

DANO MORAL E DANO MATERIAL NO DIREITO DO TRABALHO.

Ellen Mara Ferraz Hazan
Advogada Trabalhista
Conselheira Efetiva da OAB-MG

I – Introdução

“A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas”.¹

Como nos ensina o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o ato ilícito, agente direto da **“teoria da responsabilidade”**, concretiza-se no procedimento do indivíduo em desacordo com a ordem legal. Este procedimento, que afronta a ordem jurídica, é sempre lesivo ao direito de outrem e, portanto, sujeito a reparação.

O ilícito penal, o delito, é considerado como um fator do desequilíbrio social. Daí a punibilidade repressiva tida como meio de restabelecer o desequilíbrio imposto pela conduta criminosa - *afronta a ordem jurídica penal*.

O ilícito civil, por sua vez, é caracterizado como uma afronta, um atentado contra o interesse privado de outrem. Daí a responsabilidade do agente que cometeu o ilícito, de reparar o dano imposto, retornando ao “status quo ante”, ou seja, restabelecendo o equilíbrio quebrado pelo ato, recom-

¹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA in, Instituições de Direito Civil, Vol. I, 18ª Edição. Ed. Forense, pág. 415.

pondo o bem jurídico ofendido.

O ilícito trabalhista, entendemos, é um atentado contra o interesse e, ou, direitos de uma das partes contratantes, que a exemplo do ilícito civil, obriga o agente a reparar o dano a fim de restabelecer o equilíbrio contratual existente entre as partes.

O conceito de “responsabilidade” que hoje está sendo empregado na área do direito, esta descrito como a *obrigação de reparar o dano causado a terceiro em consequência de uma conduta ativa ou omissa*.

Alem deste conceito, podemos salientar outro que diz respeito aos fundamentos da responsabilidade na sociedade, qual seja, “**o dever do homem de não prejudicar aos demais**” incluído pelos juristas romanos, como salienta a doutrina, **entre as três grandes máximas do comportamento social, junto ao viver honesto e ao dar a cada um o que é seu.**

Partindo então da assertiva, de que a responsabilidade tem como fundamento social a convivência do homem em sociedade dentro das regras ditadas pela própria sociedade - **direito** - somos que a responsabilidade é, sem dúvida, uma categoria do direito, extensiva a todos os seus segmentos - público e privado.

Apesar da “**teoria da responsabilidade**” ou da “**teoria do dano**” ter atingido, no nosso ordenamento jurídico, o ápice de seu desenvolvimento no Direito Civil, estas aplicam-se, também, no nosso entendimento, para as disciplinas jurídicas que dele se originaram, ou dele se desprenderam, como é o caso do Direito do Trabalho.

A responsabilidade pode ser **contratual**, quando originada de inadimplência, extracontratual ou “**aquiliana**” quando não há convenção entre as partes, mas é imposta pelo dever de a ninguém prejudicar.

Os seus pressupostos estão relacionados pela doutrina e pelo ordenamento jurídico como:

- fato voluntário do agente, que pode ser por ação ou omissão;
- imputabilidade ou capacidade de discernimento;
- ilicitude, que se revela tanto pela prática do agente por ação ou omissão, violador de ato contratual, quanto pelo descumprimento de regra que impõe o dever de a ninguém prejudicar.

Este último requisito, o da ilicitude, pressupõe dolo, culpa ou risco, ou seja:

- a exposição de outros a perigo em proveito próprio;
- nexo causal entre a ilicitude e o prejuízo;
- dano que acarrete prejuízo ao ofendido.

Por sua vez o dano confere, como consequência, o direito a indenização, quando for material e a compensação, quando for moral.

A doutrina hoje defende a teoria da responsabilidade **sem culpa**, quando a obrigação de reparar o dano sofrido independe de apuração da culpa do agente ativo. E a teoria da “**responsabilidade objetiva**” ou “**teoria do risco**”.

No direito brasileiro, especialmente no Direito do Trabalho, estas duas teorias coexistem, ou seja a “**teoria da culpa**” com a “**teoria sem culpa**”, esta última, também denominada pelos doutrinadores de “**teoria do risco**”.

Como exemplo da aplicação da “**teoria sem culpa**” ou “**teoria do risco**” no Direito do Trabalho, temos as previsões consolidadas que adotam o princípio de que, o fato danoso gera a responsabilidade de indenizar, pela simples razão de prender-se à atividade do seu causador, como é o caso do empresário que explora uma empresa cujas atividades são insalubres ou perigosas.

Outro exemplo que podemos fornecer, na área do Direito do Trabalho, está ligado à ocorrência de doenças profissionais e/ou acidentes do trabalho, onde o raciocínio mestre está contido no princípio de que **todo aquele que se serve da atividade alheia, explorando-a e dela retirando benefícios, responde pelos riscos a que expõe quem lhe presta aquela atividade.**

Um dos exemplos que podemos suscitar, constante da legislação consolidada onde se aplica a “**teoria da culpa**”, é a obrigação do empregador em readmitir o empregado portador de estabilidade provisória, quando comprovada que a sanção por falta grave aplicada possui causa inexistente, retornando o contrato de trabalho ao “*status quo ante*” e determinando o pagamento, ao empregado, dos salários a que teria direito como se estivesse trabalhando.

Mais um outro exemplo, é aquela obrigação de reparar os prejuízos causados ao empregado, pelo empregador, pelo não pagamento dos salários - contraprestação de serviços - na forma e no tempo determinados.

O empregado que não recebe seus salários, fica em débito com seus credores, e inadimplente com suas obrigações pré-assumidas com terceiros. Geralmente tem que pagar multas, juros e, sempre que possui algum patrimônio, acaba dele se dispondo para sua sobrevivência, comprometida pela falta de pagamento do salário.

Assim, no Direito do Trabalho, a responsabilidade se configura e se expressa tanto durante a execução do contrato de trabalho, como nas fases pré e pós-contratual - “**culpa in contrahendo**” - Teoria de Von Ihering adotada pelo código alemão; e **culpa contratual.**

Tanto é certo que, durante as tratativas para a estipulação do contrato de trabalho as partes têm que agir de boa-fé, e durante as demais fases, as partes têm que cumprir com as obrigações estipuladas e as constantes da lei, de ajustes coletivos e de sentenças normativas.

Desta forma, o Direito do Trabalho gera obrigações para ambas as partes contratantes, empregado e empregador, sendo certo que as obrigações do empregador, além de mais substanciais, por ser o empregado hipossuficiente na relação, estão contidas e descritas na Lei com mais minúcias ou riqueza de detalhes, apesar de hoje a própria lei estar sendo flexibilizada com a intenção de desaparecer esta hipossuficiência e, conseqüentemente, o equilíbrio jurídico.

Temos que levar em conta, também, que no Direito do Trabalho existem outras fontes de direito, além da lei e do contrato individual de trabalho. São os ajustes coletivos - acordos coletivos, convenções coletivas, contratos coletivos e sentenças normativas.

O contrato de trabalho, gerando obrigações, gera responsabilidades que, por conseqüência, gera direito à indenização quando descumprida a norma dentro de sua substância, e comprovada a culpa e o dano, em toda a sua amplitude.

Tanto a doutrina como a jurisprudência têm se firmado no sentido de que a competência se dá pela pretensão afirmada em juízo, bem como pela natureza da matéria tratada.

Assim temos que, além de se aplicar ao Direito do Trabalho a teoria responsabilidade ou do dano, a competência da Justiça Especializada se dá pela natureza trabalhista da matéria, pela forma e pelo conteúdo trabalhista pedido.

Os dispositivos constitucionais - art. 5º; “caput” e incisos V e X, bem como art. 114 - são, indubitavelmente, de natureza objetiva e concreta. Estão contidos em uma Carta Política que possui, como escopo, o restabelecimento do império da ordem jurídica do Estado de Direito, fundamental num regime democrático, na garantia dos direitos humanos fundamentais e, da própria paz social, em tese.

“A Carta Magna realça, portanto, o conteúdo ético do trabalho humano. Ela não se limita a garantir o mínimo que assegura ao trabalhador benefícios de ordem material (art. 7º.) De sua sistemática, depreende-se que os chamados direitos personalíssimos, subjetivos e imateriais (honra, decoro pessoal, boa fama, etc.) devem também dispor de proteção na área trabalhista(...) Pouco importa seja o dano material ou moral, pois a última modalidade acha-se também expressamente contemplada pela Constituição (art. 5.º incisos V e X).”²

O regime capitalista, que pressupõe a exploração do homem pelo homem, tem sua limitação no Estado de Direito, no ordenamento jurídico e nas normas convencionadas para a exploração e venda da força de trabalho. Os abusos têm que ser penalizados, sob pena de se retornar aos idos da escura era da extrema exploração, da semi-escravidão e da selvageria da Revolução Industrial ou do liberalismo.

Hegel, em sua obra PHAENOMENOLOGIE DES GEISTES, trad. de Geir Campos, Rio, Zahar Editores, 1946, par. 14 ensina-nos:

“O homem cria a si mesmo, num processo histórico em que a força motriz é o trabalho humano ou a atuação prática do homem vivendo em sociedade, ou seja, a autocriação do homem como um processo, é o objeto do homem como resultante do próprio trabalho.”

Desta forma, um trabalhador e principalmente um profissional que faz, sem dúvida, sua história ou parte dela, com o seu próprio trabalho, merece ser ressarcido de alguma forma pelos danos que lhe impôs o seu empregador tanto material quanto moral, ainda que cumulativamente.

2.- Do Dano Material e Moral

A diferença entre o dano material e o dano moral nos é dada pela doutrina. Ambos afetam o patrimônio da vítima, seja na perda de uma coisa economicamente apurável (material) seja quando atinge um bem de foro íntimo, como a honra, boa fama (moral).

Todos são unânimes em afirmar que o dano material atinge o patrimônio material da vítima. A reparação exigida está vinculada a dois tipos de sanção: a indenização ou **sanção indireta**, que consiste no pagamento do valor em dinheiro que possibilite a reposição do bem danificado, ou a ele semelhante, e a **sanção direta** que compreende no retorno ao “*status quo ante*”.

Quanto ao dano material e moral, no que tange ao acidente do trabalho ou doença profissional, necessárias algumas outras considerações, inclusive para a comprovação de que, nestas hipóteses, se aplica a “**teoria do risco**” ou a “**teoria sem culpa**”.

“É PRESUMIDA A CULPA DO PATRÃO OU COMITENTE PELO ATO CULPOSO DO EMPREGADO OU DO PREPOSTO.” (Súmula 341 do C. STF).

Para arrimar nosso entendimento, valemo-nos dos ensinamentos do mestre

² Arion Sayão Romita, in Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos. Ed. Ltr. SP 1991. pág. 137.

Humberto Theodoro Júnior, em notável estudo sobre o “Acidente do Trabalho na Nova Constituição” (RT635/116 e ss.), que conclui no sentido de que, atualmente, o custeio do seguro de acidentes de trabalho passou para a exclusiva responsabilidade do empregador, não mais podendo o INSS retirar recursos do caixa geral para indenização acidentária, nem exigir ou destinar para tal fim contribuição dos empregados. Já quanto a responsabilidade civil do patrão, ressalta que caiu totalmente no regime do Código Civil, diferenciando a já conhecida “*ação acidentária*” da ação indenizatória por ato ilícito, incluindo nesta última a aplicável com base na teoria do risco, “*verbis*”:

...“Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa, terá de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Comum, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social.

A exigência, pois, de culpa grave ou dolo para condicionar a responsabilidade civil paralela à indenização acidentária foi inteiramente abolida nos termos da inovação trazida pela nova Constituição Federal. Qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião do evento lesivo, ao empregado, acarretar-lhe-ão dever indenizatório do art. 159 do CC, porque, “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”.” (Autor e ob. cit.).

A respeito, nossos Tribunais têm se manifestado no seguinte sentido, “*verbis*”:

“..a culpa grave é o descaso tal do empregador que sabedor da insegurança específica do exercício de determinado trabalho prevê o resultado lesivo, embora confie em que ele não se realize, é a chamada culpa consciente do Direito Penal, que se separa por uma linha tênue do dolo eventual”. (RT no. 520.187).

“...Acidente do Trabalho e responsabilidade civil. Ação de direito comum. Em caso de falta inescusável do empregador; se há prova de que este não se preocupa com a segurança do operário ou do público, dá causa ao acidente, pode a vítima recorrer à ação de direito comum, Embargos rejeitados. Nem caberia falar em enriquecimento sem causa do empregado, que se tornou inválido e sem condições de pretender, na vida, qualquer outra melhoria, que, antes era presumivelmente de admitir.” (ERE no. 49.462, São Paulo).

Note-se que é indispensável o dever do empregador, em indenizar o empregado perante o Direito Comum e independentemente da cumulatividade de indenizações acidentárias ou previdenciárias, pelo que reza na Lei Maior, em seu art. 7.º inc. XXVIII e seu art. 5.º inc. X, salientando, todavia, que mesmo anterior-

mente à atual Carta política, tal direito já estava preconizado através da Súmula 229 do Colendo Tribunal Federal de Recursos que dispunha “verbis”:

“A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

Ressalte-se, por necessário, que a atual Carta Magna, ratificou tal preceito o qual transcrevemos, com a devida vênia:

“Art 7.º

XXVIII - Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Ressaltamos, ainda, que não mais existe a necessidade da comprovação da culpa grave, havendo apenas a ocorrência de dolo ou culpa para que ocorra a reparação civil, tanto que poderá ser do próprio empregador ou seus prepostos, que correspondem ao do empregador, respondendo este pelos atos daquele.

Estabelece o art. 159 do Código Civil Brasileiro, “verbis”:

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

Por sua vez, estatui a nossa Carta Política Vigente, caput e inciso X do art. 5.º, “verbis”:

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

...

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

ASSIM SENDO, consistindo obrigação do empregador, nos termos do art. 7.º, XXII, já citado, zelar pela redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como o cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança, é de sua inteira responsabilidade, ao não cumprir tais normas, INDENIZAR seu empregado pelos prejuízos e danos a ele causados em decorrência de sua ação e omissão ou, ainda, em decorrência dos riscos da atividade econômica que explora **“teoria do risco”**, esta última, independente de se aferir a culpa.

3. - A incidência da Teoria do Dano no Direito do Trabalho.

Quanto à incidência do dano material e moral na esfera trabalhista, podemos

afirmar que tal se explicita em face do *poder diretivo* do empregador e ainda na obrigação, de ambas as partes contratantes em cumprir a lei, as estipulações dos instrumentos coletivos de Trabalho, e agir de boa-fé.

Somam-se a estes argumentos o próprio artigo 2.º consolidado, que assevera ser o empregador quem dirige a prestação pessoal de serviços assumindo os riscos da atividade econômica e o art. 3.º da C.L.T., onde se dita que o empregado está adstrito à prestação de serviços, não eventuais, sob dependência do empregador. Por óbvio que, no poder diretivo do empregador, estão inseridas a subordinação e a dependência pessoal do empregado.

É exatamente sob este *poder diretivo* que os excessos e abusos costumam se firmar, e isto, sempre, contra o hipossuficiente na relação, ou seja, contra o empregado, causando-lhe prejuízos. E contra estes abusos, surge obrigação de reparar o dano, por força de mandamento constitucional.

Necessário ressaltar, que a indenização por dano moral ou material é suscetível de incidência na esfera trabalhista, devendo ser apreciada e julgada pela Justiça Especializada, mesmo quanto a obrigação de indenizar não estiver expressa especificamente na Lei, e isto porque a Carta Magna de 1988 proclamou que a **“dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do estado democrático de direito”** (art. 1.º, item III), e preceituou que **“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”**, preceito arrolado - art. 5.º da CR.

Assim, reafirmamos nosso entendimento de que a teoria da responsabilidade se aplica na esfera do Direito do Trabalho em toda a sua amplitude, sendo competente a Justiça Especializada para apreciar e julgar os pedidos dela decorrentes, coexistindo, na nossa legislação pátria, a **“teoria da culpa”** e a **“teoria do risco”**, estas duas também denominadas, pela doutrina como, respectivamente, **teoria subjetiva e teoria objetiva.**

4. - Algumas Considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho.

Não refoge ao âmbito deste estudo, uma incursão no campo processual, relacionado com a competência jurisdicional, especialmente pela polêmica doutrinária sobre a questão. Em diversos momentos neste trabalho, utilizamos, de forma positiva, a afirmativa de que a competência para apreciar e julgar feitos que versam sobre indenização por danos materiais e morais decorrentes da relação de traba-

lho, é da Justiça Especializada do Trabalho.

Por esta razão e também pela matéria ainda ser controvertida entre os doutrinadores e juristas pátrios, entendemos necessárias algumas considerações:

Estipula o art. 114 da Constituição da República, “*verbis*”:

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

As principais posições doutrinárias existentes sobre a interpretação deste preceito constitucional se diferenciam, basicamente, na interpretação de que a competência da Justiça do Trabalho, ditada pelo art. 114 da Constituição da República, acima carreado, diz respeito a competência em razão da matéria e não em razão da pessoa.

Uma outra interpretação, não menos polêmica, assegura que, frente ao preceituado pelo art. 109 da Constituição da República, independentemente da competência da Justiça do Trabalho, ditada pelo art. 114 da Carta Magna, ser em razão da pessoa ou da matéria, se a questão debatida é decorrente de litígio vinculado a acidente do trabalho ou a ele equiparado, como é o caso das doenças profissionais, a competência seria da Justiça Comum frente à exceção contida no art. 109 da C.R.

4.1.- Sobre esta primeira questão aventada, qual seja, da competência ditada pelo art. 114 da C.R. ser em razão da pessoa - empregado e empregador - e não em razão da matéria - decorrente do contrato de trabalho ou da relação de emprego - somos que tanto faz qualquer um ou outro posicionamento em virtude de que, em qualquer exercício mental jurídico que se possa realizar, a competência, para questões decorrentes entre empregado e empregador - pessoa - ou decorrente da relação de emprego ou do contrato de trabalho - matéria -, sempre será da Justiça do Trabalho.

Desta forma, nosso posicionamento sobre a interpretação do art. 114 da C.R. e sobre a polêmica acima exposta, é de que ambas as correntes doutrinárias estão parcialmente corretas e, conseqüentemente, parcialmente incorretas. E isto porque no nosso entendimento, a competência declarada pela norma constitucional em tela é, tanto em razão da pessoa quanto em razão da matéria.

Por estas razões, reafirmamos, mesmo que o raciocínio se dê em função da competência em razão da matéria e não em relação às pessoas, a expressão “entre trabalhadores e empregadores”, contida no art. 114 da C.R., nos traz segurança para afirmar que a competência, também em razão da matéria é da Justiça Especializada do Trabalho, em virtude daquela matéria, estar vinculada à relação de emprego.

Há que se admitir, entretanto, uma exceção a esta regra, no que tange à competência em razão da pessoa. Tal diz respeito a questões penais.

Em virtude da matéria criminal ser especializada, com jurisdicionamento próprio e com previsão de competência específica, não há como negar que matéria criminal, na relação empregado empregador, é da competência da Justiça Criminal, no que tange à tipificação do ilícito e sua penação.

Entretanto tanto o dano material quanto o dano moral decorrente do ilícito penal, pode e deve ser tratado pela Justiça Especializada do Trabalho e não pela Justiça Comum, Estadual.

Soma-se a todos estes argumentos, a análise da expressão, contida no art. 114 da C.R., qual seja, “na forma da lei”. Tal expressão arrima ainda mais o nosso posicionamento acima declinado em defesa da competência da Justiça do Trabalho.

O legislador constituinte concedeu, com referido texto, “na forma da Lei” a possibilidade da Lei Ordinária ampliar ainda mais a competência da Justiça do Trabalho, e a de jamais restringi-la.

Exemplo desta possibilidade de ampliação da competência é a Lei 8984 de 7 de fevereiro de 1995, onde se estendeu a competência da Justiça do Trabalho para, “*verbis*”:

“...conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador.”

Entendemos, desta forma, ao contrário de alguns doutrinadores, que a Constituição não restringiu a competência da Justiça do Trabalho a questões meramente ou, como rotineiramente rotulada, “tipicamente” trabalhistas.

A competência da Justiça do Trabalho se dá, seja em razão da matéria seja em razão das pessoas, em todos aqueles dissídios vinculados a relação de emprego ou praticadas durante este.

Não podemos concluir este tópico, sem antes examinarmos uma alegação

rotineira de alguns doutrinadores que defendem tão somente a competência “tipicamente trabalhista” para a Justiça do Trabalho, que é a aplicação, restritiva da competência, preceituada pela interpretação ao art. 652 da C.L.T.

Este artigo, 652 da C.L.T., é de se constatar, não tem redação infeliz ou mesmo uma redação dúbia. Para nós a redação deste preceito, que remonta 1944, em nada conflita com o art. 114 da Constituição da República, especialmente seu inciso IV que salienta:

“os demais dissídios concernentes ao contrato individual do trabalho.”

O que os legisladores quiseram, assim, tanto o da Consolidação das Leis do Trabalho quanto os da Carta Política de 1988, foi estabelecer que toda e qualquer questão vinculada ao contrato de trabalho e a empregado e empregador é da competência da Justiça Especializada do Trabalho. Nada além!

Ademais, o que se entende sobre a expressão utilizada por alguns doutrinadores para justificar seu posicionamento quanto a restrição da competência Constitucional contida no art. 114 da C.R. “matéria tipicamente trabalhista”?

Em primeiro lugar, temos que o Direito do trabalho é disciplina despreendida do Direito Civil e o art. 8.º da CLT, em seu parágrafo único dita:

“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Está expressa, aí, a vontade do legislador. O direito comum é fonte do Direito do Trabalho e, quando não exista previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho, aplicam-se os dispositivos legais do Direito Comum não tendo necessidade, para tanto, de se declinar da competência da Justiça Especializada.

Outro raciocínio merece ser feito acerca desta questão. O contrato trabalho é um tipo de contrato, indubitavelmente. E contrato não é tipicamente civil?

O contrato de trabalho gera obrigações. As Obrigações não são essencialmente civis?

E a Posse? Não é essencialmente civil? No entanto quem é competente para julgar ações possessórias ajuizadas pelas empresas contra seus empregados em greve de ocupação é a Justiça do Trabalho.

E a propriedade? Também não é matéria tipicamente civil? No entanto o Tribunal Superior do Trabalho determina indenização contra Sindicato e Empregados baseado na propriedade danificada ou ameaçada como foi o caso da Petrobrás, no julgamento da greve dos petroleiros.

Em suma ao intérprete não é dado restringir o que a Lei não restringiu. Mes-

mo com o argumento de que a Lei ou o dispositivo legal está mal redigido ou foi infeliz ou quando entende que a vingar o raciocínio do Legislador a Justiça do Trabalho se equipararia a um “BAÚ DA FELICIDADE”,

4.2. - Quanto à segunda interpretação citada neste tópico, que diz respeito à interpretação do art. 109 frente ao 114 da Constituição, no que tange aos litígios decorrentes ou vinculados a acidentes do trabalho ou doenças profissionais, é de se atentar para o texto do art. 109 da C.R., “*verbis*”:

“Aos juízes federais compete processar e julgar:

I. - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Da leitura do dispositivo Constitucional acima transcrito, verificamos que o mesmo declina a justiça Federal como competente para apreciar as causas onde existem interesses da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, com exceção àquelas causas que dizem respeito à competência exclusiva da Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e as causas referentes a acidentes de trabalho.

Quanto ao acidente de trabalho há que se constatar que o pedido de indenização por danos, contra a empresa empregadora, frente ao judiciário trabalhista, não versa sobre indenização por acidente de trabalho que é uma ação própria onde o órgão previdenciário é chamado ao polo passivo. Trata-se sim, de pedido de indenização por danos impingidos a uma das partes contratantes decorrentes da relação de emprego, onde a negligência, a imperícia e a imprudência de uma delas ocasionou danos irreparáveis à outra.

Assim, não há que se confundir o pedido de indenização por danos morais ou materiais decorrentes de acidente do trabalho, com a ação cível, própria, por acidente do trabalho.

Na ação indenizatória trabalhista a causa de pedir não é o acidente do trabalho. Já na ação civil por acidente do trabalho a causa de pedir é exatamente, o acidente do trabalho.

Quanto ao mais, o próprio texto do artigo colacionado (109, 1 C.R.) remete a Justiça do Trabalho a competência para julgar e apreciar as causas decorrentes da relação de emprego, ao remeter obediência ao art. 114 da C.R.

Desta forma, o art. 109, I da Constituição da Republica, só vem a corroborar com os argumentos daqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho para julgar e apreciar as causas decorrentes da relação de emprego, inclusive

dos danos causados em acidentes do trabalho ou acometimento de doenças profissionais.

Ainda quanto ao art. 109 da Constituição da República, verificamos que a **Constituição de 1967**, dizia expressamente que **“os litígios relativos a acidente do trabalho são da competência da Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios...”** (art. 142, § 2º)

Observando-se a redação do art. 109 da Constituição da República de 1988, constata-se que o dispositivo acima, constante da Constituição de 1967, não restou repetido.

Optou o legislador Constituinte de 1988 por outro método. Não destinou expressamente a atribuição para processar e julgar ações relativas a Acidente do Trabalho para a Justiça Estadual. Optou por dizer que a Justiça Federal é incompetente, atribuindo-lhe a competência para “processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas”, excepcionando dessa regra as ações de acidente do trabalho.

O novo método, nos parece, levou muitos, dentre eles grandes doutrinadores, à conclusão, “data vênia” equivocada, de que se para a questão do acidente do trabalho a Justiça Federal não detém competência, logo cabe à Justiça Estadual, por EXCLUSÃO.

ASSIM, também em decorrência do SILÊNCIO, proposital, da Constituição de 1988, no tocante a competência da Justiça Comum para processar e julgar as causas de acidente de trabalho, somos que tais causas foram remetidas à competência da Justiça Especializada do Trabalho. E isto sem confundir as situações distintas existentes com relação a acidente do trabalho.

A primeira situação é aquela movida contra o INSS pleiteando os benefícios previdenciários previstos em Lei específica. Quanto a esta competência, a mesma não está sendo aqui discutida.

A segunda é aquela que o empregado ajuíza ação contra o seu empregador, pleiteando indenização decorrente do direito comum - art. 159 do C.C.B.

Nesta segunda situação, estamos diante de uma ação em que figura de um lado o empregado, e de outro o empregador, decorrente de um litígio originado na relação patrão/empregado e, que, portanto, da órbita da Justiça do Trabalho. Acresce-se, também, que a legislação que restou descumprida por uma das partes do contrato de trabalho, que originaram danos a uma delas, é sempre a trabalhista ou social.

Exatamente por isto, a Constituição da República de 1988 não repetiu o art.

142 da Constituição de 1967 e atribuiu, à Justiça do Trabalho a competência, NÃO SÓ para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, mas também, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (art. 114).

Fica evidenciado assim, que a interpretação do art. 109, I da C.R. pela corrente doutrinária que defende a competência da Justiça Estadual para feitos desta natureza, indenizatórios por danos, está equivocada.

Ademais, se assim não o fosse, não teria sentido o art. 129 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social, fixar a competência da Justiça Estadual para os litígios decorrentes de acidente do trabalho, apenas no que tange aos direitos previdenciários. Tal previsão tem razão de ser, qual seja, os litígios previdenciários, inclusive a ação acidentária, não têm o empregador como parte passiva, já que a ação é ajuizada face a Previdência Social.

Alguns dos nossos mestres, que fazem a Doutrina do País, vêm se manifestando no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pleitos de indenização por danos morais e materiais, deve ser reconhecida, vez que estabelecida pela Carta Política de 1988.

O Mestre ARION SAYÃO ROMITA, in “Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos, Editora Ltr, São Paulo, 1991, pág. 137, leciona, “verbis”;

“A Carta Magna realça, portanto, o conteúdo ético do trabalho humano. Ela não se limita a garantir o mínimo que assegura ao trabalhador benefícios de ordem material (art. 7.º). De sua sistemática, depreende-se que os chamados direitos personalíssimos, subjetivos e imateriais (honra, decoro pessoal, boa fama, etc.) devem também dispor de proteção na área trabalhista (...) Pouco importa seja o dano material ou moral, pois a última modalidade acha-se também expressamente contemplada pela Constituição (art. 5.º incisos V e X)”.

O também Mestre Arnaldo Sussekind, afirma que:

“... não exige que o direito questionado ou a norma legal a ser aplicada pertençam ao campo do Direito do Trabalho. O fundamental é que o litígio derive da relação de emprego (dissídios entre trabalhador e o respectivo empregador)”. (Autor citado na obra “Dano Moral Decorrente da Relação de Emprego”, Jornal Trabalhista, Grupo CTA, Brasília, 10 de julho de 1995, nº 06 pág. 45)

A jurisprudência até novembro de 1998, estava tendendo pela competência

da Justiça Estadual porém, hoje, as decisões dos Tribunais Estaduais e as decisões do Supremo Tribunal Federal, têm sugerido que a mesma se firmará no sentido da interpretação plena e não restritiva do art. 114 da C.R., confirmando a competência da Justiça do Trabalho.

A seguir transcrevemos alguns acórdãos que animam nosso entendimento:

“EMENTA - A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar pedido de indenização por danos decorrentes da relação de emprego que existiu entre as partes. Recurso Ordinário parcialmente provido.” TRT-3.ª Região RO-18/532/93 Rel. Juiz Aroldo Plínio Gonçalves.

“Dano Moral. Indenização. competência da Justiça do Trabalho. A indenização de dano moral desde que ocorrente na relação de emprego, embora de natureza civil é da competência da Justiça do Trabalho”. (Ac, unânime. TRT-9a. Reg. 3a. Turma - RO-5996/91 - Rel. Juiz Pedro Ribeiro Tavares in DJ/PR 14.08.92 pág. 171)

“Como tem decidido esta 2.ª Seção, de forma reiterada, firma-se a competência de jurisdição pela natureza da pretensão afirmada em Juízo. Se o servidor estatutário ajuíza reclamatória trabalhista buscando vantagens com presumível amparo na legislação do trabalho, à Justiça laboral compete decidir sobre a matéria inclusive no alusivo às condições da ação, nos termos em que proposta foi.” (Superior Tribunal de Justiça - Rel. Ministro Athos Carneiro in LTr 55.05/595)

“Reclamação Trabalhista - Competência. Se a inicial expõe matéria de natureza trabalhista, competente será a Justiça do Trabalho. Não correspondendo os dados ao ali afirmado, a consequência poderá ser o desacolhimento da pretensão do reclamante, mas não a modificação de competência, que esta se determina em função de litígio, tal como posto pelo autor.” (Superior Tribunal de Justiça - Rel. Ministro Eduardo Ribeiro in LTr 55.05/595)

O Supremo Tribunal Federal, Guardião e interprete maior da nossa Carta Constitucional, através de seu Pleno, Acórdão Publicação no feito de Conflito de Jurisdição n.º 6.959-6 - sendo Relator para o Acórdão o Nobre Ministro Sepúlveda Pertence, J.23.5.90 - Suscitante Juiz de Direito da 1.ª Vara Cível de Brasília e Suscitado Tribunal Superior do Trabalho, publicado no DJU do dia 22.2.1991 à página 1.259, apresentou o seguinte entendimento, “*verbis*”:

“EMENTA - Justiça do Trabalho : Competência : CF. art. 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições

negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.

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

2. - A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.”

Examinando a íntegra do Acórdão ora colacionado, sobressaem preciosos argumentos, vejamos:

“Como resulta do art. 114, no que interessa, a Constituição remeteu à Justiça do Trabalho ‘conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, dissídios, porém, que há de ser os decorrentes da relação de trabalho.’...”

O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil.”

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação Cível 272.727-9 da Comarca de Várzea da Palma, através de sua Primeira Câmara Civil, em fevereiro do corrente ano passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal, “verbis”:

“EMENTA - ACIDENTE DO TRABALHO - DANO - INDENIZAÇÃO - COMPETÊNCIA - C.F. ART. 114.

- Na esteira de atualizado entendimento do Supremo Tribunal Federal, compete à Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização, por danos materiais e/ou morais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato decorrente da relação de trabalho.”

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, através do Acórdão STF-RE.238.737-4 (SP), datado de 17.11.98, tendo como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou, verbis:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - JUSTIÇA DO TRABALHO - COMPETÊNCIA.

- Ação de reparação de danos decorrente da 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”, (In LTr Vol. 62 - 12, Dezembro de 1998, 1620.)

5. - Algumas Considerações sobre o “quantum” da indenização ou da compensação.

O que temos verificado, no exercício da advocacia, é que a maioria dos julgadores ao estabelecer os valores da indenização pelo dano material e o da compensação pelo dano moral têm se utilizado do arbitramento, sem qualquer amparo em qualquer preceito legal, praticando o juízo da equidade, defeso pelo nosso ordenamento jurídico vigente, sob o manto do “princípio da razoabilidade”.

No nosso entendimento, quando presentes todos os pressupostos da ação, comprovada a culpa, seja subjetiva ou objetiva, comprovado o dano em toda a sua extensão, se for o caso, cabe ao julgador, por certo, arbitrar os valores das indenizações e compensações, porém, não com base, tão somente, no princípio da razoabilidade.

Deve o julgador arbitrar o montante indenizatório ou compensatório com base na legislação existente que, apesar de pouco aplicada, existe.

A idéia central da reparação de danos, resume-se na recomposição do patrimônio da vítima ao mesmo patamar existente antes da instalação do dano. Por certo o dano interrompe a sucessão natural da atividade da vítima, acarretando-lhe prejuízos materiais e morais.

Excluir, então, daquele que cometeu o ato ilícito e acarretou o dano o ônus do pagamento da indenização por danos materiais ou morais previstos em lei, ou lhe impingir um montante indenizatório que lhe é de fácil resolução, é o mesmo que oferecer a ele o perdão pelos danos causados ou mesmo compensá-lo pela prática de ato ilícito.

Se não existissem, na lei, critérios expressos a serem seguidos pelo julgador quando do arbitramento de indenizações por danos, poderíamos até nos conformarmos com a aplicação simples e purista do “princípio da razoabilidade” porém, tais critérios existem e, sua aplicação, na esfera trabalhista, é expressamente determinada pelo parágrafo único do art. 8.º da C.L.T., “verbis”: **“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”**

Assim sendo, analisando a legislação civil, encontramos os artigos 1533, 1539, 1547 e 1550 do Código Civil Brasileiro, art. 602 do C.P.C. que, por sua vez, remetem à aplicação dos artigos 49 e 60 do Código Penal Brasileiro que afirmam:

“Art. 1533. – Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto” (C.C.B.)

“Art. 1539.- Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que dele sofreu.” (C.C.B.)

“Art. 1547.- A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único - Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva. (artigo 1550)”C.C.B.

“Art. 1550. - A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1547.”

“Art. 602.- Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”. (C.P.C).

“Art. 49.- A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10(dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.” (C.P.)

“Art. 60. - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender principalmente, a situação econômica do réu.

Parágrafo primeiro.- A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Parágrafo segundo. - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6(seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”. (C.P.).

Indubitável, pois, a existência de critérios legais a que o julgador está afeto

não podendo, assim, no nosso entendimento, o valor indenizatório, ou compensatório ser arbitrado sem se aplicar tais preceitos.

Quanto a indenização por danos materiais, então, os critérios da lei são bastante claros. Deve-se recompor o patrimônio da vítima, retornando e mantendo, até sua sobrevida, o “status quo ante” com aplicação, inclusive, do art. 1539 do C.C.B., condenando o ofensor, além do pagamento das despesas de tratamento e lucros cessantes, valor de pensão mensal, vitalícia ou até sobrevida daquela.

6.- Questões vinculadas à prescrição.

Após a grande polêmica instaurada sobre a competência da Justiça Especial do Trabalho para apreciar e julgar ações vinculadas à teoria civilista do dano, outra questão, não menos importante e não menos polêmica, surgiu no mundo jurídico.

Qual a prescrição aplicável? A prevista pela Constituição da República ou a prevista pela legislação civil?

Antes de adentrarmos nas razões de cada uma das correntes doutrinárias, necessário se faz trabalhar, mesmo que singelamente, no conceito de prescrição.

“Tal prescrição pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita.

A prescrição diz respeito à ação e só como consequência atinge o direito. Ou por outra: é preciso reconhecer que, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque um direito que se não pode fazer valer é ineficaz.

Três são os requisitos da prescrição extintiva; a) a inércia do credor; b) o decurso do tempo: c) a inovação dela por qualquer dos interessados, requisito esse, que, em casos especiais, não se exige...

É indispensável o requisito da boa fé”³

“No Direito romano, a opinião constante dos autores, com a contestação de uma pequena minoria, é a de que a prescrição manifesta-se como elemento *exceptionis*: a prescrição é uma exceção. Tal caráter de exceção foi igualmente consagrado por muitos juristas franceses, cuja doutrina mui-

³ Carvalho Santos - Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio, Freitas Bastos, 1937, 2.º Vol. III, pág. 371.

⁴ Serpa Lopes - Curso de Direito Civil, Rio, Freitas Bastos, 3.ª Ed. 1960, Vol. 1, pág. 574.

to influiu nos italianos...’’⁴

O certo é que a maioria dos Doutrinadores afirma que a prescrição é uma exceção, sendo tida como um modo de extinguir a possibilidade de um litígio e, conseqüentemente da efetivação de um direito, visando o alcance da paz social.

Assim sendo, a prescrição conduz ao desaparecimento do direito em virtude do seu não exercício, podendo ser politicamente interpretado como perdão tácito.

Porém, para se aplicar o instituto da prescrição, necessários que seus requisitos sejam preenchidos.

“- a existência de uma ação exercitável;

- a inércia do credor, ou seja, que consciente de seu direito, opta por ação, ou omissão, pelo seu não exercício;

- continuidade desta inércia durante o tempo previsto em lei para aquele direito específico;

- ausência de algum fato ou ato, a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional’’.⁵

Dentro destes conceitos e de outros tantos que debatem a diferenciação entre prescrição e decadência, temos que nos direcionar para a grande e nova polêmica que surgiu na aplicação da teoria do dano no direito do trabalho.

No decorrer deste esboço, temos nos utilizado da legislação trabalhista para aplicação das previsões do Código Civil Brasileiro, sempre citando o art. 8.º Consolidado.

Tal preceito, ao qual nos reportamos mais uma vez, afirma que o Direito Civil é fonte subsidiária do Direito do Trabalho e, com base neste preceito, inclusive, defendemos a aplicação da teoria da responsabilidade - matéria civil - no direito do trabalho.

Assim sendo, levando em consideração os conceitos e requisitos acima explicitados sobre o instituto da prescrição, sendo certo que a teoria da responsabilidade aplica-se no direito do trabalho, por força do art. 8.º consolidado, somos que a prescrição sobre tal direito - civil - é aquela prevista pela lei civil e não pela Carta Constitucional - inciso XXIX do art. 7.º.

Tal entendimento pode parecer novo ou mesmo inédito, porém assim não o é.

A jurisprudência, mesmo antes da Carta de 1988, já tinha sedimentado o entendimento de que a prescrição relacionada a direitos não previstos expressamente na legislação trabalhista, é aquela da legislação “aborígena”.

“A prescrição relacionada a direito não previsto na Consolidação

⁴ José Luiz Ferreira Prunes, A Prescrição no Direito do Trabalho – Ed. SP Ltr 54. 1990. pág. 20.

não é a do art. 11 do mesmo diploma legal, porém, a prevista no Código Civil". (TRT da 5.^a Reg. 2.^o T, RO 1.717/85, em 02.10.85 Rel. Juiz Hylo Gurgel in A Prescrição no Direito do Trabalho - José Luiz Ferreira Prunes, LTR, 1990, pág. 77)

"A prescrição bienal não atinge os direitos derivados de leis especiais, aos quais se aplicam as disposições do Direito Comum." (TRT da 12.^a, Reg. RO 816/85, ac. 253/86 em 11.4.86 Rel. Juiz Umberto Grifo in A Prescrição no Direito do Trabalho - José Luiz Ferreira Prunes, LTR, 1990, pág. 77)

Desta forma, outro entendimento não podemos ter sobre os direitos assegurados em legislações subsidiárias ao direito do trabalho, como é o caso da teoria da responsabilidade - matéria de natureza civil - senão o de que tais direitos sujeitam-se à prescrição regida pela norma de fundo comum estabelecido pelo ramo do direito que fez nascer a pretensão.

E foi exatamente este o sentido do legislador pátrio ao asseverar, no art. 7.^o, XXIX, que a prescrição ali prevista diz respeito a "créditos" de natureza trabalhista.

Por isso, temos segurança jurídica em afirmar que para os casos de ações de indenizações ou compensações por danos materiais e morais, no direito do trabalho a prescrição aplicável é aquela prevista pelo art. 177 do Código Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL - VOL. 1 - CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA - 18.^a ed. Ed, Forense, Ano 1995.

- DANO MORAL E O DIREITO DO TRABALHO - VALDIR FLORINDO - Editora LTR. Ano 1995.

- DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E DO TRABALHO - JÚLIO BERNARDO DO CARMO - Editora RTM Ltda. Ano 1996.

- RESPONSABILIDADE CIVIL - Doutrina e Jurisprudência - HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Editora AIDE - 2.^a ed. 1989.

- INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO - ARNALDO SÜSSEKIND, DÉLIO MARANHÃO, SEGADAS VIANNA - Vol 2. 11.^a - Edição Revista e Ampliada, Editora LTR, Ano 1991.

- RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL - RUI STOCO - Editora RT - Revista dos Tribunais, 1994.

- OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO E OUTROS ESTUDOS - ARION SAYÃO - Editora LTr, São Paulo, 1991.

- PHAENOMENOLOGIE DES GEISTES, HEGEL - tradução de Geir Campos. Rio. Zahar Editores. 1946.

