para efeito de adesão a plano de saúde oferecido como benesse no contrato de trabalho dos seus empregados. Do mesmo modo, não há como imputar à mesma empresa a prática de abuso da liberdade de não contratar em razão de não se consumar a admissão de candidata que se declara portadora de diabetes, se a empresa prova que admitiu em seu quadro funcional empregados já portadores de doenças físicas, que se submetem a tratamento permanente, desincumbindo-se do encargo processual que lhe é atribuído. TRT 3ª Reg. – RO 00258-2005-107-03-00-5 – (Ac. 5ª T.) – Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta. DJMG 25.6.05, p. 15.

A outra hipótese que referimos acima diz respeito à comum prática por parte dos empregadores de questionarem os candidatos a emprego sobre temas estritamente pessoais, que nada dizem com o interesse da empresa, sendo que as respectivas respostas, independentemente do conteúdo, não têm relevância para o desenvolvimento das funções que o escolhido irá desempenhar. Sendo assim, trata-se de proceder evidentemente descabido e sem base legal.

É claro, por outro lado, que se reconhece à empresa contratante o interesse em trazer para o seu quadro de pessoal aquele se mostrar mais apto ao desempenho das funções do cargo em disputa, afinal está ela, em última análise, agindo em prol do seu patrimônio.

Todavia, o fato deste procedimento configurar exercício da autonomia da vontade, em busca do melhor para os anseios do empreendimento, não permite sejam desrespeitados os direitos fundamentais do indivíduo, especialmente os da personalidade.

Alice Monteiro de Barros, em outro trecho tirado da multiconsultada obra de Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 86), observa a propósito que “a Constituição, ao assegurar a liberdade de crença religiosa, de convicção política ou filosófica (art. 5º, VIII) e a liberdade de associação (art. 5º, XVII), a rigor, está preservando o respeito à esfera pessoal de liberdade do indivíduo. Devem, portanto, ser evitadas indagações sobre opiniões políticas, crença religiosa, filiação sindical e origem étnica, que supõem intromissão na vida privada do empregado. O direito à intimidade atua aqui como ‘coluna sustentadora da liberdade’, garantindo a liberdade individual”.

No mesmo sentido, Enoque Ribeiro dos Santos (1998, p. 128), citando José de Lima Teixeira Filho, assevera que “As convicções políticas, religiosas e sindicais são indevassáveis pelo recrutamento, qualquer que seja a sua modalidade. A Constituição assegura a ‘liberdade de consciência e de crença’ (art. 5º, VI) e a ‘liberdade de associação’ (art. 5º, XVII), notadamente a sindical (art. 8º, V), e qualquer violação a essas normas suscitará a configuração do dano moral e a conseqüente obrigação de sua reparação”. (Enoque Ribeiro dos Santos, fl. 128)

Portanto, seja pela análise de currículo, por solicitação de dados particulares, questionários, entrevistas ou qualquer outro meio eleito, as

informações devem servir, exclusivamente e com razoabilidade, à averiguação da capacidade profissional do candidato, não sendo “admissíveis indagações e verificações acerca de opiniões políticas, filosóficas, ou religiosas, nem sobre fatos de sua vida pessoal, afetiva e familiar, já que não interferem com suas aptidões profissionais” (CASELLA, 1996 apud PAMPLONA FILHO, 1999) e desviam do próprio fim do recrutamento: que é a contratação.

4.3 Fase Contratual

Esta fase compreende desde o momento da assinatura do contrato de trabalho ou, no caso de ter origem tácita, simplesmente de seu aperfeiçoamento com os requisitos da pessoalidade, da não-eventualidade, da onerosidade e, principalmente, da subordinação, até o instante imediatamente anterior à sua extinção. É o período em que as partes se acham nas figuras de empregado e empregador.

E segundo a CLT, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, e “empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (artigos 2º e 3º).

Assentado nessas características e conceitos, Délio Maranhão (apud Moraes, 2003, p. 69) define o contrato de trabalho como “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra

pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada”.

Assim sendo, conforme sinalizado na introdução deste capítulo, é na vigência do contrato que as agressões aos direitos da personalidade do trabalhador têm maior incidência, por conta de abusos cometidos pelos patrões em sua atuação diretiva.

Apesar disso, raramente as demandas são propostas no curso da relação empregatícia; ao contrário, geralmente são ajuizadas após o término do vínculo. É que fazê-lo ao tempo do contrato pode ter como consequência ao trabalhador seu desligamento sumário da empresa, ou, quando menos, ainda mais constrangimentos, tornando-o alvo de perseguições e represálias.

Eis algumas situações em que o dano moral tem sido reconhecido nessa fase.

a) Rebaixamento funcional

Todo trabalhador, ao ingressar em determinada empresa, geralmente em cargos ou funções subalternas, tem a expectativa de chegar a postos mais elevados dentro da estrutura interna dessa mesma empresa. É em grande parte por conta deste objetivo que se dedica e se aperfeiçoa na realização de suas tarefas.

Nesse contexto, uma promoção significa o reconhecimento, pela direção, de que o trabalho está sendo bem cumprido, sendo exatamente o “prêmio” desse reconhecimento, além de geralmente vir acompanhada de

incremento salarial. É óbvio, pois, que alcançá-la gera no espírito do obreiro uma sensação positiva, de elevação pessoal.

Contudo, tal contentamento do empregador com o desempenho de um funcionário, que o leva a promovê-lo, pode passar a não existir mais, e nem sempre em função da própria queda de produção do promovido, mas às vezes pela simples troca na gerência, por exemplo.

Situação assim poderia conduzir a um rebaixamento do empregado a ocupações cujos degraus já ultrapassara, por merecimento justamente reconhecido que depois é simplesmente olvidado por (ou sem) qualquer motivo, deixando-o à mercê da benevolência patronal.

Para evitar que isso ocorra, “O art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece as condições para que seja procedida à alteração das funções desempenhadas pelo empregado, condicionando-as ao mútuo consentimento e ao fato de não resultarem em prejuízo para o empregado” (MORAES, 2003, p. 100)

Confira-se, então, o conteúdo do aludido dispositivo:

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

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

De uma singela leitura da norma em apreço, infere-se a inadmissibilidade, em nosso ordenamento trabalhista, de uma modificação contratual unilateral que resulte em prejuízo ao empregado. Dito de outra forma, para que haja a alteração são necessários dois requisitos, a saber: o consenso e a falta de prejudicialidade - direta ou indireta - à parte mais fraca da relação.

Pondera, aliás, Francisco Antonio de Oliveira (1996, p. 434/435) que, na execução do contrato de trabalho, “todos aqueles benefícios existentes, explícitos ou implícitos, amalgamam-se ao contrato de trabalho e passam a fazer parte do conjunto de direitos e deveres e que obrigam as partes”, de tal sorte que, diz Délio Maranhão, o “rebaixamento de cargo é inteiramente injustificável e será, sempre, abusivo e nulo. A opinião, em sentido contrário, fundada em argumentos tiranos da doutrina estrangeira, se opõe, violentamente, à regra do art. 468 da Consolidação e não pode ser acolhida”.

Daí por que a inobservância da regra, além de configurar hipótese apta a ensejar a despedida indireta (rescisão do contrato por justa causa do empregador) com fundamento na alínea e do artigo 483 da CLT, abre espaço à postulação por dano moral do empregado rebaixado, mesmo que não ocorra prejuízo material.

Entendendo também que esta espécie de ato ilícito implica em situação vexatória, a proporcionar até mesmo a ridicularização do funcionário, é o posicionamento de Valdir Florindo (1999, pg. 92), que, citando João de Lima Teixeira Filho, afirma:

“Certamente configura dano moral quando o empregador impede o empregado de cumprir sua obrigação no contrato e o desloca para

atividades menos nobres que as desempenhadas anteriormente... Em ambos os casos, o propósito de diminuir o empregado, colocá-lo em situação vexatória, revela o ilícito deflagrador da rescisão por via oblíqua do contrato de trabalho (dano material) e a lesão à honra do trabalhador, desencadeadora da compensação pelo dano moral”.

Ora, se de um lado o “Empregador, diretamente ou por seu representante, detém o poder potestativo e a liberdade de dirigir seus negócios e a forma de administração da sua empresa”, de outro, “não pode abusar do exercício do seu direito nem exceder os limites da lei” (MARTINS, 2007, pg. 72). Aplicando-se aqui este raciocínio, pode-se dizer que o empregado não tem o direito de ser promovido, pois tal deliberação cabe exclusivamente à chefia; mas, uma vez alcançada uma posição hierarquicamente superior, tem ele o direito subjetivo de não ser rebaixado, salvo para deixar um cargo de confiança e retornar ao anterior, consoante expressa ressalva do parágrafo único do art. 648.

b) Revistas

Não existe uma regulamentação específica acerca da legalidade ou não da atitude patronal de proceder a revistas em seus empregados com o intuito de verificar eventual desfalque em seu patrimônio, ressalvada a previsão contida no artigo 373-A, VI, da CLT, que proíbe o empregador de realizar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

O vácuo legislativo, naturalmente, dá margem a interpretações diversas, o que de certa forma prejudica a própria segurança jurídica. Nada obstante, a maior parte da doutrina e da jurisprudência inclina-se no sentido da admissibilidade da conduta, que teria amparo no poder de direção e fiscalização

do empregador (art. 2º da CLT), além de ser ele, o empregador, quem suporta os riscos da atividade econômica. Mas, apesar de possuir maior adesão, esse posicionamento está longe de tornar-se absoluto, porquanto a minoria contrária, também fundada em relevante argumentação, o repudia firmemente. Trata-se, portanto, de uma questão polêmica, cuja problemática “gira em torno de se saber até que ponto é possível compatibilizar o poder de revista do empregador com o direito do cidadão-empregado de ter salvaguardadas sua honra, vida privada e intimidade”. (Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro *apud* Pamplona Filho, 1999, p. 90)

Entre os que defendem a ilegalidade dessa espécie de fiscalização está Sandra Lia Símon, por implicar agressão aos princípios da presunção da inocência, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade - na medida em que privilegia o empregador em prejuízo do empregado -, além de se tratar de função exclusivamente estatal (função policial):

“Ainda que, no Brasil, esse seja o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, parece difícil acreditar que, nos dias de hoje, com a grande evolução tecnológica, não exista outra forma de controle de produtos que saem furtivamente da empresa. Ainda que não existissem essas formas - o que, repita-se, é bastante questionável -, há meios, previstos na legislação criminal, de se apurar a autoria de delitos como furto, e o empregador deve, portanto, lançar mão desses meios. (...) Percebe-se, portanto, que se trata de forma muito simplista e acomodada de o empresário defender o seu patrimônio. E é, indiscutivelmente, atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador” (*apud* MORAES, p. 93)

Valdir Florindo (1999, p. 80), por sua vez, embora reconhecendo que abusos podem ser cometidos, aceita a prática em comento:

“Com suporte nos poderes de direção, disciplinamento e fiscalização da prestação de serviços, ante a ausência de legislação trabalhista à

espécie, os empregadores costumeiramente utilizam-se das revistas pessoais nos seus empregados, no final do expediente, argumentando que estão na defesa de seu patrimônio, o que admitimos como correto, porém, invariavelmente, alguns procedimentos de revistas extrapolam os limites de atuação e atingem a dignidade do ser humano trabalhador...”.

Concordamos com essa posição, mas ressalvas devem ser feitas.

Com efeito, o fato de as revistas serem admitidas - ao menos pela maioria - não quer dizer que não há balizas a observar. Ao contrário, à falta de regulamentação específica, e com o intuito de evitar que eventuais abusos venham a agredir a intimidade dos empregados, a doutrina tem se encarregado de elencar algumas diretrizes para a prática em comento.

Gardênia Borges Moraes (2003, p. 92) defende que a revista deve ter “caráter geral e impessoal, ou seja, ser destinada a todos os empregados indistintamente e ser feita a seleção para a revista mediante critérios objetivos, como sorteios, para que se evitem parcialidades e perseguições; que haja ajuste, regulamento e conhecimento prévio por parte dos empregados; que seja realizada na própria empresa, na entrada e saída dos locais de trabalho, com a menor publicidade possível e mediante o acompanhamento de um colega de trabalho. Enfim, que seja realizada com moderação e respeitada a dignidade do trabalhador”.

Além disso, é evidente que a inspeção só tem lugar quando, pelas circunstâncias em que o obreiro desenvolve seu ofício e a própria natureza da atividade empresarial, houver justificativa razoável para o ato, ou seja, “deve haver circunstâncias concretas que justifiquem a realização da revista, como,

por exemplo, a existência de bens na empresa que sejam suscetíveis de subtração, e que, ademais, seja impossível a verificação dessas possibilidades de furto por outros meios, como, por exemplo, a utilização de aparatos tecnológicos” (MORAES, 2003, p. 92).

Diante disso, haveria razão, por exemplo, para uma concessionária de automóveis ou mesmo uma empresa de telemarketing fiscalizar tão de perto seus funcionários? Parece que não. Situação inversa é a de um grande supermercado, no qual são comercializados produtos de todas as espécies e tamanhos, muitos deles facilmente ocultáveis.

Mas, repita-se, mesmo nas hipóteses em que a situação concreta justifique a revista, há limites, impostos por princípios e regras gerais, extraídos tanto do âmbito constitucional (Ex: art. 1º, III; art. 5º, X) quanto infraconstitucional (Ex: artigos 11 a 21, 186 e 187 do CC/02), sendo o maior deles a dignidade humana, “bem juridicamente tutelado, que deve ser preservado e prevalecer em detrimento do excesso de zelo de alguns maus empregadores com o seu patrimônio” (FLORINDO, 1999, pg. 80).

Sobre esse ponto, oportuna a preleção de Maurício Godinho Delgado:

“...existem na Constituição, regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade mínimas da pessoa natural do trabalhador. A regra geral da igualdade de todos perante a lei e da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, CF/88). A regra geral de que ninguém será submetido... a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF/88). A regra geral que declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5, X, CF/88). As regras gerais clássicas no sentido de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente de que ninguém

será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIII e LIV, da CF/88).

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira básica ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no país” (apud FLORINDO, 1999, p. 84).

Um caso onde o empregador desgarrou-se desses parâmetros, vindo a cometer desmedido abuso, nos é trazido por Sergio Pinto Martins (2007, p. 68), com base em informação da revista *Veja* de 19 de junho de 1991, no qual o juiz Sérgio de Souza Verani, da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, condenou o proprietário da empresa De Millus a elevada multa, por incorrer na prática de crime de constrangimento ilegal ao submeter 3.000 empregadas do setor de produção a revistas periódicas, no final do expediente. As operárias eram encaminhadas a cabines sem cortina, em grupos de trinta, e recebiam instruções para levantar as saias e blusas ou abaixar as calças compridas, a fim de que fossem examinadas as etiquetas de peças íntimas e, quando ocorria de estarem menstruadas, deveriam mostrar a ponta do absorvente higiênico para provar que não haviam peças escondidas no local.

O fato relatado acima é mais grave do que a simples vistoria em objetos pertencentes ao empregado, como bolsas e mochilas, ou nos bolsos de suas roupas. Trata-se, na verdade, de verdadeira revista íntima, inquestionavelmente invasiva da intimidade da pessoa humana, tanto que hoje se encontra proibida pelo citado artigo 373-A, VI, da CLT, introduzido pela Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, e não só em relação às mulheres como uma interpretação a *contrario sensu* pode indicar, mas, em virtude do princípio da

igualdade, também aos homens.

Para finalizar, consignamos nossa concordância com as sugestões feitas, *de lege ferenda*, por Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, divulgadas por Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 92/93), que também as endossa, às quais acrescentamos as demais considerações já feitas e que aí não se encontram.

Veja-se:

Primeiro, que todos os trabalhadores devam ter conhecimento da praxe do uso da revista pelo empregador.

Segundo, que a revista seja impessoal, vale dizer, dirigida a todos os empregados, evitando a parcialidade e perseguições pelos prepostos da empresa.

Terceiro, que na empresa exista uma comissão paritária de representantes de empregados e empregadores para organizar a revista nos empregados.

Quarto, que o empregado tenha conhecimento de que será vigiado durante a prestação dos serviços mediante aparelhos audiovisuais e mecânicos.

Quinto, que haja uma regulamentação em normas coletivas, ordenando a fiscalização dos empregados.

c) Exposições vexatórias

Definitivamente, a honra é, e sempre foi, um dos maiores bens do ser humano, talvez o maior, talvez esteja acima da própria vida, como sentenciou Ariosto. A razão disso, segundo dizem, está em que a honra subsiste ao próprio fim da vida, perdurando em reminiscências. Veja-se o que afirmou Vieira:

“É um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conta anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia, afronta, afeia, escurece e faz abominável um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar” (*in* MELO, 2007, p.155).

Na definição de Nehemias Domingos de Melo (2007, pg. 155/156), apoiado em Yussef Said Cahali, “a honra é o sentimento da nossa própria dignidade, quer como apreço e respeito de que somos objetos ou nos tornamos merecedores perante nossos concidadãos, quer como um bem precioso que está necessariamente condicionada à tranqüila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade. Assim, relevam dois aspectos que merecem destaque: a honra subjetiva, enquanto auto-estima ou consciência da própria dignidade, e honra objetiva, enquanto consideração e respeito que se obtêm no meio social”. Por isso – prossegue o autor – “o ataque à honra está intimamente ligado à afronta aos sentimentos de respeito, retidão, probidade, lealdade, caráter, reputação, estima, conceito e de boa fama, de tal sorte que lesionar qualquer destes bens enseja a reparação civil por danos morais, a teor do que dispõe nossa Constituição Federal (art. 5º, V e X)”.

Apesar de todo esse reconhecimento social e jurídico, esta parcela da dignidade humana tem sido alvejada pelas mais variadas formas, mormente no âmbito das relações de emprego.

Com efeito, muitas atitudes tomadas por empregadores, no exercício

do poder de cobrança e fiscalização, ou simplesmente com o intuito de fazer graça, quando não observados certos limites, descambam para a ilicitude, ferindo a individualidade do trabalhador alvo delas.

Felizmente, nossos tribunais têm reconhecido a ilegalidade de várias dessas práticas, condenando sistematicamente os maus empregadores a indenizarem quem quer que tenha sido por elas atingido. Nehemias Domingos de Melo (2007, p. 158) nos dá alguns exemplos: “brincadeiras vexatórias impostas ao empregado, como pena pelo não atingimento de metas, que se vê obrigado a imitar animais ou beijar outros companheiros de trabalho caracteriza tratamento vexatório, equiparado a ato ilícito, ensejador da reparação por danos morais. Também enseja reparação quando o funcionário é obrigado a suportar torta ou carbono no rosto ou participar do ‘desafio do babaca’, consistente em desfilarem de *top* ou minissaia. Da mesma forma o empregador ou seus prepostos que se dirigem aos empregados utilizando-se de expressões tais como ‘macaco velho’, ‘p... velha’, expressões injuriosas cuja utilização tem como finalidade atingir a pessoa nos seus sentimentos mais íntimos”.

O clima de descontração e informalidade no ambiente de trabalho, próprio dos brasileiros, não pode ser motivo de desrespeito aos direitos de quem nele convive, sob nenhum pretexto, pena de confundir-se piada com humilhação.

É o que indica a seguinte ementa:

“Dano moral. Caracterização. Verifica-se dos depoimentos das testemunhas da reclamante que era atribuído à autora, por seu chefe, tratamento que ofendia sua dignidade. A autora era chamada de ‘gordinha’. Evidentemente que a autora não gostou do adjetivo qu

lhe era atribuído, porém não podia reclamar na vigência do contrato de trabalho, sob pena de ser dispensada. Todas as pessoas têm nome, que fica incorporado ao seu patrimônio moral. Tendo nome a autora, não poderia ser chamada de 'gordinha' com sentido pejorativo. Indenização por dano moral mantida. (TRT 2ª R., 2ª T., 20040328770 [01836.2002.029.02.00-2], Rel. Sergio Pinto Martins)".

No caso acima entendeu-se que houve menosprezo e violação da intimidade da autora da ação, apesar de, pelo apelido dado, parecer uma simples "brincadeira".

A respeito, Enoque Ribeiro dos Santos (1998, p. 134) traz a lição de Antonio Chaves, segundo a qual "a intenção de caçoar, quando evidente das circunstâncias do fato, elimina a aptidão ofensiva das palavras ou atos. É bem de ver que não devem ser excedidos certos limites. As pilhérias chamadas de mau gosto, sujeitando à pessoa ao ridículo e à galhofa, não se coadunam com uma intenção inocente. Não é admissível que, por amor às pilhérias, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa de reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar, outra é ridicularizar. O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação".

Outro caso envolvendo "brincadeira" e "apelido" foi o seguinte:

"Dano moral. Configuração. Configura-se o dano moral quando a prova demonstra que a autora foi ofendida moralmente, pois a empresa determinava que a obreira colocasse sobre sua mesa de trabalho tartaruga de brinquedo a fim de identificar o descumprimento de metas fixadas. Isso era recebido com constrangimento pelos demais colegas. O gerente chamava a reclamante de Magda, em alusão à personagem vivida por Marisa Orth no programa da TV Globo, que era considerada burra e também que a reclamante deveria 'parar de comer bananas'. Evidente o dano moral, que deve ser reparado pela empresa. (TRT 2ª R., 2ª T., 20030761195 [00981.2003.051.02.00-8], Rel. Sergio Pinto Martins)".

Já a decisão a seguir tem o mérito de consignar que o poder diretivo do empregador é relativo, encontrando limites nos direitos fundamentais do obreiro:

“O poder diretivo do empregador, que contempla a chancela da fiscalização do dever de pontualidade atribuído ao empregado, não é absoluto. Isso porque ele encontra limitação em outra garantia fundamental que resguarda a inviolabilidade do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem dos trabalhadores. Nesta sistemática, o tratamento desproporcional, constrangedor e até mesmo discriminatório adotado pelo empregador desvirtua-se dos fins regulares do contrato de trabalho, devendo ser considerada ilícita a situação de sujeição imposta ao autor, quando este chegava atrasado às reuniões da empresa e tinha que se submeter a ‘brincadeiras’ vexatórias de imitar animais, travestis ou, ainda, beijar outros companheiros de trabalho. A adoção desse tipo de tratamento vexatório caracteriza o ato ilícito, na medida em que houve o extrapolamento do poder diretivo do empregador. A obrigação de indenizar, neste caso, materializa-se em face da identificação do nexa causal entre o ato ilícito e a lesão ao direito subjetivo amparado pelo art. 5º, X, da CR/88” (TRT 23ª R. – RO 00210.2004.036.23.00-4, Cuiabá – Rel. Juiz Tarcísio Valente – DJMT 31.08.2005 – p. 37)

Há ainda inúmeras outras situações que ocorrem dia após dia na vigência dos contratos de trabalho país afora, algumas bem frequentes, outras mais inovadoras, sendo impossível dizer taxativamente quais são admissíveis e quais não o são. Daí a importância da jurisprudência nesses casos, pois à medida que determinado tipo de comportamento é reiteradamente repudiado pelos tribunais, estabelecem-se padrões de conduta que devem ser evitados, arcando o empregador com as custas de sua inobservância, entre as quais se inserem a indenização por dano moral e eventual rescisão indireta com fundamento no artigo 483, e, da CLT.

4.4 Momento da Extinção do Contrato de Trabalho e Fase Pós-contratual

O momento do encerramento do vínculo laboral, no qual os ânimos se encontram sob maior tensão, é palco deveras propício à lesão de direitos imateriais dos contratantes, sobretudo se marcada a relação por dissabores, quando então a eclosão de ofensas é quase certa.

Nesse sentido, afirma Enoque Ribeiro dos Santos (1998, pg. 135) que “em não havendo ponderação e equilíbrio de uma das partes contratantes, ou existindo algo mal resolvido entre elas no passado, que não raro acontece, este momento mais acalorado poderá ser palco de troca de insultos, acusações infundadas e inverídicas, calúnias, difamação, etc., produtoras do Dano Moral Trabalhista”.

Recomenda-se, então, maior comedimento nesta fase do que em qualquer outra, de modo a evitar justamente que alguma atitude impensada, tomada impetuosamente, venha a lesionar a esfera jurídica de outrem, fazendo surgir a obrigação de reparação como consequência.

Ainda, pode ocorrer de ataques a direitos da personalidade se darem depois de passado todo o tempo do contrato e do momento de sua rescisão, pois sempre um ex-empregador poderá causar prejuízo a um ex-empregado, e vice-versa. Assim, destacamos abaixo duas hipóteses que podem ocorrer no momento da extinção do contrato de trabalho, e uma típica da fase pós-contratual.

a) Anotação do motivo da demissão na Carteira de Trabalho

A identificação profissional do trabalhador é feita por meio de sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, “obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada” (artigo 13 da CLT).

Nos artigos 29 a 34 cuida a Consolidação das anotações a serem feitas na CTPS, as quais devem retratar a evolução profissional do trabalhador, especialmente as informações básicas acerca do contrato de trabalho, como a data de admissão, a forma e o valor da remuneração, algumas condições especiais (prazo determinado, jornada diferenciada etc.), se houver, e, quando encerrar-se o vínculo, a sua data.

No que se refere a esta última informação, sobre a despedida, caso ocorra por justa causa não é de ser aposto o motivo que a ensejou, ainda que provado, pela própria natureza dos atos que levam àquela sanção, em si desabonadores.

Com efeito, anotações desse tipo podem trazer sérios prejuízos ao demitido, reduzindo-lhe, ou, dependendo do ramo em que atue, até excluindo as chances de ele obter novo emprego. Assim, desinteressa saber se há ou não causa justa para a despedida, porque em ambos os casos não devem ser expostos os motivos na CTPS, tanto que inexistente previsão legal nesse sentido.

Em seus “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, Valentin

Carrion observa que “anotações desabonadoras à conduta do empregado são vedadas; trariam ao seu titular sérios transtornos para distinguir as inscrições justas e objetivas das subjetivas ou mesmo das falsas...” (apud PAMPLONA FILHO, p. 94). Aliás, justamente pela dificuldade dessa distinção que os dados que o empregador faz constar na CTPS não têm valor absoluto, gerando apenas presunção relativa de veracidade quando exigida para fazer prova em juízo, perante a Previdência Social e em qualquer outra situação (Súmula 225 do STF e Súmula 12 do TST).

A questão, como se pode notar, não se trata da veracidade ou falsidade da anotação desabonadora, de estar comprovada ou não, mas simplesmente da própria anotação, que é vedada em todos os casos, expressamente desde 2001, pelo § 4º do artigo 29 da CLT (que diz: “É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social”), e desde sempre pelos princípios consagrados na Constituição Federal.

Isso não significa, todavia, que, havendo a inscrição do fundamento de uma eventual justa causa do empregado (artigo 482 da CLT), em sua carteira de trabalho, a veracidade dele não tenha relevância. É claro que tem, mas simplesmente para influir no montante da indenização, sendo obviamente maior quando a afirmação for falsa ou não comprovada, e menor na hipótese inversa.

Em síntese, quer-se aqui dizer que a demissão motivada nos incisos do artigo 482 da CLT já representa suficiente sanção ao empregado, sendo totalmente desnecessário consigná-la no seu documento de identificação

profissional. Tal atitude, de um lado, implicaria em indelével mácula à reputação do trabalhador e, de outro, nada satisfaria ao empregador, a revelar um notório propósito difamatório.

No sentido do texto foi o seguinte julgado:

“ANOTAÇÕES DESABONADORAS CONSIGNADAS PELA RECLAMADA NA CTPS DA RECLAMANTE. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Restou inequívoco nos autos que a reclamada procedeu anotações desabonadoras na CTPS da autora. As acusações imputadas à reclamante e consignadas em sua CTPS demonstraram-se infundadas e não restaram provadas. Repercutiram na esfera moral da demandante, já que feriu sua auto-estima e dignidade, maculando sua imagem perante terceiros. Ademais, mesmo que restasse provada as alegações da defesa (o que não foi feito, frise-se), tal fato não autorizaria atitude da reclamada. Isto porque o § 4º do artigo 29 da CLT, peremptoriamente, veda ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua CTPS. Logo, a reclamada cometeu ato ilícito, o qual, no presente caso, repercutiu na esfera moral da autora. Exsurge, pois, o dever de indenizar, nos termos dos artigos 159 e 1.518 do CCB. (TRT 9ª Reg. – Proc. 26161-2000-016-09-00-8 – Ac. 2004/03, Rel. Juiz Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, DJPR 12.9.03, p. 460)

b) Comunicação falsa de abandono de emprego em órgão de imprensa

Entre as causas arroladas pela lei trabalhista como justas à demissão se inclui o abandono de emprego (alínea *i* do art. 482).

Em termos financeiros, as conseqüências do reconhecimento de uma justa causa são, para o empregado, deveras prejudiciais, uma vez que a sua configuração lhe retira o direito a verbas trabalhistas conquistadas durante o desenrolar da prestação de serviço, como as parcelas referentes às férias e décimo terceiro salário proporcionais, além do próprio aviso prévio. Ao

empregador, então, sendo quem as deveria saldar caso se tratasse de dispensa imotivada, aquelas conseqüências, sob o ângulo analisado, são interessantes, pois importam em menor dispêndio econômico.

É com esse intuito, de diminuir os gastos, que muitas situações são forjadas para dar enquadramento nas alíneas do artigo 482 da legislação consolidada, ou pelo menos tentar fazê-lo. Uma delas é a divulgação na imprensa - geralmente em jornais - de um chamamento ao trabalhador para que volte à empresa, sob pena de caracterizar-se o tal abandono.

Esquecem os empregadores que assim agem, todavia, que para a configuração desta prática não basta a mera reiteração de faltas do empregado. Exige-se, além deste elemento objetivo, a demonstração da intenção do empregado em não retornar ao serviço, do *animus dereliquendi* (elemento subjetivo), o qual é presumível quando se passarem 30 dias, nos termos da Súmula 32 do TST. Ou seja, decorrido o prazo fixado na referida súmula, passa a ser ônus do empregado a prova de que não houve abandono, devendo justificar as faltas.

Não há, assim, razão jurídica - nem previsão legal - que recomende ou determine aquele proceder de convocação via imprensa do funcionário faltoso, parecendo mesmo, à primeira vista, tratar-se de intenção fraudulenta, que a publicidade dada tenta mascarar. Ainda mais quando essa notificação pode ser feita diretamente, pois, sabendo o empregador o endereço de seu subordinado, uma carta com aviso de recebimento é mais eficaz que um jornal de grande circulação, que nem todo trabalhador pode ler.

Comentando a questão, Rodolfo Pamplona Filho (1999, pg. 96), com certa ironia, disse não conseguir “vislumbrar de quem foi a ‘grande idéia’ de instituir tal procedimento, como se houvesse uma presunção legal de que tal prática inferisse a cientificação do empregado de sua convocação para retornar ao serviço”, acrescentando ainda que “Tal conduta, que pretende demonstrar à comunidade que o empregado abandonou o serviço, pode gerar efeito inverso, pois caso a comunicação seja efetivamente falsa, o próprio empregador terá feito prova de ato violador da boa reputação do trabalhador, gerando o direito à reparação do dano moral correspondente”.

Fazemos uma única ressalva nessa passagem, porque não importa se de fato houve o abandono de emprego, que ainda assim estará o empregador impedido de divulgar o fato na imprensa, sob pena de atentar contra a imagem do empregado (vale aqui a mesma orientação do item anterior, acerca das anotações na CTPS). Deve simplesmente tentar a notificação pessoal ou esperar o transcurso do prazo previsto na Súmula 32 do TST (que lhe garante a presunção de abandono) ou ainda, se puder provar de imediato por outro meio, rescindir o contrato mesmo antes dos 30 dias. A opção da comunicação na imprensa, falso ou não o chamado, decerto dará ao empregado o direito de ser indenizado.

c) Divulgação de “listas negras”

É muito comum as empresas, antes de dar por certa a contratação, solicitarem informações aos dirigentes das empresas por onde anteriormente passou o futuro contratado, com o fim de obter outros dados sobre a sua

pessoa. Tais informações, a depender do grau de positividade ou negatividade que revelarem, podem decidir a sorte do postulante a um novo emprego, eis que ao novo empregador interessa saber sobre o comportamento funcional e o perfil de quem vai trazer para trabalhar em seu negócio, e nada como a convivência e a experiência própria para demonstrar isso.

Mas alguns ex-empregadores vêem esta oportunidade como forma de dar o troco em trabalhadores que contra eles ajuizaram ação trabalhista (na legítima busca de seus direitos), colocando-os em uma relação de empregados “indesejáveis” ou “inconvenientes”, cujo único objetivo é dificultar-lhes o acesso ao mercado de trabalho. Formam-se, assim, as denominadas “listas negras”.

Também membros de sindicatos, pelo simples fato da militância, malvistas que são por esses maus empregadores, costumam ser punidos com a inscrição de seus nomes em tais listas, para que não voltem a “importunar” aqueles que pagam - ou deveriam pagar - seus salários.

Ocorre que este expediente é indiscutivelmente ilegal e lesa, de uma só vez, os patrimônios material e moral de suas vítimas, pois privação de renda e ofensa à dignidade dele decorrem simultaneamente, gerando direito à indenização por ambos.

Assim entende Rodolfo Pamplona Filho (1999, pg. 100), para quem “Conseguindo-se a prova efetiva de tal fato, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial, quanto moral, vez que foi ‘expurgado’ do mercado de trabalho, sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado”.

5. QUESTÕES JUDICIAIS

5.1 Competência

Existia até pouco tempo atrás profunda discussão acerca da competência jurisdicional para julgar casos de dano moral oriundo da relação de emprego. Felizmente, porém, desde os idos de 1998, por conta do pronunciamento do STF no RE 238.737-4/SP, já não há dúvidas a respeito da competência para o julgamento de tais demandas, ficando ali decidido que a matéria é de ser apreciada pela Justiça do Trabalho.

Assim ficou ementada a referida decisão:

“Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes de imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil” (1ª T., RE 238.737-4-SP, j. 17.11.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 5.2.99)

Ressalte-se que essa mesma fundamentação – de irrelevância da utilização de institutos civis para o equacionamento de lide trabalhista, que se contrapôs ao principal argumento dos que advogavam a competência da Justiça Comum - já havia sido adotada pelo STF na decisão do Conflito de Competência nº 6.959-6/DF, embora este caso não tratasse especificamente de danos morais, mas de uma promessa de venda de imóvel relacionada com o contrato de trabalho.

Assim, somente para ilustrar a celeuma que se passou, citaremos algumas decisões de várias cortes brasileiras, inclusive Superiores. Assim, são exemplos de julgados em favor da competência da Justiça Comum o RR nº 145366/94.7 (TST), Ac. 1ª T. 2.068/95, Rel. Min. Lourenço Prado, j. 3.5.95, LTr 59-10/1396; o CC 11.732-1-SP (STJ), Ac. 2ª S. 94/0037430-5, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.5.95; o CC 3184-8/SP (STJ), Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 28.10.92; e ainda TRT/SP 02950030739, Ac. 5ª T. 19.389/96, Rel. Min. Francisco Antonio de Oliveira, j. 9.4. 96, dentre outros. Pela competência da Justiça Laboral temos o RO 09136/93 (TRT/9ª Região), Ac. 1ª T. 17.351/94, j. 17.5.94, Rel. Juiz Santino Gonçalves; REO/RO 94 .011783-5, Seção Especializada, Rel. Juiz José Fernando Ehlers de Moura, j. 11.4.95; o RO (TRT/9ª R.) 59.996/91, Rel. Juiz Pedro Ribeiro Tavares, DJ do Paraná de 14.8.92; e o RO 1084/95 (TRT/23ª R.), Ac. TP 2348/95, Rel. Juiz Roberto Benatar, j. 9.10.95, também dentre inúmeros outros.

Finalmente, em 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45 (publicada no dia 31 de dezembro), passou a existir em nosso sistema de direito positivo a previsão de que “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar”, entre outras, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (artigo 114, VI, da CF/88), o que sepultou de vez qualquer entendimento contrário ainda existente.

A única divergência que remanesce é se ao Judiciário Trabalhista cabe conhecer apenas de danos ocorridos durante a relação de emprego (fase contratual), ou se sua competência abrange também as fases pré e pós-contratual. Analisemos então a questão sobre esses dois períodos, começando

pelo anterior.

João de Lima Teixeira Filho (apud FERRARI; MARTINS, 2008, p. 58) pensa que “o dano moral verificado durante o processo seletivo de candidato a um posto de trabalho refoge à competência do Judiciário Trabalhista”. E justifica dizendo “que a apreciação do ato lesionante se situa em período pré-contratual, não lastreado por uma relação jurídica de emprego ou de trabalho, sustentáculo sobre o qual se erige a competência da justiça Especializada. A reparabilidade do dano moral praticado nessas circunstâncias insere-se, pois, na competência da Justiça Comum”.

Pinho Pedreira (apud FERRARI; MARTINS, 2008, p. 58/59), de seu turno, posicionava-se pela competência da Justiça Laboral, mas passou a entender que “nos termos do artigo 114 da Constituição, ela está subordinada à extinção da relação de trabalho e esta, no período em questão, ainda não se perfez”.

Tal argumentação é mesmo forte, tanto que ainda tem apoio no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da seguinte ementa:

“Ação cujo autor pleiteia indenização por danos decorrentes de situação vexatória a que teria sido submetido quando de exame admissional para integrar os quadros da ré – Competência da Justiça Comum”. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 49.194 – RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Realmente, a princípio parece não haver razão para que fatos ocorridos durante simples tratativas de emprego venham a ser discutidos fora da Justiça Comum, dada a inexistência de qualquer relação de trabalho. Entretanto,

chegar a essa conclusão de forma definitiva pelo só motivo de as partes, nesse momento, ainda não se relacionarem como empregado e empregador é, *data venia*, raciocínio demasiadamente simplista.

Assim, tem razão Guilherme Augusto Caputo Bastos (2003, pg. 63) quando afirma que “Para definir-se em favor da Justiça do Trabalho dita competência para dirimir a controvérsia da reparabilidade dos danos morais, é indispensável que se saiba identificar a concernência do nexos causal da lesão moral perpetrada com a relação de trabalho ou emprego, seja em qualquer de suas fases – pré-contratual, contratual e pós-contratual...”.

Em outras palavras, ao alcance da competência daquela Justiça Especializada não estão apenas fatos havidos entre empregado e empregador, senão também aqueles ocorridos em determinadas situações que justifiquem a extensão dessa parcela especial da jurisdição, seja pela proximidade fato-trabalho, seja pela incidência de norma de natureza trabalhista. Nessas hipóteses, não importa a falta de um contrato de trabalho que vincule as partes de uma eventual demanda que ainda assim terão elas de se dirigir ao foro trabalhista.

Parece ser este o melhor entendimento.

Explicam, com acerto, Irandy Ferrari e Melchíades R. Martins (2008, pg. 59) que “a competência é da Justiça do Trabalho nos casos em que fica marcante que os fatos se convergiam ou se relacionavam com uma possível formalização de um contrato de trabalho e que não se verificou também por razões a ele ligado”.

Valdir Florindo (1995, pg. 764), abeberando-se na doutrina de Délio Maranhão, ainda antes da alteração do artigo 114 da CF – promovida pela já mencionada EC 45/2004 – argumentou nesse sentido:

“Se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e razoável (*culpa in contrahendo*), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (interesse contratual negativo), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto mais vantajosa. Consideramos perfeitamente cabível uma ação desta natureza na Justiça do Trabalho, em face do artigo 114 da Constituição, que fala em ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’. Dir-se-á que relação não se chegou a completar. Mas o dano se apura, na hipótese, em função de sua previsível formação e a culpa ocorre na fase preliminar de um contrato de trabalho, embora no nascedouro (Instituições de Direito do Trabalho, 12ª ed., vol. I, São Paulo: Editora LTr, pg. 241)”.

A mesma orientação também é defendida pelo professor Amauri Mascaro Nascimento (apud PAMPLONA FILHO, pg. 115), que alerta para os problemas que surgem “quando há contrato escrito para início futuro da relação de emprego e esta não começa na data apazada por oposição do empregador que, supervenientemente, desinteressou-se do empregado. A lei não resolve a questão. Se resultarem prejuízos ao empregado, que contava com o novo emprego e se desfez de outras obrigações em função do ajuste com o novo empregador, o empregado terá direito às reparações que serão cíveis de acordo com o princípio da indenização por danos. A competência para apreciar a questão será da Justiça do Trabalho em face do disposto no art. 114 da Constituição Federal ao atribuir-lhe poderes para resolver controvérsias oriundas das relações de emprego”.

Outro exemplo que caberia na tese ora defendida é a não contratação

discriminatória, motivada em aspectos como sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, pois aí incidiria a Lei 9.029/95, que em parte tem nítida natureza trabalhista, uma vez que, regulamentando o inciso XXX do artigo 7º da CF/88, proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Imagine-se ainda a costumeira prática de se exigir o empregador que o postulante à determinada vaga em sua empresa se submeta a testes psicotécnicos, à prova grafológica ou qualquer outro meio descortinador de todo o seu universo psicológico, e depois, além de não contratá-lo, ainda divulga os resultados obtidos, ou simplesmente os sonega ao analisado. Tais meios, mais que polêmicos, são por muitos considerados ilícitos em si mesmos, donde serem fontes certas de pedidos de indenização por dano moral. E é por demais evidente que ordinariamente nenhum candidato a emprego se recusa à aplicação destes testes, já que tal significará sua exclusão do processo de seleção. Se isso não se iguala à subordinação jurídica de um empregado para com o seu empregador, onde se tem claramente uma desigualdade, ao menos pode-se dizer que o candidato age pressionado pela necessidade do emprego, justificando ainda mais a competência trabalhista (mais acostumada com a desigualdade entre seus litigantes).

No que respeita ao período ulterior ao fim do contrato, partimos da seguinte premissa: dependerá do liame da ofensa irrogada com a pretérita relação de emprego.

Por isso, com todo o respeito, discordamos de Rodolfo Pamplona Filho

(1999, p. 118), que se expressa nestes termos:

“...entendemos que o dano moral ocorrido em fase pós-contratual *strictu sensu* (ou seja, depois do término da relação de emprego) não deve estar sob a competência da Justiça do Trabalho.

Isso porque a condição de empregado e empregador já estará há muito dissolvida pelo transcurso do tempo, sendo o ato lesivo à honra (de qualquer dos sujeitos da antiga relação de trabalho) praticado não mais em função da qualificação jurídica decorrente da relação de emprego, mas sim com o objetivo danoso específico em relação ao patrimônio moral do ex-empregado como pessoa e cidadão, não se justificando trazer-se a competência para a apreciação de tais atos para a Justiça Laboral”.

Pinho Pedreira também diverge dessa posição, por dois motivos: “1º) porque o ato lesivo à honra é apenas um dentre os muitos tipos de dano moral; 2º) e, principalmente, porque a competência na fase pós-contratual só existe quando o dano se vincula ao contrato de trabalho, como no caso dos empregadores que se dirigem a outros transmitindo-lhes informações desabonadoras e falsas sobre ex-empregado ou incluem o nome deste em lista”. E acrescenta que “o fato de estar extinta (a relação de emprego), esta é irrelevante para o efeito da competência, tanto que ninguém discute a respeito desta para as reclamações de ex-empregados por despedida...” (in FERRARI; MARTINS, 2008, p. 59).

Nesse diapasão, o ponto realmente determinante à definição do rumo a tomar a demanda é a ligação, ou não, do ato infamante praticado com o vínculo empregatício que se passou, isto é, se atinge a pessoa do cidadão em si, como atingiria qualquer outro, ou se mira a pessoa do ex-empregado, nessa qualidade.

Entendimento diverso não encontra arrimo no dispositivo constitucional de regência, o art. 114, VI, que diz competir à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, *decorrentes* da relação de trabalho” (destaque nosso). Isso porque aí não se faz qualquer menção à fase em que ocorreu o dano, bastando que este seja decorrente de uma relação trabalhista para a ação correspondente estar sujeita ao crivo da magistratura do trabalho.

Daí a precisão dos seguintes arestos:

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios motivados por dano moral não se estabelece linearmente, mas em decorrência da situação jurídica em que se encontra o trabalhador, nos períodos pré-contratual, contratual e pós-contratual, e do nexos de causa e efeito entre a lesão perpetrada e o vínculo de emprego. Recurso conhecido e provido.” TST – RR-446.080/1998 – (Ac. 4ª T.) – Rel. Min. Barros Levenhagen. (*in* FERRARI; MARTINS, p. 67)

“(...) para um litígio ser processado perante este ramo do Poder Judiciário, sujeitando-se à vis atractiva emanada do dispositivo consubstanciado no art. 114 da Constituição Federal, basta a existência de um nexos de causalidade com o pacto laboral, de forma que sua causa de pedir possa ser referida a uma relação de trabalho preexistente. Por outras palavras, para que a competência material da Justiça do Trabalho remanesça configurada, os fatos que fundamentam o direito alegado devem ter sua gênese na relação laboral, ainda que, no momento da propositura da ação, esta já tenha encontrado seu termo *ad quem*... O tema trazido à consideração desta Egrégia Corte, relativo ao ressarcimento dos danos morais decorrentes da prática do ato discriminatório suso declinado, circunscreve-se, indubitavelmente, nos limites da competência deferida a este ramo especializado do Poder Judiciário. Com efeito, embora o fato em comento tenha ocorrido posteriormente ao término da relação de emprego, tal circunstância não descaracteriza a natureza trabalhista da lide, posto que a referida discriminação se encontra diretamente vinculada à propositura da reclamatória trabalhista destinada a discutir direitos oriundos do contrato de trabalho, apresentando indiscutível nexos de causa e efeito com o pacto laboral. Para se inferir a existência do mencionado vínculo, é suficiente considerar que, abstraído a preexistente relação empregatícia, a demanda em apreço perderia seus fundamentos

lógicos e sua razão de ser.” (TRT da 18ª Região, RO n.2824/2001 Relator Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho, Revisor: Juiz Aldivino A. da Silva) (CAPUTO BASTOS, p. 65)

Esta posição não significa jamais que toda e qualquer ação indenizatória envolvendo ex-empregado e ex-empregador deverá ser processada nos termos do artigo 114 da Constituição Federal. Não. O que se está a defender é que a situação concreta dirá qual o foro competente, dependendo, para acionar-se aquele dispositivo constitucional, de uma relação, de um vínculo do dano com o findo contrato de emprego.

Assim, o ex-empregado deverá procurar a Justiça Comum no caso de ação por dano moral sofrido em virtude de vício no produto comercializado por seu ex-empregador, de quem o tenha adquirido, pois a relação aí será meramente de consumo. De igual modo deverá agir caso pretender propor ação baseada em acidente de veículo, em razão do que foi insultado por ex-empregador que dirigia o automóvel colidente. Aliás, nesses casos nem mesmo a vigência do contrato alteraria o foro.

De outro lado, a Justiça do Trabalho seria o foro correto, por exemplo, para pleitear danos decorrentes de inclusão de nome em “lista negra”, como na forma tratada no capítulo anterior.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins (2007, pg. 108) afirma que “É preciso fazer distinção do dano moral ocorrido, para os fins inclusive de se verificar a competência da Justiça do Trabalho. Se a afirmação é feita à pessoa civil, a competência seria da Justiça Comum. Se a afirmação é decorrente do contrato e, por exemplo, foi proveniente da dispensa do trabalhador, estamos

diante da competência da Justiça do Trabalho. Deve-se verificar a quem foi imputada certa conduta negativa, se o foi à pessoa civil ou ao cidadão, como desonesto, ímprobo, ou se ela foi endereçada ao empregado, chamando-o de desonesto. Se o empregado foi acusado de certa situação enquanto trabalhador que prestava serviços na empresa, a competência será da Justiça do Trabalho para apreciar a indenização decorrente de dano moral”.

Também Dallegrave Neto (2005, pg. 116) assevera que “A competência material para apreciar o dano moral oriundo da violação de deveres de lealdade, proteção e informação decorrentes da relação de trabalho é da Justiça do Trabalho, vez que tais deveres de conduta são anexos ao contrato de trabalho, ainda que em sua fase *pos! pactum uinitum*. Observa-se que quando, *v. g.*, um ex-empregador difama ou calunia seu ex-empregado com informações distorcidas atinentes ao contrato de trabalho, assim está agindo não na condição de um sujeito qualquer que afronta a personalidade de outrem, mas especificamente de um sujeito investido na qualidade de contratante. O status jurídico do agente (ex-empregador) e da vítima (ex-empregado) é fundamental para a conclusão de que trata de um direito relativo aos contratantes, ainda que já extinto o contrato”.

Afora todas essas colocações, baseadas diretamente na CF/88, pode-se ainda buscar amparo no artigo 652, IV, da CLT, que atribui competência à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar “os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho”.

5.2 Prova

Questão tão relevante quanto polêmica é a de como deve ser feita a prova do dano moral, dividindo-se a doutrina em três correntes: a) a atividade probatória deve se desenvolver à semelhança do que ocorre para o dano material, sem distinção; b) a tese da prova *in re ipsa*; e c) e uma terceira que toma por base as presunções simples.

Por sujeitar às mesmas condições probatórias hipóteses de natureza diversa, como o são os danos materiais em relação aos morais, de plano verifica-se a inadequação da primeira tese. Isto porque enquanto aqueles são verificados objetivamente, com reflexos no mundo exterior, e assim de fácil mensuração e demonstração, estes atingem a esfera subjetiva da vítima, o que inviabiliza sua comprovação pelos meios ordinários.

Nessa ordem de idéias, destaca-se a observação de Wladimir Valler:

“...nessa matéria de prova do dano moral não se poderá exigir uma prova direta. Não será, evidentemente, com atestados médicos ou com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, aflição, em suma, o dano moral alegado por aquele que pleiteia, em juízo, a reparação” (*in* CAPUTO BASTOS, 2003, p. 70/71)

Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 83), por sua vez, assevera que “por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimento, documentos ou perícia; não teria ela como

demonstrar o descrédito, repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais”.

Em sentido oposto à primeira posição, e que hoje parece contar com a maioria da doutrina, existe a tese segundo a qual não há falar em prova do dano moral, mas tão-somente do evento lesivo. Os que a defendem alegam que todo o esforço probatório deve ser dirigido aos fatos sobre os quais se assenta a pretensão, de cuja comprovação se presumirá de modo absoluto o prejuízo moral.

Carlos Alberto Bittar é adepto desta corrente, tendo afirmado que:

“O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que fala em *damnum in re ipsa*. Ora, trata-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, como qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral” (*in* MORAES, 2003, p. 106).

Já a última posição, adotada por Rodolfo Pamplona e Caputo Bastos, configura um meio-termo entre as anteriores. Segundo ela, a prova em questão deve admitir a utilização da presunção *hominis*, mas em termos relativos (*iuris tantum*), com fundamento nos artigos 212 do vigente Código Civil e 335 do Código de Processo Civil.

Tais presunções, nas palavras do eminente Moacyr Amaral Santos, consistem “nas consequências que o juiz, como homem, e como qualquer homem criterioso, atendendo ao que ordinariamente acontece (*quod lerumque*

accidit), extrai dos fatos da causa, ou suas circunstâncias, e nas quais assenta sua convicção quanto ao fato probando” (apud CAPUTO BASTOS, 2003, p. 71)

Desta forma, argumenta Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 133), “para que o juiz se convença da existência do dano moral, deverá o autor indicar os indícios que possibilitem a configuração da presunção de que se trata de algo que ordinariamente acontece, o que não deixa de ser uma atividade processual instrutória concreta”.

Entretanto, há aí um equívoco quanto ao objeto da prova.

Com efeito, ao se dizer que em sede de dano moral há presunção *iuris et de iure*, não se está defendendo a desnecessidade de qualquer atividade probatória, pois isso é absolutamente impensável. O que se propõe é apenas que toda a prova deve buscar a certeza da ocorrência dos fatos postos a julgamento, para, daí sim, com base no parâmetro do homem médio mas atentando-se para as particularidades da causa, concluir-se ou não pela ocorrência do dano, independentemente de qualquer demonstração sobre os efeitos negativos gerados na esfera subjetiva do lesado.

Isto porque “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato extensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano

moral” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83)

Daí a improcedência das alegações de que a segunda corrente, a qual reputamos mais coerente, implica em restrição ao direito do réu de fazer contraprova, pois esta faculdade sempre lhe estará assegurada. No entanto, não se poderá simplesmente requerer a improcedência do pedido do autor sob o fundamento de que não ficou demonstrada a dor moral.

A dificuldade deve-se à inobservância da própria natureza do instituto, que nada mais é que a violação da personalidade e dignidade das pessoas, e não os sentimentos negativos que essa violação pode gerar. Na verdade, tais sentimentos são apenas possíveis conseqüências de cuja existência prescinde o reconhecimento do dano, relevantes somente à definição do *quantum* indenizatório, conforme rapidamente expusemos no capítulo sobre responsabilidade civil.

E sendo assim, lembrando o que já foi dito, tanto uma pessoa insensível quanto outra extremamente melindrosa terá direito à indenização quando, v. g., for grosseiramente ultrajada na frente dos demais colegas de serviço, bastando para ambas a comprovação do fato que o dano moral se mostrará evidente. Porém, certamente na segunda hipótese a indenização ganhará maior vulto, se a vítima comprovar mal-estar ou sofrimento acima do normal em razão de sua maior sensibilidade ou mesmo uma repercussão mais abrangente do ocorrido. Observe-se (e ressalte-se) que essa última assertiva, ao exigir prova do abalo moral acima do comum, não se contradiz com a tese aqui defendida, porquanto tal prova diz respeito já à indenização, servindo somente

para justificar um eventual aumento de valor em relação ao que é deferido ao homem médio. Ou seja, o dano já está caracterizado anteriormente, esta prova vale apenas para chegar-se à justa indenização para o caso concreto.

Por fim, registre-se uma preocupação que há de haver para a correta aplicação da tese: a necessária distinção entre fatos realmente causadores de dano moral daqueles geradores de mero dissabor na vítima, sendo certo que somente os primeiros conferem direito ao ressarcimento. Mas isso é tarefa para os magistrados, quando vierem a analisar o caso posto a julgamento.

5.3 Prescrição

Este capítulo ainda comporta uma última questão, e novamente controvertida, agora sobre qual o prazo prescricional aplicável às pretensões de dano moral trabalhista. Porém, antes de ingressar na controvérsia propriamente dita, faz-se mister dizer em que consiste o instituto da prescrição.

Segundo Alexandre Agra Belmonte (2007, pg. 186), “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”. Revela, pois, uma idéia de inércia do titular do direito, que não o exerce no prazo estabelecido em lei, e assim perde o poder de exigir o seu adimplemento.

De acordo com essa nova visualização científica da prescrição, de que sua consequência é a extinção da pretensão e não do direito de ação, está o

artigo 189 do vigente Código Civil, que diz “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Trazendo essas informações para o tema objeto do presente trabalho, pode-se afirmar então que a partir do instante em que o empregado tem sua dignidade violada pelo empregador, nasce para ele a pretensão de ir a juízo e postular a correspondente reparação pelo dano sofrido. Mas em qual prazo deve fazê-lo, isto é, deve ser observada a prescrição civil ou a trabalhista?

Bem, como já adiantado, o assunto não é pacífico, havendo basicamente três soluções alvitradas, a saber: a) é de ser obedecido o prazo específico da prescrição trabalhista (artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal); b) segue-se prazo de três anos previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil (que trata da reparação civil); e c) aplica-se prazo de dez anos fixado no artigo 205 do CC, por inexistir norma específica com relação ao dano moral.

A razão, *data venia*, está com a primeira sugestão, de maiores adeptos inclusive, ao menos no que diz respeito às obras consultadas.

Sendo assim, convém transcrever o artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, com a redação dada pela EC nº 28/2000, base dessa sustentação:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os

trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Como se vê, a própria Constituição Federal, expressa e especificamente, cuida de tratar acerca da prescrição no âmbito das relações de trabalho, tendo o empregado o prazo de dois anos a contar do término do contrato de trabalho para ingressar com a ação de reparação por dano moral. Observado esse prazo, pode pleitear direitos relativos aos últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação, conforme a Súmula 308, I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Aliás, é bom dizer, trata-se da única previsão constitucional sobre prazos de prescrição extintiva – fora disso o que se tem são prazos de prescrição aquisitiva (usucapião), a exemplo dos artigos 183 e 191.

Dito isso, já se tem o primeiro argumento em favor da aplicabilidade da prescrição trabalhista, qual seja, a própria previsão de prazos prescricionais específicos ao Direito do Trabalho, não havendo por isso mesmo omissão que justifique a aplicação do Direito Civil. Com efeito, invocar-se a norma civilista mesmo existindo previsão de ordem trabalhista é, além de ilógico, contrariar a lei, pois a própria CLT deixa claro que somente se buscará outras fontes no caso de omissão do Direito do Trabalho, vale dizer, somente supletivamente (art. 8º, parágrafo único).

Sergio Pinto Martins (2007, pg. 130), adepto da corrente ora defendida, também se utiliza desta argumentação ao dizer que “Não há omissão na lei trabalhista para se aplicar o Código Civil, pois há previsão sobre o tema no

inciso XXIX do artigo 7º da Constituição. Assim, não se aplica o parágrafo único do artigo 8º da CLT, ou mais especificamente o direito comum quanto aos prazos de prescrição”.

Outros defendem a utilização da prescrição específica alegando que se trata de simples decorrência lógica da definição do órgão competente para o julgamento de tais causas, ou seja, vale a prescrição trabalhista por correr a demanda perante a Justiça do Trabalho. É o caso de Rodolfo Pamplona Filho (1999, p. 128/129), que, pouco antes da entrada em vigor do novo Código Civil - daí referir-se à prescrição vintenária -, assim se manifestou:

“Se a competência fosse da Justiça Comum, a prescrição aplicável seria a vintenária, prevista no artigo 177 do vigente Código Civil brasileiro. Contudo, reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar tal pedido, a prescrição aplicável a este crédito deve ser a ordinária trabalhista, atualmente prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal (...). Tal conclusão é obtida pela ilação lógica de que, reconhecido o dano moral ‘trabalhista’ como um crédito decorrente da relação de emprego, injustificável seria o afastamento das regras gerais da prescrição trabalhista”.

Em que pese a conclusão ser a mesma, e por isso não existirem maiores consequências práticas, acreditamos que não é bem por esse motivo – da definição da competência – que deve ser aplicada a prescrição trabalhista, afinal a identificação do foro competente é apenas uma questão processual, em nada decisiva à determinação da regra material de regência, e a prescrição, sabe-se, é tema de direito substantivo.

O que importa na verdade, tal qual na fixação da própria competência, é estar o ato ilícito relacionado com a relação de emprego, que a lesão seja decorrente dessa relação. Assim ocorrendo, tanto a competência quanto a

prescrição serão trabalhistas, não porque a primeira leve automaticamente à segunda, mas sim por conta daquele nexos de causalidade. Inversamente, não estando presente essa ligação, valem as regras civis a respeito.

E aqui mais uma vez invocamos o ensinamento de Sergio Pinto Martins (2007, pg. 128):

“O fato de a Justiça do Trabalho ser competente para apreciar o dano moral trabalhista ou decorrente de acidente do trabalho (art. 114, VI, da Constituição) não implica que a prescrição é a trabalhista. São questões distintas. A competência da Justiça do Trabalho não atrai, por esse motivo, a prescrição trabalhista. Prescrição é tema de direito material. Competência é tema de direito processual. A competência pode ser da Justiça do Trabalho, e a prescrição ser a prevista no Código Civil.

É essa a interpretação que enxergamos no inciso XXIX do art. 7º da CF/88, quando faz uso da expressão “ação, quanto aos créditos *resultantes da relação de trabalho*”. E crédito, aí, significa qualquer direito relativo ao descumprimento de uma obrigação do contrato, seja ela principal e de natureza estritamente trabalhista (como o pagamento do salário), ou não (a exemplo da indenização por dano moral, que deflui da inobservância de um dever acessório, o dever de respeito e lealdade entre as partes). Ora, o dispositivo constitucional não fez distinção, daí não poder o intérprete fazê-lo, menos ainda para reduzir-lhe o alcance.

A propósito, leciona Arnaldo Süssekind que “a palavra créditos foi inserida no texto constitucional na sua significação mais genérica. Corresponde aos direitos do credor da obrigação (o trabalhador), contra o qual corre a prescrição: direito a prestações de dar, de fazer, ou de não fazer, que devem ser

satisfeitas pelo devedor da obrigação, em favor de quem corre a prescrição” (apud MARTINS, 2007, p. 126/127).

Mais esclarecedora ainda, pela simplicidade que encerra, é a afirmação de Valdir Florindo (1999, pg. 230) de que “a prescrição trabalhista aplicada pela Justiça do Trabalho é ‘...quanto a créditos resultantes das relações de trabalho...’ (art. 7º, XXIX, CF/88), e não quanto a créditos resultantes do Direito do Trabalho, o que é significadamente diferente”. Em outras palavras, não são apenas os créditos trabalhistas *strictu sensu*, como férias e décimo terceiro salário, que estão sujeitos àquele prazo prescricional, mas também todos os que resultem da relação de emprego, inclusive o direito à reparação do dano moral.

Enfim, em caso de dano moral praticado por empregador contra empregado, e vice-versa, impõe-se - ante disposição constitucional expressa, à qual deve ser conferida máxima efetividade segundo os modernos critérios de interpretação constitucional - a aplicação da prescrição trabalhista, em nada importando, também, que a controvérsia de fundo seja dirimida à luz do Direito Civil, responsável por toda a formulação da teoria da responsabilidade civil, pois basta ao Juiz do Trabalho adequá-la a particular situação que vier a examinar.

6. CONCLUSÃO

De tudo que se observou no desenvolver deste trabalho, algumas conclusões podem ser tiradas:

1. Até o seu reconhecimento definitivo como espécie jurídica distinta do dano material, que no Brasil veio somente com a Constituição de 1988, o dano moral enfrentou forte e longa resistência, embora sua origem legislativa remonte ao mais antigo diploma legal conhecido e os que o seguiram.

2. Sendo um instituto de natureza civil, pertencente à seara da responsabilidade civil, é deste ramo toda a sua formulação teórica e nele tem sua aplicação ordinária, o que não impede, porém, sua incidência no âmbito da relação de emprego.

3. A relação entre capital e trabalho é, historicamente, das mais controvertidas, justamente por apresentar condições desiguais entre os seus partícipes. Nela, uma das partes tem sua atividade dirigida e fiscalizada permanentemente pela outra, em razão de uma subordinação jurídica. Como é o empregado a parte subalterna desta relação, é mais comum que seus direitos sejam lesados, embora possa ocorrer o inverso.

4. Embora as fases contratual e da extinção do contrato sejam as mais propícias para investidas contra a personalidade do empregado, a experiência tem demonstrado que até mesmo antes do pacto formalizado ou depois de sua

extinção o candidato ou o ex-empregado podem sofrê-las.

5. A falta de norma específica para o Direito do Trabalho não impede reparação por dano moral a empregados e empregadores, pois a Constituição Federal, fundada nos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho, assegura, em seu artigo 5º, V e X, tal reparação a todos que tiverem os direitos ali consagrados violados. Além disso, é possível a aplicação subsidiária do Direito Civil.

6. Práticas comuns, como a tolerada revista, devem ser realizadas com razoabilidade e proporcionalidade, conciliando-se os interesses do empregador com os direitos do empregado. Outras, como a difusão de listas negras e discriminações, por sua total ilicitude, devem ser totalmente desprestigiadas e coibidas, garantindo-se justa indenização caso ocorram.

7. A partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004 não resta dúvida de que a competência para julgar o dano moral decorrente da relação de emprego é da Justiça do Trabalho. Quanto a fatos ocorridos antes da formalização ou depois da extinção do contrato de trabalho, tal competência dependerá de uma pertinência do evento lesivo com este mesmo contrato, sem a qual caberá à Justiça Comum o conhecimento da ação.

8. A prova do dano moral é *in re ipsa*, havendo presunção absoluta de sua ocorrência conforme a comprovação de fatos que, segundo as convicções do homem médio, ferem a dignidade humana.

9. Em tema de prescrição, sendo o dano moral decorrente da relação

de trabalho, incidirá a norma prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo: **O Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no Direito do Trabalho – Identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CAHALI, Yussef Said: **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Walmir Oliveira da. **Dano moral nas relações laborais: competência e mensuração**. Curitiba: Juruá, 1999.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7: responsabilidade civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRARI, Irazy; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

FLORINDO, Valdir. **Dano moral e o direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **A proximidade da Justiça do Trabalho com o Dano Moral**. Suplemento Trabalhista n. 117/95, ano 31, São Paulo: LTr, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV: responsabilidade civil.

4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

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

_____. **Direito do trabalho**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Gardênia Borges. **Dano moral nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. São Paulo: RT, 1996.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1999.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997-2001.

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

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.