

A PROVA E O DANO MORAL NA AÇÃO TRABALHISTA

Marcela Chagas Azevedo¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre as provas no Processo do Trabalho, em relação ao pedido de indenização por danos morais. Hoje dificilmente numa ação trabalhista não traz em seu conteúdo, um pedido de dano moral, pelos mais variados motivos nas relações de trabalho. É necessário, portanto, avaliar o instituto da prova produzida no processo do trabalho e aplicação quanto ao ônus da prova. É fundamental a análise dos pressupostos da Responsabilidade Civil do dano moral trabalhista e o exame acerca da presunção do dano moral.

Abstract

This thesis aims to conduct an analysis of the evidence in the Labour Process, in relation to the request for punitive damages. Today hardly a labor action does not bring in its content, a claim for moral damages, the most varied reasons in labor relations. It is therefore necessary to assess the evidence produced in the Institute's work and application as the burden of proof process. It is essential to analyze the assumptions of the Liability Moral Damage and the examination about the presumption of moral damage.

Palavras-chave

Prova e o dano moral. Responsabilidade Civil Trabalhista. Presunção do Dano Moral.

Keyword

Proof and moral damages. Liability Moral Damage. Presumption of Moral Damage.

Introdução

Este estudo visa analisar sobre as provas do Processo do Trabalho, no que tange ao pedido de indenização por danos morais. Busca interpretar o que vem a ser o dano moral em seu contexto na esfera civil e na esfera trabalhista, já que se trata de um assunto de grande relevância na Justiça do Trabalho. Atualmente, a maioria das ações trabalhistas trás em seu bojo, dentre o rol de pedidos, a reparação por danos morais dos mais diversos acentuados numa relação de emprego.

O direito a indenização por dano moral, é previsto no Código Civil Brasileiro, uma garantia ao indivíduo que sofreu uma lesão. Logo, aquele que por ação ou omissão, negligência ou imprudência violar direito a causar dano a outrem, tem o dever de repará-lo. O dano moral por sua vez, corresponde a toda a ofensa que integram a personalidade do indivíduo, que afeta sua honra e integridade física, e está presente nas relações de trabalho através do estado de hierarquia em que se encontra o os empregadores em relação aos seus empregados, a chamada subordinação.

Em um primeiro momento, a pesquisa procurar apresentar o conceito de provas do processo do trabalho e como ela é importante dentro do processo a caracterizar a verdades dos fatos, pois não basta a afirmação dos fatos e sim prová-los, e elencar o que é realmente relevante para a caracterização do dano moral.

O tema em questão apresenta o direito de indenização por danos morais ao empregado, por inúmeras práticas abusivas sofridas, e com isso é necessário destacar sobre a responsabilidade civil trabalhista, diante do risco da atividade exercida pelo empregador.

Cumpra o presente trabalho, assim, analisar de maneira geral como vem sendo julgadas as ações por indenização por danos morais trabalhistas, em que o empregado deve demonstrar o dano

¹ Graduada em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro (Fanorpi). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela instituição Projuris Estudos Jurídicos.

sofrido, embora alguns doutrinadores entendessem não ser necessária a prova do dano moral, ou seja, o dano moral quanto a presunção absoluta.

Necessário registro se faz, ainda, quanto à metodologia empregada ao presente trabalho, sendo que para a confecção deste foi utilizado o método dedutivo – já que se parte de uma visão geral de direitos invioláveis da pessoa, através do meio hábil, como o direito da prova no processo do trabalho, buscando posições científicas que os sustentem ou neguem, para que no final, seja apontada a prevalência ou não das hipóteses oferecidas ao seu curso.

Por fim, foram utilizadas como técnicas de pesquisa, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados a pesquisa indireta documental (Consolidação das Leis Trabalhistas e outros códigos afins), bem como a pesquisa indireta bibliográfica – por meio de doutrinas, legislação, jurisprudências, artigos e demais publicações científicas.

1. Conceito de prova

O Direito possui normas jurídicas que decorrem de fatos. Através dos fatos é que se constituem as leis, que podem impedir que o direito seja constituído, ou ainda os fatos podem ser impeditivo, modificativo ou extintivo de direito. Assim, diante do conflito de interesse no momento em que as partes pleiteiam em juízo, no reconhecimento do direito, o juiz deverá indicar os motivos que lhe formaram o convencimento dos fatos alegados pelas partes, para então decidir a lide. E para o convencimento do juiz é necessário buscar a verdade dos fatos, ou seja, esse convencimento será realizado através das provas.

Segundo Sérgio Pinto Martins:

Prova vem do latim *probare*. Em seu sentido comum significa exame, verificação, reconhecimento por experiência, demonstração. Provar é convencer alguém sobre alguma coisa. No processo, a prova tem por objeto os fatos da causa. Sua finalidade é a de formação da convicção do juiz a respeito dos fatos da causa. Assim o destinatário da prova é o juiz. (MARTINS, 2005, p.325)

A prova, portanto, é a demonstração da verdade dos fatos afirmados em juízo (ALMEIDA, 2008, p.451). E estabelece disposta no artigo 131 do Código de Processo Civil, tanto no Processo do Trabalho, como o livre convencimento na apreciação da prova, ou o princípio da persuasão racional da prova.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Segundo Renato Rodrigues Filho sobre a prova e a fundamentação da decisão:

Em que pese o direito à livre apreciação da prova, o juiz haverá de fundamentar sua decisão. A Constituição Federal prescreve claramente que toda a decisão judicial há de ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX da CF). Admite-se decisão com fundamentação sucinta, mas decisão sem motivação não se coaduna com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao direito processual civil. A fundamentação judicial tem como finalidade o convencimento do acerto da decisão e, quando isto não é alcançado, servirá para que o sucumbente realize seu contraditório e defesa, a apontar as incorreções dos motivos da decisão, com requerimento para sua anulação e/ou reforma. (FILHO *apud* MARTINS e DOTTI, Código de Processo Civil – anotado, 2013, p.251)

Neste sentido, a prova serve para analisar e demonstrar a verdade dos fatos e formar a convicção do juiz, por isso é necessário destacar os princípios que devem nortear a temática probatória, Sérgio Pinto Martins reuniu os seguintes princípios, a saber:

1.2 Princípios da prova:

- a) Necessidade da prova: não basta fazer alegações em juízo. É preciso que a parte faça a prova de suas afirmações. Aquilo que não consta no processo não existe no mundo jurídico;
- b) Unidade da prova: a prova deve ser apreciada em seu conjunto, em sua unidade, globalmente, e não isoladamente;
- c) Lealdade da prova: as provas devem ser feitas com lealdade. O inciso LVI do art.5º da Constituição Federal determina que são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos. A lealdade da prova decorre do inciso II do art.14 do CPC;
- d) Contraditório: apresenta uma prova em juízo, a parte contrária tem o direito de sobre ela se manifestar, impugnando-a. em qualquer processo judicial é assegurado o contraditório, inclusive pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição;
- e) Igualdade da oportunidade da prova: todos têm o mesmo direito de apresentar a prova no momento adequado;
- f) Oportunidade da prova: a prova deve ser produzida nos momentos próprios pra esse fim. Em situações de perigo em que a prova não venha a ser realizada, poderá ser antecipada;
- g) Comunhão da prova: diz respeito a ambas as partes;
- h) Legalidade: o contraditório e a ampla defesa serão assegurados de acordo com as provas que estiverem previstas na lei (art.5º, II, da Constituição);
- i) Imediação: o juiz é quem tem a direção do processo e principalmente das provas a serem produzidas pelas partes. É diante do juiz que a prova será produzida;
- j) Obrigatoriedade da prova: a prova é de interesse não só das partes, mas também do Estado, que pretende o esclarecimento da verdade. Tem o juiz ampla liberdade na direção do processo (art.765 da CLT), podendo determinar que seja feita a prova que julgar necessário (ex: quando o juiz determina a juntada dos cartões de ponto por parte da empresa);
- k) Aptidão para a prova: significa o princípio que a parte que tem melhores condições de fazer a prova o fará, por ter melhor acesso a ela ou porque é inacessível à parte contrária; (MARTINS, 2005, p. 325 a 326)

Os meios de provas, logo, são definidos pelo direito através desses princípios elencados pelo Autor que servem de base para análise de efetividade das provas no processo e resguardar, através das normas, o direito de existência de procedimento jurídico idôneo para o convencimento do juiz na ocorrência de determinados fatos.

Um dos princípios a cima, como é o caso da Lealdade da prova, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando há a necessidade de ponderação, no que tange as provas obtidas por meios ilícitos conforme entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. RESCISÃO INDIRETA. Relativamente à gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, o entendimento desta Corte caminha no sentido da licitude da prova. Assim, não é possível divisar violação do dispositivo constitucional invocado, ante o óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Quanto à alegação de violação do art. 483 da CLT, o recurso de revista esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST, pois o Regional consignou que restou comprovado que a empresa alterou o local de labor do reclamante com a intenção de induzi-lo à demissão voluntária, falta empresarial grave apta a inviabilizar a continuidade da prestação de serviços. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Assim, haverá a necessidade de analisar a eficácia em questão, no intuito de estabelecer de forma ponderada, aquilo que será mais benéfico ou que terá mais vantagens para o interesse geral, do que prejuízos para os valores em conflito. Essa gravação clandestina, portanto, é um meio lícito, pois não houve outro meio de prova, e consequentemente é válida, ou seja, pôde sim ser utilizada.

Percebe-se que a prova é elemento essencial para a decisão do litígio e o destinatário da prova é o juiz. O juiz fica obrigado a fundamentar sua decisão de acordo com respectivo artigo da CLT:

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

Nos fundamentos o juiz deverá analisar as questões de fato e de direito conforme dispositivo do Código de Processo Civil:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Os dispositivos citados mostram a idéia de livre convencimento da decisão em tese, presentes no caso concreto, a verdade dos fatos e a adequação do direito. A prova no Direito do Trabalho é de suma importância para a resolução do conflito de interesses, em que as partes também possuem papel essencial. Contudo, as partes também são destinatárias da prova, na medida em que estando convencidas da verdade dos fatos relevantes da causam terão menor residência ao cumprimento do que foi decidido. (ALMEIDA, 2008, p.454).

No âmbito da ação trabalhista, a prova, na situação de um dano moral existente, não é proibida por lei. E deverá ser analisada no caso concreto aquilo que pode ser realmente caracterizado como dano, pois o dano moral é quando atinge a dignidade da pessoa humana, ora, bens incorpóreos, como a honra, a imagem, a privacidade, enfim. E basta provar a ocorrência de uma conduta lesiva ao trabalhador, segundo entendimento:

DANO MORAL TRABALHISTA. CARACTERIZAÇÃO. O dano moral trabalhista se caracteriza sempre que ocorrer ação lesiva ao trabalhador, que atente contra sua honra e dignidade.

(TRT-5 - RECORD: 5137220105050027 BA 0000513-72.2010.5.05.0027, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 27/05/2011)

A finalidade é demonstrar que os fatos estão relacionados a uma lesão moral propriamente dita. A valorização da prova está diante da aplicabilidade do direito através de princípios e normas que ensejam na resolução do litígio, pois a prova dos fatos que não resultar de esclarecimento e convencimento do juiz, não tende prosperar e será totalmente inútil para a verificação e confirmação do direito.

2. Ônus da prova

Ao passo que o direito ao autor deve ser provado, incube a ele o ônus da prova das suas alegações. A palavra *ônus* vem do latim *onus*, que tem o significado de carga, fardo, peso. *Ônus probandi* é o encargo da parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do juiz. (MARTINS, 2005, p.327).

Contudo, não bastam às partes, simples alegações dos fatos que lhe servem de fundamento e sim demonstrar a verdade dos fatos, por isso ela possuem o ônus da prova. Essa pretensão está regulamentada no artigo 818 da CLT e 333 do CPC, vejamos:

Consolidação das Leis Trabalhistas

Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Houve a necessidade do art. 333 do CPC, para que a interpretação do art. 818 da CLT não fosse tão elástica do que viria a ser o ônus da prova. Assim ao autor deverá provar a existência dos fatos constitutivos de seu direito, como exemplo: exercício de mesma função para equiparação salarial, existência da relação de emprego, enfim, enquanto ao réu incumbirá a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos. Segundo Sérgio Pinto Martins:

Ao réu incumbirá a prova dos fatos extintivos (ex: o pagamento das horas extras, dos feriados trabalhados de maneira dobrada, do término do contrato a termo, prescrição, compensação,) impeditivos (ex: o reclamante alega na inicial ter sido despedido, pedindo o pagamento das verbas rescisórias; o reclamado esclarece que as verbas rescisórias não foram pagas em razão da justa causa. A justa causa é um fato impeditivo da continuidade do vínculo. O exercício de cargo de chefia e de direção, para efeito de não serem devidas horas extras) ou modificativos (ex: o reclamante pede o pagamento imediato de comissões; a reclamada alega que as comissões eram divididas, mas de forma parcelada. O reclamante pede o pagamento de feriado dobrados; a empresa pondera que foi concedido outro dia da semana para a folga do reclamante). (MARTINS, 2008, p.328)

A distribuição do ônus da prova, conforme o processo civil se realiza no intuito de considerar a posição da parte na demanda e a natureza do fato controverso. Assegura (ALMEIDA, 2008, p.483) a aplicação do dispositivo art. 333 do CPC (que distribui o ônus da prova de forma rígida, considerando apenas a natureza do fato controverso) pode conduzir no caso concreto, à excessiva dificuldade de a parte produzir a prova dos fatos que alega, insto é, *probatio diabólica*. (p.483) (na qual o ônus da prova deve ser atribuída à parte que estiver a melhor condição de produzi-la. Nesse sentido, se encaixa a regra do ônus da prova, contida no art. 333 do CPC. Comprometendo o exercício do direito assegurado pela ordem jurídica.

O autor possui o ônus da prova do fato constitutivo da obrigação de indenizar numa ação trabalhista de dano moral, por exemplo, perdendo o pleito se não o fizer. A Justiça Trabalhista por sua vez, nasce para diminuir as forças que regem o empregador da pessoa do trabalhador, no intuito de proteger os direitos ligados a dignidade da pessoa humana. O dano moral está intimamente ligado às relações trabalhistas.

De fato, no âmbito trabalhista, o dano moral deverá ser demonstrado pelo ofendido os fatos lesivos, bem como o sofrimento suportado e moralmente lesado. E dessa maneira, é que as regras da produção de provas são estabelecidas em função do interesse das partes. E com isso convém distinguir entre o ônus da prova e o dever da veracidade dos fatos, conforme o artigo 339 CPC. Na CLT existe uma pequena disposição sobre a distribuição do ônus da prova, o de acordo com o dever de colaborar com descobrimento da verdade, dispõe os seguintes artigos do CPC:

Art. 339 - Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade

Art. 14 - Compete às partes e aos seus procuradores:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito

Art. 340 - Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

Art. 341 - Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

E quanto aos fatos que não precisam ser onerados pelas partes para se provar a veracidade de sua existência:

Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade

Assim, não há nenhum tipo de sanção para a parte que não consegue provar suas alegações juridicamente, cabe a responsabilidade de cada um, em trazer a prova ao processo no intuito de garantir a vitória na lide. Por isso existe a regra contida no art. 333 CPC, a quem o ônus da prova incumbe, como citado a cima.

2.1 O dano moral trabalhista

O tema em foco é de grande relevância no ordenamento jurídico, pois dificilmente uma reclamação trabalhista não trás em seu contexto, ou em seus pedidos, a indenização por danos morais pelos mais diversos motivos da relação existente entre empregado e empregador. E com a EC 45/04 torna-se competente a Justiça do Trabalho para suprimir as ações de indenizações por danos morais decorrentes da relação de trabalho. Mas devidos algumas controvérsias é necessário entender o que vem a ser o dano moral.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2008, p.359)

De fato, o dano moral se caracteriza quando atinge diretamente a pessoa, trazendo um sentimento de tristeza, angústia, sofrimento, algo vexatório, uma injustiça, enfim, dificilmente é possível elencar todos os motivos que levam a ser o dano moral, pois ele não é visível e está ligado à esfera íntima da pessoa.

O dano moral é de natureza extrapatrimonial, ou seja, ofensas de direito que integram a personalidade do indivíduo, e que afeta sua honra e integridade física. Dispõe o artigo 186 do Código Civil Brasileiro que é aplicado subsidiariamente por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT, e ainda o artigo 927 CC:

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. 927. Aquele que, por ato ilícito (Artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

Sendo assim, o empregador é responsável por indenização ao empregado quando lhe causar algum dano. Além de ser considerada justa causa para a ruptura do vínculo empregatício, o ato

lesivo da honra e boa fama pode acarretar profunda dor psicológica, passível de indenização por danos pessoais e morais (atribuição de apelido humilhante, atos de calúnia, difamação e injúria grave etc.) (BASILE, 2008, p.197)

As reclamações em que se pede a indenização por dano moral, estão presentes todos os dias na Justiça do Trabalho, fatos presentes nas vidas das pessoas que possam ter causados aborrecimentos, mas é importante o judiciário reconhecer o direito em cada caso concreto, para que o indivíduo alcance sua indenização de forma justa, ou seja, para que o ordenamento jurídico possa garantir a proteção aos direitos lesados. Por isso a prova do dano moral deve levar a uma presunção segura de que vítima foi atingida em seu patrimônio subjetivo, ora a sua dignidade e integridade física.

Assim não haverá de se falar em prova do dano moral, quando houver uma certeza inequívoca da intensidade jurídica de uma ofensa, ou seja, deve sempre haver os princípios básicos para obter a obrigação de reparação do dano conforme entendimento abaixo, embora existam entendimentos em que, na visão do julgador não houve a caracterização do dano moral, mas sim a lesão ao dano de ordem material. Relevante no aspecto, destacar as seguintes emendas:

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O dano moral trabalhista configura-se pelo enquadramento do ato ilícito perpetrado em uma das hipóteses de violação aos bens juridicamente tutelados pelo inc. X do art. 5º da Constituição Federal. A obrigação de reparar o dano sofrido pelo trabalhador, em seu patrimônio imaterial, subordina-se ao atendimento de três princípios básicos: erro de conduta do agente, o dano a um bem jurídico e o nexo de causalidade entre ambos. Ausente um desses requisitos, não há falar em indenização por danos morais.

(TRT-10 - RO: 1211201201710009 DF 01211-2012-017-10-00-9 RO, Relator: Desembargadora Flávia Simões Falcão, Data de Julgamento: 13/03/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 22/03/2013 no DEJT)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS POR PARTE DO EMPREGADOR. O não recolhimento dos depósitos do FGTS e de contribuições previdenciárias ao longo do pacto laboral, bem assim a não quitação, a tempo e modo, das verbas rescisórias, constituem lesão de ordem material, já reparada mediante acordo encetado entre as partes e homologado judicialmente, o que, sem sombra de dúvida, restitui os litigantes ao *status quo ante*, no aspecto, não havendo que se falar em dano moral, já que, na hipótese, não se vislumbra ofensa à dignidade, honra ou imagem do trabalhador (RO 0000623-61.2013.5.03.0079 – 1ª Turma do TRT da 3ª Região-pub. 02/10/2013 – rel. juiz Convocado Mauro César Silva)

Nesse último caso, o empregador deixou de recolher os depósitos do FGTS, de fazer o recolhimento das contribuições previdenciárias, deixou de pagar as verbas trabalhistas e não formalizou a rescisão contratual. O empregado, que no caso em tela, é uma vendedora, sustentou o pedido de indenização por danos morais pelo simples fato do empregador não cumprir com as obrigações trabalhistas. Desta maneira, o juiz que julgou o caso, entendeu que o descumprimento da obrigação trabalhista gerou apenas dano de ordem material, logo, não chegou a afetar a honra da vendedora. A sentença indeferiu o pedido de indenização.

3. Responsabilidade civil pelo dano moral trabalhista

No estudo das provas é necessário destacar de quem é responsabilidade pela indenização do dano moral. De acordo com (MEDEIROS, [200-?], p.04), há vários pressupostos da responsabilidade civil no enfoque da ação de dano moral trabalhista:

[...]

- a) a controvérsia ser oriunda de uma relação de trabalho
- b) o fato ser lesivo a direito da personalidade do empregado
- c) a imputabilidade ao empregador
- d) o nexo de causalidade
- e) o dano moral
- f) A competência material da justiça do trabalho para processar e julgar a responsabilidade civil do dano moral trabalhista se determina pela qualidade das partes no processo, que

devem comparecer em juízo na posição de empregado e empregador, situando a controvérsia do dano moral na esfera da relação de trabalho.

Dessa maneira explica que o fato lesivo ao direito de personalidade em relação ao dano moral do empregado não precisa ser necessariamente contrário ao direito, como, por exemplo, rebaixamento funcional, testes grafológicos reveladores da personalidade do trabalhador, enfim, e outros fatos que não são considerados antijurídicos. Sendo o fato contrário ao direito também terá a obrigação de indenizar. A imputabilidade ao empregador no intuito de ser responsável no dever de reparar ou ressarcir o dano. O nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o empregado, no que tange demonstrar que o dano sofrido pelo empregado não teria ocorrido sem a conduta do empregador. O dano moral caracterizado pela ofensa ao direito a personalidade, e por fim no caso de má fé do empregador, que neste caso a responsabilização civil pelo dano moral trabalhista é irrelevante, bastando a imprudência.

Existem várias situações que podem ser consideradas como danos morais nas relações de empregos, tais como: ato lesivo da honra e da boa fama, como atribuir apelidos humilhantes, o assédio sexual, por ofensa a intimidade e dignidade do assediado, o assédio moral e gestão injuriosa, ou seja, pequenas ofensas verbais por se tornarem insuportáveis, os castigos vexatórios daqueles que não cumprem as metas enfim, o acidente de trabalho, que pode acarretar danos materiais, pessoais e morais, ofensas físicas e etc. São inúmeras as práticas abusivas nas relações de emprego, então se pergunta, a responsabilidade do empregador será objetiva?

Uma das principais características do empregador num contrato de trabalho é assunção dos riscos da atividade econômica. E conforme entendimento, ao se tratar de atividade econômica cujo risco lhe seja inerente (BASILE, 2008, p.202), a responsabilidade é objetiva (independente de comprovação de dolo, imprudência, negligência ou imperícia) do empregador pelos danos patrimoniais pessoais ou morais causados ao trabalhador.

Segundo César Reinaldo Offa Basile:

Nesse diapasão, quem assume os riscos da atividade econômica e detém o poder diretivo (empregador) também deve responsabilizar-se objetivamente por todos os fatos laborais (ocorridos no ambiente ou em função do trabalho), indenizando diretamente o trabalhador por qualquer ato (inclusive de terceiros) que acarrete danos materiais, pessoais e morais (independente de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo causal com a atividade laborativa), reservando para si apenas o direito de regresso contra o verdadeiro ofensor (empregado), prestador de serviços ou cliente). (BASILE, 2008, p.203)

A responsabilidade subjetiva, logo, se difere da objetiva, pois há necessidade de comprovação de culpa, ou dolo, nexo causal e resultado. E desta maneira a jurisprudência complementa numa ação trabalhista de acidente de trabalho, por exemplo, no tocante à responsabilidade objetiva do empregador:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. ELETROPLESSÃO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO. Apesar de não haver norma expressa a disciplinar a responsabilidade objetiva do empregador, entende esta Corte Superior que a regra prevista no artigo 7º, XXVIII, da Constituição da República deve ser interpretada de forma sistêmica aos demais direitos fundamentais, e a partir desta compreensão, admite a adoção da teoria do risco (artigo 927, parágrafo único, do CCB), sendo, portanto, aplicável a responsabilização objetiva do empregador no âmbito das relações de trabalho para as chamadas atividades de risco. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 927, parágrafo único, do Código Civil e 7º, XXVIII, da CF e parcialmente provido .

(TST - RR: 2102820115240081 210-28.2011.5.24.0081, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 23/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

Diante do exposto, pela teoria do risco de atividade, a culpa surge pelo exercício da atividade pelo empregador, que deve arcar com o ônus do referido exercício. E por não haver norma

expressa, a tendência é atribuir indenização por perdas e danos diante da teoria do risco à empresa, atribuindo a responsabilidade objetiva. Desta forma, como vem apresentando os julgados, que admite a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, combinado com o art. 7º, caput, da Constituição amparam a referida teoria.

E ainda sobre esse entendimento, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Os novos rumos da responsabilidade civil, no entanto, caminham no sentido de considerar objetiva as responsabilidades da empresa pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado, cabendo a este somente a prova do dano e nexo causal.
(GONÇALVES, 2005, p.509)

4. Presunção do dano moral

O ciclo probatório, só estará completo e encerrado, quando uma prova fornece certeza ou estabeleça a crença da verdade. Mas antes disso, os fatos passarão pelo juízo, e transportados pelo processo seja pela reconstrução histórica, ou ainda pela representação, como por exemplo: narração de testemunhas, declaração constitutiva de atos, documentos, e também a participação de peritos quando necessitar, enfim. Todo esse procedimento deverá ser analisado e fundamentado pelo juiz para sua melhor decisão.

A prova dos fatos, portanto, não pode ser tão ampla, e diante de alguns aspectos ela não será utilizada, como prova de fatos notórios, impertinentes, irrelevantes, ou seja, de motivos que não traga nada de concreto e singular para o fato real. A prova da existência do dano moral, logo, incumbe à parte que fizer a alegação da ocorrência deste, nos termos do art. 818 da CLT, como já fora citado, e no caso, o empregado.

Na ação trabalhista a prova do dano moral se dará na fase instrutória do processo através da prova documental ou testemunhal dos fatos alegados na inicial. E em relação a essa fase do processo trabalhista, a CLT estabelece o procedimento a ser seguido:

Art. 848. Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex-officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes. (Redação dada ao caput pela Lei nº 9.022, de 05.04.95)

§ 1º. Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante. § 2º. Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

A prova do dano moral trabalhista é o momento então, que as testemunhas declarem seus sentimentos e sofrimentos suportados, demonstrando a ocorrência dos fatos lesivos ao seu patrimônio moral. E sendo assim, o juiz deverá apreciar adotando cautelas para verificar se a parte não está agindo de má-fé e se realmente ela sofreu o dano moral, para que a justiça seja feita de maneira efetiva no pagamento da indenização por danos morais. E nesse aspecto tem-se a seguinte indagação, é possível a presunção do dano moral?

Segundo Mauro Schiavi:

Para que a pessoa faça jus à compensação por danos morais, necessário se faz tão somente que demonstre de forma inequívoca, por qualquer meio em direito admitido (artigo 332, do CPC) o fato lesivo praticado (doloso ou culposo) pelo agente, sendo o dano moral presumido de forma irrefragável (presunção “*juris et de juris*”) à vítima. Desse modo, desde que o ato ilícito praticado possa acarretar danos a qualquer pessoa, considerando-se o padrão da sociedade, os danos de ordem moral estarão configurados. Por exemplo, a acusação falsa de ladrão, a perda de um dedo resultante de conduta culposa do empregador, causa, evidentemente, dor psíquica no empregado. Ninguém irá dizer que o empregado não se abalou internamente em decorrência desses fatos. (SCHIAVI, [200-?], p.07)

Sendo assim, uma vez o fato lesivo alegado, acarretará a ônus da prova, que incube ao ofendido o direito de comprovar. De tal maneira, bastando a prova que houve fato lesivo, logo o

dano moral se presumiria de forma absoluta. Embora exista quem defenda o dano moral como presunção relativa, no momento em que os fatos alegados pelas partes possam decorrer de prova ilícita, ou ainda, basta obter a certeza dos fatos, que efetivamente levaram a atingir o patrimônio subjetivo do indivíduo, não há que se falar em prova do dano moral. Logo, caberá ao juiz, no intuito da apreciação das provas, valorar o dano para uma reparação justa, no que tange a indenização pelos danos morais causados ao ofendido. O juiz tem o dever de buscar resultados convincentes através das provas, que sejam concretos e justos na realidade.

Segundo Mauro Schiavi:

A maior amplitude probatória do juiz na reparação do dano moral também se justifica por tratar-se de uma reparação a um direito fundamental e proteção à dignidade da pessoa humana. Além disso, também se justifica um comportamento mais ativo do magistrado trabalhista no aspecto probatório para quantificar o dano moral, já que o a reparação do dano moral não segue um padrão tarifado. (SCHIAVI, [200-?], p.11)

A prova no processo do trabalho obtida por meios ilícitos deve ser observada com bastante cautela, pois ela pode violar um direito fundamental, principalmente, nas relações de trabalho. Um exemplo bem comum é a colocação de câmaras no interior dos vestiários ou em locais de privacidade dos empregados, gravações telefônicas sem consentimento do outro interlocutor, enfim, isso realmente gera a inviolabilidade a intimidade da vida privada. E para isso, de acordo com Mauro Schiavi, deve ser tomar as seguintes cautelas:

- a) sopesar a lealdade e boa-fé da parte que pretende a produção da prova ilícita;
 - b) observar a seriedade e verossimilhança da alegação;
 - c) avaliar o custo benefício na produção da prova.
 - d) aplicar o princípio da proporcionalidade, prestigiando o direito que merece maior proteção;
 - e) observar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
 - b) valorar não só o interesse da parte, mas também o interesse público.
- (SCHIAVI, [200-?], p. 20)

Assim, a prova obtida por meios ilícitos deverá agir com base na proporcionalidade, quando não se deve chegar ao extremo de negar uma validade a toda e qualquer prova obtida desta maneira, como ensina (LEITE, 2010, p.438) como uma gravação sub-reptícia utilizada por uma empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste.

Diante dos fatos, há entendimentos que admitem a revista íntima, por exemplo, desde que o empregador adote os meios necessários à preservação da intimidade e dignidade do trabalho, conforme parâmetro abaixo, nesse sentido. Embora, há controvérsias, (LEITE, 2010, p.548) destaca, que o Enunciado n.15 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que repudia qualquer tipo de revista promovida pelo empregador, *in verbis*:

Dano moral. Revista íntima. Agride a pessoa quanto ao seu direito à intimidade, à privacidade e à honra revista íntima realizada na empresa fabricante de "lingerie" quanto a mais de uma empregada de cada vez, obrigando-a a praticamente despir-se na presença de outras pessoas, mormente seus colegas de trabalho. E as circunstâncias que levam a essa proibição enveredam por diversos caminhos, atingindo valores tanto estéticos e a auto-estima da laborista, assim como religiosos e morais, levando-a desde o constrangimento até a vergonha e medo, magoando-a e a fazendo sofrer da lesão e desrespeito a sua dignidade. (TRT-2 - RO: 23560200290202008 SP 23560-2002-902-02-00-8, Relator: SÔNIA APARECIDA GINDRO, Data de Julgamento: 01/07/2003, 10ª TURMA, Data de Publicação: 15/07/2003)

DANO MORAL – REVISTA DOS EMPREGADOS – Tratando-se de estabelecimento comercial, é justificável que a empresa utilize da revista em seus empregados, a fim de proteger seu patrimônio, desde que não empregue outros meios de vigilância. O ato de revistar se insere no âmbito do poder diretivo da empresa, mormente quando realizado em caráter geral, mediante sorteio, sem discriminação e sem abuso no exercício desta

prerrogativa. Respeitadas a honra, a imagem, a privacidade e a dignidade dos empregados, não se pode falar em dano moral, razão pela qual andou bem a r. Sentença ao indeferir o pleito de indenização. (TRT 3ª R. – RO 00742-2004-109-03-00-6 – 5ª T. – Rel. Juiz Eduardo Augusto Lobato – DJMG 09.10.2004 – p. 12)

Conclusão

A prova no Processo do Trabalho é de grande relevância, sendo o meio pelo qual o juiz, tem o dever e necessidade de interpretá-la para a solução de uma pendência judicial. A Consolidação das Leis Trabalhistas possui em seus artigos, os meios de provas. Embora, há também a utilização do Código de Processo Civil, como fonte subsidiária da aplicação da lei, pela escassez de normas trabalhistas sobre o conceito de provas.

O juiz, por sua vez, deverá conhecer e apreciar a verdade dos fatos. Essa fase do processo, é que as partes deverão se manifestar sobre as provas pretendidas. Assim ao autor deverá provar a existência dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbirá a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos.

A valorização da prova está diante da aplicabilidade do direito através de princípios e normas que ensejam na resolução do litígio, pois a prova é o meio lícito para demonstrar a veracidade dos fatos. O instituto da prova no processo do trabalho, portanto, trás sempre alguns questionamentos quando se vê diante da prova de dano moral trabalhista. Atualmente, é muito comum a maioria das ações trabalhistas, a existência de um pedido de indenização por danos morais, e com isso leva o Judiciário a uma minuciosa interpretação aos princípios da prova.

Hoje, a relação que envolve o trabalhador e o empregado, se torna cada vez mais estreita. A empresa diante de seu funcionário é quem detém o poder diretivo e quem assume os riscos da atividade econômica, e com isso, possui o dever de responsabilidade civil objetiva ao dano moral e patrimonial, na proteção do trabalhador. Embora os julgados trazidos ao trabalho, demonstram oposições contrárias ao entendimento, quanto o que realmente deverá ser caracterizado de dano moral nas relações de trabalho. De tal maneira, somente basta provar o fato lesivo, simplesmente o dano moral estará caracterizado, gerando a presunção absoluta. Ou ainda, pela jurisprudência majoritária, não haverá a necessidade de provas se houve sofrimento, dor psíquica, constrangimento ou qualquer fato que atinge o patrimônio subjetivo do empregado.

Ademais, há de se entender que as provas e dano moral na justiça do trabalho deverão ser sempre apreciados pelo juiz de forma adequada e proporcional, para assegurar à vítima, a sua satisfação. Mas é neste momento que há a dificuldade de se mensurar o dano, em até que ponto o pagamento da indenização é concedida de maneira satisfatória, ou de que forma está sendo “medida” a dor moral, e se realmente o dano moral causado pode ser calculado, ou em que momento o dano moral não será apreciado. Enfim, em um conflito de interesses, portanto, as partes possuem o papel de invocar o judiciário, pleitear seu o direito quando se sentirem lesados.

A sentença, logo, deverá conter necessariamente os fundamentos e a motivação, no intuito de se fazer o julgamento justo, diante dos desafios do judiciário, faz-se mister um posicionamento efetivo e claro do legislador brasileiro, no intuito de promover o bem estar coletivo e a paz social, resguardando direitos e garantindo a ordem e o progresso da sociedade e da nação.

Referências

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. 2 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva: 2008 (Coleção Sinopses Jurídicas: v. 27)

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**: Decreto - Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943. Brasília: Senado, 1943

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2008. v. IV.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8 ed. São Paulo – LTr, 2010

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira. **Prova na ação trabalhista de dano moral**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32806-40628-1-PB.pdf>. Acesso em 06 de Julho de 2014.

MARTINS e DOTTI, Sandro Gilbert e Rogéria Fagundes. **Código de Processo Civil Anotado**. Disponível em http://intranet.oabpr.org.br/download/CPC_06_02.pdf Acesso em 26 de Junho de 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da prova no Processo do Trabalho**. Disponível: <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/A%20prova%20do%20dano%20moral%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf> Acesso em 07 de Julho de 2014.