

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP**

**Verônica Fleury Pavan Roriz dos Santos**

**O TABELAMENTO DO DANO MORAL TRABALHISTA**

A incompatibilidade material do art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT com a  
Constituição Federal de 1988

**SÃO PAULO**

**2018**



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP**

**Verônica Fleury Pavan Roriz dos Santos**

**O TABELAMENTO DO DANO MORAL TRABALHISTA**

A incompatibilidade material do art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT com a  
Constituição Federal de 1988

Monografia apresentada à Banca Examinadora  
da Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo, como exigência parcial para obtenção  
do título de ESPECIALISTA em Direito do  
Trabalho, sob a orientação do Prof. Dr.  
Jurandir Zangari Junior

**SÃO PAULO**

**2016**



## Banca Examinadora

Prof. Jurandir Zangari Júnior

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof.

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof.

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Aos meus pais, que sempre foram os meus grandes  
incentivadores e que sempre acreditaram nos meus sonhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ser fonte inspiradora inesgotável para enfrentar as provas e expiações da jornada da vida.

Ao excelente Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelos proveitosos conteúdos ministrados e experiências compartilhadas pelos palestrantes durante todo o curso.

Ao professor Jurandir Zangari Júnior pela oportunidade, auxílio na elaboração do presente trabalho e pelos conhecimentos sempre generosamente compartilhados.



## RESUMO

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não é possível limitar a intensidade da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor. O equilíbrio na balança lesão-reparação é orientado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, por conseguinte o desnível imposto pela limitação reparatória acaba, indiretamente, estimulando a expansão do comportamento lesivo. Nesse sentido, não subsiste, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), a norma inscrita no art. 223-G, parágrafo 1º, CLT que define o regime de indenização tarifada. Desta feita, ao criar faixas máximas de indenização, de acordo com o grau de ofensa, a reforma trabalhista, no tocante ao dispositivo em análise, padece do vício de inconstitucionalidade.

**Palavras chaves:** Tabelamento do Dano Moral Trabalhista. Incompatibilidade material. Constituição Federal de 1988.



## **ABSTRACT**

The inclusion in the Constitution of the Republic of 1988 of the right to reparation of moral damages indicated that injuries of this nature should be compensated in their entirety, without the ties of limiting ceilings. According to art. 5, V, the indemnity shall be proportional to the grievance; since it is not possible to limit the intensity of the offense, it is also not possible to limit the intensity of the compensation, otherwise it would create disproportionate reparation for the benefit of the offender. The balance in the injury-reparation balance is guided by the constitutional principle of proportionality, therefore the unevenness imposed by the reparatory limitation indirectly ends up stimulating the expansion of the harmful behavior. In this sense, there is no material incompatibility with the Constitution of the Republic promulgated in 1988 (Article 5, paragraphs V and X), the norm recorded in art. 223-G, paragraph 1, CLT that defines the compensation regime. This time, in creating the maximum compensation levels, according to the degree of offense, the labor reform, in relation to the device under analysis, suffers from the vice of unconstitutionality.

**Keywords:** Table of Moral Labor Damage. Material incompatibility. Federal Constitution of 1988.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 1. DANO MORAL .....</b>	<b>17</b>
1.1 Conceito de dano moral .....	17
1.2 Espécies de dano moral .....	20
1.2.1 Assédio moral .....	21
1.2.1 Assédio sexual .....	22
1.3 Dano moral individual e coletivo .....	25
1.4 Dano estético .....	33
1.5 Cumulação dos danos patrimoniais e extrapatrimônias .....	34
<b>CAPÍTULO 2. DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO.....</b>	<b>36</b>
2.1 Caracterização do dano moral trabalhista .....	36
2.2 Competência da Justiça do Trabalho para julgar o dano moral.....	37
2.3 A prova do dano moral trabalhista .....	41
2.4 Peculiaridades do dano moral na jurisprudência do TST .....	43
2.4.1 Monitoramento eletrônico .....	43
2.4.2 Revista íntima .....	44
2.4.3 Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais (Recurso de Revista Repetitivo nº 1) .....	45
<b>CAPÍTULO 3. FASES DE VERIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA .....</b>	<b>50</b>
3.1 Fase do “pré contrato” .....	50
3.2 Fase de execução do contrato .....	55
3.3 Na rescisão do contrato de trabalho .....	60
3.4 Após a extinção da relação de emprego .....	64
<b>CAPÍTULO 4. O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL EM FACE DO DANO MORAL .....</b>	<b>66</b>
4.1 Enunciado n. 588 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal .....	66
4.2 A Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça .....	66
4.3 A não recepção dos arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988 (ADPF n. 130-DF) .....	67

4.4 O Direito Constitucional do Trabalho em face do tabelamento do dano moral trabalhista .....	68
4.4.1 A normatividade dos princípios constitucionais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....	68
4.4.2 O Princípio da Igualdade .....	70
<b>CAPÍTULO 5. NOVO TÍTULO DA CLT: “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL” (LEI 13.467 DE 2017) .....</b>	<b>76</b>
5.1 A pretensão de limitar o dano moral trabalhista .....	76
5.2 A limitação dos legitimados à reparação do dano extrapatrimonial .....	77
5.3 Responsabilidade pelo dano extrapatrimonial .....	78
5.4 Critérios para fixação do montante indenizatório .....	80
5.5 O tabelamento do dano moral trabalhista – A incompatibilidade material do art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT coma constituição Federal de 1988.....	81
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>

## INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista foi aprovada pela Lei n. 13.467 de 2017, para vigorar 120 dias após a sua publicação, ocorrida no dia 14 de julho de 2017. Assim, a partir de 11 de novembro de 2017 entrou em vigor uma nova CLT, cuja alteração foi a mais profunda ocorrida desde a sua promulgação oficial em maio de 1943.

O presente estudo tem como objetivo abordar o tema dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho. O dano moral é a lesão na esfera extrapatrimonial, em bens que dizem respeito aos direitos da personalidade que, exemplificativamente, encontram-se no rol do art. 5, X, CF e na legislação civil.

Trata-se de uma das mudanças mais impactantes da reforma trabalhista de 2017 tanto pela novidade do regramento, quanto pela pretensão de introduzir um microsistema exclusivo para os danos morais trabalhistas, com previsões destoantes da principiologia há muito sedimentada na teoria geral da responsabilidade civil, como o tabelamento do dano moral trabalhista.

O nosso desafio, portanto, é analisar a configuração peculiar dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho e os possíveis rumores hermenêuticos dessa nova regulamentação.

Antes de adentrar ao tema, no Capítulo I, propusemo-nos a debruçar sobre o conceito de dano moral; as suas espécies, incluindo o assédio moral e sexual; a diferença entre o dano moral individual e coletivo; o dano estético; bem como o dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre a cumulação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Por derradeiro, no Capítulo II, tratamos sobre a caracterização do dano moral na esfera trabalhista. Assim, forçoso reconhecer sobre a culpa; as teorias sobre o nexo de causalidade na Justiça do Trabalho, destacando ainda algumas das peculiaridades do dano moral na jurisprudência do TST, a saber: monitoramento eletrônico, a revista íntima e, por fim, a exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais, tema este tratado no Recurso de Revista Repetitivo nº 1, pela mais alta corte trabalhista do País.

Traçando o percurso do tema, no Capítulo III delineamos as fases de verificação do dano moral trabalhista. Foram analisadas as fase do “pré contrato”, a fase da contratação do empregado, a fase de execução do contrato, na rescisão do contrato de trabalho e após a extinção da relação de emprego.

No Capítulo IV, delineamos o paralelo do dano moral nos Direitos Civil e Trabalhista, apontando o estudo sobre o Enunciado n. 588 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, e a não recepção dos arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988 (ADPF n. 130-DF). Por oportuno, escrevemos também acerca do Direito Constitucional do Trabalho em face do tabelamento do dano moral trabalhista, tratando da normatividade dos princípios constitucionais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como do Princípio da Igualdade.

De antemão, o Capítulo V, consagramos o de extrema importância do presente estudo, o qual extrai todo o nosso conteúdo sobre o novo Capítulo da CLT: Do Dano Extrapatrimonial”.

Assim, foram destacadas a pretensão de limitar o dano moral trabalhista, a limitação dos legitimados à reparação do dano extrapatrimonial, a responsabilidade pelo dano extrapatrimonial, os critérios para fixação do montante indenizatório. De arremate, a incompatibilidade material do art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT coma constituição Federal de 1988.

O fato é que a tarifação, qualquer que seja o parâmetro eleito para a delimitação, é incompatível com o tratamento especial reservado ao dano moral pelos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, que asseguram ao ofendido a reparação mais ampla possível, afastando a possibilidade de fixação de critérios rígidos e inflexíveis, aprioristicamente estabelecidos em lei. Na realidade, independentemente de natureza da relação tutelada, cível ou trabalhista, o que se tem, é que toda espécie de limitação prévia, e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**, STF - Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 16/03/07.

Desse modo, antes da medida provisória, o texto, para além da inconstitucionalidade da tarifação, ainda albergava inequívoca contrariedade ao princípio da isonomia, ao prever, em outras palavras, que o menos abastado deveria ser indenizado em valor menor que endinheirado, conforme o salário de cada qual, ainda que a indenização fosse procedente da mesma ofensa moral<sup>2</sup>.

Mas não é somente isso. Mesmo com as alterações introduzidas pela via, imprópria, registre-se, da medida provisória, subsiste um repulsivo tratamento discriminatório do trabalhador brasileiro, que lhe impõe *capitis diminutio* inaceitável frente ao cidadão comum, o qual, sujeito à legislação civil, não se submete a qualquer tarifação ao ser ressarcido civilmente por ato ilícito praticado por outrem que lhe tenha provocado dano imaterial.

De resto, necessário se faz passar da análise do Direito do Trabalho para o campo do Direito Constitucional, onde podemos encontrar princípios capazes de reformular e reafirmar do Direito Individual Trabalhista. Nesse sentido, é essa a linha de pensamento que temos perfilhado, ao se estudar a nova Lei do Trabalho, há a necessidade de estudos e pesquisas das normas constitucionais capazes de garantir os efetivos direitos sociais do trabalhador (art. 7º da CF de 1988).

Por fim, forçoso esclarecer que sob qualquer ângulo que se examine essa específica questão, se esbarra na inadequação constitucional manifesta da tarifação do dano extrapatrimonial trabalhista, instituída pelo novel artigo 223-G da CLT. Daí porque, sem prejuízo de eventual controle concentrado de constitucionalidade provocado por quem de direito, não será surpresa se os Juízos trabalhistas, confrontados com casos da espécie, afirmem incidentalmente a inconstitucionalidade das disposições legais inovadas, e arbitrem a indenização do dano moral conforme o Juízo de equidade que lhe é próprio, sem limitações.

---

<sup>2</sup> O dano moral na Reforma Trabalhista. Inconformidade constitucional. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042-O+dano+moral+na+Reforma+Trabalhista+Inconformidade+constitucional>> Acesso em: 03 de jan. 2018.

## CAPÍTULO 1. DANO MORAL

A reparação patrimonial de um dano causado a outrem é instituto jurídico intimamente associado ao Direito Civil. Nesse sentido, em um primeiro momento, os civilistas, influenciados pelo código napoleônico, entendiam que apenas eram passíveis de reparação civil os danos auferíveis economicamente. Foi assim, por exemplo, com o Código Civil pátrio de 1916<sup>3</sup>.

De maneira gradativa, porém, a noção de dano ganhou contornos mais amplos e passou a compreender também o dano extrapatrimonial, sendo que a tese que admitiu o dano moral no ordenamento jurídico brasileiro se enfatizou com o advento da Constituição Federal de 1988, que destacou o reconhecimento do direito de personalidade.

### 1.1 Conceito de dano moral

Numa primeira análise, entendemos oportuno distinguir as interpretações dadas pela doutrina acerca do conceito de dano moral.

Mazeaud e Tunc ensinavam que “o dano moral é o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”<sup>4</sup>.

Nessa ordem de ideias, na doutrina brasileira é comum encontrar essa definição negativa de dano moral, assim como bem ensina Pontes de Miranda: “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1031, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>4</sup> MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

Importante frisar também o conceito delineado por Agostinho Alvim, que sintetiza em dizer que: “Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio”<sup>6</sup>.

Claro está que tal definição de dano moral não contribui e nada para entender o seu real significado, tendo em vista que, tão somente se preocupa em ratificar o seu caráter não patrimonial, ou seja, corresponde a uma ideia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais).

Convém notar que a esta corrente sobre o conceito negativo de dano moral, sustenta não haver como indenizar em pecúnia o sofrimento e a dor moral, não possibilitando à vítima, pleitear reparação econômica por dano causado a um bem jurídico de valor imensurável, classificando como imoral a ideia de reparação, por deixar de lado a sensibilidade.

Mas nem sempre há unanimidade sobre o aspecto negativo, tendo em vista que, por outro viés, há uma segunda corrente que define o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico da pessoa.

Nesta definição procura-se vislumbrar realmente o estado psicológico, espiritual da pessoa, a suas expectativas, dores e sofrimentos que emergem do seu ego, da sua honradez, personalidade e caráter. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

Assim defende Jorge Bustamante Alsina: “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”<sup>7</sup>.

Dissecando-o mais didaticamente, Silvio Rodrigues denomina dano moral como: “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem.”<sup>8</sup>. Leciona o douto Carlos Alberto Bittar, que os danos morais: “se traduzem em perturbações de ânimo, sendo em

---

<sup>6</sup> ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. 1949, nº 157, p. 195.

<sup>7</sup> ALSINA, Jorge Bustamante. Teoria General de La Responsabilidad Civil. 1993, p. 97.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 1989. Vol. 4, p. 206.

reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”<sup>9</sup>.

Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, observa que para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que: “... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”<sup>10</sup>.

Como se vê nesta segunda corrente leva-se em conta não só o simples fato de conceituar o dano moral como um simples “não dano patrimonial, mas sim o sentimento de dor, angústia e vergonha que o indivíduo passa no seu amago.

Assim, tais estados psicológicos, constituem não o dano em si, mas sua consequência ou repercussão. Confunde-se o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são vistos como um só fenômeno. Mas o dano não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima.

Diante desse contexto, as mudanças no estado de alma do lesado, decorrente do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano. Assim, o dano moral, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam as consequências, os efeitos ou os resultados que se confunde com o próprio dano.

Impõe-se, portanto, necessário identificar que interesses ou direitos são esses cuja violação dá ensejo à reparação moral. Sendo assim, o direito que enseja a reparação por dano moral seria o direito a personalidade.

A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavalieri Filho: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”<sup>11</sup>.

Temos assim que além de seu patrimônio material, o indivíduo é titular de direitos que integram sua personalidade, sendo estes direitos relacionados à sua

---

<sup>9</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 1994, p. 31.

<sup>10</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 1987. Vol. II, p. 852.

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1998, p. 74.

liberdade, sua honra, sua vida, integridade física e psíquica, não podendo ser impunemente atingidos sem a reparação.

Crítica também sofre essa denominação, porém já está enraizada em nossa tradição a expressão dano moral, que é empregada pela nossa Constituição e por diversos diplomas legais (em especial pelo Código Civil). É também, uma expressão disseminada, nos países de tradição romano-germânica.

## 1.2. Espécies de dano moral

Antes de elencar as hipóteses trazidas, destacamos que poderá o empregado pedir rescisão indireta do contrato de trabalho quando o empregador descumprir as cláusulas do contrato, consoante disciplina o art. 483, CLT.

Ademais, poderá também ajuizar uma ação com pedido de indenização por danos morais, na qual a Justiça do Trabalho é competente para julgar com fulcro no artigo 114, VI, da Constituição Federal de 1988:

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

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

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

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

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

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

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

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

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

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

Assim, a Justiça do Trabalho é competente para julgar os pedidos de indenização por danos morais, desde que estejam relacionados com o contrato de trabalho e com a causa da ação.

### 1.2.1 Assédio moral

O assédio moral também é conhecido como manipulação perversa, terrorismo psicológico, psicoterrorismo, entre outras denominações.

Atualmente, podemos sintetizar que a doutrina pátria define o assédio como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho<sup>12</sup>.

Desta feita, consideramos os seguintes elementos a fim de caracterizar o assédio moral: conduta abusiva do assediador de natureza psicológica; repetição e prolongamento da conduta; exposição da vítima a humilhações e constrangimentos e exclusão do ofendido ou deterioração do ambiente de trabalho.

Nesse sentido, as práticas mais comuns consistem em: (i) desaprovação velada e sutil a qualquer comportamento da vítima; (ii) críticas repetidas e continuadas com relação à sua capacidade profissional; (iii) comunicações incorretas ou incompletas quanto à forma que a vítima sempre faça o seu serviço de forma incompleta, incorreta ou intempestiva, e ainda se atrase para reuniões importantes; (iv) apropriação de ideias da vítima para serem apresentadas como de autoria do assediador; (v) isolamento da vítima de almoços, confraternizações ou atividades junto aos demais colegas; (vi) descrédito da vítima no ambiente de trabalho mediante rumores ou boatos sobre a sua vida pessoal ou profissional; (vii) exposição da vítima ao ridículo perante colegas ou clientes, de forma repetida e continuada; (viii) alegação pelo agressor, quando e se confrontados, de que a vítima está paranoica, com mania de perseguição ou não tem

---

<sup>12</sup> MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1033, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

maturidade emocional suficiente para desempenhar as suas funções; (ix) identificação da vítima como “criadora de caso” ou indisciplinada;(x) inatividade compulsória da vítima; entre outras hipóteses<sup>13</sup>.

Vale ressaltar que não há previsão legal dessa figura jurídica como ocorre com o assédio sexual no artigo 216-A do CP, o qual difere no moral, uma vez que se trata de condutas com o intuito de obter uma vantagem ou favorecimento sexual, aproveitando o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Na forma vertical o assédio ocorre em escala hierárquica, podendo ser ascendente praticando pelo empregado de cargo inferior ao superior, a exemplo do jogador de futebol que não deseja ser treinado por um técnico; ou descendente quando o empregador de cargo mais elevado pratica em face do subordinado.

Já na modalidade horizontal o assédio ocorre entre empregados de mesmo nível hierárquico.

Por sua vez, o assédio moral estratégico consiste na conduta praticamente em face de determinado empregado para retirá-lo da empresa.

A prática de assédio moral pode resultar para vítima o direito a indenização por dano moral e rescisão indireta do seu contrato com fundamento no artigo 483 da CLT, uma vez que ofendida a função social do contrato e dignidade humana da vítima.

### 1.2.2 Assedio sexual

O Professor José Wilson Sobrinho propõe em relação ao conceito: “Assédio Sexual é o comportamento consistente na exploração de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após negativa”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1033, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>14</sup> SOBRINHO, José Wilson. “Assédio Sexual e justa causa”. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 4/96, p. 367.

Nesse aspecto, Rodolfo Pamplona Filho que conceitua: “Toda conduta de natureza sexual não desejada que embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”<sup>15</sup>.

Por derradeiro, o Código Penal Brasileiro no artigo 216-A tipificou o assédio sexual como um crime, com a seguinte redação, *in verbis*:

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

São vários os conceitos em relação ao vocábulo assédio sexuais, que são feitos pela doutrina, sendo que todos elencam os elementos comuns, tais como:

- Sujeitos de um mesmo ambiente, podendo ser de ambos os sexos, ou sexo diferente
- Conduta que leva a conotação sexual
- À rejeição em relação á conduta do colega de trabalho
- Poder Hierárquico
- Reiteração de condutas sexual indesejáveis

Tais elementos fazem com que o assédio sexual fique caracterizado, que não é um fenômeno exclusivamente trabalhista, mas que na relação de emprego é que se manifesta em maior frequência.

Oportuno frisar que será analisado quem figurará no pólo ativo e quem estará no pólo passivo no assédio sexual, quem pode cometer o assédio sexual e contra quem ele é praticado. Existe uma pré-definição preconceituosa que somente quem pode sofrer um assédio sexual no trabalho, é a mulher, por ter seu histórico de sofrimentos e humilhações em relação ao mercado de trabalho e que somente ela, por ser frágil pode ser assediada sexualmente no trabalho.

Já sabemos que o número de assédio sexual praticado por homem contra mulher é disparadamente maior do que o da mulher contra o homem, que também pode ocorrer pelo fato de hoje em dia mulheres assumirem cargos maiores que os dos homens,

---

<sup>15</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O assédio Sexual na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2001,p.35.

podendo elas também figurarem no pólo ativo do assédio sexual. Conforme salienta o professor Robortella:

O assédio no trabalho por outro lado, costuma ser característica predominante masculina; valem dizer, as mulheres são as maiores vítimas, mas não se podem afastar hipóteses em que sejam elas os agentes ativos. Afinal, como dito, o assédio sexual é uma questão de poder e este tanto pode ser masculino como feminino<sup>16</sup>.

Entretanto, podemos ter assédio sexual também de pessoas do mesmo sexo, neste caso seria os assediadores homossexuais, podendo assim configurar no polo ativo e passivo pessoas de ambos os sexos.

Vale frisar quem pode sofrer o assédio sexual, ou seja, que recebe o assédio sexual. A principal vítima é o empregado, aquele que presta serviços ao empregador com âmbito de receber uma remuneração por estes serviços, de acordo com José Martins Catharino:

Empregado é o trabalhador a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação de emprego, privada e não-estatutária. Não o é o trabalhador que põe sua força de trabalho a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação jurídica de outra espécie<sup>17</sup>.

A doutrina também destaca o cliente da empresa, sendo que este seria em menor quantidade, podendo ser também vítima do assédio sexual, pelo empregador ou por algum preposto seu, que negocie diretamente com o cliente, pelo fato do negócio jurídico ser firmado, por favores sexuais do cliente para com o empregador.

No caso do empregador, esta hipótese é quase nula, mas também não deixa de ser vista na ocorrência de assédio sexual. Este fato decorre quando por algum segredo ou informação confidencial, o empregado chantageia o empregador sexualmente, como condição para não levar á público determinadas informações.

---

<sup>16</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. "Assédio Sexual e dano moral nas relações do trabalho". III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: IBCB - Instituto Brasileiro de Ciências Bancárias, 1997, p.159.

<sup>17</sup> CATHARINO, José Martins. Compêndio universitário de direito do trabalho. São Paulo, Ed. Jurídica Universitária, 1972, p.181.

Com relação à esfera ativa, ou seja, quem pode assediar quem pode cometer o assédio sexual destacamos:

- a) Assédio praticado por Empregador Pessoa Física, Proprietário, Diretor, Sócio Majoritário da empresa: Neste caso o empregador que possui o poder hierárquico em relação ao seu subordinado (empregado) solicita favores sexuais, para que este permaneça em seu cargo, ou até mesmo possa subir de posição.
- b) Assédio Sexual por colega de trabalho: aqui se configura o típico assédio sexual ambiental, também conhecido como assédio sexual horizontal, no qual não necessita do poder hierárquico para que haja a manifestação, que neste caso tem o intuito de insinuações vexatórias para constranger o colega de trabalho. O que se tem notado é que as empresas observam esse tipo de assédio e se mantêm inertes acreditando que esse tipo de assédio estimula a produtividade. Mas se esquecem de que a empresa também terá responsabilidade pelo ocorrido, na medida em que o assédio persiste em razão da omissão, da tolerância ou até mesmo do estímulo da empresa em busca de competitividade interna.
- c) Assédio Sexual cometido por um cliente da empresa: pode-se ocorrer este caso, quando algum cliente faz com que seja realizado um contrato, e que para que seja fechado o negócio submete o empregado a uma condição sexual, ou até mesmo ameaça o empregado para que este satisfaça-o sexualmente, se não lançará acusações falsas à seus superiores.
- d) Assédio Sexual que é realizado por preposto do empregador: ocorre neste caso quando um preposto que detenha uma superioridade hierárquica, submete o empregador a uma condição sexual.
- e) Assédio Sexual praticado por familiares do empregador: nessa hipótese, o poder indireto do familiar, de quem detém o poder hierárquico, ameaça o empregador com uma conotação sexual, para que este permaneça no emprego, caso ao contrário, influirá para a perda do emprego.
- f) Assédio Sexual do empregado contra o empregador: essa hipótese é muito rara, mas não deixa de existir, ocorre quando o empregado possui algum segredo ou informação na qual o empregado chantageia o empregador, assediando-o sexualmente, para que este não leve a público as informações.

### 1.3. Dano moral individual e coletivo

Para a efetiva caracterização do dano moral individual<sup>18</sup> no Direito do Trabalho, é necessário que estejam presentes todos os elementos exigidos pelo ordenamento jurídico, para que se realizem, concretamente, os efeitos desejados contra o lesante.

A caracterização do direito à reparação do dano moral trabalhista depende, no plano fático, da concordância dos seguintes elementos: a) o impulso do agente (ação ou

---

<sup>18</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 4ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 95.

omissão), b) o resultado lesivo, i.e., o dano; c) o nexu etiológico ou de causalidade entre o dano e a ação alheia.

De acordo com Fernanda Orsi Baltrunas Doretto<sup>19</sup>, “o nexu de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano experimentado pela vítima. Desse modo, o nexu de causalidade corresponde a um pressuposto essencial para que se proceda à reparação civil, vez que se mostra indispensável, ainda que se trate de responsabilidade objetiva”.

Desse modo, o dano moral individual na seara trabalhista, tem natureza subjetiva, e para sua caracterização no mundo dos fatos não prescinde de elementos vinculados ao sofrimento do lesado, tais como a dor moral, a humilhação, a vergonha, o constrangimento, enfim, todos os fatos ou atos que efetivamente tenham proporcionado uma lesão na alma ou no espírito do ofendido<sup>20</sup>.

Desta feita, pelo seu caráter subjetivo, o dano moral acaba por levar em conta a culpabilidade do ofensor, em seus desdobramentos de negligência ou imprudência, e escora-se no art. 186 do CC e no art. 5º., incisos V e X, da CF de 1988, *in verbis*:

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

Art. 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<sup>21</sup>, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

---

<sup>19</sup> DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Dano moral coletivo. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008. p. 21.

<sup>20</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>21</sup> Lei 11.111, de 2005. Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

De outra parte, o destinatário dos valores das indenizações ou reparações do dano moral individual é a própria vítima da ofensa, servindo como lenitivo para a dor ou humilhação sofrida, ou ainda, poderá ser transformada em obrigações de fazer, consistindo em reparação *in natura*, sob a forma de uma retratação, numa contrapublicação, publicação de sentença, pagamento de uma cirurgia plástica, no dano estético, enfim, ao menos em teoria, numa retroação do danificado à sua situação anterior ao dano, ou seja, trazendo o ofendido o mais possível ao *status quo ante*, pressuposto do princípio do *restitutio in integro*<sup>22</sup>.

Podemos afirmar que, contrariamente à lógica mais simplista, ou sob uma análise semântica, institutos do direito coletivo não podem ser visualizados como um sequenciamento, somatório, extensão ou desdobramento dos direitos individuais. Por exemplo, a dispensa coletiva não é apenas um somatório ou multiplicidade de dispensas individuais de trabalhadores, da mesma forma que o dano moral coletivo não é um somatório ou uma pluralidade de danos morais individuais<sup>23</sup>.

Desse modo, é importante frisar as diferenças entre o dano moral individual e o dano moral coletivo no âmbito do direito do trabalho.

Enquanto o dano moral individual configura-se quando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, a reputação da pessoa do trabalhador são atingidas por ato abusivo ou ilícito do empregador, no âmbito da relação empregatícia, tendo como pressupostos a dor moral, a angústia, a humilhação, o constrangimento etc., o dano moral coletivo apresenta um tratamento meta ou transindividual, relacionado aos direitos difusos e coletivos de uma comunidade de indivíduos, no caso de trabalhadores<sup>24</sup>.

Assim, o dano moral coletivo e o dano moral individual não se confundem, tendo em vista que o dano moral individual trata-se de instituto de Direito Individual do Trabalho, com características peculiares, já o direito moral coletivo pertence ao Direito

---

<sup>22</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>23</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>24</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

Coletivo do Trabalho, e possui regras, princípios e institutos próprios, denotando a necessidade de uma diferente leitura jurídica.

O dano moral coletivo pode ser verificado em qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade, a merecer algum tipo de reparação à violação a direitos difusos, coletivos ou eventualmente direitos individuais homogêneos<sup>25</sup>, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares<sup>26</sup>.

Enquanto o dano moral individual suscita, para sua proteção, o ajuizamento geralmente de ações atomizadas, por qualquer indivíduo que se sentir lesado, o dano moral coletivo somente pode vir a ser reparado a partir da ação dos legitimados, seres coletivos, como as associações, sindicatos, o Ministério Público do Trabalho e demais entidades mencionadas nos arts. 5º<sup>27</sup>, da Lei n. 7347/85 e art. 82, da Lei n. 8078/90<sup>28</sup>.

Xisto Tiago Medeiros Neto conceitua dano moral coletivo como a “lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”<sup>29</sup>.

Dessa forma, algumas diferenças fazem-se presentes entre o dano moral individual e o dano moral coletivo, quais sejam: o dano moral individual é eminentemente subjetivo e para sua caracterização demanda, no plano fático, a

---

<sup>25</sup> É importante destacar que os direitos individuais homogêneos que foram inseridos em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8078/90 (art. 81, III), na verdade, são direitos individuais puros, de origem comum, que podem ser postulados, em caso de lesão, de forma individual, por meio de ações atomizadas, ou de forma coletiva, nas ações moleculares, especialmente por meio das ações civis coletivas, regulamentadas pelo CDC.

<sup>26</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>27</sup> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II- a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

<sup>28</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>29</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Dano moral coletivo. 2ª. Ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 137.

constatação, pelo menos, em tese, do dano, da lesão, da angústia, dor, humilhação ou sofrimento do lesado, ao passo que o dano moral coletivo é de natureza objetiva, caracterizado como *damnum in re ipsa*, ou seja, verificável de plano pela simples análise das circunstâncias que o ensejaram<sup>30</sup>.

Dessa forma, enquanto o dano moral individual, de natureza subjetiva, fundamenta-se no art. 186 do CC, o dano moral coletivo, de natureza objetiva, tem por fundamento o parágrafo único<sup>31</sup>, do art. 927, do mesmo Código Civil, de forma que não se exige, no plano fático, que haja necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do agente.

Basta que se realize, no plano dos fatos, uma conduta empresarial que vilipendie normas de ordem pública, tais como, o não atendimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego no meio ambiente laboral, a não contratação de empregados com necessidades especiais ou portadores de deficiência (art. 93 da Lei n. 8213/91), de aprendizes (arts. 428 e seguintes da CLT e Decreto n. 9558/2006), discriminação, trabalho escravo, assédio moral ou sexual, atos anti-sindicais, fraudes trabalhistas, etc<sup>32</sup>.

Empresas que forem flagradas pela ação fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego, ou mesmo do Ministério Público do Trabalho, por meio de ações ou diligências conjuntas, certamente poderão e deverão ser condenadas por dano moral coletivo, em ações civis públicas ou por descumprimento de Termos de Ajuste de Conduta, por desrespeito a normas de ordem pública e direitos indisponíveis dos trabalhadores, cujas lesões atinjam a ordem jurídica, a exemplo dos casos de trabalhadores encontrados em situação análoga à de escravos, assédio moral ou sexual,

---

<sup>30</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>31</sup> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>32</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

trabalho infantil, trabalho nos lixões, nas minas de carvão, em atividades proibidas e exploração sexual comercial de jovens e adolescentes<sup>33</sup>.

Para que se possa verificar o dano moral coletivo, no caso concreto, basta que haja a constatação de ilícitudes envolvendo direitos coletivos, difusos e eventualmente individuais homogêneos, para que toda a sociedade seja ultrajada. A condenação terá um caráter pedagógico, punitivo, exemplar e inibitório, no sentido de se evitar reincidências.

Importante frisar que o dano moral coletivo se relaciona aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e pode ser manejado nas ações moleculares ou em processos administrativos (Inquéritos Cíveis) titularizados pelo Ministério Público do Trabalho.

No plano fático, a ocorrência do dano moral coletivo pode ser verificada como dito, não apenas nas hipóteses de violações a direitos fundamentais dos trabalhadores, da maior relevância social, como agressões ao meio ambiente do trabalho, à segurança, à vida, etc, bem como em ofensas a direitos da personalidade, como agressões à vida privada, à intimidade, à honra, nas hipóteses de assédio moral, trabalho forçado ou degradante, trabalho de crianças e menores em situações de vilipêndio à dignidade humana (piores formas de trabalho infantil) e ainda no não cumprimento de cotas sociais de inserção no mercado de trabalho (aprendizes, estagiários e empregados com deficiência)<sup>34</sup>.

O dano moral individual tem assento constitucional (art. 5º., V e X) e no plano infraconstitucional é amparado por várias leis especiais já mencionadas neste trabalho, enquanto o dano moral coletivo, de origem mais recente, já que vinculado aos direitos

---

<sup>33</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

<sup>34</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

humanos de 3<sup>a</sup>. Dimensão é tutelado pelas leis que constituem o núcleo do microsistema de tutela coletiva, ou seja, as Leis n. 7347/85<sup>35</sup> e n. 8078/90.

Com efeito, o dano moral coletivo apresenta-se como um pleito nas ações moleculares, ou seja, ações civis públicas ou ações civis coletivas, a serviço da proteção de interesses maiores da coletividade, da maior dignidade possível às futuras e presentes gerações, envolvendo o direito à vida, à saúde, à educação, ao meio ambiente digno, à segurança, à honra, à intimidade, enfim, à dignidade da pessoa humana, fundamento de validade do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que, enquanto as ações atomizadas (reclamatórias trabalhistas) buscam geralmente verbas trabalhistas não honradas no curso do contrato de trabalho ou no ato da dispensa do empregado, e em algumas situações reparações por danos morais, as ações moleculares, especialmente as ações civis públicas, têm por objeto obrigações de fazer ou não fazer relacionadas a valores e direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e mesmo da sociedade<sup>36</sup>.

De outra parte, empresas e empregadores que não cumprem sua função social em relação às cotas legais, por exemplo, cota de aprendizagem, estabelecida no art. 428 e seguintes da CLT, Decreto n. 5598/2005, e na cota de inserção de trabalhadores com necessidades especiais (art. 93 da Lei n. 8213/91) poderão ser penalizados, por meio do pagamento de multas ou astreintes em TAC (Termo de ajustamento de conduta) pelo Ministério Público do Trabalho, ou em ações civis públicas perante a Justiça do Trabalho.

Outra diferença fundamental entre o dano moral individual e coletivo encontra-se na destinação dos recursos: enquanto os valores atribuídos ao dano moral individual são carreados para os trabalhadores considerados individualmente lesados, aqueles oriundos do dano moral coletivo são destinados a fundos protetores de clientela

---

<sup>35</sup> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – à ordem urbanística; IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.

<sup>36</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

específicas (idoso, criança, adolescente, deficientes etc), ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei 7998/98), ou a entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, por meio de doações em espécie ou *in natura*, sujeitas à prestação de contas.

Entre as formas de reparação encontramos as obrigações de fazer ou restaurar (ex: meio ambiente violado, construção de hospitais, creches, centros de capacitação para jovens, adolescentes, trabalhadores com necessidades especiais) e pecuniária, com destinação aos fundos sociais, com interesse público ou às entidades mencionadas.

Cícero Rufino Pereira<sup>37</sup> nos informa que:

(...) em sede de inquérito civil, o membro do Ministério Público poderá firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou, como também é conhecido, compromisso de ajustamento de conduta (visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas, ou ainda, à compensação ou indenização pelos danos causados pelo investigado); bem como expedir recomendações (estas também nos autos do procedimento preparatório), “visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.

Os valores fixados a título de reparação por dano moral coletivo geralmente são imanes de pedidos genéricos (*an debeat*), que por certo, deveriam figurar ao lado das ações universais no Código de Processo Civil, art. 286<sup>38</sup>, devidamente arbitrados pelo juiz (*quantum debeat*) nas ações judiciais, ou pelo procurador do trabalho nos TACs, nos processos administrativos, levando-se em consideração a capacidade econômica do lesante, a gravidade da ofensa ao patrimônio moral da coletividade, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não devendo ser causa de enriquecimento sem causa, em valor desproporcional, nem tão insignificante, de modo a não provocar nenhum efeito pedagógico ou repressivo para o lesante<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> PEREIRA, Cícero Rufino. Efetividade dos direitos humanos trabalhistas. O Ministério Público e o tráfico de pessoas. São Paulo: Ltr, 2007, p. 133.

<sup>38</sup> Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

<sup>39</sup> A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

#### 1.4. Dano estético

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marca e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.<sup>40</sup>

Desta feita, é necessário que tenha havido uma piora em relação ao que a pessoa era antes, relativamente aos seus traços de nascimento e não em comparação com algum exemplo de beleza.

Já Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>41</sup>, na sua obra “Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional”, aduz que:

Além das indenizações por dano material e moral, pode ser cabível a indenização por dano estético, quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia física da vítima. Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado, como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo de um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeamento ou apenas desperte a atenção por ser diferente.

O prejuízo estético não caracteriza, a rigor, um terceiro gênero de danos, mas representa uma especificidade do dano moral, sobretudo quando não produz repercussão de natureza patrimonial como ocorre no caso de um artista ou modelo<sup>42</sup>.

O erro médico é um grande gerador do dano estético, não somente nas cirurgias plásticas, as quais, em sua maioria, visam o embelezamento, mas também nos demais procedimentos, como em um caso concreto acontecido em Minas Gerais/MG, em que, durante o parto realizado em uma na Clínica Mater, houve vários erros de

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, 6ª ed., LTR, 2011, São Paulo, p. 243 e 244.

<sup>42</sup> Ibidem p. 243 e 244.

procedimentos e a perícia constatou que o erro médico deixou inúmeras sequelas. Segundo os autos, a vítima ficou sem a capacidade de controlar a defecação, perdeu parte do reto e do intestino, o controle do esfíncter e sofreu prejuízos à vida profissional e sexual. Em primeira instância a clínica foi condenada em 200 mil reais por danos morais e materiais, sendo reformada em sede de apelação para um valor menor, tendo, no STJ a sua majoração para 50 mil de danos morais, sendo que O ministro destacou que o dano estético causa danos materiais e morais, não tendo previsão própria no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o ministro admitiu que a orientação da 3ª Turma tem sido de conceder a indenização, que fixou em R\$ 150 mil<sup>43</sup>.

Decisões nessa esfera buscam a reparação material de um dano extrapatrimonial, visando à compensação pecuniária pelo dano sofrido, em sua maioria, de forma permanente ou duradoura.

### 1.5 Cumulação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais

A indenização por dano estético cumulada com o dano moral pode parecer, para muitos doutrinadores e juristas, um *bis in idem*, ou seja, uma repetição de indenização para o mesmo dano sofrido.

Neste sentido, Antonio Jeová Santos narra que:

(...) admitir cumulação de dano moral e dano estético, mesmo derivado do mesmo fato, é outorgar *bis in idem*, pois não existe um terceiro gênero de indenização. Ou alguém sofre dano moral (aí incluído o estético), ou sofre lesão patrimonial, ou ambos, como já afirmado neste trabalho. O que não é de ser admitido é que alguém seja indenizado três vezes, pelo mesmo e idêntico fato. Se a lesão estética repercute no espírito, mortificando-o, não se vá concluir que a vítima sofreu três lesões autônomas, passíveis de gerar três indenizações<sup>44</sup>.

Há discussão doutrinária sobre a possibilidade ou não do dano moral e os danos estéticos serem cumuláveis.

---

<sup>43</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 899.869 - MG (2006/0046442-3)

<sup>44</sup> Dano Moral Indenizável. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 348.

O Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 387 pacificou seu entendimento sobre a possibilidade de acolher o acúmulo de ambos os danos ainda que decorrente do mesmo fato, uma vez que o dano estético é algo distinto do dano moral, sendo o primeiro uma deformação corporal que agride a visão; e o segundo um sofrimento mental, ou seja, o dano estético é visível porque caracterizado na deformidade causando repulsa e o dano moral é puramente psíquico, pertencente ao foro íntimo, logo danos distintos. Trata-se de um terceiro gênero de dano, podendo ser cumulado com o dano moral.

De outra banda, há quem sustenta entendimento diverso, defendendo a não possibilidade do acúmulo de tais danos, fundamentam seu entendimento baseando-se que o dano estético encontra-se compreendido no dano moral. Trata-se de modalidade do dano moral, sendo apenas uma questão de arbitramento, ou seja, a indenização por danos morais deve apenas ser arbitrada com valor maior quando a vítima também sofre deformidade física.

Cabe mencionar que as indenizações por dano moral e dano estético não possuem o caráter punitivo ou apenas compensatório, mas sim pedagógico para toda a sociedade de modo a compelir o agente que praticou a lesão a observar as normas de proteção da vítima.

## CAPÍTULO 2. DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Caracterização do dano moral trabalhista

No direito trabalhista também é possível a configuração do chamado dano moral. Este decorre da relação de emprego, em razão do contrato de trabalho, e envolve os dois polos da relação jurídica, ou seja, empregador e empregado.

O mais comum de acontecer é o empregado ser o lesado e sofrer o dano moral, mas nada impede que venha a ser o empregador o prejudicado. A pessoa jurídica também pode ser vítima de dano moral, conforme reza o art. 52 do novo Código Civil *in verbis*: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”<sup>45</sup>. Esse entendimento inclusive está sumulado no Superior Tribunal de Justiça, na súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Amauri Mascaro Nascimento, ao tratar do dano moral, complementa que:

Dano moral, que é o efeito da agressão moral, do assédio moral e do assédio sexual, é um só e mesmo conceito, no direito civil e no direito do trabalho, não existindo um conceito de dano moral trabalhista, que assim, vai buscar no direito civil os elementos da sua caracterização.

A relação de emprego é uma situação em que o dano moral pode ter, efetivamente, não apenas repercussões na vida profissional do empregado como também, e não é de afastar, no conceito da empresa, sendo grave a infundada acusação que denigre a dignidade do empregado e a difamação do empregador pelo empregado, chegando a criar dificuldades para a sua atividade econômica<sup>46</sup>.

Segundo o autor, existem inúmeras situações nas relações de trabalho que podem caracterizar e configurar o dano moral, por exemplo, a ofensa pública à honra do empregado, a acusação infundada de prática de furto na empresa, a lesão deformante

---

<sup>45</sup> GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2.ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 159.

<sup>46</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2005. p.476

adquirida pelo empregado no serviço, comentários desairosos e difamantes por parte do empregador em relação à conduta pessoal e profissional do ex-empregado com o objetivo de prejudicá-lo na busca de conseguir novo emprego, dentre outras tantas hipóteses<sup>47</sup>.

Como será demonstrado, no direito do trabalho o dano moral está presente em várias situações. A lei, de fato, protege tanto empregado quanto empregador, sem fazer distinção, é o que estabelecem os artigos 482, k, e 483, e, da CLT<sup>48</sup>, ao fazer referência de ato lesivo da honra e da boa fama como forma de ilícito trabalhista, podendo ser vítima tanto empregador como empregado, respectivamente. Ambos estão abrigados por igual direito.

Na tarefa de ver se o empregador cometeu algum ato que caracterize o dano moral, é necessário analisar o fato em si, sua ilicitude e enquadrá-lo juridicamente em um dos bens tutelados – intimidade, vida privada, honra e imagem, para aí sim evidenciar o dano moral<sup>49</sup>.

## 2.2 Competência da Justiça do Trabalho para julgar o dano moral

A competência da Justiça do Trabalho aumentou, consideravelmente, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004. Trata-se da competência em razão da matéria que, após a referida Emenda, passou a julgar relações oriundas do trabalho, mesmo aquele sem vínculo de emprego. Compreende-se que trabalho é gênero e emprego é espécie, portanto pode haver trabalho sem que haja emprego, o que não acontece ao contrário.

Além dessas relações de trabalho, com a Emenda Constitucional 45/04, outras mudanças ocorreram conforme nova redação do art. 114 da Constituição Federal *in verbis*:

---

<sup>47</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2005. p.476-7.

<sup>48</sup> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

<sup>49</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito de Trabalho. 20.ed. atualiz. São Paulo: LTR, 2002. v.1. p.628-9

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

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

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

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

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

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

**VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;**

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

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

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei;<sup>50</sup>(grifou-se).

Conforme o entendimento de Giglio e Corrêa, a relação de trabalho passa a incluir, na Justiça do Trabalho, os trabalhadores autônomos, eventuais, temporários, pequenos artesãos como os mecânicos, pintores e pedreiros, por exemplo, além de estagiários, cooperados e empreiteiros. São na verdade trabalhadores sem vínculo de emprego, mas que prestam serviços para quem os contrata. Portanto, esses serviços sem vínculo empregatício de trabalhadores chamados “informais”, que eram apreciados pela justiça comum, em caso de conflito, passaram a ser julgados pela justiça especializada, no caso a Justiça do Trabalho, pois são oriundos de relação de trabalho conforme a Emenda Constitucional 45/04.

---

<sup>50</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.46-9

Por outro lado, existem situações de trabalho que não são reguladas pelo Direito, como o que não é feito em proveito de outrem, mas executado em prol do próprio trabalhador, bem como o trabalho voluntário que não cria direito de ser exigido, nem cria obrigações jurídicas. Além dessas hipóteses, as relações de consumo não devem ser confundidas com relação de trabalho, pois as primeiras devem ser julgadas na justiça comum, ao passo que as segundas, na Justiça do Trabalho. Se o prestador de serviços for uma pessoa jurídica, jamais haverá relação de trabalho, e se for uma pessoa física, deve-se analisar se esta pode ser substituída por outra pessoa ou não, se puder, será relação de consumo<sup>51</sup>.

A relação de consumo deixa de existir quando o prestador de serviços, sendo uma pessoa mediante remuneração, realiza serviços e estes vêm a ser o objeto da relação jurídica, passando nesse caso a configurar relação de trabalho<sup>52</sup>.

No que tange ao dano moral, antes mesmo da Emenda Constitucional 45/04, a jurisprudência já vinha entendendo que o dano moral oriundo da relação de emprego, isto é, aquela com vínculo empregatício entre o empregador e empregado, deveria ser julgado pela Justiça do Trabalho, como diz a Súmula 392 do TST, antiga Orientação Jurisprudencial: “Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho”. Com a EC 45/04, a Justiça do Trabalho passou também a apreciar casos envolvendo dano moral decorrentes de trabalhadores não empregados, como é o caso, por exemplo, do eventual, avulso e autônomo. Com a entrada em vigor da referida Emenda, passou a julgar também dano patrimonial<sup>53</sup>.

Portanto, o novo art. 114, VI da CF/1988 consagra definitivamente o entendimento de que qualquer ação do dano moral ou patrimonial proposta pelo empregado em face do empregador ou vice-versa, quando decorrente da relação de

---

<sup>51</sup> GIGLIO Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. Direito Processual do Trabalho. 16.ed. adap. à reforma do C.P.C. São Paulo: Saraiva, 2007. pp.37-9 e 44-5.

<sup>52</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.222.

<sup>53</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTR, 2009. p.217-8

trabalho, será de competência material da Justiça do Trabalho, posicionamento este que era adotado pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da EC 45<sup>54</sup>.

Em se tratando de ações que visam à indenização por danos morais e/ou patrimoniais causados por acidente de trabalho, o autor sustenta que essa ação do empregado em face do empregador deve ser julgada pela Justiça do Trabalho, já que decorrem da relação de trabalho existente entre as partes. Já as ações de acidente de trabalho previdenciárias promovidas pelo trabalhador contra o INSS, têm competência para julgar as Varas de Acidente do Trabalho da justiça comum. Por fim, a ação regressiva ajuizada pelo INSS contra o empregador causador do acidente de trabalho, que tenha agido de forma negligente no cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, deve ser julgada pela Justiça Federal<sup>55</sup>.

Sendo, portanto, uma ação que busca indenização por dano moral ou patrimonial decorrente do acidente de trabalho, do empregado contra o empregador, deve esta ser julgada na Justiça do Trabalho, pois, ao contrário das ações tipicamente acidentárias contra o INSS, em que a pretensão tem natureza previdenciária, nas ações de indenização por dano moral e patrimonial resultantes de acidente de trabalho e que têm como réu o empregador, o pedido tem natureza que se encaixa na Justiça do Trabalho. Além disso, com o advento da nova redação do art. 114 da CF/88, que outorga à Justiça do Trabalho competência para apreciar ações que visem à indenização por dano moral ou patrimonial oriundas da relação de trabalho, não restam dúvidas de que as ações de indenização por dano moral e patrimonial decorrentes de acidente de trabalho também são julgadas pela Justiça do Trabalho. Ora, seria ilógico não julgar esses casos na Justiça do Trabalho, mas julgar ação de um prestador de serviços autônomo (relação de trabalho) que tenha pedido de dano moral ou patrimonial<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. p.91.

<sup>55</sup> SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. p.91-2.

<sup>56</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2009. v.1. p.429.

### 2.3 A prova do dano moral trabalhista

No Direito existem várias maneiras de provar um fato, como provas documentais, periciais e testemunhais, entre outras. Quando se defende uma alegação, deve-se buscar todas as formas legítimas e legais para provar aquilo que se afirma, sob pena de não convencer o juiz do ocorrido.

A prova do dano moral é *in re ipsa*, ou seja, surge da análise dos fatos. Se for provada a existência da ação antijurídica e a titularidade do ofensor, o dano moral estará caracterizado<sup>57</sup>. Na mesma linha de raciocínio está o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais; (...). Se a ofensa é grave e de repercussão, por isso só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, 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 da experiência comum. (...) provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral<sup>58</sup>.

No que tange a prova do dano moral trabalhista, o Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região teve a seguinte decisão:

DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONDUTA ILÍCITA E DO PRÓPRIO DANO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O dano é moral quando atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. Os direitos lesados dizem respeito à honra, dignidade, personalidade e imagem perante terceiros. Logo, a configuração o dano moral pressupõe a ocorrência de lesões aos direitos de personalidade do trabalhador. A responsabilidade por danos morais exige a comprovação de alguns requisitos, como a ação ilícita, o resultado (dano) e o nexo causal entre eles. A necessidade de prova de condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre seus subordinados, de modo a degradar o ambiente de

<sup>57</sup> SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral na Internet. São Paulo: Método, 2001. p.237-46

<sup>58</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p.86

trabalho, é requisito indispensável para a configuração do dano moral. Reclamante que não se desincumbiu do seu ônus probatório. Recurso do reclamante desprovido<sup>59</sup>.

Por outro lado, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região decidiu condenar o empregador à indenização decorrente de danos morais.

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O direito à indenização por danos morais está previsto nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, bem como no artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002, cuja finalidade é reparar ou compensar as lesões extra patrimoniais causadas a direitos personalíssimos. E, para sua caracterização, necessário se faz a presença de três pressupostos: a ação ou omissão do agente, o dano causado e o nexo causal entre o dano ocorrido e a ação do agente. No caso dos autos, não tendo a reclamada sequer apresentado a comprovação de ter agido de forma diligente e tempestiva na investigação da autoria dos e-mails contendo conteúdo ofensivo à imagem da empregada, tampouco na repressão da referida conduta, não há como isentá-la da culpa pelo constrangimento causado à trabalhadora, mantendo-se, assim, a condenação ao pagamento do dano moral daí decorrente. VALOR DA INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. Na falta de norma específica que disponha dos critérios para sua fixação, a doutrina e a jurisprudência pátrias estabelecem parâmetros a serem utilizados para se alcançar o valor da indenização, tomando, por base, tais elementos: a extensão do fato, a intensidade do ato ilícito, o prolongamento temporal, os antecedentes do agente e a situação econômica das partes, de modo a estabelecer um quantum de significável reparação a compensar, da forma mais justa, o abalo causado à honra da vítima pelo ato faltoso. Dessa forma, o quantum indenizatório deve ser racionalmente estipulado pelo juízo, de sorte que não importe em um enriquecimento sem causa, mas produza impacto no causador do mal, para dissuadi-lo de reproduzir, no futuro, a conduta ilícita<sup>60</sup>.

O artigo 818 da CLT reza que: “a prova das alegações incumbe a parte que a fizer”. Portanto, quem alegar algo terá de provar, sob pena de não ter sucesso na ação.

No entanto, o dano moral muitas vezes não tem como ser provado, visto que a dor física e o sofrimento são indemonstráveis, e o juiz pode ir em busca de provas mesmo sem ser requerido pelas partes.

O autor da ação de dano moral trabalhista deverá demonstrar a ação ou omissão do agente, qualificável como ato ilícito; a culpa ou dolo do agente, e o nexo causal. Nos

---

<sup>59</sup>RIO GRANDE DO SUL. TRT4. processo nº 0000631-70.2013.5.04.0027. 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RS. Rel. Roberto Antonio Carvalho Zonta. Julgado em 10/09/2014. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>60</sup>PARAÍBA. TRT13. Processo nº 0031209-21.2014.5.13.0002. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. PB. Relator: Eduardo Sergio De Almeida. Tribunal Pleno. Julgado em: 13/01/2015. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida. Acesso em 08 abr. 2015.

casos de responsabilidade objetiva, basta a demonstração da relação entre causa e efeito, independente da culpa ou dolo do agente. No direito do trabalho, essa responsabilidade objetiva aparece nos inúmeros casos de acidente de trabalho, que acaba gerando indenizações por danos materiais e morais<sup>61</sup>.

Parte da doutrina, no entanto, diverge desse posicionamento, entendendo que o empregador é responsável pelos casos de acidente de trabalho apenas quando agir com culpa ou dolo, apresentando uma responsabilidade subjetiva. Esse posicionamento é baseado no art. 7º, inciso XXVIII, da CF/88, que diz que são direitos dos trabalhadores, entre outros, “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Note-se que existem duas indenizações distintas na apreciação deste artigo. A primeira, de natureza previdenciária, e a segunda, decorrente da responsabilidade civil do empregador, sendo que a indenização previdenciária independe de culpa ou dolo<sup>62</sup>.

## 2.4 Peculiaridades do dano moral na jurisprudência do TST

### 2.4.1 Monitoramento eletrônico

Uma das questões que envolve o direito à intimidade do trabalhador diz respeito ao monitoramento eletrônico, que pode compreender a instalação de câmeras no ambiente de trabalho, a fiscalização de *e-mail* e a gravação e interceptação de conversas telefônicas<sup>63</sup>.

Em relação à vigilância mediante câmeras no ambiente de trabalho, a jurisprudência trabalhista admite essa hipótese desde que a câmera não viole a intimidade do empregado, como, por exemplo, quando instalada em vestiários e

---

<sup>61</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. 4.ed. São Paulo: LTR, 2009. p.106-8

<sup>62</sup> MELO, Nehemias Domingos de. Dano Moral Trabalhista. São Paulo: Atlas, 2007. p.174-5

<sup>63</sup> MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1037, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

sanitários. Assim, a sua instalação deve privilegiar lugares com maior circulação de pessoas, de modo a não focalizar um único indivíduo<sup>64</sup>.

O rastreamento de *e-mails*, por sua vez, somente é admitido em relação ao e-mail corporativo, fornecido ao empregado como ferramenta de trabalho e mantido pelo provedor da empresa. Admite-se essa fiscalização, uma vez que, por um lado trata-se de instrumento de trabalho e, por outro, o empregado pode ser responsabilizado por eventuais danos causados a terceiros por mensagens enviadas pelo empregado. Já o *e-mail* pessoal do empregado não pode ser fiscalizado em hipótese alguma, mesmo se utilizado no ambiente de trabalho, pois haveria violação ao sigilo de correspondência garantido constitucionalmente<sup>65</sup>.

Ainda, em relação à interceptação/gravação telefônica, o art. 5º, XII, da Constituição Federal somente autoriza a interceptação, ou seja, a escuta por terceiro que não participa da conversa, mediante prévia autorização judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Contudo, o próprio interlocutor da conversa é autorizado a registrar suas conversas telefônicas<sup>66</sup>.

Dessa forma, admite-se que o empregador realize gravações de conversas telefônicas de seus empregados quando realizadas na execução de suas tarefas, para fins de controle e fiscalização do trabalho. Essa hipótese é comum nos casos e trabalhadores de *telemarketing* ou atendimento telefônico. Nesses casos o telefone integra o meio de produção e instrumento de trabalho, podendo, portanto, ser fiscalizado. Observa-se, porém, que, como medida de boa-fé, o empregador deve comunicar previamente ao empregado que suas conversas poderão ser gravadas<sup>67</sup>.

#### 2.4.2 Revista íntima

A revista íntima, de acordo com a doutrina e jurisprudência, é aquela que ocorre mediante desnudamento completo ou parcial do empregado e com contato físico com seu corpo.

---

<sup>64</sup> MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1037, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> Idem.

Nesse sentido, o art. 373-A, VI, da CLT, veda expressamente a revista íntima de empregadas. Em que pese o dispositivo se referir somente a trabalhadoras do sexo feminino, a jurisprudência estende sua aplicação a todos os empregados.

#### 2.4.3 Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais (Recurso de Revista Repetitivo nº 1)

Outra prática do empregador que pode violar o direito à intimidade do empregado é a exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais. Trata-se de conduta discriminatória adotada pela reclamada, sendo que a doutrina e jurisprudência apontam violação dos arts. 3º, IV, 5º, X, 7º, XXXIII, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Nesse panorama, havia dissenso doutrinário e jurisprudencial quanto ao tema.

Uma corrente defendia que essas condutas violam a intimidade do trabalhador e geram discriminação. Para esses, a consulta somente é possível quando autorizada por lei, como no caso do art. 16, VI, da Lei 7.102/83, que autorizava a consulta de antecedentes criminais do candidato a vigilante. Corrente oposta defendia que essas consultas são públicas e, portanto, não haveria violação a intimidade do trabalhador. Além disso, a medida visa preservar o direito de propriedade do empregador<sup>68</sup>.

Todavia a celeuma foi dissipada quando a mais alta corte trabalhista tratou do tema no Recurso de Revista Repetitivo nº 1, considerando que:

1. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.
2. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de

---

<sup>68</sup> Idem.

ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

3. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas supra, caracteriza dano moral in re ipsa, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.

No caso concreto, foi exigida a certidão de antecedentes criminais para a admissão de atendente de telemarketing; a exigência é legítima e não caracteriza dano moral, pois se justifica em razão da natureza do ofício, na medida em que se trata de função com amplo acesso a cadastros com dados sigilosos.

A SBDI-1 do TST, no IRR-243000-58.2013.5.13.0023, Relator Ministro João Oreste Dalazen, firmou as seguintes teses com efeito vinculante, nos termos da Lei nº 13.015/2014:

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA Nº 0001. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CANDIDATO A EMPREGO

1. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. . A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

3. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas supra, caracteriza dano moral in re ipsa, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.

(Processo: IRR - 243000-58.2013.5.13.0023 Data de Julgamento: 20/04/2017, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017)

No caso concreto, foi exigida a certidão de antecedentes criminais para a admissão de atendente de telemarketing; a exigência é legítima e não caracteriza dano moral, pois se justifica em razão da natureza do ofício, na medida em que se trata de função com amplo acesso a cadastros com dados sigilosos.

Nesse panorama, destacamos julgados do TST envolvendo a mesma reclamada:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. SOLICITAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. TEMA SOLUCIONADO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS IRR-243000- 58.2013.5.13.0023. "TEMA Nº 0001 - DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS". Ao julgar o IRR-243000-58.2013.5.13.0023, esta Corte decidiu que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais, quando não amparada em previsão legal ou em face da natureza e das condições de trabalho, ou, em sendo legítima, nos casos em que comprovado o caráter discriminatório da medida, configura dano moral. Quanto à primeira hipótese - ausência de razões que justifiquem a solicitação - prevaleceu a tese de que o dano é in re ipsa e independe da efetiva contratação do empregado. No caso, a autora foi admitida para a função de atendente júnior (operadora de telemarketing) - fato incontroverso nos autos -, tendo sido exigida pela ré a apresentação da certidão de antecedentes criminais, conforme delineado no acórdão regional. É fato notório que os trabalhadores que atuam nessa área (serviços de teleatendimento) possuem contato com dados e informações sigilosas fornecidas, na maioria das vezes, pelos próprios clientes, o que, conforme definido no item II do referido precedente, legitima o ato do empregador de solicitar a certidão em questão, em razão do grau especial de fidúcia que se procura estabelecer na relação de emprego. Desse modo, havendo justificativa para exigência da documentação e não demonstrado qualquer caráter discriminatório no procedimento adotado pela ré, entendo que não ficou configurado o alegado dano moral. Recurso de revista de que não se conhece. [...]. (RR-130301-87.2014.5.13.0024, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 23/6/2017);

RECURSO DE REVISTA. OPERADORA DE TELEMARKETING. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. CARGO CUJA NATUREZA JUSTIFICA A EXIGÊNCIA. DANO MORAL. A prática de exigir a apresentação da certidão de antecedentes criminais não constitui conduta discriminatória, quando a natureza da atividade a ser exercida pelo empregado contratado justificar a exigência de certidão. Na hipótese, a reclamante, operadora de telemarketing, tem acesso amplo a dados sigilosos dos clientes, fato que justifica a exigência da certidão de antecedentes criminais no momento da contratação e, portanto, não é causa de abalo moral. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (RR-176200-45.2013.5.13.0024, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 30/5/2016, grifos acrescidos);

RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO - OPERADOR DE TELEMARKETING. O posicionamento majoritário desta SBDI1, no julgamento do processo nº TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007, em 23/10/2014, do qual sou redator designado, foi de que o procedimento da empresa consubstanciado na apresentação da certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego não causou dano ao empregado passível de ensejar a reparação por danos

morais. Dois fundamentos balizaram essa conclusão: O primeiro fundamento, ao qual me filio, é no sentido de que não configura danos morais a simples exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego, a não ser que, em determinado caso concreto, a não contratação do empregado decorra de certidão positiva de antecedente criminal que não tenha relação alguma com a função a ser exercida, o que configuraria discriminação vedada pela Constituição Federal. Assim, a exigência em si da certidão negativa de antecedentes criminais não gera lesão moral, passível de indenização, salvo se ela constituir fator de injustificada discriminação na admissão do obreiro. Ou seja, de forma genérica, é possível à empresa fazer tal exigência. Constitui direito do empregador solicitar ao candidato a apresentação dessa certidão, sem que isso implique por si só lesão a um direito fundamental que justifique a configuração de dano moral. Somente na hipótese específica de haver recusa na contratação do candidato ao emprego em face da apresentação de certidão positiva de antecedentes criminais (que não tenha relação nenhuma com a função a ser exercida) é que o direito à reparação se evidenciaria, em face da lesão moral, ofensora da dignidade humana, e, ainda, ante ao obstáculo à inclusão social imposto ao empregado. O segundo fundamento é que só se configura dano moral se a atividade a ser exercida pelo empregado não justifica a exigência da referida certidão, o que não é o caso dos autos, uma vez que o operador de telemarketing tem acesso a dados sigilosos de clientes, mostrando-se razoável e adequada a exigência de apresentação dos antecedentes criminais, com forma de proteção àqueles e à própria empresa. Assim, também por esse fundamento, entendeu a SBDI1 que não há direito à indenização por dano moral na hipótese, pois o ato de restrição do direito de personalidade do empregado, consubstanciado na exigência da certidão de antecedentes criminais, é necessário à consecução da atividade empresarial do empregador, mormente pelo fato de se tratar de admissão de empregado que teria acesso a dados pessoais de clientes. Portanto, nessa linha, não se configura o dano moral caso a exigência do atestado de antecedentes criminais esteja vinculada ao exercício de uma determinada função, ou seja, caso haja motivação idônea relacionada às atribuições do cargo; do contrário, não se mostrando essencial tal informação (antecedentes criminais), haverá, sim, lesão aos princípios constitucionais, precipuamente, ao da dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR-182100-09.2013.5.13.0024, SBDI-1, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 13/3/2015, grifos acrescidos);

RECURSO DE EMBARGOS. AEC CENTRO DE CONTATOS S/A. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. ATENDENTE JUNIOR. CONDUTA NÃO DISCRIMINATÓRIA. A c. SBDI-1 desta c. Corte, em sua composição majoritária, no julgamento do processo n.º TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007 (DEJT 21/11/2014), firmou o entendimento de que a simples exigência de certidão de antecedentes criminais para a admissão de empregado não enseja, por si só, reparação por danos morais, salvo se, no caso concreto, restar demonstrado que a não contratação do candidato decorreu de certidão positiva de antecedente criminal que não tenha relação alguma com a função a ser exercida, ou no caso de demonstração de que a atividade a ser exercida pelo empregado não justifica a exigência da certidão. E, em relação a este último fundamento, entendeu a c. SBDI-1 ainda que para o operador de telemarketing, em que a sua função demanda amplo acesso a cadastros com dados sigilosos de clientes, a exigência da certidão é plenamente justificada. Desse modo, tratando-se do caso de operadora de telemarketing (atendente júnior), em que lhe foi exigida, na fase pré-contratual, a apresentação de certidão de antecedentes criminais, e que

posteriormente foi contratada, não há que se falar em indenização por danos morais. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR - 151900-64.2013.5.13.0009, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 6/3/2015, grifos acrescidos).

No mesmo sentido, cita-se julgado desta Sexta Turma:

**RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. ATENDENTE DE TELEMARKETING.** A Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, por voto da maioria de seus integrantes, no julgamento do E-RR 119000-34.2013.5.13.0007 (Sessão de 23/10/2014), decidiu que a exigência empresarial de certidão de antecedentes criminais para a contratação de empregado não enseja, por si só, reparação por danos morais. Na oportunidade, foram consignadas duas situações excepcionais que autorizariam o reconhecimento do dano moral. A primeira, se demonstrado no caso concreto que o candidato ao emprego não foi contratado por conta de uma certidão positiva de um antecedente que não tenha relação com a função a ser exercida. Nesse caso, a exigência constituiria fator injustificado de discriminação. E a segunda, em caso de demonstração de que a atividade a ser exercida pelo empregado não justificaria a exigência da certidão. Quanto a esta última circunstância, ficou decidido que para o operador de telemarketing a exigência é justificada por se tratar de função que demanda amplo acesso a cadastros com dados sigilosos de pessoas. Ressalva do relator. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR - 216500-52.2013.5.13.0023, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 14/11/2014, grifos acrescidos).

Por fim, em que pese o colacionado acima, o tema gera bastante controvérsia, pois envolve colisão de direitos fundamentais do trabalhador, do empregador e mesmo da sociedade.

## CAPÍTULO 3. FASES DE VERIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA

### 3.1 Fase do “pré contrato”

A doutrina destaca como o dano moral na fase pré-contratual como aquele causado antes da contratação, isto é, a pessoa ainda não tem vínculo direto com o empregador, o dano nesta fase dar-se antes da assinatura do contrato de trabalho.

Essa fase é aquela que compreende o período anterior ao contrato de trabalho, ou seja, é a fase dos testes, exames médicos, apresentação de currículo, questionários, psicotécnicos, compreendendo nesse processo a seleção para o trabalho e as tratativas do contrato de trabalho.

Com efeito, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme acórdãos colacionados, confirma este entendimento já pacificado na doutrina de que o trabalhador tem direito a indenização na fase pré-contratual, pois mesmo antes do contrato de trabalho assinado, o empregador deve agir com lealdade e boa-fé objetiva com o indivíduo que esta para ser contratado.

1º Julgado

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FASE PRÉ-CONTRATUAL. Ainda que o processo seletivo não confira certeza de admissão, tomando a empresa atitudes que evidenciem de forma inequívoca que o contrato de trabalho caminha para a celebração, frustrada esta, haverá direito à recomposição do prejuízo causado, mesmo na fase pré-contratual. (...) Recurso Provido.”<sup>69</sup>

O referido acórdão traz o caso de um homem que após proceder todos os atos necessários para sua contratação, tais como: abrir conta-salário em instituição bancária indicada pela empresa reclamada, realizou exame médico admissional, pediu demissão

---

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0021000-69.2009.5.04.0013 (RO). Relator: Des Ricardo Tavares Gehling. Participaram: Des. Hugo Carlos Scheuermann, Fabiano de Castilhos Bertolucci Data: 11/06/2010. Origem: 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

do emprego anterior, por ser uma exigência da empresa reclamada, já que a vaga deveria ser preenchida imediatamente, sendo que depois que o reclamante realizou todos os tramites burocráticos exigidos pela empresa reclamada para sua contratação, acabou por não ser contratado. A empresa reclamada alegou que o autor não foi contratado em face de ter sido reputado inapto para o trabalho, porquanto o exame médico atestou que possuía alteração na contagem de suas plaquetas.

Esse tipo de atitude no entendimento da doutrina e do Tribunal do Trabalho da 4º Região configura dano moral ao reclamante, devendo o reclamado pagar indenização pelo dano causado. Dano moral e material na esfera pré-contratual.

2º Julgado

EMENTA: INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAL. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A instituição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de trabalhador, inclusive quanto à verificação da aptidão física do candidato para a função a ser desempenhada, está inserida no poder de gestão do empregador. Hipótese dos autos em que o conjunto probatório indica, todavia, ter adotado a reclamada conduta imprudente, conferindo ao reclamante a certeza da sua contratação, a qual, uma vez frustrada, resultou em inegáveis prejuízos de ordem material e moral ao trabalhador. Recurso do reclamante provido no aspecto para condenar a reclamada ao pagamento das indenizações respectivas. (...) <sup>70</sup>

Nesse segundo caso a situação não é diferente, depois de proceder todos os atos para contratação e sendo orientado pela empresa reclamada a rescindir o contrato de trabalho com antigo empregador, recebeu a triste notícia que não poderia ser contratado pela empresa reclamada, pois o mesmo foi considerado inapto para o trabalho. Notícia esta, que lhe trouxe dano emocional e financeiro, razão pela qual teve direito ao recebimento da indenização.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 000001-96.2010.5.04.0551(RO). Relator: Juiz. Wilson Carvalho Dias. Participaram: Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho, Cleusa Regina Halfen. Data: 05/08/2010. Origem: Vara do Trabalho de Frederico Westphalen. 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

Leciona Diogo Nicolau Pítsica<sup>71</sup>:

Salienta-se, desde já que muitas são as hipóteses imagináveis de empresas que, durante as tratativas, por motivo ou ocasião delas, agridem os sentimentos do aspirante a um trabalho, seja avançando sua intimidade, originando sofrimentos psíquicos etc. Assim, causa dano moral o empregador que divulga, no interior da empresa ou fora dela, que um trabalhador não foi admitido como empregado por ser homossexual ou cleptomaniaco. Ainda quando a acusação seja verdadeira, constituirá dano extrapatrimonial por desnecessária a respectiva publicidade. E se não for verídica, torna-se muito mais grave o dano. Aliás, o reconhecimento da prática de atos discriminatórios na fase pré-contratual foi reconhecida pelo legislador ordinário, ao elaborar a lei nº. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras praticas discriminatórias, não somente para efeitos admissionais, mas também para efeitos da permanência da relação de emprego.

Já para João Teixeira Filho<sup>72</sup>:

Para obter maiores informações do candidato pode o empregador requerer que seja utilizada várias formas, como por exemplo, análise de curriculum vitae, referências pessoais, entrevistas, testes grafológicos, exames médicos e psicotécnicos. Estes devem ser utilizados apenas para a seleção do candidato que será contratado, não podendo passar da razoabilidade e pertinência destas informações, caso contrário será caracterizado ofensa à honra, à intimidade e à moral do empregado gerando com isto dano e direito a indenização.

Assevera Reginald Delmar Hintz Felker<sup>73</sup>:

É claro que algumas informações são imprescindíveis à formalização do contrato de emprego, como seja endereço (para fins de vale-transporte), numero e idade dos filhos (para fins do salário-família), experiência anterior ou informações inerentes à atividade pretendida. Entretanto, será conduta abusiva do empregador pedir informações ao candidato ao emprego, sobre sua religião, filiação política ou preferências sexuais, informações sobre sua vida familiar ou pedir antecedentes dos pais ou parentes próximos.

---

<sup>71</sup> PÍTSICA, Diogo Nicolau. Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina: OAB-SC. 2007, p.62.

<sup>72</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano Moral no Direito do Trabalho. Trabalho e Doutrina. São Paulo. Saraiva, n.10, 1996, p.28.

<sup>73</sup> FELKER, Reginald Delmar Fintz. O dano Moral no Direito do Trabalho. Trabalho e Doutrina. São Paulo. Saraiva, n.10, 1996, p.101.

Nenhum tipo de teste pode afetar diretamente a moral do candidato, caso contrário, configurará uma ofensa direta e esta será indenizável. Aquilo que parece ser ofensivo pode afetar drasticamente a moral do empregado.

3º Julgado

“EMENTA: INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. Empresa pública. Inaptidão de candidato aprovado em concurso constatada em exame médico. Conquanto não constituída formalmente a relação contratual de natureza empregatícia, nesta se insere o período pré-contratual. Considerada a regra do art. 114, inciso I, da Constituição Federal, é a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar causas que envolvam pretensões relativas aos períodos pré-contratual, contratual e pós-contratual. Se o núcleo principal do contrato é de natureza jurídico-trabalhista, resulta lógica a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os pedidos atinentes às obrigações acessórias, que dizem respeito aos períodos pré e pós-contratual.

INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. Plausível expectativa de assunção do emprego público, que ensejou o desligamento de anterior emprego. Prejuízo manifesto do trabalhador que, ao ser impedido de assumir emprego para o qual foi aprovado em certame público, deixou de auferir renda para seu sustento. Reconhecido o direito à contratação, mostra-se razoável o deferimento de uma indenização equivalente ao montante que ganharia acaso tivesse sido admitido.<sup>74</sup>”

No referido acórdão, o reclamante passou em todas as fases eliminatórias do concurso da Empresa Pública (CORSAN), sendo eliminando da fase final do processo seletivo a que se submetia, tendo como fundamento a inexistência de condições plenas de saúde para o desempenho das atividades, apontadas no resultado de exame médico (ressonância magnética), exame este não previsto no edital. O tribunal no caso em tela entendeu pela indenização por lucros cessantes e a contratação do reclamante, pois acarretou-lhe prejuízo financeiro. Desempregado, ao ser frustrada a assunção no emprego público não teve direito à remuneração do cargo.

Pode-se citar como exemplo, as empresas que expõe o candidato ao detector de mentiras, isto é inaceitável, expor a pessoa a um constrangimento, sua privacidade

---

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0015700-69.2008.5.04.0011 (RO). Relatora: Des. Maria Inês Cunha Dornelles. Participaram: Des. Beatriz Renck, Maria Madalena Telesca. Data: 09/06/2010. Origem: 11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

estará amostra, portanto, completamente inaceitável para a obtenção de um cargo em determinada empresa.

Verifica-se também a exigência de muitas empresas nos testes de gravidez, mas salienta-se que o artigo 373-A da CLT<sup>75</sup>, mais a Lei 9.799/99 que inseriu no texto da Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, bem como, a Lei nº. 9.263/96 que regula o § 7º do artigo. 226<sup>76</sup> da Constituição Federal, que dispõe do planejamento familiar, e estabelece penalidades e dá outras providências, no artigo 13<sup>77</sup>, proíbem expressamente a prática de atos discriminatórios.

A Lei 9.029/95 também veda atos discriminatórios ou limitativos em relação ao sexo, cor, estado civil, raça ou situação familiar na admissão do empregado.

Conforme dispõe o art. 7º, XXX, da Constituição Federal:

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

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

(...)”

Podem-se citar as doenças infecto-contagiosas que também ensejam dano moral, como exemplo a AIDS, que apesar de ser uma doença até então incurável, o paciente já possui condições de manter-se estável, portanto requerer em exame admissional o teste de HIV é um ato claro e direto de discriminação.

---

<sup>75</sup> Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).

<sup>76</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>77</sup> Art. 13 CF. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Mas, não é só na fase pré-contratual que essa discriminação ocorre, na fase contratual também, e tanto numa, como na outra o empregador tem o dever de indenizar, pois a AIDS é um tema social o que exige da sociedade a iniciativa de acolher e não rejeitar os indivíduos acometidos por essa doença, dando-lhes um tratamento humanitário, evitando que esses empregados sejam submetidos a mais esse drama que é o desemprego<sup>78</sup>.

Para Márcia Flávia Santini Picarelli<sup>79</sup>:

(...) a AIDS não se transmite com mera convivência com os portadores do vírus (...), a contaminação não configura motivo para não contratação, demissão ou rescisão do contrato de trabalho, devendo o empregado quando prejudicado, solicitar indenização por danos morais e materiais, além da reintegração no emprego, caso haja a divulgação indevida de sua condição de soropositivo, com base no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer, o questionamento sobre o estado de saúde também se inclui como ato discriminatório, sendo estes passíveis de reparação por danos morais, tanto na esfera dos direitos humanos, bem como, na esfera do direito de igualdade.

### 3.2 Fase de execução do contrato

Segundo o critério de conveniência e oportunidade a empresa pode despedir o empregado, mas não pode se utilizar à despedida por justa causa ou sem justa causa para acobertar um ato discriminatório. Os tribunais admitem que os atos preconceituosos que geram o direito do empregado de ter seu dano reparado são aqueles que colocam o empregado em situações vexatórias, degradantes de humilhação e, que ofendem a dignidade e a honra<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, p. 540.

<sup>79</sup> PICARELLI, Márcia Flávia Santini. Direitos Trabalhistas e previdenciários do portador de HIV/AIDS. Revista LTr, n.º 11, p.1382, 1998.

<sup>80</sup> CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, p. 545.

Atualmente o mais comum é o medo constante do trabalhador de perder o emprego, portanto muitos trabalhadores sofrem calados os danos morais, principalmente os trabalhadores das empresas privadas.

O dano moral na fase contratual acontece quando o empregador deixa de cumprir com uma ou várias das obrigações estabelecidas no contrato de trabalho.

Conforme Alexandre Agra Belmonte<sup>81</sup>:

(...) ocorrendo o dano moral decorrência direta do desenvolvimento do contrato de trabalho, o conflito e o enfoque desse conflito eram trabalhistas e, igualmente, a responsabilização decorrente e não poderia existir jurisdição diferente que, com justiça e conhecimento especializado da dinâmica e características da relação de trabalho, sujeitos envolvidos e condições da prestação de serviços, pudesse melhor decidir sobre a eventual ocorrência de dano moral e a justa reparação.

Sabe-se que o dano moral na esfera contratual pode ocorrer de diversas formas, por exemplo, através de revistas pessoais, assédio sexual e moral, acidentes de trabalho, rebaixamento de cargo, discriminação, a dispensa do emprego (por injúria, caluniosa, ou difamatória ou indireta).

Leciona Diogo Nicolau Pítsica<sup>82</sup>:

O dano pode ser infligido quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, tais como, as de higiene e segurança do trabalho e de respeito a personalidade e dignidade do trabalhador. Também este pode ser autor do dano moral ao empregador se descumprir a sua obrigação acessória, derivada da relação empregatícia, de tratá-lo igualmente, e aos seus representantes, com respeito a sua personalidade e dignidade.

Além disso, versa as alíneas do artigo 483 da CLT, “in verbis”:

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

---

<sup>81</sup> Belmonte, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho. 3ªed. pág 110. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2007.

<sup>82</sup> PÍTSICA, Diogo Nicolau. Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina: OAB-SC. 2007, p.64.

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

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

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

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.”

Nesse sentido, comenta Teixeira Filho<sup>83</sup>:

(...) quanto a vida familiar, excepcionam-se algumas situações em que a informação pode ser importante para certas tarefas que exigem distanciamento do lar durante um tempo prolongado, fato muito difícil de compatibilizar com uma vida familiar normal. É, todavia, uma intromissão na vida privada do emprego proibir o casamento com pessoa que trabalha na mesma empresa ou em uma concorrente, bem assim exigir que se case com a pessoa com que convive ou perguntar se a trabalhadora ou esposa do trabalhador interrompeu a gravidez.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 o então Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Neto<sup>84</sup>:

---

<sup>83</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. v.1, p. 1.176.

<sup>84</sup> TST – 1º Turma – RR 7.642/86 – 9.11.1987 – “Assédio Moral”. Euler Sinoir de Oliveira. Just. Trab. HS 243/58.

A violência ocorre minuto a minuto, enquanto o empregador violando não só o que contratado, mas, também, o disposto no § 2º, do art. 461 consolidado – preceito imperativo – coloca-se na insustentável posição de exigir trabalho de maior valia, considerando o enquadramento do empregado, e observa contraprestação inferior, o que conflita com a natureza onerosa, sinalagmática e cumulativa do contrato de trabalho e com os princípios de proteção, da realidade, razoabilidade e de boa-fé, norteadores do direito do trabalho. Conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e participe da obra encerra o empreendimento econômico.

No artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas, tem-se uma situação contrária do tema da pesquisa, em que evidencia-se a ofensa à moral do empregador pelo empregado, onde este último deixa de cumprir com suas obrigações da contratação, bem como, pratica atos lesivos à honra e à boa fama do empregador.

Reginaldo Delmar Hintz Felker<sup>85</sup> comenta o assunto da seguinte forma:

É de se ter em conta, porém que a hipossuficiência e subordinação do prestador de serviço, frente ao tomador de serviço não caracterizam a exclusividade da prática do dano moral nas relações do trabalho por este último. O dano pode ser caracterizado pelo empregado contra o empregador. Inclusive de pessoa física contra a pessoa jurídica, como seja o caso de empregado promover falsas acusações contra o empregador perante o fisco, ou difamar o empregador pela imprensa. Ocorre, porém, que via de regra, o dano moral advém de conduta do tomador de serviço contra o prestador, pois a conduta reprovável e ilícita decorre exatamente da ascendência econômica, do menosprezo pelo hipossuficiente, pela desmedida ânsia de produtividade e significar maior lucro, pelo desrespeito à dignidade do subordinado e a sensação de onipotência decorrente do poder exercido, além de contar com um exército de mão-de-obra à sua disposição, para a substituição de peças da engrenagem a qualquer momento e, normalmente, por um preço mais em conta.

A fiscalização do empregado e revistas pessoais ao teor do art. 2º caput, parte final da CLT, versa sobre as condições de fiscalizar o serviço que o empregado presta ao empregador. Esta fiscalização não pode ser arbitrária, não podendo interferir na privacidade e intimidade do empregado.

No III Congresso Regional Americano Plá Rodrigues ressaltou que as revistas pessoais são aceitas, mas que devem ser realizadas com certos limites, e condições,

---

<sup>85</sup> FELKER, Reginald Delmar Fintz. O dano Moral no Direito do Trabalho. Trabalho e Doutrina. São Paulo. Saraiva, n.10, 1996, p. 99.

conforme regulamentações ou até mesmo em países em que não há regulamentação. Pode-se entender que quando necessária à revista deve ser feita para evitar subtração de bens, cercada de discricção, ter abrangência à generalidade dos trabalhadores ou a um grupo determinado, ser realizada por pessoa do mesmo sexo, e de modo algum deve expor ao empregado a posições vexatórias ou nudez<sup>86</sup>.

Nesse sentido, encontra-se decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região, como por exemplo:

#### 4º Julgado

“EMENTA: RECURSOS ORDINÁRIOS DA RECLAMANTE E RECLAMADA. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. LIMITAÇÃO DE ACESSO AO SANITÁRIO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O Dano moral tem por essência o abalo da imagem, a dor pessoal e o sofrimento íntimo do ofendido. Presentes os elementos caracterizadores à aplicação do disposto do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal cabível a indenização por dano moral em razão da limitação de acesso ao sanitário, bem como em razão da revista íntima realizada pela empresa, por força do procedimento vexatório utilizado. Sentença mantida, ante a correção do valor arbitrado<sup>87</sup>.

Neste caso, foi acolhido o pedido de indenização por danos morais, pois o julgado entendeu que mesmo que a testemunha da reclamante não tenha presenciado o fato da reclamante poder ir ao banheiro quando necessitava por ter menstruado, e conseqüentemente ter sua calça suja de sangue por não ter ninguém para substituí – lá. Sendo a indenização devida não só a este fato como também em razão da revista realizada pela reclamada.

#### 5º Julgado

“EMENTA: DANO MORAL. REVISTA PESSOAL E QUANTUM INDENIZATÓRIO. Hipótese em que o conjunto probatório demonstra que a revista pessoal realizada extrapolava os limites do poder fiscalizatório do empregador, pois havia apalpação no corpo do empregado. Inegavelmente, tal procedimento fere a intimidade e

---

<sup>86</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. v. 1, p. 646.

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0133500-03.2008.5.04.0017(RO). **Relatora: Des.** Beatriz Zoratto Sanvicente. Participaram: Des. Maria Da Graça Ribeiro Centeno, Marcelo Gonçalves De Oliveira. Data: 20/10/2010. Origem: 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

dignidade do trabalhador, autorizando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais<sup>88</sup>.

Neste outro caso o Tribunal entendeu que se configurou o dano moral, pois as revistas e a forma que eram feitas diariamente pelos seguranças extrapolaram os limites do poder fiscalizatório do empregador, configurando constrangimento passível de indenização do dano moral.

### 3.4 Na rescisão do contrato de trabalho

Veja-se que, segundo Xerxes Gusmão e Rodrigo Cambará<sup>89</sup>, é justamente nessa fase, na rescisão do contrato de trabalho, que os ânimos do empregado e empregador se acirram. A dispensa do empregado, por si só, já é motivo que lhe causa grande frustração, sentimento de desprezo, que não é suficiente para caracterizar o dano moral. No entanto, a partir desse momento, podem surgir entre as partes situações desagradáveis, como troca de insultos, ofensas mútuas, acusações infundadas, dentre outras, que podem ensejar danos morais.

A hora da extinção do contrato de trabalho, que constitui um momento de ténue carga de controle emocional, por sua própria natureza, é uma das fases que mais facilmente pode-se observar a ocorrência do dano moral na relação de emprego.

Como pode-se afirmar, o contrato de trabalho não tem como uma de suas características a vitalidade, por isso os motivos de sua extinção, podem diversas vezes, configurar atos ilícitos, ensejadores de danos tanto patrimoniais como extrapatrimoniais, tanto de trabalhadores quanto de empregadores.

---

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4<sup>o</sup> Região. Acórdão do processo 0095100-32.2008.5.04.0012(RO). **Relator: Juiz** Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Participaram: Des. Ricardo Carvalho Fraga, Luiz Alberto De Vargas. Data: 09/06/2010. Origem: 12<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Porto Alegre. 7<sup>a</sup> Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4<sup>a</sup> Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

<sup>89</sup> GUSMÃO, Xerxes e PAIVA, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de. A Reparação do Dano Moral nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 90.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho<sup>90</sup> dentre outras hipóteses de extinção de contrato de trabalho que ensejam a indenização por dano moral, destacam-se quatro, quais sejam: a anotação do motivo da despedida na CTPS, o desligamento de caráter discriminatório, a despedida injuriosa, caluniosa ou difamatória e a comunicação falsa de abandono de emprego em órgão de imprensa.

Mas, podemos citar, ainda, o empregador que dá informações desabonadoras e inverídicas de seu ex-empregado à pessoa que pretende contratá-lo e a importunação sexual e assédio para fins libidinosos.

Constituí-se em várias hipóteses as que asseguram o direito à indenização por dano moral após a extinção do contrato de trabalho do empregado.

A ocorrência, por exemplo, da despedida de empregado por embriaguez, subtração de valores da Empresa, e caso essas condutas restem juridicamente incomprovadas, o empregado tem direito à reparação por danos morais, sem prejuízo da reparação patrimonial.

Já Valdir Florindo<sup>91</sup> revela que “alguns maus empregadores prestam informações desabonadoras de seus ex-empregados para empresas onde estes buscam empregos, deixando nitidamente claro não só o objetivo de prejudicá-los, impedindo futuras contratações, mas sobretudo denegrir a imagem dos mesmos, e ofender-lhes a honra, impedindo-os ainda de exercer seus próprios ofícios, direitos esses que trazem proteção certa na Constituição Federal. Outros, chegam ao absurdo de informar, de forma tendenciosa, que o ex-empregado recebeu todas as verbas trabalhistas devidas e mesmo assim reclamou na justiça direitos que não possui. Com isso, tenta-se passar a imagem de um trabalhador litigando de má-fé, insinuando que a Justiça do Trabalho dá guarida a pretensões absurdas, e, finalmente, restringindo o direito público e indisponível de ação que possui o cidadão.

Acrescenta-se que as informações inverídicas e desabonadoras do ex-empregado prejudicam o seu novo acesso ao mercado de trabalho no ramo para o qual se especializou e se qualificou, às custas de investimentos em dinheiro, tempo e esforço, vedando-lhe acesso a direito fundamental como complementa esse autor.

---

<sup>90</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona. O Dano Moral na Relação de Emprego, 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

<sup>91</sup> FLORINDO, Valdir. Dano Moral e o Direito do Trabalho. 3. ed. ver. e ampl., São Paulo: LTr, 1999, p.64.

Há empregadores que têm listas negras, que constam de um cadastro ou banco de dados de empregadores em relação a maus empregados ou empregados que ajuizaram ação junto a Justiça do Trabalho. Esse procedimento visa evitar a contratação do empregado. Isso também daria ensejo à indenização por dano moral.

Cabe salientar, por oportuno, que impedir o trabalhador de obter trabalho viola a garantia internacional do direito ao trabalho.

Denuncia o prof. Rodolfo Pamplona Filho<sup>92</sup> que:

Embora muitas vezes possa soar como uma ‘parábola conspiratória’, o fato é que é comum se falar, em determinados setores da atividade econômica, na existência de ‘listas negras’, em que supostamente constariam nomes de “empregados indesejáveis”, de tal modo a obstar suas contratações ou a simplesmente criar empecilhos para que isto ocorra. Contatada a resistência de grupo de empregadores em empregar o candidato face à existência do rol de empregadores “indesejáveis” cabe a indagação da compensação do dano moral sofrido, conforme leciona Rodolfo Pamplona, ao asseverar que “conseguindo-se a prova efetiva da ocorrência de tal fato, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial, quanto moral, vez que foi expurgado do mercado de trabalho, sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado.

Aspecto interessante a se observar é se o sujeito ativo desse tipo de dano moral será (1) o ex-empregador que forneceu o nome do obreiro, (2) o órgão representativo da categoria econômica que armazenar a dita lista, ou (3) a empresa contratante que se valeu das informações ali contidas para discriminar o postulante.

Frisa-se, também, que a emissão de carta de apresentação com afirmação de que o empregado teve faltas injustificadas não gera dano moral, se o empregado não prova as falsas alegações da empresa:

Dano moral – Fornecimento de nova carta de apresentação – O fato de constar da carta de apresentação a ocorrência de faltas injustificadas da reclamante na vigência da relação de emprego não caracteriza, por si só, dano moral. Para que a conduta da reclamada pudesse configurar ato ilícito, incumbia à autora demonstrar a falsidade dessas declarações o que não se verificou nos autos. Recurso a que se nega provimento” (TRT 10.<sup>a</sup>

---

<sup>92</sup> PAMPLONA, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p.100.

R., ROPS 00058-2006-001-10-00-9, AC. 2.<sup>a</sup> T. Rel. Juíza Maria Piedade Bueno Teixeira, *DJU* 23.6.06, p. 28-29).

Sérgio Torres Teixeira<sup>93</sup>, em sua obra, chama a atenção para um dilema que se faz de necessária resolução antes de tentar-se definir a natureza jurídica da dispensa do empregado; seria a mesma de um exercício de poder ou de um direito subjetivo? Ou seja: “em que pese ser comum encontrar-se na literatura especializada a afirmação de que a dispensa resulta de um poder patronal, na realidade a dispensa é o resultado do exercício de um direito do empregador, exercido em interesse próprio [...]. Não há concretização de um poder, mas a efetivação de um direito subjetivo da entidade patronal. A sua prática está autorizada em norma jurídica trabalhista, permitindo que o empregador, por vontade própria, resila o contrato individual de trabalho. Incumbe à entidade patronal, e apenas a ela, decidir acerca da sua prática. Há simultaneamente, subjetividade e disponibilidade. Quando exercido, portanto, o direito subjetivo de despedir resulta de vontade individual do empregador, desvinculada de interesse alheio. Constata-se, pois, a presença do nexos causal, direto e imediato, entre a vontade da entidade patronal e a consequência desejada pela prática do ato resiliatório [...]. Enquadrada a dispensa como direito subjetivo do empregador, automaticamente surge uma das suas principais características: a unilateralidade.”

Por oportuno, vale salientar que em atenção à obrigação disposta na letra e), do art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, deve o empregador inibir-se de praticar atos lesivos da honra e da boa fama, transmitindo de modo ético e profissional, as informações solicitadas por outro empregador, como concorda Rodolfo Pamplona Filho<sup>94</sup>, defendendo que:

Em casos como esses, entendemos que as informações prestadas pelo ex-trabalhador devem buscar refletir somente aspectos profissionais do trabalhador, sem elucidações acerca de aspectos pessoais ou íntimos do ex-empregado, notadamente no que concerne a aspectos supostamente desabonadores, que não podem ser objeto de contra-prova numa conversa telefônica entre dois empregadores.

---

<sup>93</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 109.

<sup>94</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona. *O dano moral na relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 99.

### 3.5 Após a extinção da relação de emprego

O dano moral pós contratual pode configurar-se em razão de alguma conduta do empregador a ensejar prejuízo ao seu ex empregado na recolocação no mercado de trabalho.

Nesse sentido, a jurisprudência trabalhista colaciona diversos julgados destacando a configuração do dano moral trabalhista e, ainda enfatizando a competência da justiça do Trabalho para julgar as demandas, mesmo que tratam-se de condutas pós contratuais.

É que, tratando-se de competência, esta se fixa pela causa de pedir e pelo pedido, sendo que os magistrados do trabalho entendem que trata-se de figura que decorreu da relação de emprego. Nesse sentido, o artigo 114, I e IX, da CF de 1988.

Por derradeiro, frisamos o acórdão:

TRT-PR-26-06-2007 DANO MORAL PÓS-CONTRATUAL - IMPUTAÇÃO DE FATOS DESONROSOS À RECLAMANTE DEPOIS DE EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO - COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - A competência material da Justiça do Trabalho alcança a apreciação de pedido que verse sobre dano moral decorrente da imputação de conduta desonrosa à reclamante, ainda que o ato lesivo tenha ocorrido depois da extinção do contrato de trabalho. Deduz-se que o suposto dano guarda identidade com as controvérsias oriundas da relação trabalhista havida entre as partes. Inteligência do disposto nos artigos 5º, incisos V e X, e 114 da Constituição Federal. Recurso ordinário da reclamante conhecido e provido. (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região TRT-9 : 1860620051901 PR 18606-2005-1-9-0-1, Processo 1860620051901 PR 18606-2005-1-9-0-1, Órgão Julgador, 3A. TURMA, Publicação 26/06/2007, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS<sup>95</sup>)

Importante destacar também notícia do site Migalhas, relatando sobre o assunto:

Dano moral  
TST - JT julga dano moral ocorrido após extinção do contrato

---

<sup>95</sup> Disponível em: <https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18977258/1860620051901-pr-18606-2005-1-9-0-1-trt-9> Acesso em: 02 de fev. de 2018.

A Justiça do Trabalho pode julgar ação com pedido de indenização por dano moral praticado na fase pós-contratual. Quando se tratar de dano moral sofrido pelo empregado, não importa se ocorreu na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, mas apenas que o dano se refira ao contrato de trabalho.

Com esse entendimento, a 3ª turma do TST afastou a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho feita, de ofício, pelo TRT da 2ª região em processo sobre dano moral ocorrido após a extinção contratual e determinou que o TRT julgue o pedido de indenização. A decisão unânime foi baseada em voto do ministro Horácio Senna Pires, presidente do colegiado.

O caso em discussão referia-se a pedido de indenização do trabalhador pelo prejuízo causado com a manutenção do seu nome como representante da Visa International Service Association, pessoa jurídica estrangeira, no cadastro do CNPJ da RF, após a extinção do contrato de trabalho dele com a Visa do Brasil Empreendimentos.

O TRT tinha declarado a impossibilidade de a Justiça do Trabalho analisar a ação, ao fundamento de que o dano moral pleiteado não decorreria da relação de trabalho. Segundo o Regional, a hipótese dos autos era de natureza civil e nada tinha a ver com a atribuição constitucional da Justiça do Trabalho, portanto, deveria ser examinada pela Justiça Comum Estadual.

No recurso de revista apresentado ao TST, as empresas alegaram que a CF/88 (**clique aqui**) prevê o julgamento pela Justiça do Trabalho de ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (artigo 114, VI). Sustentaram ainda que a ação de reparação de danos por causa da manutenção do nome do trabalhador no cadastro da Receita, após a extinção do contrato, só ocorreu devido a sua condição de Presidente e Administrador Geral da empregadora Visa do Brasil.

Para o relator, ministro Horácio Pires, não há dúvidas de que o pedido de indenização decorreu da relação existente entre as partes, ainda que em razão de fato ocorrido na fase pós-contratual. A própria inscrição do nome do trabalhador como representante da Visa International perante a RF demonstra que essa era uma das atribuições dele no curso do contrato de trabalho. O ministro também reconhece que o texto constitucional garante o processamento e julgamento desse tipo de ação pela Justiça do Trabalho, de modo que o TST editou a súmula 392 sobre o tema.

Por fim, em apoio a essa tese, o relator citou acórdão do ministro Sepúlveda Pertence, do STF, no sentido de que a solução da controvérsia que decorra da relação empregatícia independe do instituto de direito a ser aplicado na análise do caso concreto. É preciso apenas que a situação tenha como suporte uma relação empregatícia e que a ação tenha origem nesta relação<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> TST - JT julga dano moral ocorrido após extinção do contrato. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI117291,91041-TST+JT+julga+dano+moral+ocorrido+apos+extincao+do+contrato>> Acesso em: 04 de mar. 2018

## **CAPÍTULO 4. O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL EM FACE DO DANO MORAL**

### 4.1 Enunciado n. 588 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

O modelo de responsabilidade civil por dano extrapatrimonial previsto no Código Civil atribuiu ao juiz alguma discricionariedade na fixação da indenização. Para tanto, deverá ele se valer de critérios previstos no Código, como a extensão do dano (art. 944).

ENUNCIADO 588 – O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial. Parte da legislação: art. 927 do Código Civil – Da obrigação de indenizar

No exercício deste arbitramento, pode o magistrado valer-se da condição econômica do ofendido, mas de maneira moderada. Não deve ser esse o critério preponderante, sob pena de se infringir o princípio da reparação integral do prejuízo.

### 4.2 A Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça

O STF e STJ afirmam que as leis que estabelecem valores máximos de indenização são incompatíveis com a CF/88. Isso porque a Carta Magna estabeleceu o princípio da plena indenizabilidade (art. 5º, V e X), de modo que a pessoa deve ser recomposta segundo o prejuízo que experimentou no caso concreto e não de acordo com previsões abstratas da lei.

Nesse sentido, o STJ, mesmo antes do STF reconhecer que a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) não foi recepcionada pela CF/88, já havia editado a súmula 281, que possui a seguinte redação:

Súmula 281-STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

Desse modo, a tarifação da indenização pela lei não é admitida porque viola o princípio da indenizabilidade plena.

#### 4.3 A não recepção dos arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988 (ADPF n. 130-DF)

Não impressiona, data venia, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. (...)A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Observo, finalmente, que nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja submetida a qualquer disciplina legal. Por essas razões, acompanho o

eminente Relator para julgar integralmente a presente ADPF, de maneira a considerar que a nova ordem constitucional não recepcionou a Lei 5.250/67.

#### 4.4 O Direito Constitucional do Trabalho em face do tabelamento do dano moral trabalhista

Nesse cenário, necessário se faz passar da análise do Direito do Trabalho para o campo do Direito Constitucional, onde podemos encontrar princípios capazes de reformular e reafirmar do Direito Individual Trabalhista, a fim de demonstrar em momento oportuno, a incompatibilidade material do art.223-G, parágrafo 1º, da CLT com a CF de 1988.

##### 4.4.1 A normatividade dos princípios constitucionais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Seguindo a posição pós-positivista, admite-se que os princípios são também normas jurídicas. Todavia, o que significa ter normatividade? Para responder essa questão, convém citar Ana Paula de Barcellos:

De acordo com a lógica do funcionamento do Estado de direito, no momento em que um norma se torna jurídica, qualquer que tenha a sua origem remota (*e.g.*, a religião, a moral ou a economia), seu cumprimento passa a ser obrigatória para todos – inclusive para o Poder Público -, o que requer todo um aparato estatal capaz de impor essa obediência, direta ou indiretamente, caso ela não seja obtida de forma voluntária.<sup>97</sup>

Dessa maneira, portanto, os princípios devem ser respeitados, tal como as regras, uma vez que, sendo também normas, têm, embutidos em si, a obrigatoriedade de seu cumprimento. Ana Paula de Barcellos ainda complementa acerca da normatividade:

---

<sup>97</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 33.

A nota de juridicidade vem com a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.<sup>98</sup>

Constata-se então que a natureza normativa dos princípios possibilita a eles a exigibilidade de seu efetivo cumprimento. O respeito a eles é obrigatório, cogitando-se da intervenção estatal caso algum princípio seja violado.

Norberto Bobbio<sup>99</sup> também se manifesta no sentido de considerar os princípios jurídicos como normas, aduzindo da seguinte forma:

A palavra princípios leva a engano, tanto que a velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização excessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se extraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Apesar da manifestação de cunho positivista, admitindo que os princípios são simplesmente fruto das demais normas, Bobbio encara os princípios com a mesma normatividade emprestada às regras.

Conclui-se, por conseguinte, que os princípios, apesar de não se confundirem com as demais normas por terem características peculiares, são também dotados de juridicidade, sendo, portanto, recobertos de todas as garantias dispensadas às regras no que concerne à sua violação.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas

---

<sup>98</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit. pág. 32.

<sup>99</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª edição. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. Págs. 158-159.

relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, como também entre os próprios particulares, nas relações privadas.

Daniel Sarmiento<sup>100</sup>, em monografia sobre o tema diz que:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Trazemos a lume algumas teorias explicativas sobre a relação entre particulares e os direitos fundamentais, com destaque as Teoria da Ineficácia Horizontal dos direitos fundamentais, Teoria da Eficácia Horizontal Indireta dos direitos fundamentais, a por fim, mas não menos importante, a Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos direitos fundamentais.

#### 4.4.2 O Princípio da Igualdade

A igualdade definida pela Constituição da República não deve ser interpretada no seu sentido literal, como a igualdade perante a lei, em que todos são iguais sem considerar as distinções de certos grupos ou de cada caso concreto, mas deve assegurar um tratamento uniforme para todas as pessoas, atingindo uma igualdade concreta e efetiva.

Todavia, quando o assunto é igualdade a primeira interpretação é a de que todos são iguais, não havendo qualquer distinção. Por isso, há necessidade de se esclarecer o que é a discriminação positiva à luz do princípio da igualdade.

A própria lei determina algumas situações em que é necessário discriminar determinadas pessoas ou grupos a fim de proteger e, conseqüentemente, não incorrer em inconstitucionalidade.

---

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

O princípio da igualdade está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República, precisamente no *caput* art. 5º, o qual preceitua que todos são iguais perante a lei, não havendo qualquer distinção, garantindo a todos a inviolabilidade do direito a igualdade (...).

O princípio da isonomia foi instituído pela Constituição da República como um dos pilares estruturais do ordenamento brasileiro, o que significa que o legislador infraconstitucional e o aplicador da lei devem dispensar aos indivíduos tratamento igualizador, com as distinções necessárias conforme a natureza de cada um. Neste sentido é a lição de Luiz Alberto David Araújo:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um de seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei. No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade (2006, p. 131).

A paridade ou uniformidade perante o Direito de que todos são iguais perante a lei, não se limita ao sentido meramente formal<sup>101</sup>, porque essa declaração encobre as disparidades entre as pessoas. É necessário que o próprio direito forneça meios eficazes para impedir as desigualdades e para promover a igualdade real e concreta.

Manoel Messias Peixinho<sup>102</sup> diz que o preceito isonômico “é princípio fundamental que traduz valores superiores que vinculam o interprete na aplicação do direito, no qual reside a fonte primária de concretização do direito”.

Por estar expresso no texto constitucional, possui relevância, sendo, portanto, norma constitucional para a qual todas as demais devem obediência. Esse é o entendimento de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva:

Acerca da importância do princípio da igualdade explica Paulo Bonavides<sup>103</sup>:

---

<sup>101</sup> A igualdade formal pode ser sintetizada na fórmula: “todos são iguais perante a lei”. Refere-se, portanto, a uma enunciação abstrata, geral, dirigida a todos indistintamente (...). Apesar de crucial para a abolição gradativa de privilégios, esta ideia de igualdade não é suficiente para efetivação dos valores a que se preza (PRUX, Paula, 2010, p. 3).

<sup>102</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p.140-141.

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

À luz do dispositivo constitucional, que prescreve a igualdade de todos perante a lei, por se tratar de norma fundamental, pode-se dizer que tanto o legislador como o aplicador da lei devem tratar todos os indivíduos de forma igualitária de modo a não fazer qualquer distinção. No entanto, há o entendimento de que deve se aplicar a igualdade formal e material<sup>104</sup>, para que assim possa atingir uma igualdade mais justa.

Para Pedro Lenza<sup>105</sup>:

O art. 5º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

O operador do direito, ao aplicar o princípio da igualdade, não deve se pautar somente na igualdade formal, que é aquela positivada pela Lei, mas também na igualdade material que se baseia no tratamento uniforme, resultando em igualdade condizente com a realidade.

Pedro Lenza ainda acrescenta o seguinte:

---

<sup>103</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p. 340-341.

<sup>104</sup> A igualdade material (para alguns autores chamada de igualdade substantiva ou substancial) é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida (Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, 2003, p. 36)

<sup>105</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático: Igualdade Formal e Material. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 679.

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se, na sempre lembrada, com emoção, *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Em outras palavras, partindo da lição de Aristóteles, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, aplica-se a igualdade material ou substancial, que é aquela igualdade baseada no caso concreto e não especificamente como está na lei, formalizada. Deve haver uma interpretação da norma abstrata com o caso concreto.

Segundo Alexandre de Moraes<sup>106</sup>:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)

A desigualdade existe e para que não haja diferenciações arbitrárias ou discriminações absurdas, com base no princípio da igualdade, deve ser aplicada a denominada discriminação positiva, sem, contudo, incorrer em inconstitucionalidade. É a desigualdade necessária, amparada na discriminação positiva, com intuito de obter um resultado mais justo, já que as diferenças existentes entre seres humanos não podem ser ignoradas.

A discriminação positiva ou ações afirmativas são políticas públicas ou programas privados criados com o intuito de diminuir as desigualdades havidas em relação às pessoas ou grupos em posição de inferioridade. São medidas compensatórias que tem, por escopo, combater as desigualdades fáticas advindas de desvantagens

---

<sup>106</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional: Princípio da Igualdade e a Extinção de Discriminações Absurdas*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

histórias e culturais, consequências de um passado discriminatório. Para Luiz Alberto David Araújo<sup>107</sup>:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas.

Ante a necessidade de acomodar todas as pessoas em patamar de igualdade de condições perante os bens considerados essenciais a vida, por vezes se faz necessário o favorecimento de determinadas pessoas em detrimento de outras. Desse modo, as pessoas ou grupos que se encontrarem em posição de inferioridade, poderão se valer da discriminação positiva ou ações afirmativas para poderem se igualar a determinados fatos ou situações. É a aplicação do princípio da igualdade material que visa dar efetividade aos casos concretos.

Como se observa, são medidas legais, que tem por objetivo aliviar todo tipo de discriminação. Cinge-se a um esforço voluntário ou obrigatório, com imposição governamental para impulsionar a igualdade de oportunidades em todos os âmbitos da sociedade.

Ressalta-se que a igualdade formal é insuficiente para garantir a acessibilidade de oportunidades a todos os indivíduos, pois alguns gozam de privilégios e outros não. Por esse motivo, houve a necessidade de se buscar soluções ou medidas para reduzir as desigualdades existentes na sociedade, por meio da denominada discriminação positiva.

Na compreensão de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva<sup>108</sup>:

(...) o princípio da igualdade jurídica determina que a lei não pode ser fonte de privilégio ou de perseguições, mas sim instrumento regulatório da vida social, que necessita tratar equitativamente todos

---

<sup>107</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

<sup>108</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91.

os cidadãos. Ao se cumprir a lei, todos os seus destinatários hão de receber tratamento parificado, de modo que ao próprio ditame legal é defeso instituir disciplinas diversas para situações equivalentes. Essa exigência, por sua vez, não interdita a possibilidade de tratamento diferenciado, que se razoável, tem abrigo na ordem constitucional.

As pessoas que não são tratadas de forma igual, não dispendo das mesmas oportunidades que outras, podem se valer de tratamento diferenciado, desde que razoável e tutelado pela norma constitucional.

Assim, a fim de assegurar um tratamento uniforme de todo ser humano, é imprescindível a aplicação da igualdade material, resultando na igualdade real e efetiva perante todos os bens da vida, tais como o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, dentre outros bens indispensável para a vida.

Os seres humanos, perante a lei, dentro de suas especificidades, devem ser tratados de forma igualitária, isso porque, diante de desigualdade necessária haverá a discriminação positiva a fim de obter um resultado mais justo e equânime.

## **CAPÍTULO 5. NOVO TÍTULO DA CLT: “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL” - (LEI 13.467 DE 2017)**

### 5.1 A pretensão de limitar o dano moral trabalhista

O primeiro artigo do novo Título II-A da CLT preceitua:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

De início, vale enfatizar que a regulamentação introduzida só abrange os danos morais ou extrapatrimoniais. Desse modo, numa ação indenizatória por acidente do trabalho ou doença ocupacional, o julgamento do dano material (danos emergentes, lucros cessantes ou pensão, perda de chance) continuará utilizando como fonte normativa os dispositivos do Código Civil, por aplicação subsidiária determinada pelo art. 8º da CLT<sup>109</sup>.

Cabe destacar a contradição expressa deste comando legal com a diretriz básica adotada pela reforma, a respeito da aplicação subsidiária do direito comum no direito do trabalho. A Lei 13.467/2017 suprimiu do art. 8º da CLT o importante e septuagenário filtro de compatibilidade, que só autorizava a aplicação subsidiária do direito comum “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais” do direito do trabalho. Assim, apontou a reforma que, nos silêncios da CLT, aplicam-se de imediato as regras do direito comum, abstraindo-se da análise sobre a compatibilidade com os princípios que regem o direito do trabalho. O sinal ostensivo foi, portanto, no sentido de alargar a influencia da legislação civil no direito do trabalho<sup>110</sup>.

Entretanto, no art. 223-A que inaugura o novo Título da CLT, o legislador abandonou a diretriz apontada e colocou um filtro redutor caprichosamente com sinal

---

<sup>109</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1056, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>110</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1056, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

invertido, para limitar a reparação do dano moral sofrido pelo trabalhador. Com efeito, ao estabelecer que se aplicam “apenas” os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum neste tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas<sup>111</sup>.

Se o trabalho é um dos fundamentos da República Federativa (art. 1º, IV), se a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (art.170) e a base social tem como base o primado do trabalho (art.193), não pode a lei ordinária reduzir a hierarquia axiológica impressa na Lei Maior, nem introduzir normas restritivas exclusivamente para a categoria dos trabalhadores, em verdadeira ruptura com a essência do sistema, colocando o direito do trabalhador em degrau inferior ao dos demais cidadãos<sup>112</sup>.

Nesse sentido, incorre em flagrantes inconsistências hermenêuticas, a exemplo do art. 223-A ao pretender proibir o julgador trabalhista de aplicar o direito como sistema. Nunca! Os juízes apreciarão os pedidos conforme formulados, decidindo o direito posto nas petições. Logo, as regras do Código Civil (arts. 944 a 954), segundo a interpretação que lhes fazem os tribunais competentes, serão amplamente empregadas<sup>113</sup>.

## 5.2 A limitação dos legitimados à reparação do dano extrapatrimonial

É inquestionável que o acidente do trabalho e as doenças ocupacionais, muitas vezes produzem danos reflexos ou em ricochete sobre terceiros. Desse modo, a ação indenizatória pode também ser ajuizada, em nome próprio, por qualquer outra pessoa que tenha sofrido danos materiais ou extrapatrimoniais em razão do acidente ou doença

---

<sup>111</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1056, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>112</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1056, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>113</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 52.

ocupacional sofrido pela vítima direta, tais como o cônjuge, os dependentes, familiares mais próximos ou mesmo alguém que convivia ou dependia do acidentado<sup>114</sup>.

Nesse sentido, o art. 223-B, fruto da reforma trabalhista, determina que a pessoa física que sofreu o dano extrapatrimonial é a titular exclusiva do direito à reparação.

Por derradeiro, questiona-se se o legislador pode limitar a indenização somente aos danos sofridos pela vítima direta.

Comungamos o entendimento doutrinário que a previsão viola diretamente o altissonante princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, ao tentar, de forma subreptícia, excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões sofridas pelas vítimas indiretas. Aliás, foi com base nesse princípio, demonstrando que o acesso ao Judiciário não pode ser impedido, que o STF adotou a Súmula Vinculante n. 28, na qual se firmou o entendimento de que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito trabalhista<sup>115</sup>.

Se o dano reflexo é uma realidade fática incontestável e é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e jurisprudência, como deixar os lesados ao desamparo concedendo uma isenção ou assegurando indiretamente impunidade ao ofensor? Poder-se-ia argumentar que a parte lesada indiretamente poderia recorrer à Justiça Comum para buscar a reparação. Também esse argumento não se sustenta, mormente pelo princípio da unidade de convicção<sup>116</sup>.

### 5.3 Responsabilidade pelo dano extrapatrimonial

O art. 223-E, CLT preleciona:

---

<sup>114</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1058, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> Idem.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Diante desse novo dispositivo legal, surgem algumas indagações. O empregador responde pelos danos causados pelos gerentes ou por seus prepostos? O empregador ou o tomador dos serviços responde pelos danos extrapatrimoniais causados pelo prestador de serviço?<sup>117</sup>

Entendemos conforme a doutrina que disciplina que o empregador continua a responder pelos atos de seus gestores ou prepostos. Em primeiro lugar, porque a redação do dispositivo não foi taxativa no sentido da exclusão da responsabilidade. Uma mudança tão radical em tema de tamanha importância não poderia deixar qualquer margem de dúvidas. Em segundo, porque os riscos do empreendimento sempre foram do empregador (art. 2º da CLT) e não dos que atuam em seu nome e em seu benefício. Em terceiro, porque a Súmula n. 341 do STF há mais de meio século já fixou entendimento do sentido de que o patrão responde pelos atos de seus empregados ou prepostos, tanto que o Código Civil atual consagrou expressamente o princípio no art. 932, III. Em quarto, porque a própria CLT aponta no artigo 157 que cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e naturalmente responder quando tais normas não são observadas<sup>118</sup>.

Do mesmo modo, entendemos que nos serviços temporários ou terceirizados o tomador responde pelos danos extrapatrimoniais causados aos trabalhadores. A responsabilidade direta é inicialmente da pessoa jurídica que contratou o trabalhador terceirizado, mas o contratante tomador dos serviços responde subsidiariamente pelas indenizações<sup>119</sup>.

Por derradeiro, é importante mencionar que cada pessoa jurídica responde na proporção de sua participação no evento danoso, mas aquele que tiver suportado inicialmente a indenização poderá ajuizar ação regressiva para ressarcir o que houver pago daquele por quem pagou, consoante o que dispõe no art. 934, CC.

---

<sup>117</sup> Ibidem. Revista LTr 81-09/1061.

<sup>118</sup> Ibidem, Revista LTr 81-09/1062.

<sup>119</sup> Idem.

#### 5.4 Critérios para fixação do montante indenizatório

Com o propósito de apontar algumas diretrizes para o juiz apreciar o dano extrapatrimonial, o legislador estabeleceu no art. 223-G um rol que deverão ser considerados na fixação do valor indenizatório:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - a natureza do bem jurídico tutelado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a possibilidade de superação física ou psicológica; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - o grau de dolo ou culpa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - a ocorrência de retratação espontânea; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

X - o perdão, tácito ou expresso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - o grau de publicidade da ofensa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

O julgador, portanto, após analisar a especificidade da ofensa e ponderar os tópicos do roteiro de apreciação indicado na lei, mais outros pontos que sobressaiam na

instrução processual, vai fixar o montante indenizatório, indicando os fundamentos para formar sua convicção. De todo modo, ainda que o roteiro de apreciação aponte diretrizes de segurança louváveis para imprimir um grau maior de previsibilidade do julgamento, é inevitável que nas ações a respeito do dano extrapatrimonial a decisão traga assinatura pessoal da sensibilidade e argúcia de cada julgador<sup>120</sup>.

#### 5.5 O tabelamento do dano moral trabalhista – A incompatibilidade material do art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT coma constituição Federal de 1988

A reforma trabalhista introduziu na CLT a questão controvertida do tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais trabalhistas.

Em um primeiro momento, o parágrafo 1º do art. 223-G possuía a seguinte redação:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Por sua vez, a Medida Provisória n. 808 de 2017, alterou dispositivo citado, deixando certo os seguintes parâmetros:

---

<sup>120</sup> Ibidem, Revista LTr 81-09/1064.

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

A tarifação do dano extrapatrimonial, como se vê, foi alterada em sua base de cálculo para o “valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, afastando o parâmetro salarial dos ofendidos, que representava uma ofensa à dignidade dos trabalhadores com menores rendimentos, quando em cotejo com os trabalhadores mais privilegiados, em termos de retribuição financeira. Como já nos manifestamos, a aferição do dano extrapatrimonial pelo magistrado se dá *in re ipsa*, pela constatação do que geralmente e realmente acontece, na análise caso a caso pelo magistrado<sup>121</sup>.

De toda sorte, ao vedar a acumulação de indenizações, foi instituída uma indenização complessiva para reparar vários danos morais, contrariando a jurisprudência trabalhista consolidada desde 1978. Com efeito, prevê a Súmula n. 91 do TST: “Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.” Aliás, no direito civil o cabimento da acumulação de danos extrapatrimoniais está

---

<sup>121</sup> O Dano Extrapatrimonial na Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) após o advento da MP 808/2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/11/23/dano-extrapatrimonial-lei-13-467-2017-reforma-trabalhista-apos-mp-808-2017/>> Acesso em: 03 de fev de 2018.

devidamente pacificado pela Súmula n. 378 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”<sup>122</sup>.

Desse modo, ao ser comprovada a ofensa, o julgador deverá enquadrar o ato lesivo em um dos quatro níveis indicados (ofensa leve, grave ou gravíssima), conforme seu prudente arbítrio e considerando também as especificidades do caso, mormente os doze pontos relacionados no art. 223-G.

O ponto em questão é que a reforma trabalhista fere a constituição Federal ao estabelecer parâmetros de reparação de danos francamente discriminatórios, porque fixados com valores, em um primeiro momento, variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima; e noutro com base no valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social .

Da análise do disposto na Lei 13.467 de 2017, é verdade que cabem indenizações diferentes quando se trata de danos materiais, porque o parâmetro é outro: o prejuízo monetário efetivo de cada um. Mas, no aspecto extrapatrimonial a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial.

Diante desses fundamentos e como já demonstrado em tópico específico, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da justiça Federal, realizado em Brasília em 2006, foi adotado o Enunciado n. 588, que determina que o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial<sup>123</sup>.

Mas este dispositivo introduzido na CLT tem ainda outra inconstitucionalidade mais ostensiva já declarada pelo Judiciário para casos semelhantes, qual seja, a fixação de tetos ou tabelamento para a reparação do dano extrapatrimonial<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião.. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1064, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>123</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião.. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1065, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

<sup>124</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião.. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1065, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não é possível limitar a intensidade da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor. O equilíbrio na balança lesão-reparação é orientado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, por conseguinte o desnível imposto pela limitação reparatória acaba, indiretamente, estimulando a expansão do comportamento lesivo<sup>125</sup>.

A questão está bem sedimentada no STJ, cuja Súmula n. 281, adotada em 2004, sintetizou: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

O Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou claramente neste sentido, ao interpretar os incisos V e X do art. 5º, da Constituição Federal de 1988:

Ementa: Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei n. 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput, e parágrafo 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente”. STF. 2ª Turma. RE 447.584/RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, 16 mar. 2007.

Finalmente o STF, na sua composição plenária, firmou posicionamento quanto ao não cabimento do tabelamento do dano moral no julgamento da ADPF n. 130-DF. Nesse julgamento, a Corte declarou que a Lei Federal n. 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. O tema do tabelamento

---

<sup>125</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1065, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

ou “tarifação” do dano moral foi abordado expressamente no julgamento por quase todos os Ministros da Corte<sup>126</sup>.

No seu voto destacou o Ministro Celso de Mello:

Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). Hipótese de não recepção. Doutrina. Precedentes do STF.” (AI 595.395/SP, Rel. Min. Celso de Mello – DJ 3 ago. 2007)

Diante do que foi exposto, entendemos também, que a novel disposição do artigo 223-G, parágrafo 1º, da CLT, ao criar faixas máximas de indenização, de acordo com o grau de ofensa, padece do vício de inconstitucionalidade.

---

<sup>126</sup> GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1066, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

## CONCLUSÃO

O caráter punitivo da indenização por dano moral deve prevalecer em relação ao caráter compensatório. Se dúvida restar, tomemos como exemplo dois acidentes de trânsito com vítima: um causado por simples imprudência, no qual o agente socorre a vítima; outro causado dolosamente ou de maneira gravemente reprovável e na qual o agente nada faz em favor da vítima.

Condenar os dois motoristas a pagar indenização em valores iguais atentaria contra o princípio constitucional da igualdade e contra o senso comum de justiça. Quer dizer, não se pode defender indenizações idênticas para danos iguais, porque eles podem ter sido causados por condutas completamente distintas em termos de reprovação.

Sob pena de redundância, vejamos outro exemplo. Dois trabalhadores são demitidos injustamente por alegada adulteração de atestado médico. Uma das empresas, no ato demissional, chamou o funcionários e, reservadamente, lhe comunicou o motivo da justa causa. A outra fez diferente, alardeando aos quatro ventos o ocorrido. Ambos os trabalhadores ingressam na justiça pedindo a reverão da justa causa e cumulativamente danos morais. Em situação como esta, se for reconhecido a demissão injusta e fixado indenização por dano moral, não se poderá condenar ambas as empresas em valores iguais, sob pena de premiar a incúria daquela que expôs seu funcionário a vexame público.

Por isso entendemos que as condenações, em face de determinadas condutas, devem ser exemplares, quer dizer, em valores significativos, de sorte a fazer com que os grandes conglomerados econômicos, repensem seus conceitos e condutas no que diz respeito aos seus trabalhos.

Quer dizer, as sentenças poderão ser transformadas em armas de uma política de conscientização dessas empresas. Isto porque, se todas as empresas tomarem conhecimento de que as condenações não são mais simbólicas, ou seja, que elas estão rompendo os redutos onde antes reinava a impunidade, é de se esperar que os empresários criem métodos eficazes de eliminação das condutas reprováveis de seus chefes e gestores, pois saberão de antemão que assim não procedendo, poderão sofrer severas condenações.

Assim, o instituto do dano moral, expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X), deve ser visto como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), e precisa ser aperfeiçoado, de tal sorte que podemos afirmar que a sua efetividade somente ocorrerá, de forma ampla e cabal, quando se puder dotar o juiz da liberdade plena na aplicação “da teoria da exemplaridade”, pela qual se possa apenar o ofensor com a tríplice finalidade: punitivo, compensatório e exemplar

No que tange à tarifação do dano moral, verificamos no presente estudo a inconstitucionalidade do art. 223-G da CLT, por violar o inciso V, que traz regra de proporcionalidade entre o dano e a lesão, bem como o inciso X, ambos do art. 5º, CF/88 e o princípio da reparação integral consagrado no art. 944 do CC, bem como o princípio da isonomia, consagrado no caput do art. 5º da CR/88 e, em consequência, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88).

Assim, é necessária uma leitura lógico-racional, sistemática e teleológica das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, em consonância com o ordenamento jurídico, pois a Constituição da República e o Código Civil não limitam a indenização por danos morais.

O princípio da reparação integral impõe a necessidade de individualização de cada caso concreto, de forma que qualquer tentativa prévia de delimitar valores pode acarretar, por conseguinte, em proteção insuficiente e afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessa forma, atenta-se contra a própria finalidade dos danos morais individuais, que possui natureza dupla - indenizatória (compensatória) e punitivo-pedagógica -, uma vez que não restitui, integralmente, o dano causado ao trabalhador.

A criação de distinção entre seres humanos, conferindo tratamentos distintos aos trabalhadores em comparação com os demais cidadãos é nítida violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CR/88) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88).

Nesse teor, como demonstrado, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela impossibilidade de tarifação do dano moral ao analisar a Lei n. 5.250/1967 (Lei de

Imprensa), entendendo inconstitucionais os parâmetros adotados para quantificação dos danos morais, ao fundamento de que o art. 5º da CFRB/88, V e X, assegura a indenização por dano moral e por dano material, não sendo constitucional parâmetros fixados para apuração do valor, pois a indenização decorrente deve ser a mais ampla possível, sem sujeições a limites pré-estabelecidos.

Assim, como afirmado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferido no julgamento da ADPF 130/DF, examinada em 30/04/2009 pelo Tribunal Pleno, em que foi relator o Ministro Carlos Britto:

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 281, de acordo com a qual “indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Dessa forma, as alterações promovidas pela Reforma significam um verdadeiro retrocesso social, em afronta ao princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, conforme arts. 1º e 5, II, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) e, na seara dos direitos trabalhistas, no art. 7º, caput, da Constituição da República.

Diante das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, é necessária uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do texto celetista em consonância com o ordenamento jurídico, especialmente em relação a Constituição da República e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dotados de força, ao menos, supralegal, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. 1987. Vol. II.
- ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. 1949, nº 157.
- ALSINA, Jorge Bustamante. Teoria General de La Responsabilidad Civil. 1993.
- ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho. 3ªed., ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. 1994, p. 31.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª edição. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. Págs. 158-159.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros editores, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CATHARINO, José Martins. Compêndio universitário de direito do trabalho. São Paulo, Ed. Jurídica Universitária, 1972.
- Dano Moral Indenizável. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 348.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Dano moral coletivo. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008.
- FELKER, Reginald Delmar Fintz. O dano Moral no Direito do Trabalho. Trabalho e Doutrina. São Paulo. Saraiva, n.10, 1996.
- FILHO, Rodolfo Pamplona. O Dano Moral na Relação de Emprego, 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

FLORINDO, Valdir. Danos Morais e o Direito do Trabalho. 3. ed. ver. e ampl., São Paulo: LTr, 1999.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2.ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião,. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1056, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

GIGLIO Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. Direito Processual do Trabalho. 16.ed. adap. à reforma do C.P.C. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUSMÃO, Xerxes e PAIVA, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de. A Reparação do Dano Moral nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTR, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1037, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

MASCARO NASCIMENTO, Sonia. O Dano Extrapatrimonial e a Lei n. 13.467/2017. Revista LTr 81-09/1031, Vol. 81, no 9, Setembro de 2017.

MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Danos morais coletivos. 2ª. Ed., São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. Danos Morais Trabalhista. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1959. Tomo XXVI.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional: Princípio da Igualdade e a Extinção de Discriminações Absurdas. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20.ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, 6ª ed., LTR, 2011, São Paulo.
- PAMPLONA, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O assédio Sexual na relação de emprego. São Paulo: Ltr, 2001.
- PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p.140-141.
- PEREIRA, Cícero Rufino. Efetividade dos direitos humanos trabalhistas. O Ministério Público e o tráfico de pessoas. São Paulo: Ltr, 2007, p. 133.
- PÍTSICA, Diogo Nicolau. Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina: OAB-SC. 2007.
- PÍTSICA, Diogo Nicolau. Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina: OAB-SC. 2007.
- PICARELLI, Márcia Flávia Santini. Direitos Trabalhistas e previdenciários do portador de HIV/AIDS. Revista LTr, nº. 11.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. “Assédio Sexual e dano moral nas relações do trabalho”. III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: IBCB - Instituto Brasileiro de Ciências Bancárias, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 1989. Vol. 4.
- SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.
- SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.
- SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral na Internet. São Paulo: Método, 2001. p.237-46
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 4ª. Ed. São Paulo.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. 4.ed. São Paulo: LTR, 2009.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SOBRINHO, José Wilson. “Assédio Sexual e justa causa”. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 4/96.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito de Trabalho. 20.ed. atualiz. São Paulo: LTR, 2002. v.1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2009. v.1.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano Moral no Direito do Trabalho. Trabalho e Doutrina. São Paulo. Saraiva, n.10, 1996, p.28.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. v.1.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à Relação de Emprego. 1. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 109.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0133500-03.2008.5.04.0017(RO). Relatora: Des. Beatriz Zoratto Sanvicente. Participaram: Des. Maria Da Graça Ribeiro Centeno, Marcelo Gonçalves De Oliveira. Data: 20/10/2010. Origem: 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0021000-69.2009.5.04.0013 (RO). Relator: Des Ricardo Tavares Gehling. Participaram: Des. Hugo Carlos Scheuermann, Fabiano de Castilhos Bertolucci Data: 11/06/2010. Origem: 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0000001-96.2010.5.04.0551(RO). Relator: Juiz. Wilson Carvalho Dias. Participaram: Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho, Cleusa Regina Halfen. Data: 05/08/2010. Origem: Vara do Trabalho de Frederico Westphalen. 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0015700-69.2008.5.04.0011 (RO). Relatora: Des. Maria Inês Cunha Dornelles. Participaram: Des. Beatriz Renck, Maria Madalena Telesca. Data: 09/06/2010. Origem: 11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Acórdão do processo 0095100-32.2008.5.04.0012(RO). Relator: Juiz Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Participaram: Des. Ricardo Carvalho Fraga, Luiz Alberto De Vargas. Data: 09/06/2010. Origem: 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 7ª Turma do Tribunal Regional do

Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [HTTP://www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em outubro de 2010.

TST – 1º Turma – RR 7.642/86 – 9.11.1987 – “Assédio Moral”. Euler Sinoir de Oliveira. Just. Trab. HS 243/58.

TST - JT julga dano moral ocorrido após extinção do contrato. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI117291,91041->

TST+JT+julga+dano+moral+ocorrido+apos+extincao+do+contrato> Acesso em: 04 de mar. 2018

**Erro! A referência de hiperlink não é válida.**, STF - Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 16/03/07.

RECURSO ESPECIAL Nº 899.869 - MG (20060046442-3)

PARAÍBA. TRT13. Processo nº 0031209-21.2014.5.13.0002. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. PB. Relator: Eduardo Sergio De Almeida. Tribunal Pleno. Julgado em: 13/01/2015. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em 08 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. TRT4. processo nº 0000631-70.2013.5.04.0027. 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RS. Rel. Roberto Antonio Carvalho Zonta. Julgado em 10/09/2014. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em: 08 abr. 2015.

O dano moral na Reforma Trabalhista. Inconformidade constitucional. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042->

O+dano+moral+na+Reforma+Trabalhista+Inconformidade+constitucional> Acesso em: 03 de jan. 2018.

A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/> Acesso em: 10 de jan. 2018.

