

DISCIPLINA 05 – EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO (28 DE MARÇO DE 2015)

Ementa: Direitos, deveres e obrigações das partes. Poderes do empregador: diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar. Efeitos conexos do contrato: direitos intelectuais; invenções do empregado. Direitos da personalidade. Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Responsabilidade civil pré e pós-contratual. Responsabilidade subjetiva e seus pressupostos. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco. Teoria da perda de uma chance. Indenizações por dano moral e material. Assédio moral. Assédio sexual.

RELAÇÃO CONTRATUAL: DIREITOS, DEVERES E OBRIGAÇÕES DAS PARTES

Definição de contrato: o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre objeto lícito e possível, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. O contrato ocorre, diz De Plácido e Silva (1982), "quando os contratantes, reciprocamente, ou um deles, assume a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa".

Autonomia da vontade: os contratos civis estão baseados na autonomia da vontade, derivada do liberalismo contratual. No direito civil moderno essa autonomia de vontade é limitada pela ideia da função social dos contratos.

Função do contrato: está lastreada na ideia de solidariedade social. Encontra previsão no art. 421 do Código Civil, que estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social contrato. Portanto, modernamente o direito contratual deve ser encarado como um dos meios pelo qual o homem procura o seu desenvolvimento, distribuição de oportunidades e riquezas, com o escopo de atingir o bem comum.

Autonomia da vontade no direito do trabalho: no direito do trabalho a autonomia da vontade é limitada não só pela função social do contrato, mas também em razão da hipossuficiência do trabalhador, que fica sujeito ao empregador em razão do poder hierárquico. Muitas vezes a autonomia de vontade acaba sendo substituída pela autonomia privada coletiva.

Autonomia privada coletiva: as alterações contratuais lesivas ao empregado serão consideradas nulas, ainda que ele tenha concordado formalmente com tais alterações, observado o que dispõe o art. 468 da CLT. Mas muitas alterações são permitidas pela via coletiva (flexibilização sob tutela sindical), porque o sindicato da categoria profissional, nas negociações coletivas, tem paridade de condições em relação à empresa ou sindicato da categoria econômica.

Princípio da boa-fé objetiva nos contratos: o art. 422 do Código Civil estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, tanto na execução quanto na conclusão do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé. Essa é uma cláusula geral, independente de estar escrita, em todos os contratos. Presume-se que nenhum contratante ingressa em um conteúdo contratual sem

a necessária boa-fé. O dispositivo legal parte da ideia de boa-fé objetiva: padrão de conduta comum ao homem médio naquele caso concreto levando-se em conta os aspectos sociais envolvidos; estabelece um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos (Sílvia Venosa). Esse princípio se aplica ao direito do trabalho e seus contratos.

Limitações à Liberdade de Contratar: existem duas exceções ao princípio da autonomia da vontade inseridas no Código Civil. São elas: a) a ordem pública: a ordem pública fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a moral da sociedade, e toda a vez que o interesse individual colidir com o da sociedade, o desta última prevalecerá; b) os bons costumes: bons costumes são hábitos baseados na tradição e não na lei; o princípio da autonomia da vontade esbarra nas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social.

Efeitos dos contratos de trabalho: os efeitos do contrato de trabalho podem ser próprios ou conexos.

Efeitos próprios: são os inerentes ao contrato, como a obrigação de pagar salário e a de prestar serviços ou se colocar à disposição. Os poderes do empregador são enquadrados como efeitos próprios do contrato de trabalho.

Efeitos conexos: são aqueles efeitos resultantes do contrato, mas que não decorrem propriamente da natureza do contrato de trabalho, mas que por razão de seu caráter acessório ou conexão acabam se relacionando com o contrato de trabalho. Casos: direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou obra intelectual no curso do contrato de trabalho; indenizações por danos morais e materiais.

EFEITOS PRÓPRIOS DO CONTRATO DE TRABALHO: OS PODERES DO EMPREGADOR:

Justificativa: serve de contraponto ao dever de subordinação jurídica do empregado. Sendo subordinado, deve ser subordinado a alguém. Existem diversas teorias que lhe dão validade.

Denominação: poder hierárquico, poder empregatício ou poder interempresarial.

Conceito: conjunto de prerrogativas atribuídas ao empregador, no âmbito da relação de emprego, com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e prestação de serviços pelo empregado.

Fundamento de validade: é o contrato de emprego, que é de natureza subordinada.

Fundamentos legais: não são expressos, mas pode-se dizer que deriva do art. 2º da CLT, quando atribui ao empregador o poder de dirigir a prestação de serviços.

Aspectos do poder hierárquico: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar.

Harmonização do poder empregatício e dos direitos de personalidade do trabalhador: o poder empregatício precisa ser usado de forma racional e civilizada, diante dos direitos de personalidade do ser humano e da necessidade de subordinação da propriedade à sua função social. Assim, condutas que eram toleradas antes da Carta de 1988 não são mais aceitáveis.

Poder diretivo: são as prerrogativas concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e do espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado na empresa, com a especificação e orientação cotidianas referentes à prestação de serviços; consiste no poder de determinar as regras técnico-organizativas que devem ser observadas pelo trabalhador no cumprimento das obrigações derivadas do contrato, em especial no que se refere à execução do serviço contratado.

Discussão: operador de telemarketing: NR 17, Anexo II, item 5.7 (pausas para satisfação das necessidades fisiológicas) e 5.11 (roteiro de atendimento). Metas de desempenho e cobranças.

Poder regulamentar: consiste no direito que o empregador tem de fixar as regras gerais que devem ser observadas no âmbito da empresa. É a manifestação exterior do poder diretivo, e se concretiza através de meios formais e informais de comunicação com o público intraempresarial. O regulamento de empresa não pode ser considerado como norma jurídica, porque em geral consiste em exercício unilateral da vontade do empregador (vontade unilateral meramente privada). Portanto, são cláusulas obrigacionais de caráter contratual. Os regulamentos e suas cláusulas aderem ao contrato de trabalho. Eventuais alterações, se lesivas, ficam limitadas pelo disposto no art. 468 da CLT, conforme interpretação dada pela jurisprudência através da Súmula 51 do TST.

Discussão: uso do uniforme estabelecido em regulamento de empresa; determinação de padrão específico de vestimenta (roupa branca, produtos vendidos pelo empregador).

Poder fiscalizatório ou de controle: consiste no direito que o empregador tem de acompanhar continuamente a prestação de trabalho e mesmo proceder à vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno (controle de portaria, revistas, circuito interno de televisão, controle de horário e de frequência, exigência de prestação de contas, etc.). O ordenamento jurídico brasileiro carece de normas específicas que limitem o exercício desse poder do empregador, o que existe em outros ordenamentos, como o italiano, que dentre outras normas veda, como regra geral, o “uso de instalações audiovisuais e de outros aparelhos com fins de controle à distância das atividades dos trabalhadores”, submetendo essa questão ao prévio acordo de comissões representantes sindicais na empresa ou, na falta dessas, à comissão interna (Estatuto dos Trabalhadores da Itália, art. 4º, citado por DELGADO). Mas essa manifestação do poder diretivo deve ser exercida dentro de certos limites que são estabelecidos pelos princípios constitucionais que estabelecem quais são os direitos fundamentais da pessoa: não se admitem medidas fiscalizatórias

que agredam a liberdade e dignidade básica da pessoa física do trabalhador. A proibição de revista íntima estabelecida no art. 373-A, inciso VI, CLT, parece ser uma das únicas medidas legais concretas.

Discussão: câmeras e filmagens nos locais de trabalho; revistas pessoais nos trabalhadores; cláusulas de convenções coletivas; e-mail corporativo.

Poder disciplinar: permite ao empregador impor sanções aos empregados caso eles não cumpram com suas obrigações contratuais. Esse poder não pode ser exercido de forma ampla, mas é limitado em razão da proteção à personalidade do empregado, sendo vedadas práticas punitivas que agredam à dignidade do trabalhador ou que atentem contra direitos individuais fundamentais.

Infrações obreiras tipificadas: a tendência da jurisprudência é dizer que só podem ser aplicadas ao empregado as penalidades previstas em lei, considerando-se infrações o que a lei estabelece, ainda que o tipo legal tenha limitações um pouco elásticas (por exemplo, deixa para a jurisprudência declarar o que venha a ser mau procedimento no curso da relação de emprego). São tipificadas: a) as situações previstas para dispensa por justa causa (art. 482 da CLT e art. 158, parágrafo único, da CLT, referente à observância de instruções de segurança e saúde); b) desempenho insuficiente ou perda do ano letivo para o aprendiz (art. 443, I e III, CLT).

Modalidades acolhidas: advertência, suspensão e dispensa por justa causa.

Modalidades rejeitadas: não são permitidas penalidades de transferência punitiva, rebaixamento funcional punitivo e redução salarial. A multa pecuniária só era admitida para os atletas, mas perdeu vigência com a Lei 12.395/2011, que admite apenas a multa contratual.

Crítérios de aplicação das penalidades: a) são requisitos objetivos: deve haver prévia tipificação legal da conduta censurada (tipicidade); só pode ser considerada infração trabalhista o comportamento do empregado que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas, ainda que certas faltas sejam praticadas fora do local de trabalho, como a revelação de segredo de empresa; e a conduta deve se revestir de certa gravidade; b) os requisitos subjetivos são: comprovação da autoria; que tenha havido dolo ou culpa na prática censurada (culpa negligência ou imprudência; a imperícia muitas vezes será excluída em razão do risco empresarial e da alteridade); análise das características pessoais em concreto do trabalhador: nível socioeconômico, atuação profissional, etc.; c) requisitos circunstanciais: nexo causal entre falta e punição; adequação entre a falta e a penalidade, inclusive em relação à proporcionalidade; imediatidade (teoria do prazo decadencial de 30 dias como parâmetro relativo); falta de perdão tácito ou expresso; singularidade (*non bis in idem*); inalterabilidade da punição (salvo para melhorar a situação do trabalhador); ausência de discriminação; observar o caráter pedagógico da pena, com a devida gradação das punições.

Aplicação: as penalidades são aplicadas diretamente pelo empregador, sem quaisquer formalidades legais, exceto se estabelecida em norma autônoma, como regulamento de empresa. Uma empresa pública, por exemplo, pode ter em seu regulamento a necessidade de abertura de sindicância.

Intervenção judicial: o Poder Judiciário tem prerrogativa apenas de anular as penalidades aplicadas, se excessivas, mas nunca de dosar ou modificar as penalidades aplicadas pelo empregador. Crítica de Delgado: o direito civil

permite a redução proporcional da pena estipulada (art. 413 do CC).
Contraponto: intervenção excessiva na administração empresarial.



Direito de resistência: o poder do empregador não é absoluto, sendo permitido ao trabalhador exercer seu direito de resistência, se opondo a ordens ilícitas que sejam expedidas pelo empregador. A desobediência a ordens ilícitas ou abusivas configura exercício regular de direito (art. 187 e 188, I, CC), não sendo possível atribuir ao empregado qualquer infração disciplinar, nesse caso. Mas as possibilidades reais de resistência são muito precárias enquanto não existirem mecanismos de democratização do poder no estabelecimento. Mecanismos da CLT: ação com pedido de liminar para sustar transferência abusiva ou para reintegrar empregado estável (art. 659, IX e X da CLT).

EFEITOS CONEXOS DO CONTRATO DE TRABALHO: DIREITOS DE PERSONALIDADE, DIREITOS INTELECTUAIS E INVENÇÕES. DANOS MORAIS

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Definição: são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual (PONTES DE MIRANDA). Conferem a seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade.

Aspecto intelectual: direito à liberdade de pensamento, direito de autor e direito de inventor; compreendem o direito moral do autor (reivindicar a paternidade da obra) e o direito patrimonial (dispor e explorar a obra);

Aspecto físico: direito à vida e ao próprio corpo; incluem o direito à liberdade de submeter-se ou não a exame e tratamento médico;

Aspecto moral: direito à liberdade, honra, intimidade, imagem e nome, e de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Essas questões também podem gerar problemas de ordem trabalhista, como se verá a seguir.

DIREITOS DE PERSONALIDADE: ASPECTOS INTELECTUAIS

Direitos Intelectuais do Empregado: também chamados de direitos derivados da propriedade intelectual, são os que se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística.

Direitos de Inventor: protegidos pelo art. 5º, inciso XXIX, Constituição Federal e pela Lei de Patentes – Lei 9.279/96.

Hipóteses: os direitos intelectuais do empregado autor de invenção ou modelo de utilidade são regulados por três hipóteses distintas: quando o objeto do contrato de trabalho é o trabalho intelectual, quando o trabalho intelectual não tem relação com o contrato de trabalho e quando o trabalho intelectual é favorecido pelas condições contratuais.

Trabalho intelectual como objeto do contrato: refere-se a inventos ocorridos

como parte da previsão ou dinâmica contratual empregatícia. Nessa hipótese, a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador (art. 88, *caput*). A remuneração devida ao empregado limita-se ao salário, salvo expressa disposição contratual em contrário (parágrafo primeiro do art. 88). Salvo prova em sentido contrário, a patente requerida pelo empregado até um ano após a extinção do contrato de trabalho presume-se (*juris tantum*) desenvolvida na vigência do contrato. O empregador pode conceder ao empregado participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mas a parcela não terá natureza salarial (art. 89). Ressalte-se que o direito de exploração, que é do empregador, não transfere a autoria da invenção, que é direito personalíssimo.

Trabalho intelectual sem relação com o contrato: refere-se aos inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratual empregatícia e sem o concurso de instrumentos propiciados pelo empregador. Nesse caso, a invenção ou modelo de utilidade pertence exclusivamente ao empregado (art. 90).

Trabalho intelectual favorecido por circunstâncias contratuais: trata essa hipótese dos inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratual empregatícia, mas com o concurso de instrumentos propiciados pelo empregador. Nesse caso, a propriedade da invenção ou modelo de utilidade será comum ao empregado e empregador, em partes iguais (art. 91). O empregador terá o direito exclusivo de licença de exploração e é assegurado ao empregado o direito a justa remuneração, mas que não terá natureza salarial, tratando-se de um contrato paralelo ao contrato de trabalho.

Direitos de criação e utilização de software: além da proteção geral propiciada pelo art. 5º, XXIX, da CF, a questão é regulamentada de forma específica pela Lei 9.609/98, que dispõe sobre a propriedade intelectual de programas de computador.

Desenvolvimento de software e contrato de trabalho: o artigo 4º da lei em questão trata a respeito da propriedade intelectual de programas desenvolvidos por empregados. Determina que, salvo estipulação em contrário, pertencerão ao empregador, com exclusividade, os direitos relativos ao programa de computador desenvolvido e elaborado durante a vigência do contrato de trabalho, quando expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou quando a atividade do empregado (para esse fim) seja prevista ou decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esse contrato de trabalho. Ainda, que pertencerão ao empregado, com exclusividade, os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Direitos de autor: os direitos de autor são protegidos pelo art. 5º, XXVII e XXVIII, da CF, e também pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

Composição: o direito autoral conta com um aspecto **moral**, caracterizado pelo direito de ter o autor o seu nome ou pseudônimo vinculado à criação, e pelo **direito patrimonial**, que é a possibilidade de auferir benefícios econômicos da obra criada.

Direitos autorais e contrato de trabalho: a Lei de Direitos Autorais não regulamenta especificamente a questão das criações realizadas por empregados contratados para tanto. Mas podem ser usados como parâmetros os mesmos termos da lei de propriedade industrial, com a ressalva que o autor terá sempre os direitos morais sobre a obra. Quanto aos direitos patrimoniais, dependerá do que estiver estabelecido no contrato de trabalho. A lei de direitos autorais coloca duas exceções expressas de direitos autorais: em caso de obra coletiva a titularidade dos direitos patrimoniais é do organizador, e o direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário. No aspecto contratual, se o contrato de trabalho previr que o funcionário foi contratado para criar/produzir determinadas obras, o direito patrimonial da obra pertencerá à empresa. No mais, os direitos podem ser cedidos mediante contrato escrito e essa cessão presume-se sempre onerosa (art. 49, II, e 50).

Exemplo de decisão: *RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE – DIREITOS AUTORAIS – CENOGRAFIA – EMPRESA DE TELEVISÃO CRIAÇÃO ARTÍSTICA OBJETO DO CONTRATO DE TRABALHO – INDEVIDOS OS DIREITOS PATRIMONIAIS PLEITEADOS – 1- Os direitos autorais, previstos no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXVII e XXVIII, da Constituição Federal), são disciplinados pela Lei 9.610/98, que protege os direitos dos autores das criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. A referida lei contém expressa proteção às obras audiovisuais, inclusive as cinematográficas, bem como à cenografia, e abrange os direitos morais e patrimoniais do autor. 2- Ao contrário da Lei das Marcas e Patentes e da Lei que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, a Lei dos Direitos Autorais não disciplina as criações realizadas no âmbito da relação de emprego. 3- Tal como disciplinado no art. 27 da Lei 9.610/98, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. Tal prerrogativa, entretanto, não alcança os direitos patrimoniais, que não pertencem, necessariamente, ao seu criador, dependendo do que estiver previsto na lei ou no contrato. 4- Na lei, são previstas somente duas hipóteses em que os direitos patrimoniais não pertencem aos seus autores. Referem-se aos direitos patrimoniais sobre as obras coletivas, os quais pertencem ao organizador da equipe, e aos direitos de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, que pertencem ao editor do periódico, salvo os artigos assinados ou com sinal de reserva. Não sendo o caso dessas exceções legais, devem-se observar os termos do contrato. 5- No caso dos autos, a condenação buscada pela Reclamante refere-se ao aspecto patrimonial dos direitos autorais. 6- Assim, nas relações de emprego, ainda que, em tese, os direitos pertençam aos autores, a contratação do empregado para atuar na criação de determinado trabalho, como é o caso dos autos, confere o direito pleno de utilização dos resultados desse trabalho ao empregador, sendo razoável concluir que o salário pago ao empregado corresponde à contraprestação do empregador pela atividade desenvolvida, salvo estipulação contratual em contrário. 7- Logo, em se tratando de contrato de trabalho que tem como fim precípua a criação de cenários, os direitos patrimoniais correspondentes são do Empregador, razão pela qual não merece reforma a decisão recorrida. Recurso de revista obreiro não conhecido. (TST – RR 13700-65.2006.5.01.0071 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJe 26.03.2013 – p. 3009).*

Discussão: direitos autorais de apostilas. Material didático para utilização em cursos *on line*. Direito de imagem na transmissão de aulas por videoconferência.

DIREITOS DE PERSONALIDADE: ASPECTOS FÍSICOS

Limites: direito à vida e ao próprio corpo.

Direitos de personalidade físicos e contrato de trabalho: os direitos de personalidade físicos mais importantes no campo do direito do trabalho seriam as lesões decorrentes de acidentes de trabalho, o que, por questão didática, serão analisados em separado.

Mas existem outras questões que permeiam os direitos de personalidade no aspecto físico. Um exemplo recente foi a discussão iniciada acerca da empresa que promoveu implantação de chip em empregados. A rede de jornalismo inglesa BBC relatou, em fevereiro de 2015, o caso de empresa sueca que implantou um chip identificador de radiofrequência na mão; o chip serve para abrir as portas e para acionar a máquina de fotocópias. Vide o link:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2015/02/150130_chip_subcutaneo_pai

Também pode acontecer de o empregador causar ofensas físicas ao empregado, o que, além de justificar a rescisão contratual justificada, autoriza a indenização pelos danos materiais e morais.

DIREITOS DE PERSONALIDADE: ASPECTOS MORAIS

Abrangência: direito à liberdade, honra, intimidade, imagem e nome, e de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Os danos nos aspectos morais podem ser divididos em dois âmbitos de estudo: aqueles danos morais que não tem reação com a segurança e saúde do trabalhador e aqueles relacionados à segurança e saúde, em geral envolvendo acidente ou doença do trabalho. Esses últimos serão analisados em separado, por uma questão didática.

Excetuada a questão das lesões acidentárias, os aspectos morais de violação de direitos de personalidade em geral estão vinculados à violação do direito à imagem.

O direito de indenização por violação do patrimônio moral foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988 (art. 5º, X). As situações descritas ali (intimidade, vida privada, honra e imagem) são claramente passíveis de violação no âmbito da relação de emprego ou de trabalho. O trabalhador, como pessoa física, é detentor de um complexo de fatores e dimensões físicas e psicológicas que compõe seu patrimônio moral protegido pela ordem constitucional. Assim também o empregador, se pessoa física; se pessoa jurídica, tem um patrimônio imaterial que também merece proteção contra a violação.

Dano Moral consiste em todo agravo ou constrangimento moral infligido à vítima, mediante violação a direitos ínsitos à personalidade.

QUESTÃO ESPECIAL: LESÃO ACIDENTÁRIA

Definição de acidente de trabalho típico (artigo 19 da Lei 8.213/91): acidente de trabalho é o evento infortunistico que ocorre pelo exercício do trabalho, conforme condições especificadas por lei, e que implique em lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou a redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho.

Definição de doenças ocupacionais: equiparadas a acidentes de trabalho, a teor do artigo 20 da mesma Lei, são aquelas deflagradas pela atividade laborativa desempenhada pelo trabalhador.

Espécies de doenças ocupacionais:

a) doença profissional: a produzida ou desencadeada pelo exercício de trabalho peculiar a determinada atividade; decorre de situações comuns aos integrantes de determinada categoria de trabalhadores, relacionada como tal no Decreto 3.048/99, Anexo II, ou reconhecida pela Previdência, independente de constar da relação, caso comprovado o nexo causal entre a doença e a lesão. São conhecidas como idiopatias, tecnopatias ou ergopatias. Exemplo: a pneumoconiose, entre os mineiros;

b) doença do trabalho: a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e que com ele se relacione diretamente, também constante da relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social ou que seja reconhecida pela Previdência. São comuns as decorrentes de condições inadequadas de trabalho, ergonomicamente; caso recorrente é a caracterização de LER/DORT (lesões por esforços repetitivos/distúrbios do sistema osteomuscular relacionados ao trabalho), em razão de excesso de trabalho, trabalho em posição e com equipamentos não adequados à ergonomia, ou trabalho sem as necessárias pausas e execução de exercícios laborais. Estas são as chamadas mesopatias.

Outros acidentes de trabalho por equiparação: de acordo com o art. 21 faz referência também serão classificadas como acidentes de trabalho as intercorrências decorrentes de ato de agressão, sabotagem, terrorismo praticado por terceiro ou companheiro e os acidente de percurso.

Âmbito de proteção da lesão acidentária: higidez física, mental e emocional do trabalhador.

Aspectos do dano acidentário: o acidente de trabalho (típico ou por equiparação) pode acarretar danos morais, danos físicos e danos estéticos, e todos são cumuláveis entre si, ainda que decorrentes da mesma lesão acidentária. Essa indenização também é cumulável com o benefício previdenciário, que decorre de outra relação jurídica.

Acidente de trabalho e dano moral: em se tratando de acidente de trabalho presume-se que o acidente causou agressão à integridade física e psíquica do empregado, pelo que a ocorrência do dano moral é presumido. Prova-se apenas o fato; a consequência é presumida.

Dano estético: existirá dano estético quando a lesão comprometer a harmonia física da pessoa; trata-se na verdade de uma especificidade de um dano moral, mas que é aquilatado em separado, de forma destacada.

ASSÉDIO MORAL:

Nomenclatura: assédio moral, *mobbing* ou psicoterror.

Definição: a psicanalista francesa Marie-France Hirigoyen define assédio em um local de trabalho como toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. Heinz Leymann define assédio moral como a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição, por um longo tempo, de

um comportamento hostil de um superior ou colega(s) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

Elementos: a conduta ofensiva ser reiterada; fatos isolados, ainda que ofensivos à integridade moral do empregado, não configuram o assédio moral.

ASSÉDIO SEXUAL

É uma ofensa de natureza essencialmente psicológica, emocional, mas também pode ter dimensão física (desde apalpadinhas até estupro). Acarreta direito a indenização por danos morais e eventualmente materiais, como no caso de desenvolvimento de doença incapacitante.

Consiste em manifestações explícitas ou implícitas constantes, de cunho sensual ou sexual, sem que a vítima as deseje. Ou seja: é “forçar a barra” para conseguir favores sexuais. Essa atitude pode ser clara ou sutil; pode ser falada ou apenas insinuada; pode ser escrita ou explicitada em gestos; pode vir em forma de coação, quando alguém promete promoção para a mulher, desde que ela ceda; ou, ainda, em forma de chantagem, quando há uma ameaça como arma. Por outras palavras, o assédio sexual é o ato de constranger alguém com o objetivo de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Não se confunde com a cantada ou a paquera.

Trata-se de crime tipificado no ordenamento penal brasileiro. O artigo 261-A do Código Penal tipifica a conduta de “*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 de emprego, cargo ou função*”.

Se revela como espécie de coerção de natureza sexual concretizada por uma pessoa em posição hierárquica superior em relação a um subordinado, na maioria das vezes, em local de trabalho. O bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é a liberdade sexual.

Qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser sujeito ativo ou passivo do assédio. O constrangimento pode se dar por qualquer forma - palavras, escritos, gestos.

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Essa teoria decorre da interpretação do art. 402 do Código Civil, que estabelece que as perdas e danos devidas ao credor abrangem inclusive aquilo que ele razoavelmente deixou de lucrar.

A hipótese se refere a uma chance real, significativa, com razoável plausibilidade de concretização, e não mero sonho ou expectativa otimista da pessoa envolvida.

DANO PRÉ E PÓS-CONTRATUAL

Os danos não ocorrem apenas durante o contrato de trabalho ou prestação de serviços, mas podem antecede-lo ou serem posteriores.

Na fase de pré-contratação existe possibilidade de danos em especial em três aspectos: a) expectativa frustrada de contratação (perda de uma chance); b) despesas efetuadas em razão de convocação de contratação criada por aquele

que oferece o emprego; c) danos morais causados na fase de seleção, em razão de circunstâncias fáticas que envolvam um ferimento desproporcional a alguma dimensão do patrimônio moral do candidato, como dinâmicas de grupo vexatórias.

Na fase pós contratual a maior problemática reside na anotação desabonadora de CTPS ou no fornecimento de informações desabonadoras, seja diretamente ao candidato a empregador, seja através da elaboração de listas sujas.

OUTRAS HIPÓTESES COMUNS NA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Revistas íntimas

Revistas em pertences pessoais

Limitação do uso do banheiro

Divulgação dos nomes e dados de empregados a terceiros

Câmaras de segurança em banheiros

Condutas discriminatórias de qualquer gênero

Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças

Uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas

Controle de correspondência e de comunicação no âmbito laborativo, inclusive correspondência eletrônica (excetuada a questão da comunicação profissional e email corporativo; livre consentimento informado) e uso de telefone celular

Controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet

Quebra de sigilo bancário de empregado de banco

Condições degradantes de trabalho (refeitórios, banheiros, água potável)

Atrasos reiterados de salários

Exercício de função perigosa não integrante do contrato de trabalho (bancário que faz transporte de valores)

Afronta à inviolabilidade física, psíquica e segurança em razão de violência decorrente do exercício de função perigosa (assalto a bancos e ônibus; sequestro de gerente bancário)

Violação do direito de imagem (agressões à imagem; uso da imagem sem autorização, mas sem ofensa; uso da imagem sem autorização e sem ofensa, mas com fins comerciais)

Acusação não comprovada de ato ilícito (questão: absolvição por falta de prova ou pela prescrição). Despropositada e/ou leviana ou qualquer acusação de ordem criminal?

Anotação desabonadora de CTPS

Supressão injustificável de plano de saúde

Elaboração e/ou divulgação de lista suja de empregados

Fornecimento de informações desabonadoras

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Responsabilidade civil e agente causador: o causador do dano (e eventual responsável pela indenização) pode ser tanto o trabalhador/Empregado quando o empregador/Tomador de serviços.

Momento da ocorrência do dano: o dano pode ser causado em uma fase pré-contratual, na fase contratual ou na fase pós-contratual; de qualquer modo, deverá ser indenizado.

Tipos de dano possível: a indenização envolve os aspectos materiais, morais e estéticos.

Elementos para a responsabilidade: são três os elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil: dano efetivo, nexo causal que ligue esse dano ao ato ilícito praticado pelo agente, e dolo ou culpa no ato (omissivo ou comissivo) do agente. Quanto à culpa do empregado em hipótese de dano causado, considerando que o risco da atividade é do empregador, a culpa deve ser grave. Vide art. 462, CLT.

Hipóteses de responsabilidade objetiva (sem culpa) do empregador: defende-se a responsabilidade objetiva nas hipóteses do risco criado (art. 927, par. único, CC). Também se aplica, em algumas situações, a teoria da responsabilidade objetiva do poluidor-pagador (art. 225, §3º, Constituição Federal), como nos casos dos danos decorrentes do amianto. Mas a responsabilidade objetiva não impera em se tratando de danos morais.

Inversão do ônus da prova: em alguns casos se estabelece uma inversão do ônus da prova ou presunção de culpa do empregador. Por exemplo, o acidente de trabalho típico sempre se presume culposos, devendo o empregador provar que não teve culpa no evento infortunistico, tendo tomado todas as cautelas exigíveis. Isso também ocorre no caso de alegação de dispensa discriminatória por doença grave que cause estigma ou preconceito (Súmula 443 do TST);

Grau de culpa do empregador: embora a culpa simples em qualquer grau pode gerar direito à indenização, o grau de culpa vai ser importante no critério de fixação do quantum da indenização;

Excludentes do dever de indenizar: as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior excluem o dever de indenizar, nos termos do direito civil brasileiro.

Culpa exclusiva da vítima: existirá quando a causa única do acidente de trabalho tiver sido a conduta da vítima, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se o empregado, por exemplo, numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automático de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente por essa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador, pelo que não se pode falar em indenização. O “causador” do acidente foi o próprio acidentado, daí falar-se em rompimento do nexo causal ou nexo de imputação do fato ao empregador.

Fato de terceiro: deve ser visto com cautela no âmbito da relação de trabalho. Quando o fato é de terceiro, mas o evento danoso se coloca dentro do risco inerente à atividade do trabalhador ou da empresa, não pode atuar como exclusão de responsabilidade. Exemplo: vigilante e assalto; acidente de trânsito e motorista profissional.

Caso fortuito ou força maior: trata-se do fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, cf. art. 393 do CC. Mas existe resistência a aplicar essa excludente no direito do trabalho, em razão da alteridade do contrato de trabalho.

Culpa concorrente: quando convergem culpa dos dois envolvidos temos a culpa concorrente. Essa hipótese faz diminuir a responsabilidade do empregador, mas não a exime.

Valor da indenização em se tratando de danos materiais: Danos materiais ou patrimoniais referem-se *“às lesões ocorridas no patrimônio material de alguém, entendido esse como o conjunto de bens e direitos valoráveis economicamente”*; compreende *“todos os efeitos pecuniários possíveis, como, por exemplo, o dano emergente e o lucro cessante, que significam, em síntese, a efetiva diminuição do patrimônio da vítima e o que essa deixou de ganhar”*. (PAMPLONA FILHO). Abrange o conjunto de bens e direitos valoráveis economicamente, compreendendo todos os efeitos pecuniários possíveis, a efetiva diminuição do patrimônio da vítima e o que efetivamente deixou de ganhar.

O art. 949 do CC separa os danos materiais em dano emergente (despesas feitas) e lucro cessante (o que razoavelmente deixou de ganhar, tempo parado, etc.). O art. 950 acrescenta a possibilidade de estabelecimento de pensão correspondente ao trabalho para o qual a vítima se inabilitou ou a depreciação que sofreu em sua capacidade de trabalho.

No caso de acidente de trabalho, a indenização será diferente caso se trate de acidente com ou sem óbito.

Acidente de trabalho sem óbito: são devidos os danos emergentes (despesas realizadas) e também os lucros cessantes, desde que haja diminuição (ainda que temporária ou parcial) da capacidade de trabalho. Os danos emergentes abrangem o pagamento das despesas de tratamento da vítima e os lucros cessantes devem ser pagos até o fim da convalescença, sem prejuízo de pensão correspondente ao trabalho para o qual se inabilitou ou a depreciação sofrida (artigo 950 do Código Civil).

Acidente de trabalho com óbito: a indenização por dano material consiste no pagamento das despesas de tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família (danos emergentes) e nos alimentos a quem o morto os devia (lucros cessantes), levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (artigo 948 do Código Civil Brasileiro).

Valor da pensão: estabelecida de acordo com a gravidade do dano (proporcionalidade) e abatido eventual culpa concorrente da vítima. Sua base de cálculo abrange o complexo salarial mensal do empregado, inclusive duodécimo do 13º salário e média mensal de outras verbas salariais pagas com habitualidade. A duração será até o fim da convalescença ou até o fim da vida. Se a vítima postular pagamento de uma só vez faz-se estimativa da sobrevida provável, mesmo critério em se tratando de pensionamento em caso de morte. No pensionamento com morte existe tendência de diminuir em 1/3 o valor da pensão, valor que seria destinado às despesas do próprio morto.

Valor da indenização em se tratando de danos morais: é questão complexa estabelecer o quantum da indenização. Utiliza-se um juízo de equidade

(prudente arbítrio). De acordo com Delgado, o julgador deve ter sensatez, equanimidade, ponderação e imparcialidade ao fixar o valor da indenização. A doutrina indica que devem ser observados fatores objetivos e subjetivos, tais como natureza e gravidade do ato; tipo de bem jurídico tutelado; o grau de culpa do agente; existência ou não de retratação espontânea, e se a conduta é reiterada ou não; se o ofendido teve alguma participação; a situação pessoal do ofendido e do ofensor (status social, escolaridade, nível de compreensão, meio profissional, etc.); a situação patrimonial do causador do dano; o caráter pedagógico da pena (o valor fixado deve desestimular a prática de novos atos pelo causador do dano, mas não deve ser causa de enriquecimento ilícito), a gravidade da lesão, se a lesão é duradoura ou temporária, a natureza do bem jurídico atingido, se existiram circunstâncias atenuantes ou agravantes na ocorrência do dano. Os critérios de tarifamento já foram utilizados (Código Brasileiro de Telecomunicações e Lei de Imprensa), mas se constatou que não funcionam; os critérios da Constituição são amplos, não adequados a um tarifamento limitado. Também não se pode fixar em salários mínimos para fins de indexação da indenização, por vedação constitucional.

Valor da indenização em se tratando de dano estético: os mesmos critérios usados para arbitramento dos danos morais.