

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Curso de Direito

**PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO
TRABALHO**

CURITIBA

2009

LUIZ FERNANDO OLIVEIRA BOM

**PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO
TRABALHO**

CURITIBA

2009

LUIZ FERNANDO OLIVEIRA BOM



**PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO
TRABALHO**

Monografia apresentada como
requisito parcial para conclusão do
Curso de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Fábio Campinho

**CURITIBA
2009**

*Dedico este trabalho à minha família
que nunca deixou de me apoiar e
acreditar em meu sucesso.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus amigos e colegas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

Ao Prof. Fábio Campinho, meu orientador e professor, pela atenção despendida e pelas lições valiosas que muito acrescentaram a esse trabalho.

À minha família, meu porto seguro, em especial aos meus pais pelo apoio incondicional e aos meus irmãos sempre companheiros.

Ao professor Rolf, que têm todos seus alunos como verdadeiros filhos e que como um verdadeiro pai está sempre pronto para ajudar-nos, pela amizade, atenção e carinho.

A Luciana Tonial, minha namorada, pela compreensão e apoio durante todo período dispensado na elaboração deste trabalho.

O homem de bem exige tudo de si próprio; o homem medíocre espera tudo dos outros.

Confúcio

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar as questões inerentes ao prazo prescricional aplicável nas ações que buscam a reparação civil de dano decorrente da relação de trabalho.

Com a emenda constitucional nº 45 o dano moral e patrimonial decorrentes de relações de trabalho passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho, restando a dúvida quando ao prazo prescricional que regularia este tipo de pretensão. Buscou-se uma abordagem crítica de todas as teorias e seus respectivos argumentos sobre a questão.

SUMÁRIO

<u>SUMÁRIO</u>	8
<u>INTRODUÇÃO</u>	9
<u>CAPÍTULO 1 – A PRESCRIÇÃO</u>	11
<u>1.1. Definição</u>	11
<u>1.2. Origem e análise etimológica do termo prescrição</u>	14
<u>1.3. Diferenciação entre prescrição, decadência, preclusão e perempção</u>	15
<u>1.4. A Prescrição no Direito do Trabalho</u>	17
<u>CAPÍTULO 2 – PRESCRIÇÃO E RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL</u>	25
<u>2.1. Definição de responsabilidade civil</u>	25
<u>2.2. Natureza do dano moral ou patrimonial</u>	29
<u>2.3. Prazos aplicados na justiça cível para o pleito de reparação civil</u>	32
<u>CAPÍTULO 3 – PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL E MATERIAL</u>	37
<u>3.1. A competência da justiça do trabalho pra julgar o direito de reparação civil decorrente da relação de trabalho</u>	37
<u>3.2. Impactos causados pelo pela mudança da competência para julgar o dano material e moral pela Justiça do Trabalho</u>	39
<u>3.3. Teoria da imprescritibilidade do direito de reparação do dano causado aos direitos de personalidade</u>	41
<u>3.4. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional geral do Código Civil</u>	44
<u>3.5. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional específico do Código Civil</u>	47
<u>3.6. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional quinquenal trabalhista</u>	51
<u>3.7. Regras de transição aplicadas na Justiça do Trabalho</u>	55
<u>CONCLUSÃO</u>	59
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	61

INTRODUÇÃO

Até poucos anos atrás, apesar das manifestações de boa parte dos doutrinadores, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, considerando que a causa de pedir (no caso, indenizatória) fixava a competência jurisdicional, entendia que ações que visassem à reparação de danos materiais e morais, ainda que decorrentes da relação de emprego, eram de competência da Justiça Comum. A exceção se dava em alguns julgados isolados de Tribunais Regionais que reconheciam a competência da Justiça do Trabalho para julgar essas demandas.

Esse entendimento jurisprudencial passou a ser encarado de maneira diversa com a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser competente a Justiça do Trabalho para analisar a ofensa decorrente da relação de emprego, não importando se a controvérsia seria resolvida à luz do Direito Civil.¹

Com a emenda constitucional nº 45 a questão foi finalmente dirimida e o dano moral e patrimonial decorrentes de relações de trabalho passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, inciso VI, do texto constitucional.

Encerradas as discussões quanto à competência para a solução dos conflitos trabalhistas que envolviam a responsabilidade civil, o foco de divergências passou a ser ao prazo prescricional a ser considerado nestes processos, tema que começou a ser recorrente nos debates referentes ao direito do trabalho.

Atualmente existem pontos de vista conflitantes quanto a esse tema. De um lado os que defendem que no momento em que a Justiça do Trabalho assume a competência para julgar o direito de reparação decorrente da responsabilidade civil, os prazos aplicados no que diz respeito à prescrição

¹ STF – 1ª T. – RE n. 238.737-4/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 17.11.98 – DJU 5.2.99 – p. 47

passaram a ser os mesmos que regem as demais demandas trabalhistas, o quinquenal restrito ao biênio para a propositura da reclamatória trabalhista.

Na contra mão argumenta-se que o dano moral não possui natureza trabalhista, e mesmo que tenha se decidido pela competência da Justiça do Trabalho, o prazo a ser aplicado seria o do Código Civil para a reparação civil, previsto no art. 206, §3º, inciso V.

Existem, ainda, duas correntes que entendem que os danos patrimoniais e morais não teriam nem natureza trabalhista, nem cível, mas deveriam, sim, ser tratados como uma ofensa aos direitos de personalidade. A primeira corrente defende que, em decorrência dos direitos de personalidade serem indisponíveis e indelegáveis, estes seriam também imprescritíveis, e por consequência o direito de reparação ao dano causado a esses direitos não seria atingido pela prescrição. Já a segunda corrente concorda que os direitos de personalidade são imprescritíveis, mas afirma que a pretensão de reparação aos danos a eles causados está sujeita à prescrição geral do Código Civil, ou seja, ao decênio.

É sobre esse embate que será focado o trabalho, buscando apresentar uma diversidade de opiniões, bem como o atual entendimento majoritário da jurisprudência.

Não se visa, de maneira alguma, expor e esgotar todas as peculiaridades pertinentes aos institutos da prescrição e da responsabilidade civil com esse trabalho. O que se busca apenas é demonstrar de maneira clara e objetiva as divergências, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, que ainda repousam sobre o tema, sem esgotar o debate, nem por um ponto final nesta controvérsia.

CAPÍTULO 1 – A PRESCRIÇÃO

1.1. Definição

O instituto da prescrição consiste no estabelecimento de prazos para que o titular exerça seu direito e caso isso não ocorra este perde a prerrogativa de fazê-lo valer. A finalidade principal do instituto é evitar o receio eterno por parte de um indivíduo, quanto à possibilidade de ingresso de ação relacionada a um possível direito, limitando a um período determinado de tempo o prazo pelo qual se devem manter provas relacionados aos mais diversos fatos da vida cotidiana.²

“Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. O devedor, passado muito tempo da constituição de seu débito, nunca saberia se o credor poderia, a qualquer momento, voltar-se contra ele. O decurso de tempo, em lapso maior ou menor, deve colocar uma pedra sobre a relação jurídica cujo direito não foi exercido.”³

Durante muito tempo a análise dos efeitos do instituto da prescrição foi cercada por muita controvérsia, sendo que três correntes doutrinárias prosperaram: a) que a prescrição extinguiria a ação, mas não o direito, que poderia se atendido se assim quisesse o detentor do dever jurídico; b) que a prescrição extinguiria o próprio direito, restando ao titular um interesse a ser atendido por liberalidades; e c) que tanto o direito de agir quanto o direito subjetivo lesionado perdurariam após a consumação prescricional, restando fulminada a pretensão.⁴

² GUIMARÃES, Carlos da Rocha, *Prescrição e Decadência*, Editora Forense, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 1984

³ VENOSA, Silvo de Salvo, *Direito Civil – Parte Geral*, Editora Atlas, 3ª Edição, São Paulo, 2003.

⁴ NEVES, Gustavo Kloh Muller, coordenador TEPEDINO, Gustavo, *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Editora Renovar, 3ª Edição, São

Um dos grandes autores a teorizarem sobre a prescrição foi Hans Kelsen, para quem a prescrição extingue a próprio direito subjetivo e por consequência a própria obrigação.⁵ Na visão do autor a ausência de possibilidade de exigir coercitivamente o cumprimento de uma obrigação acaba com o direito subjetivo, pois o sistema jurídico, a seu ver, constitui-se de obrigações e de coerção para que estas sejam cumpridas.

Já prescrição na visão de Windscheid⁶ atinge a pretensão e não o direito de ação. A pretensão corresponderia assim a “*actio*”, que possui um conceito distinto do que modernamente chamamos de direito de ação. A “*actio*” na visão de Windscheid não possui como pressuposto essencial a lesão de um direito, não é algo derivado, mas sim autônomo, não é a emanção, mas sim a expressão do direito. A idéia da “*actio*” como algo autônomo não implica em dizer que esta exista independente do direito, pois segundo o próprio autor: “*a actio nasce certamente junto com a obrigação*”⁷.

Segundo o autor a prescrição da *actio* extingue a pretensão e em decorrência disso também a obrigação. Windschied chama então de *obligatio naturalis* a obrigação que nasce com o sentimento natural de justiça, mas que o direito positivo ainda não reconheceu, mas que também não pode dela desdenhar por completa. Até mesmo seu maior opositor Theodor Muther concorda em chamar de *obligatio naturalis* um direito sem ação⁸. É o conceito que utilizamos até os dias de hoje como obrigação natural:

“como sendo aquela em que o credor não pode exigir do devedor uma certa prestação, embora, em caso de adimplemento espontâneo ou voluntário, possa retê-la a título de pagamento e não de liberalidade”.⁹

Essa idéia de que a prescrição atingiria somente a pretensão foi inicialmente recepcionado pelo Código civil de 2002, determinando que os

Paulo, 2007.

⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor. 1984.

⁶ WINDSCHEID, V. Bernhard e MUTHER, Theodor, *Polêmica sobre la “Actio”*, Trad. Argentina, EJEA, Buenos Aires, 1974

⁷ *Idem*

⁸ *Idem, ibidem*

⁹ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, Editora Saraiva SP, 1995

efeitos da prescrição não alcançassem o núcleo do direito¹⁰. A percepção deste fato se dá na análise do art.194¹¹, que vedava expressamente o reconhecimento ex officio da prescrição salvo para beneficiar incapaz. No entanto, com a entrada em vigor da Lei 11.280/96 o referido dispositivo acabou por ser revogado em decorrência da nova redação do artigo 219 do Código de Processo Civil¹², que determina que o juiz deva declarar de ofício a prescrição. Com essas modificações a prescrição passou não somente a afetar a pretensão, mas também o próprio direito de ação, pois o juiz pode pronunciá-la de ofício, independente da vontade da outra parte.

Em decorrência disso instituto da prescrição está intimamente ligado ao direito de ação, pois a contagem do prazo prescricional se inicia a partir do evento do que deu origem ao suposto direito material. Frise-se, não a necessidade da real existência de um direito material, mas sim um direito de ação, que independentemente da procedência é afetado pela prescrição.

Como visto acima, o legislador foi categórico, com as mudanças promovidas pela Lei 11.280/06, em determinar que a prescrição fulminasse o direito de ação, de modo que o direito ainda existe, o que se extingue é o direito de promover ação judicial para exercê-lo, extingue-se a exigibilidade. Ainda assim, nada impede o cumprimento voluntário extrajudicial por parte do obrigado a um direito prescrito, a obrigação natural já vislumbrada por Windscheid.

A prescrição e seu conceito como foi demonstrado acima abrange somente um dos tipos de prescrição existentes, a prescrição extintiva, que é a que nos interessa para a análise do tema em tela. Assim, para que não se confunda uma espécie de prescrição com as demais devemos diferenciá-las. A prescrição extintiva corresponde à prescrição propriamente dita e diz respeito à perda do direito de ação do titular após o decurso de certo espaço de tempo, enquanto a prescrição aquisitiva consiste na aquisição de direito real através do decurso do tempo - é o que ocorre na usucapião.

¹⁰ NEVES, Gustavo Kloh Muller, coordenador TEPEDINO, Gustavo, *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Editora Renovar, 3ª Edição, São Paulo, 2007.

¹¹ Código Civil, Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz. (Revogado pela Lei 11.280 de 2006)

¹² Código de Processo Civil, Art. 219, §5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Existe ainda a figura da prescrição intercorrente, que não é pode ser considerada uma espécie de prescrição, mas sim uma espécie de fruição do prazo prescricional da prescrição extintiva. Nesta modalidade de prescrição extintiva o prazo prescricional continua a fluir no decorrer do processo e que por determinação expressa do TST (súmula 114)¹³ não se aplica à Justiça do Trabalho.

1.2. Origem e análise etimológica do termo prescrição

Analisando a etimologia da palavra prescrição percebemos que esta é advinda do latim *praescriptio*, que por sua vez deriva do verbo *praescribere*, junção de *prae* (pré, antes) e *scribere* (escrever), significando *escrever antes, escrever no início ou começo*.¹⁴

No ano 520 de Roma foi dado ao pretor, através da lei Aebutia, o poder de criar ações que não eram previstas no direito honorário, introduziu-se também costume de estabelecer prazos de duração para as ações. Isso fez surgir às chamadas ações temporárias, que se contrapunham as ações de direito quirritário que eram perpétuas.¹⁵

Para estabelecer se uma ação era temporária o pretor determinava que antes da fórmula da ação fosse escrita uma nota introdutória que versava sobre a temporalidade da ação, chamada de *praescriptio*. Este foi o nome dado a parte introdutória em decorrência de ser escrita antes, ou no começo da fórmula da ação. Com uma evolução conceitual o termo *praescriptio* deixou de abranger apenas a parte preambular da ação, passando a significar a matéria contida nesse preâmbulo, dando origem, assim, ao seu significado tradicional de extinção da ação pela expiração do seu prazo de duração.

Essa nova concepção foi consagrada no direito de família romano. Onde o casamento formal dos romanos, conhecido por *cum manu*, seguia um

¹³ Súmula 114 do Tribunal Superior do Trabalho – É inaplicável a Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

¹⁴ VENOSA, Silvo de Salvo, *Direito Civil – Parte Geral*, Editora Atlas, 3ª Edição, São Paulo, 2003.

¹⁵ LEAL, Antônio Luís Câmara, *Da prescrição e da decadência*, Editora Forense, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 1978.

rito específico e caso essa formalidade não fosse obedecida haveria nulidade no casamento. No entanto a convivência conjugal pelo período de um ano sanava a irregularidade através do decurso de prazo.

Outra forma de se contrair a união em Roma, segundo a Lei das XII Tábuas era o *usus*, que também levava em consideração o decurso de prazo para sua consolidação, neste caso era necessário dois anos convivência. O termo *usus* deu origem a palavra *usucapião*, que corresponde uma aquisição através da posse por um determinado espaço de tempo, exigindo-se também o justo título e a boa fé.

Através deste novo conceito da *praescriptio* Justiniano estabeleceu duas espécies diversas de prescrição:

- *longis temporis praescriptio* – correspondente ao *usucapio*, sendo necessária a posse, o justo título e a boa fé.
- *Longissimi temporis praescriptio* – usada em qualquer situação sem exigência de comprovação de posse nem justo título.

1.3. Diferenciação entre prescrição, decadência, preclusão e perempção

Como vimos acima a prescrição consiste basicamente na fulminação do direito de ação, extinguindo a exigibilidade de um direito, não dando fim, porém, ao direito em si, podendo este ser atendido de forma espontânea pelo obrigado. Agora analisaremos a decadência e seus efeitos no intuito de diferenciar os dois institutos.

Por sua vez a decadência implica na fulminação do próprio direito em decorrência da inação do titular após o decurso de certo lapso temporal. A semelhança com a prescrição se deve ao fato de ambos os institutos se basearem no decurso de prazo para a perda de um direito. Já a diferença entre eles se insere justamente no direito afetado após o decurso de um determinado prazo em que o titular do direito permaneceu inerte.

Na prescrição o direito afetado é o direito de ação, o núcleo do direito permanece intacto, o que se perde é a possibilidade de buscar seu efetivo cumprimento judicialmente, não existindo óbice para o cumprimento espontâneo extrajudicial. No entanto, na decadência o próprio direito material é afetado, o que se perde é o direito em si, não apenas o direito de persegui-lo judicialmente.

Segundo Francisco Amaral “a decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei”¹⁶.

Para melhor análise deste conceito é necessário que diferenciemos os direitos subjetivos e direitos potestativos. Os direitos subjetivos são aqueles que uma vez violados dão origem ao direito de ação de cunho condenatório são afetados pela prescrição, enquanto os direitos potestativos: possuem natureza constitutiva e podem ser exercidos através de ação constitutiva ou por convenção das partes e possuem natureza decadencial;

Basicamente a diferença é que os direitos potestativos não decorrem de uma ação ou omissão alheia, pois o titular de direito tem o poder de intervir na esfera particular de outrem, nesses casos o sujeito passivo encontrasse em sujeição frente o exercício do direito pelo seu titular. Assim como não se pressupõe uma violação a um direito, nem mesmo se almeja a satisfação de uma prestação por parte do réu estes não ficam sujeitos a prescrição, mas sim a caducidade imposta pela decadência.¹⁷

A preclusão por sua vez se difere da prescrição por se tratar da perda de uma faculdade processual, um instituto do direito processual, enquanto a prescrição, como já analisado, é a perda da ação, instituto do direito material.¹⁸ Outra diferença entre estes dois é o fato da preclusão não ocorrer unicamente em função do decurso de tempo (preclusão temporal), podendo ocorrer também em decorrência do impedimento de promover o mesmo ato reiteradamente (preclusão consumativa), ou a impossibilidade de promover um ato em virtude de já haver promovido de ato incompatível com esse (preclusão

¹⁶ AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, Editora Renovar, 4ª Edição, Rio de Janeiro, 2002

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*

¹⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, SILVA, Christine de Oliveira Peter, *Prescrição e Decadência – Legislação do Trabalho – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, Editora LTR, ano 69, nº12, São Paulo, 2005

lógica). Além disso, o acolhimento da prescrição tem como resultado a extinção do processo com resolução do mérito, enquanto o provimento dado a preclusão não opera efeitos no mérito da questão.¹⁹

A perempção por sua vez não apresenta qualquer semelhança com os outros três institutos acima apresentados. Esse instituto consiste na perda da possibilidade de propositura de ação judicial com o mesmo objeto e contra a mesma parte por determinado lapso temporal. Quem da causa a esses efeitos é o autor quando por três vezes der causa a extinção a processo idêntico. Trata-se aqui de uma penalidade e não de um instituto de direito material ou processual como nos outros casos. A função da perempção é tão apenas punir a desídia do autor em relação à demanda.

1.4. A Prescrição no Direito do Trabalho

O direito do trabalho adota como prazo prescricional o quinquênio (5 anos) subsequente a violação do bem jurídico. No entanto a havendo extinção da relação de trabalho o prazo prescricional passa a ser de 2 anos para o ingresso de ação trabalhista, mantendo-se a análise dos cinco anos anteriores a data do protocolo da ação.

Ao menos foi essa a interpretação que prevaleceu na análise do dispositivo constitucional que regula a matéria. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve quem defendesse que a interpretação correta do prazo prescricional para o trabalhador urbano seria de dois anos após o término do contrato de trabalho para a propositura da ação, e a análise dos créditos seria restrita aos cinco últimos anos do contrato. Essa interpretação parecia mais coerente com a regra aplicável a prescrição do rural²⁰, recepcionada inclusive pela Constituição de 88²¹, onde existia

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*, Editora LTR, 7ª Ed., São Paulo, 2008, p253

²⁰ Lei 5.889/73, artigo 10 - A prescrição dos direitos assegurados por esta Lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho

²¹ Constituição Federal da República (1988), artigo 7º, inciso XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 28,

apenas o prazo para o ingresso da demanda, onde poderiam ser revistos todos os créditos decorrentes de todo período contratual. Por semelhança o trabalhador urbano também teria dois anos para apresentar a demanda contra o empregador, porém ao invés de se discutir todo o período contratual a análise repousaria apenas nos últimos cinco anos do contrato.

A segunda corrente, minoritária, compreendia, porém, que a Carta de 1988 teria procurado aproximar ao máximo os critérios prescricionais então aplicáveis aos contratos empregatícios rurais e urbanos. Desse modo, teria estabelecido uma combinação de prazos, pelo qual o obreiro poderia pleitear parcelas referentes aos últimos cinco anos do contrato, desde que protocolasse sua ação até dois anos após a ruptura do contrato. O prazo quinquenal contar-se-ia, pois, da extinção do contrato (se o contrato estivesse findo), ao passo que a bienal contar-se-ia, sim, do protocolo da ação.²²

Como visto acima, há pouco tempo atrás ainda existia em nosso ordenamento distinções quanto ao prazo prescricional ao qual estavam sujeitos os trabalhadores rurais e urbanos. Isso porque de acordo com a Lei nº 5.889/73 ao trabalhador rural era garantido o prazo prescricional de apenas dois anos para propositura da ação, com possibilidade de discussão de todo período contratual, “a vigência do contrato de trabalho é causa impeditiva da prescrição”²³. Em contraposição aos trabalhadores urbanos era resguardado o quinquênio. Este texto de lei era amparado pela Constituição Federal em seu art. 7º.

Hoje em dia esses prazos prescricionais são idênticos tanto para os trabalhadores urbanos, quanto para os trabalhadores rurais, mas nem sempre foi assim.

Tal discrepância somente foi dirimida com a edição da Emenda Constitucional nº28, que deu nova redação ao inciso XXIX do artigo 7º da

de 25/05/2000)

²² DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*, Editora LTR, 7ª Ed., São Paulo, 2008, p263

²³ RUSSOMANO, Mozart Victor, *Comentários a CLT – Vol. 1*, Editora Forense, 1ªEd., Rio de Janeiro, 1990. p. 58

Constituição Federal, fixando como único prazo prescricional, tanto para os trabalhadores urbanos como para os rurais, o quinquênio. É evidente que tal alteração constitui-se em notável prejuízo ao trabalhador rural, que antes podia discutir todo seu contrato de trabalho agora se vê restrito aos últimos cinco anos. Para alguns doutrinadores tal alteração se constitui em verdadeiro retrocesso social, algo constitucionalmente condenável.

*O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial*²⁴

Frise-se desde já que o princípio do não retrocesso social é previsto de maneira explícita na Constituição brasileira, não havendo escusa para sua não observância, pois seus traços estão presentes no próprio caput do artigo 7º, onde estão previstos os direitos sociais: *“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”* (grifamos).²⁵ Com base nisso é que questionou-se a constitucionalidade na Emenda Constitucional nº28, visto que opera um verdadeiro retrocesso social, pois como ensina Clémerson Merlin Clève²⁶, as emendas constitucionais, por serem obra do Poder Constituinte Derivado devem respeitar os limites do texto constitucional originário, na nossa constituição expressos no artigo 60, §4^a²⁷.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336-337

²⁵ MEIRELES, Edilton, *Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho*. Evocati Revista, número 13, Janeiro de 2007, Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100 >. Acesso em: 23/09/2009

²⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995. p. 138

²⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

No entanto, para que se considere inconstitucional a E.C. nº28 teremos que fazer duas análises: a) se os direitos sociais se enquadram no rol de direitos e garantias fundamentais; e b) se o direito de fato foi suprimido.²⁸

Para responder a primeira questão buscamos conhecimento na obra de Arnaldo Süssekind e concluímos que os direitos sociais fazem parte do quadro de direitos individuais previstos pelo legislado, sendo, portanto, o artigo 7º da CF clausula pétrea de acordo com a interpretação do artigo 60 do mesmo codex.²⁹

“Afigura-se-nos que o Congresso Nacional não poderá, por meio de emendas, abolir “direitos e garantias individuais” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV), entre os quais se inserem os direitos sociais elencados no art. 7º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da nossa Lei Maior”³⁰

Já para responder a segunda pergunta nos valem da conclusão do atual vice-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná) Luiz Eduardo Gunther em obra conjunta com Nacif Alcure Neto:

“aboliu a EC 28 direito do trabalhador rural consistente na não fluência do prazo prescricional enquanto vigente o contrato de trabalho. A Emenda Constitucional não reduziu, apenas, direito do trabalhador rural, mas aboliu a garantia de que o prazo prescricional não flua durante o contrato, quando estabeleceu o limite de cinco anos, a exemplo do critério já existente para o trabalhador urbano.”³¹

²⁸ GUNTHER, Luiz Eduardo e ALCURE NETO, Nacif, *A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 28 quanto à prescrição do trabalhador rural*, APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, disponível em < http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_leg_03.asp >. Acesso em 04/10/2009

²⁹ SUSSEKIND, Arnaldo, *Direito Constitucional do Trabalho*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999, no tópico Algumas palavras...

³⁰ Idem

³¹ GUNTHER, Luiz Eduardo e ALCURE NETO, Nacif, *A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 28 quanto à prescrição do trabalhador rural*, APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, disponível em < http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_leg_03.asp >. Acesso em 04/10/2009

No entanto esse entendimento, mesmo com todo o embasamento lógico e jurídico utilizado em seus argumentos, não foi o que prevaleceu. A posição vitoriosa acabou sendo a defendida por Estêvão Mallet.

“aos direitos sociais, ainda que considerados fundamentais, não se conferiu a particular rigidez atribuída aos direitos individuais, insuscetíveis de abolição. Por isso, a redução dos prazos de prescrição - indesejável que seja - não ofende a regra limitativa do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição”⁴⁸²

Essa mudança trouxe outros debates e novos problemas para o direito do trabalho. As principais dúvidas quanto às implicações desta nova redação eram se ela retroagiria, atingindo casos que anteriormente se encontravam prescritos, mas que sob a análise desta nova redação ainda seriam passíveis de pleito e se as ações já propostas seriam atingidas pelas mudanças. Na intenção de dirimir esses impasses o TST apresentou uma orientação jurisprudencial (OJ nº 271 da SBDI-I do TST)³³ determinando que legislação pertinente ao caso concreto é aquela vigente na época da do término do contrato de emprego. Assim para os contratos encerrados até o dia 25 de maio de 2000 o prazo prescricional a ser considerado seria o de dois anos, após essa data cinco anos.

Entretanto, alguns magistrados entendem que o novo prazo prescricional que rege as ações trabalhistas dos rurícolas só poderia ser aplicado nos contratos iniciados após a edição da Emenda Constitucional nº 28, mantendo-se inatacáveis os contratos anteriores por se encontrarem imantados com a imprescritibilidade vigente em seu início.

EMENTA - PRESCRIÇÃO PARCIAL DO EMPREGADO RURAL - INAPLICABILIDADE DA EC N. 28 AOS CONTRATOS

³² MALLETT, Estêvão, *A prescrição na relação de emprego rural após a Emenda Constitucional nº 28*. Revista Ltr. Vol. 64. nº 08, agosto de 2000. p. 1000.

³³ OJ nº 271 da SBDI-I do TST - Rurícola. Prescrição. Contrato de emprego extinto. Emenda Constitucional n. 28/2000. Inaplicabilidade. Inserida em 27.09.2002 (alterada, DJ 22.11.2005). O prazo prescricional da pretensão do rurícola, cujo contrato de emprego já se extinguiu ao sobrevir a Emenda Constitucional 28, de 26.05.2000, tenha ou não ajuizada a ação trabalhista, prossegue regido pela lei vigente ao tempo da extinção do contrato de emprego.

CELEBRADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. É inaplicável o prazo prescricional previsto pela EC n. 28 aos contratos celebrados antes de sua vigência, eis que desde a celebração do contrato de trabalho havido entre as partes, o direito à posterior pleito relativo à integralidade do referido contrato já estava inserido na esfera jurídica do reclamante, não podendo ser tal direito suprimido em face de alteração posterior proposta pelo legislador. Note-se, aliás, que os artigos 5º, XXXVI, e 60, § 4º, da CF/88 destinam-se exatamente a limitar a aplicação das alterações do texto legal, mantendo-se as garantias constitucionais já adquiridas. (TRT 15, RO numeração única 00398-2001-120-15-00-4 RO, rel. Jorge Luiz Souto Maior, Do, 31 out. 2003).

Observando o referido acórdão nos deparamos com mais um conceito referente à prescrição trabalhista, a prescrição parcial. A ideia de prescrição parcial surge em oposição à de prescrição total, encontrada na Súmula 294, do TST: *“Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alterações do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”*.

Percebemos que a distinção repousa então sobre previsão em lei destas parcelas. No caso das parcelas que não possuem previsão legal o marco inicial da prescrição seria cravado no instante da lesão, consumando-se o cumprimento do prazo prescricional após o decurso quinquênio contado desta data.³⁴ Estas parcelas seriam classificadas pelo entendimento jurisprudencial como parcelas afetadas pela prescrição total.

“São exemplos de parcelas sujeitas à prescrição total, segundo a jurisprudência: gratificações ajustadas, salário-prêmio, etc. É que não derivadas de expressa criação de preceito de lei, mas dispositivo regulamentar ou contratual”.³⁵

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*, Editora LTR, 7ª Ed., São Paulo, 2008, p263

³⁵ Idem.

Em contrapartida caso exista previsão em lei para a prestação sucessiva a prescrição incidirá separadamente em cada uma de suas parcelas, não existindo um único marco prescricional para a verba, mas sim, um marco prescricional para cada parcela. O avanço de prescrição sobre uma parcela em nada afeta a subsequente que se mantém exigível.

Arrolamos como exemplos de pretensões sujeitas a prescrição parcial as seguintes verbas: equiparação salarial (súmula 6, IX, do TST)³⁶, correção do desvio de função (súmula 275, I, do TST)³⁷, férias, 13º salário entre outras.

Existem duas correntes interpretativas quanto à aplicação da súmula, a primeira defende uma interpretação restritiva do termo preceito de lei, que deve ser restrita a lei propriamente dita. A segunda corrente, que nos parece mais coerente, afirma que deve prevalecer a interpretação mais favorável ao trabalhador, não se apegando ao formalismo do termo preceito de lei em seu sentido estrito, compreendendo dentro dele os diplomas normativos infralegais como as Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos coletivos de Trabalho. Neste caso a prescrição total ficaria restrita apenas às parcelas decorrentes de contrato ou ato unilateral do empregador.

Fazendo uma análise temporal do entendimento do TST percebemos que antes da edição Súmula 294 o TST manifestava o entendimento de que toda prestação sucessiva era sujeito a prescrição parcial, conforme a redação das Súmulas 168³⁸ e 198³⁹, cancela pela Súmula 294. Com esse cancelamento estaríamos tentados a afirmar que a interpretação da corte superior trabalhista estaria inclinado ao da primeira corrente, no entanto isso não se confirma na análise de novos entendimentos esposados após o cancelamento das Súmulas

³⁶ SUM-6 - EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT, IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

³⁷ SUM-275 - PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO, I - Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

³⁸ SUM-168 PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. CONTAGEM (cancelamento mantido), Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina (ex-Prejulgado nº 48). Histórico: Cancelada pela Súmula n.º 294

³⁹ SUM-198 PRESCRIÇÃO (cancelamento mantido), Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão o direito. Histórico: Cancelada pela Súmula n.º 294

198, como, por exemplo, a Súmula 327.⁴⁰ Ora se uma verba que não encontra previsão em lei, no sentido estrito, é compreendida como atingida pela prescrição parcial por ser prevista em instrumento normativo podemos concluir que, ao menos nesse caso, a interpretação do TST é no sentido de o “*preceito normativo*” deve ser considerado em sentido amplo, considerando a lei em sentido estrito, mas mais que isso compreendendo também os preceitos infralegais.

⁴⁰SUM N.º 327 COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO PARCIAL (nova redação), Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.

CAPÍTULO 2 – PRESCRIÇÃO E RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL

2.1. Definição de responsabilidade civil

Responsabilidade civil é a obrigação que surge em decorrência da prática de um ato ilícito e consiste no dever de reparar o dano causado, por isso mesmo possui natureza pessoal.

*“o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos inter subjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção individual, coletivo e difuso”.*⁴¹

As ações ou omissões que, culposas ou dolosas, quando, praticadas em desconformidade com as normas de conduta, resultem em prejuízo a outrem, dão origem à obrigação do agente de ressarcir e, ou, indenizar o prejuízo causado.

*“A violação de um dever jurídico configura ilícito, que, quase sempre acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.*⁴²

Este instituto tem basicamente duas funções dentro de nossa sociedade, a reparação e a garantia do direito lesado e a sanção do agente causador do dano. A função garantia advém da necessidade de segurança

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise, Manual de Direito Civil – Vol. 2 Obrigações e Responsabilidade Civil, Editora RT – Revista dos Tribunais, 3ª Edição, São Paulo, 2004

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade Civil*, Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

jurídica que a vítima deve ter para obter o ressarcimento dos danos sofridos, ao passo que a função sanção é decorrente do não cumprimento da norma jurídica a qual o agente causador do dano estava obrigado, resultando em uma sanção, que visa ao mesmo tempo punir o ilícito e desencorajar sua prática pelo próprio agente e por toda sociedade, um objetivo coercitivo e pedagógico.⁴³

A responsabilidade civil pode ser analisada por dois prismas diversos, a responsabilidade subjetiva do agente e a responsabilidade objetiva do dano causado. O prisma subjetivo consiste na análise da culpa do agente, na intenção ou não de causar o dano. A teoria da responsabilidade civil subjetiva tem como requisito basilar para a responsabilização do agente causador do dano a análise da culpabilidade do mesmo, a intenção de cometer o ato ilícito que culminou no dano. Deve-se frisar que a culpabilidade é analisada quanto ao cometimento do ato ilícito e não quanto à intenção de resultar no prejuízo causado.

A teoria da responsabilidade objetiva por sua vez consiste na observação do dano causado e responsabilização do agente causador independente da culpa do agente. Como a aplicação da responsabilidade objetiva de maneira pura e simples não se mostra razoável para a maioria dos casos ela é aplicada apenas em casos determinados em lei. A teoria objetiva também serviu de base para a Teoria do Risco, onde se busca analisar não somente quem foi o culpado pelo dano causado, mas sim quem causou a situação de perigo que resultou naquela situação. É a teoria que vem sendo mundialmente mais aceita para a apuração da responsabilidade civil nos dias de hoje, de modo que a intenção do autor dano seja colocada em um plano inferior ao de suas condutas que culminaram no dano, sendo a situação priorizada frente à intenção.

No direito brasileiro, em primeira análise, a responsabilidade civil se baseia na culpa⁴⁴, intenção do agente, e parte do princípio que ninguém pode lesar o direito ou o interesse do outro. Desta forma a possibilidade de

⁴³ Essa distinção aparece nas posições de diversos doutrinadores como: PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, Editora Forense, 9ª Ed, 2001, p. 11 e RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: responsabilidade civil*, Editora Saraiva, 1993, p. 4.

⁴⁴ *Código Civil, artigo 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.*

indenização só se concretiza quando, em decorrência de uma violação de um dever jurídico, ocorre um dano.

No entanto, para alguns autores como Fábio Henrique Podestá, através de uma análise mais aprofundada do Código Civil, pode-se notar que, na realidade, a escolha do legislador é pela teoria da responsabilidade objetiva, (Teoria do Risco), em que não há a necessidade da existência da culpa, sendo esta presumida em alguns casos, levando em consideração o modelo da Teoria do Risco. O próprio Código Civil, em alguns artigos⁴⁵, prevê a possibilidade de reparação situações em que a vítima é colocada em perigo por ações ou atividades de outrem, mesmo sem que haja intenção.

*“No entanto, o CC, em artigos esparsos, adotou a teoria da responsabilidade objetiva, seja de forma genérica, (...) seja por normas legais que indiretamente afastam a pesquisa da culpa e averiguação da conduta do agente”.*⁴⁶

Em contrapartida Roberto Senise Lisboa defende que os referidos artigos não se inserem na chamada teoria objetiva da responsabilidade de civil. Para ele haveria uma terceira classificação, *responsabilidade subjetiva com presunção de culpa*, onde em decorrência de lei, como ocorre nos artigos acima citados, a responsabilidade pelo ato ilícito pudesse ser presumida, admitindo-se, no entanto, prova em contrário. Segundo o próprio autor essa classificação deriva da idéia inicial da teoria objetiva, onde em decorrência da periculosidade das ações o agente é punido independente da culpa, ante a necessidade de adequação dessas situações com o sistema adotado pelo legislador brasileiro, baseado na teoria subjetiva.

⁴⁵ Código Civil, artigo 927 – *Aquele que, por ato ilícito (arts. 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.*

Código Civil, artigo 937 – *O dono de edifício ou construção responde pelos danos resultarem de sua ruína, se esta provier por falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.*

Código Civil, artigo 938 – *Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.*

⁴⁶ POESTÁ, Fábio Henrique, *Direito das Obrigações – Teoria Geral e Responsabilidade Civil*, Editora Atlas, 5ª Edição, São Paulo, 2005

A reparação civil, no que diz respeito ao acidente de trabalho, encontra previsão constitucional⁴⁷ estabelecendo como direito do trabalhador a indenização do dano sofrido quando houver dolo ou culpa do empregador, portanto sujeita a responsabilidade subjetiva. Embora a previsão legal seja explícita quanto a necessidade da existência de dolo ou culpa do empregador para a exigência de indenização acidentária, é crescente o número de doutrinadores que defendem a possibilidade de presunção da culpa. Entre esses se encontra Desembargador Cláudio Brandão ao afirmar que a existência de risco acima do normal na atividade exercida, ou o não fornecimento dos equipamentos necessários para a completa segurança do obreiro, ensejariam a aplicação da responsabilidade objetiva, presumindo-se a culpa do empregador e admitindo prova em contrário⁴⁸. A fundamentação para a aplicação da Teoria do Risco, nestes casos, é justificada pela previsão do Código Civil (artigo 927, § único), que determina que não se aplique a responsabilidade subjetiva e se presume a culpa em algumas situações. Neste sentido também tem sido algumas decisões nas cortes trabalhistas.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador. 2. A atividade desenvolvida pelo reclamante - teste de pneus - por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o obreiro vir a

⁴⁷ Constituição Federal Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

⁴⁸ BRANDÃO, Cláudio, Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador, Editora LTr, 2ª Edição, p 291

lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do empregador. 3. Recurso de revista conhecido e provido.(RR - 422/2004-011-05-00.3, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 17/12/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 20/03/2009)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA (PRINCIPAL). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL (DANO MATERIAL). ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Tribunal Regional, após analisar minuciosamente as provas constantes dos autos, concluiu que restou comprovada a culpabilidade do empregador no acidente ocorrido com o reclamante, e que a regra contida no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que atribui ao empregador o dever de indenizar dano decorrente de acidente de trabalho na hipótese de dolo ou culpa, não exclui a possibilidade da reparação do dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do atual Código Civil. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1018/2006-028-12-00.2, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 18/02/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 20/02/2009)

2.2. Natureza do dano moral ou patrimonial.

A responsabilidade civil do ponto de vista do dano sofrido em decorrência de um ato ilícito pode ser sistematizada de acordo com a natureza do dano sofrido. Para muitos autores os danos se dividem em morais e

patrimoniais, existindo também o chamado dano a imagem, que é considerado pela parte majoritária da doutrina como parcela do dano moral.

No caso do dano patrimonial o bem afetado é um patrimônio, um objeto que pode ter seu valor de mercado mensurado para que se busque a reparação. Processualmente o dano material possui mais facilidade probatória, pois é muito mais fácil se provar que um objeto foi ou não danificado do que se os sentimentos de uma pessoa foram ou não feridos.

Quando o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano patrimonial. Ao revés, quando a implicação do dano violar direito geral de personalidade, atingindo interesse imaterial, dir-se-á, então, dano extrapatrimonial.⁴⁹

O dano moral por sua vez corresponde a uma violação que não age sobre um bem patrimonial, trata-se do dano causado aos sentimentos, a moral, a honra e a auto-estima de uma pessoa. Processualmente falando o pedido de dano moral envolve uma carga probatória maior que o dano patrimonial, podendo contar até mesmo com laudos e perícias médicas em casos que envolvam depressão ou traumas psicológicos ligados ao dano.

“Dano moral. Assim se diz da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.”⁵⁰

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, "como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade

⁴⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, Editora LTR, 3ª Edição, São Paulo, 2008, p. 143.

⁵⁰ SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense, 16ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 239.

física, a honra e os demais sagrados afetos"; classificando-se desse modo, em dano que afeta a "parte social do patrimônio moral" (honra, reputação etc.) e dano que molesta a "parte afetiva do patrimônio moral" (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).⁵¹

Por se tratar de parcela extrapatrimonial o dano moral não possui exatidão no que diz respeito à dimensão do dano sofrido, pois isso varia na aplicação material do direito, cada pessoa reage e sente de forma diversa as agressões em sua esfera pessoal. Em decorrência disso, a reparação do dano moral consiste em uma compensação financeira através de um valor arbitrado pelo juiz, que tem como função, ao mesmo tempo, punir o agressor e indenizar a vítima.

"o dinheiro é uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer."⁵²

Como a tarefa de analisar e provar a dor sofrida em decorrência da violação da personalidade da vítima seria algo complexo e muitas vezes uma tarefa de aplicação impossível ao magistrado nos casos concretos considera-se desnecessária a prova da dor, presumindo-se esta da própria violação à personalidade da vítima.⁵³

"Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo, 2000, p. 20.

⁵² REIS, Clayton, *Dano Moral*, Editora Forense, 4ª Edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 89.

⁵³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, Editora LTR, 3ª Edição, São Paulo, 2008, p. 143.

também pela violação de um direito” (STJ, 4ª T., REsp 85.019-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, 18 dez. 1998).

Em ambos os casos o dano moral e patrimonial possui natureza civil, diferenciando-se mais pelo bem atacado e pela forma de reparação do que pela natureza do dano.

Entretanto esta questão ganhou mais complexidade quando a Justiça do Trabalho tornou-se competente para analisar a reparação civil decorrente da relação de trabalho. Vieram à tona questões quanto à natureza do dano, se passaria a ser considerado trabalhista em decorrência das circunstâncias em que ocorreu, ou se manteria a sua natureza civil, questionou-se ainda os prazos prescricionais que passariam a reger as reclamações com o objetivo de reparar civil.

2.3. Prazos aplicados na justiça cível para o pleito de reparação civil

Na justiça cível, o prazo prescricional aplicado às demandas envolvendo pedidos de reparação patrimonial e moral é de três anos conforme o determinado no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil⁵⁴.

Como o Código Civil entrou em vigência em 2002, fez-se necessária à criação de uma regra de transição que abarcasse as mudanças de maneira menos brusca, evitando perdas de direito em decorrência de mudança dos prazos prescricionais. Caso isso não tivesse sido feito, teríamos uma insegurança jurídica muito grande, que vai frontalmente de encontro aos princípios da justiça. O prazo previsto pelo Código Civil de 1916 para a prescrição deste tipo de demanda era de 20 anos.⁵⁵

Com a intenção de resolver este problema o legislador criou a seguinte regra de transição⁵⁶: se com a entrada em vigor do novo Código Civil -

⁵⁴ Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;

⁵⁵ Art.177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955) – Código Civil de 1916

⁵⁶ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na

10/01/2003 - já tivesse decorrido mais da metade do prazo prescricional da lei anterior – mais de 10 anos nesse caso – o prazo prescricional a ser considerado seria o da lei velha – 20 anos.

Como se pode notar a regra de transição não goza da mais apurada técnica legislativa e acaba por criar outro problema na tentativa de resolver essa passagem de uma lei para outra. O dispositivo não faz qualquer menção aos casos em que o prazo prescricional for reduzido e ainda não tiver decorrido mais da metade do prazo da lei anterior. Tal omissão induz a idéia de que esses casos seriam regidos pela nova lei. Ocorre que nos casos de danos morais e patrimoniais o prazo anterior era de vinte anos e foi reduzido para apenas três. Neste sentido se a regra aplicada aos casos que não tivessem ultrapassado a metade do prazo prescricional do diploma legal anterior fosse a do novo Código Civil muitas pessoas teriam seu direito de ação fulminado de maneira inesperada, sem nenhum respeito a segurança jurídica.

A situação é tão descabida que em uma análise mais acurada beneficiam-se àqueles que se encontram inertes há mais tempo e fulmina-se o direito de ação nas situações que se encontram a menos tempo na espera da propositura da demanda.

Mesmo sendo incoerente, essa linha de raciocínio interpretativo da regra de transição foi adotada por diversos julgadores, principalmente em um momento imediatamente posterior ao da vigência do código de 2002.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO. Fato ocorrido sob a égide do Código Civil de 1916, que previa para a hipótese o prazo prescricional de 20 anos (artigo 177, CC/1916), decorridos menos de 10 anos até a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Prescrição que se regula pelo novo Diploma material civil, incidindo a regra do artigo 206, § 3º, V, CC/2002, por força do disposto no artigo 2.028 do novo Código Civil. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento na forma do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. (TJ-RJ – 15ª CÂMARA CÍVEL – APL 21847 – 2009.001.21847 –

*RELATOR DES. LEANDRO RIBEIRO DA SILVA – J.
30/06/2009 – DOE 02/07/2009)*

Alguns doutrinadores apresentaram, então, uma solução para dirimir esta questão: nos casos que foram previstos no artigo 2.028, mantêm-se a disposição transitória prevista no novo Código Civil, já nos casos onde o meridiano do prazo prescricional da antiga lei não tivesse sido atingido se estabeleceria como marco inicial da contagem da prescrição a entrada em vigência do novo Código Civil, 10/01/2003, e seriam aplicados os prazos deste novo diploma.

“se o prazo menor da lei nova se consumir antes de terminado o prazo maior previsto pela lei anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-se o prazo a partir da vigência desta”⁵⁷

Galeno de Lacerda, ao se referir à aplicação do Código de Processo Civil de 1939 e o então recente CPC de 1973, afirmava que nas situações onde ocorriam conflitos de prazo entre a lei pretérita e a lei atual, a aplicação da lei nova deveria se dar sempre a partir de sua vigência.⁵⁸

Esse posicionamento também foi defendido na Jornada de Direito Civil de 11 a 13/09/02, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, debateu os conflitos e lacunas do Código Civil de 2002, que ainda não estava vigente na época. Dentre os diversos enunciados elaborados no evento um nos traz particular interesse, o enunciado 50⁵⁹. Tal enunciado foi recepcionado por boa parte da jurisprudência e nos dias de hoje integra o posicionamento dominante nos tribunais.

*RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO -
INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - PRESCRIÇÃO - PRAZO*

⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 4a ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002, p.573

⁵⁸ LACERDA, Galeno de, *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1974

⁵⁹ Enunciado 50 – Art. 2.028: a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206).

- VINTE ANOS - REDUÇÃO PARA TRÊS ANOS (ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) - DECURSO DE MAIS DA METADE DO TEMPO ESTABELECIDO NA LEI REVOGADA - INOCORRÊNCIA - REGÊNCIA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - TERMO INICIAL - FLUÊNCIA A PARTIR DA DATA DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO - RECONHECIMENTO. *Certa a redução do prazo, de vinte para três anos (novo Código Civil, artigo 206, § 3º, V, e artigo 2028), e decorrido menos da metade dos vinte anos estabelecidos no Código Civil de 1916, a prescrição da pretensão à reparação civil, em que se compreende a resultante de acidente ou doença do trabalho fundada no direito comum, rege-se pelo Código Civil de 2002, mas o termo inicial do lapso, que não retroage, coincide com a vigência do novo Código (artigo 2044). (2º TACivSP, AI 833.687-00/1, 12ª Câmara, rel. Juiz ROMEU RICUPERO - j. 4.3.2004)*

EMENTA : EMENTA: RECLAMAÇÃO CÍVEL - INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - REGRA DE TRANSIÇÃO - ARTIGO 2.028, CC - TRANSCORRIDO MENOS DA METADE DO TEMPO ESTABELECIDO NA LEI REVOGADA - PRAZO PRESCRICIONAL DE TRÊS ANOS, CONTADOS DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO DO ART. 206, § 3º, VIII - AVALISTA - OBRIGAÇÃO EXTINTA - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC/SERASA, POIS EFETIVADA APÓS O DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL - DANOS MORAIS IN RE IPSA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº. 08 DESTA TRU - PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Isento de custas processuais e honorários advocatícios por ser o recorrente vencedor.É este o voto que proponho. DECISÃO: Diante do exposto, resolve esta Turma Recursal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, nos exatos termos do voto. (Turma Recursal -

TJPR, Recurso Inominado 2009.0006524-0, AC. 43147, Rel. juiz TELMO ZAIONS ZAINKO - j. 17/07/2009)

CAPÍTULO 3 – PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL E MATERIAL

3.1. A competência da justiça do trabalho pra julgar o direito de reparação civil decorrente da relação de trabalho

Há alguns anos atrás, mesmo de maneira contrária ao pregado pela maioria dos doutrinadores, o entendimento do TST e do STJ, extraído pela jurisprudência destes dois tribunais, era de que a Justiça Cível era competente para julgar as ações que visassem reparação de danos patrimoniais e morais, independente se esse dano tivesse ocorrido na relação de trabalho. O argumento usado era o de que a causa de pedir, neste caso indenizatória, fixava a competência jurisdicional. Ressalva deve ser feita à alguns julgamentos isolados em tribunais regionais que reconheciam como competente para a análise destas demandas a Justiça do Trabalho.

O marco que fez com que a maneira de analisar a competência jurisdicional destes casos fosse revista foi a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento no STF, onde em seu voto julgou competente a Justiça do Trabalho para analisar a ofensa decorrente da relação de emprego, não importando se a controvérsia será resolvida à luz do Direito Civil.

EMENTA: JUSTIÇA DO TRABALHO: COMPETÊNCIA: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA IMPUTAÇÃO CALUNIOSA IRROGADA AO TRABALHADOR PELO EMPREGADOR A PRETEXTO DE JUSTA CAUSA PARA A DESPEDIDA E, ASSIM, DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO, NÃO IMPORTANDO DEVA A CONTROVÉRSIA SER DIRIMIDA À LUZ DO DIREITO CIVIL. (STF – 1ª T. – RE N. 238.737-4/SP – REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE – J. 17.11.98 – DJU 5.2.99 – P. 47)

Com a emenda constitucional nº 45 a questão foi finalmente dirimida e o dano moral e patrimonial decorrentes de relações de trabalho passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, inciso VI⁶⁰, do texto constitucional. O próprio Tribunal Superior do Trabalho editou uma súmula no mesmo sentido.⁶¹ No entanto a reparação dos danos morais e patrimoniais decorrentes do acidente de trabalho não foi inicialmente contemplada como matéria de competência trabalhista, incongruência que foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal quando questão lhe foi apresentada.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do conflito e, por maioria, definir a competência da justiça trabalhista a partir da Emenda Constitucional nº 45;2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, vencido, no caso, o Senhor Ministro Marco Aurélio, na medida em que não estabelecia a edição da emenda constitucional como marco temporal para competência da justiça trabalhista. (Supremo

⁶⁰ Constituição Federal da República (1988), artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

⁶¹ Súmula nº 392 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SDI-1. Dano Moral - Competência da Justiça do Trabalho - 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.

Tribunal Federal , Conflito de Competência nº 7204-1, Minas Gerais, Relator Ministro Carlos Britto, Publicação: DJ 09-12-2005)

E nesse sentido seguiram as decisões das demais cortes da justiça.

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização. Danos materiais e morais. Acidente do trabalho. O artigo 114, inciso VI, da CF/88 foi alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/2004, determinando, assim, a competência da Justiça Especializada para o processamento e julgamento de feitos de mesma natureza. Destarte, de ofício, declara-se a competência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, enviando-se os autos àquela Corte.”(Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2004.001.32697. Des. Gilberto Rego. J. em 22/02/2005. Sexta Câmara Cível)

3.2. Impactos causados pelo pela mudança da competência para julgar o dano material e moral pela Justiça do Trabalho.

Com a fixação da competência da Justiça do Trabalho para a análise das demandas envolvendo pedido de reparação de dano moral e patrimonial decorrentes das relações de relações de trabalho, através Emenda Constitucional nº45, surgiram novas dúvidas e impasses quanto ao prazo prescricional a ser seguido nas demandas e qual seriam as regras de transição aplicáveis.

“Pacificada a questão da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar litígios envolvendo pedidos de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, surge nova discussão, igualmente candente e de magna importância pelo seu alcance social, abrangendo agora áspera diatribe em torno da prescrição que seria aplicável ao

caso concreto quando os juízos trabalhistas são chamados a dirimir conflitos de tal jaez: a prescrição seria a do art. 7º, item XXIX, da Constituição Federal, irrestritamente; seria, pela natureza do litígio, segundo alguns a envolver nítida matéria de índole civilista, a prescrição gizada pelo Código Civil, observada a data em que se consumou a lesão à saúde do trabalhador, se na vigência do Código Civil de 1916, com aplicação irrestritamente da prescrição vintenária e, se na vigência do Código Civil de 2002, a prescrição trienal, irrestritamente; ou ainda se teríamos que aplicar a regra de transição prevista no Código Civil de 2002, que leva em consideração o lapso prescricional temporal transcorrido à data de sua vigência, o que redundaria em aplicação ora de prescrição vintenária, ora de prescrição trienal; e ainda finalmente se, em se tratando de questões jurídicas afetas ao chamado direito de personalidade, o direito à reparação seria imprescritível?”⁶²

Coube então aos doutrinadores e julgadores a difícil tarefa de absorver as novas mudanças, digeri-las e tentar dirimir as questões mais complexas. Em decorrência da grande lacuna legislativa deixada com as mudanças acima aventadas as posições apresentadas para preenchê-las se mostraram cada vez mais controvertidas.

Particularmente nos interessam alguns temas dentro dessa grande discussão: qual prazo prescricional que seria aplicado; qual seria o seu marco inicial; como seriam dirimidas as questões já propostas perante o juízo cível; e as não propostas ocorridas antes do Código Civil de 2002.

“A primeira questão diz respeito a saber se tais pretensões são imprescritíveis e, não o sendo, qual o prazo a ser aplicado. Quatro correntes divergem sobre o tema, especialmente depois que fixada a competência da Justiça Trabalhista para apreciar as pretensões reparatorias acidentárias em face dos

⁶²CARMO, Júlio Bernardo, *A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidentes de Trabalho ou Doença Profissional aos Mesmos Equiparada*, Revista do Tribunal ST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

empregadores e tomadores de serviços. A primeira sustenta a imprescritibilidade de tais pretensões, uma vez que decorrentes de danos aos direitos da personalidade, que são caracteristicamente imprescritíveis. Para a segunda, os prazos são os do o inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal. Para a terceira, o prazo prescricional é de três anos (art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil). A quarta sustenta serem aplicáveis subsidiariamente os prazos de vinte e de dez anos, previstos nos arts. 170 e 205 dos Códigos Civis de 1916 e 2002, respectivamente.⁶³

3.3. Teoria da imprescritibilidade do direito de reparação do dano causado aos direitos de personalidade

A corrente que defende a imprescritibilidade do direito de reparação dos danos causados a personalidade pauta sua argumentação no fato de os direitos de personalidade serem intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo vedada, inclusive, a limitação de seu exercício.⁶⁴

Entendem os defensores desta teoria que, por serem irrenunciáveis, os direitos de personalidade não sofrem a limitação da prescrição no seu exercício e em consequência disso a pretensão de reparar danos sofridos nesta esfera também não seria atingida pela prescrição.

“... a ação seria imprescritível dado o fato de tratar-se de ação de reparação de danos a direitos da personalidade que, por irrenunciáveis, o seu exercício não está sujeito à prescrição, face aos termos do que disposto no art. 11 do Código Civil e pela natureza do bem envolvido, ou seja, a personalidade, a dignidade do ser humano. A ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença

⁶³ MELO, Raimundo Simão de, *Prescrição nas Ações Acidentárias Sob o Enfoque da Tutela dos Direitos Humanos*, Revista do Tribunal ST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

⁶⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária

profissional – equiparada a acidente de trabalho por força de expressa disposição legal – tem por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à saúde, à vida, à integridade física ou mental, enfim direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano. Essa categoria de direitos fundamentais constitucionalmente é garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de cidadão trabalhador ou empregado. Por conseguinte de natureza indisponível, não podendo o seu titular a eles renunciar e, sendo irrenunciáveis, o são, por consequência, imprescritíveis. (...) não se trata, pois, de direito de natureza trabalhista, nem tampouco civil, mas de direito de índole fundamental que diz respeito à dignidade humana. Portanto, imprescritível, pois a dignidade humana sendo ‘aquela qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos’, não é subtraída da tutela constitucional apenas porque aquele que sofreu a violação não reclamou, muitas vezes por circunstâncias alheias à sua vontade, dentro de certo espaço de tempo. Não se perde a dignidade em razão do decurso do tempo, evidentemente.”⁶⁵

Nessa mesma linha, no entanto com mais ponderação, Raimundo Simão de Melo, afirma que “os direitos da personalidade têm como características, entre outras, a imprescritibilidade”, no entanto admite que a pretensão de reparar os danos causados a esses direitos pode ser alvo da prescrição prevista em lei.⁶⁶

⁶⁵ LIMA FILHO, Francisco das Chagas, *Prescrição da Ação de Reparação de Danos Morais decorrentes de Acidentes do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.douradonews.com.br>>.

⁶⁶ MELO, Raimundo Simão de, *Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>.

*“Isto quer dizer que, não obstante a inércia do seu titular quanto ao exercício de um desses direitos, pode o mesmo, a qualquer tempo, reivindicar a sua efetivação. Assim, a possibilidade de exercício dos direitos da personalidade jamais prescreve. O que prescreve é a pretensão à reparação dos danos causados a esses direitos, após certo lapso de tempo previsto em lei.”*⁶⁷

Confunde-se Francisco de Chagas Lima Filho ao interpretar a proibição dos direitos de personalidade sofrerem limitações voluntárias de maneira extensiva a ponto de que tais direitos não poderiam sofrer limitações de qualquer espécie. O artigo 11 apenas versa quanto à indisponibilidade dos direitos de personalidade, não impedindo limitações desses direitos e ao exercício de sua pretensão advindos do poder estatal.

Essa teoria tem sido frontalmente combatida pela doutrina majoritária pela fragilidade lógica de seus argumentos. Tendo em vista que a prescrição não atua sobre o direito e sim sobre a pretensão de exercê-lo passa a ser irrelevante afirmar que um ou outro direito é imprescritível, mas que a pretensão de exercê-lo é limitada ao prazo estabelecido em lei. Mais descabido ainda é afirmar que a pretensão do exercício do direito de reparação não é atingida pela prescrição por se tratar de direitos de personalidade que, pela redação do Artigo 11 da Constituição, são intransmissíveis e irrenunciáveis.

*“O art. 11 do Código Civil de 2002 reporta-se tout court à intransmissibilidade e à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, os quais não podem sofrer limitação em seu exercício por ato de vontade de seu titular, garantias essas que não salvagam, à míngua de sua literalidade, a imprescritibilidade desses mesmos direitos, quanto a aspectos ressarcitórios.”*⁶⁸

⁶⁷ MELO, Raimundo Simão de, *Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>.

⁶⁸ CARMO, Júlio Bernardo, *A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidentes de Trabalho ou Doença Profissional aos Mesmos Equiparada*, Revista do TST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

Atribuir que a indisponibilidade dos direitos de personalidade apresenta como consequência a imprescritibilidade é um argumento que contraria a lógica, pois se tal raciocínio fosse seguido todos os direitos indisponíveis não seriam afetados pela prescrição. Tal raciocínio falacioso acarretaria em uma generalização tão absurda que se poderia chegar ao cúmulo de se dizer que todos os direitos trabalhistas previstos na CLT são imprescritíveis.

“Outra falácia é a de que a irrenunciabilidade de determinado direito acarretaria, por consequência, a sua imprescritibilidade. O argumento assenta-se sobre falsa premissa e não cede ao rigorismo da lógica. A ser assim, poderíamos montar o seguinte silogismo: (a) os direitos irrenunciáveis são imprescritíveis. (b) Os direitos trabalhistas previstos na CLT, garantidos por princípios de ordem pública, são irrenunciáveis. (c) Logo, os direitos trabalhistas previstos na CLT são imprescritíveis.”⁶⁹

Então se afastarmos a idéia de imprescritibilidade do direito de reparação ao dano causado a direitos de personalidade chegaremos em outro dilema: seria o biênio para a propositura seguido pelo quinquênio prescricional retroativa após a apresentação da demanda – como nas demais ações trabalhistas – ou se seguiríamos as regras do Código Civil, com o prazo de três anos para a propositura da ação, ou ainda, que o prazo aplicável seria o do artigo 205 do novo Código Civil.

3.4. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional geral do Código Civil

Analisada a corrente que defende a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento dos danos causados aos direitos de personalidade, voltamos

⁶⁹ CARMO, Júlio Bernardo, *A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidentes de Trabalho ou Doença Profissional aos Mesmos Equiparada*, Revista do TST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

nossos olhares para as outras interpretações. Parte da doutrina entende que estaríamos tratando de danos a direitos de personalidade, constituindo direito fundamental de índole constitucional, não sendo, portanto, direto de natureza trabalhista ou civil⁷⁰. O que diferencia esta corrente da que defende a imprescritibilidade deste direito é o fato de que está linha de pensadores entende que a pretensão de reparação a este tipo dano está sujeita a prescrição, no entanto entendem não existir norma expressa quanto aos prazos prescricionais aplicáveis a esses litígios. Em decorrência disto defendem a aplicação subsidiária dos prazos prescricionais utilizados nas pretensões de natureza civil, vinte anos para os danos causados antes da entrada em vigor do novo Código Civil – artigo 177 Código Civil de 1916 - e dez anos após sua vigência – artigo 205 do novo Código Civil de 2002⁷¹.

“por inexistir norma expressa sobre o prazo de prescrição das respectivas pretensões, aplicam-se subsidiariamente os prazos previstos na lei civil: vinte anos para as ofensas ocorridas até 9.1.2003 (CC de 1916, art. 177) e 10 anos para as ofensas ocorridas a partir de 10.1.2003 (CC de 2002, art.205).”⁷²

A pequena parcela da doutrina que defende este ponto de vista é duramente criticada, pois a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende como equivocada a alegação de inexistir norma expressa do Código Civil que disponha a sobre a prazo prescricional aplicável, por entenderem se tratar de pretensão de reparação civil e por tanto prevista no artigo 206, §3º, V.

A aparente antinomia normativa é facilmente dirimida utilizando o critério da lei mais específica derroga a lei mais abstrata – *lex specialis derogat legi generali*.⁷³

⁷⁰ DALEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, Editora LTR, 3ª edição, São Paulo, 2008, p357.

⁷¹ Código Civil, artigo 205 – A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo a menor.

⁷² MELO, Raimundo Simão de, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Editora LTR, São Paulo, 2004, p463.

⁷³ DALEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, Editora LTR, 3ª edição, São Paulo, 2008, p357.

“Entre a lex specialis e a lex generalis há um quid specie ou uma genus au speci. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o bis in idem, pois o comportamento só se enquadrará na norma espacial, embora também esteja previsto na geral. O tipo geral está contido no tipo especial.”⁷⁴

É com essa argumentação que José Affonso Dallegrave Neto, o rebate os argumentos aos quais se apegam os defensores desta teoria.

“No caso em comento, o prazo prescricional de 10 (dez) anos previsto no art. 205 do CC constitui-se norma geral aplicável somente “quando a lei não lhe haja fixado prazo a menor”. Ora o prazo trienal do §3º, inciso V, do art. 206, do CC, além de fixar prazo menor incide sobre situação especial, qual seja a “pretensão de reparação civil”, incluindo-se aqui o caso típico da ação indenizatória em face de acidente do trabalho. Destarte, não há como preferir o critério da generalidade em detrimento da especialidade, mormente quando expressamente o legislador assim não deu margem hermenêutica.”⁷⁵

Novamente, se essa tese fosse escolhida chegaríamos a um absurdo lógico, pois ao admitirmos que a pretensão de reparação do dano à personalidade constitua um direito fundamental absoluto seríamos obrigados a admitir que todos os direitos trabalhistas, por serem espécies de direitos sociais do gênero dos direitos fundamentais, estariam sujeitos a prescrição geral do Código Civil.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*, Editora LTR, São Paulo, 2004, p69

⁷⁵ DALEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, Editora LTR, 3ª edição, São Paulo, 2008, p357-358

3.5. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional específico do Código Civil

Abordadas as duas posições minoritárias passaremos a análise das teorias mais aceitas na atualidade. A terceira corrente entende que a competência da Justiça do Trabalho decorrente de lei não tem capacidade para alterar a natureza da verba e, portanto, não tem condão de afastar o prazo prescricional especificamente previsto pela norma civil.

PRESCRIÇÃO - DANO MORAL E MATERIAL TRABALHISTA -

1. O prazo de prescrição do direito de ação de reparação por dano moral e material trabalhista é o previsto no Código Civil. 2. À Justiça do Trabalho não se antepõe qualquer obstáculo para que aplique prazos prescricionais diversos dos previstos nas Leis trabalhistas, podendo valer-se das normas do Código Civil e da legislação esparsa. 3. De outro lado, embora o dano moral trabalhista encontre matizes específicos no Direito do Trabalho, a indenização propriamente dita resulta de normas de Direito Civil, ostentando, portanto, natureza de crédito não-trabalhista. 4. Por fim, a prescrição é um instituto de direito material e, portanto, não há como olvidar a inarredável vinculação entre a sede normativa da pretensão de direito material e as normas que regem o respectivo prazo prescricional. 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento." (TST - RR 1162/2002-014-03-00.1 - 1ª T. - Red. p/o Ac. Min. João Oreste Dalazen - DJU 11.11.2005).

‘Indenização por Danos Morais - Prescrição - Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a

lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuda a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no artigo 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos. (TST - SDI I - ERR 08871/2002-900-02-00.4 - Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa - DJ 5.3.2004).

Essa nova corrente argumenta que a pretensão de reparação ao dano causado à moral e ao patrimônio do indivíduo possui natureza de reparação civil, e não constitui crédito trabalhista. Em decorrência disto, em que pese à competência ter sido deslocada para Justiça do Trabalho por força de lei, as normas que devem reger esse tipo de pedido são as constantes do Código Civil.

Para analisarmos melhor essa questão é necessário que voltemos nossos olhos para as definições do que é crédito trabalhista. Para José Caito Júnior os créditos trabalhistas ficam restritos apenas aos direitos previstos de forma típica na legislação trabalhista, excluindo-se, desta forma, as indenizações, pois fundadas em regras do direito civil.⁷⁶

Em uma análise de um ponto de vista diverso podemos considerar os contratos bilaterais como um feixe de direitos e obrigações que podem ser classificados como principais secundários e acessórios, que se traduziriam em um momento posterior em créditos principais e acessórios.⁷⁷ A idéia de um

⁷⁶ CAITO JÚNIOR, José, *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. Editora LTR, São Paulo, 2003, p118.

⁷⁷ TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito da obrigações*, Editora Coimbra, 7ª Ed., Coimbra – Portugal, 1997, p18

contrato complexo está presente na obra do jurista português Inocêncio Galvão Telles, que embora não verse sobre o Direito do Trabalho nos empresta conceitos valiosos para uma interpretação mais coerente dos contratos trabalhistas.

“Nos contratos, pelo menos nos bilaterais ou sinalagmáticos, a posição das partes apresenta-se com uma complexidade particular, constituída como é não só por deveres principais e acessórios mas também por créditos igualmente principais e acessórios, por direitos potestativos, estados de sujeição, ônus, expectativas jurídicas, excepções (meios de defesa). Cada uma das partes é titular da sua posição contratual, misto de elementos activos e passivos, e as duas posições, que se interpenetram e são incidíveis, formam a relação contratual”⁷⁸

Por essa análise contratual mais abrangente poderíamos classificar os créditos trabalhistas que traduzem os direitos tipicamente previstos na legislação trabalhista como créditos trabalhistas principais, resultantes da obrigação principal. Já os direitos não previstos na legislação trabalhista, como a reparação do dano moral e patrimonial, seriam créditos também trabalhistas, pois oriundos da relação contratual de trabalho, mas créditos trabalhistas considerados secundários ou acessórios.

Para não nos atermos apenas às análises doutrinárias e argumentativas iniciaremos uma análise lógica das premissas apresentadas pelos defensores desta linha de pensamento. Partindo da premissa basilar de que seriam créditos trabalhistas apenas os expressamente abarcados pelas leis trabalhistas e tendo em vista que as multas por descumprimento das Convenções Coletivas – que são objetos de várias ações trabalhistas – não são previstas na legislação trabalhista e encontram amparo para aplicação no instituto da responsabilidade civil (art. 186 do CC). Então se a primeira premissa fosse verdadeira a cobrança das multas por descumprimento das Convenções Coletivas estaria sujeita ao prazo prescricional trienal do Código

⁷⁸ TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito da obrigações*, Editora Coimbra, 7ª Ed., Coimbra – Portugal, 1997, p18

Civil. No entanto a realidade nos mostra que tal conclusão não possui respaldo e nem é objeto de controvérsia no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo pacífico o entendimento de que a cobrança destas multas constitui crédito trabalhista e está sujeito a prescrição quinquenal que rege as verbas trabalhistas.⁷⁹

Assim se a premissa basilar dos defensores desta posição não pode ser considerada como regra válida, os argumentos se tornam frágeis e facilmente atacados por comungarem deste silogismo.

Argumentam, ainda, os defensores desta linha de pensamento que a prescrição é instituto do direito material e que, por tal motivo, o prazo prescricional estaria vinculado às normas que disciplinam a pretensão a ser exercida. É cabível aqui analisarmos os argumentos utilizados no julgado que fixou a competência da Justiça do Trabalho.

“A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide da questão de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.” (STF, Conflito de Jurisdição n. 6959-6-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 22.2.1991).

Conforme visto, não nos interessa se a resolução do conflito esteja vinculada a matéria disciplinada no direito civil, mas sim se a natureza jurídica da relação encontra-se regulada na legislação civil ou trabalhista. Sendo considerado dano decorrente de contrato de trabalho, a pretensão é conseqüentemente trabalhista, devendo ser respeitado o prazo prescricional do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição. Nesse sentido entende também o professor doutor da Universidade de São Paulo, Estevão Mallet.

“...Se a pretensão é trabalhista, se a controvérsia envolve empregado e empregador, se a competência para julgamento da causa é da Justiça do Trabalho, a pretensão é e só pode ser

⁷⁹ DALEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, Editora LTR, 3ª edição, São Paulo, 2008, p355

trabalhista, do art. 7º do inciso XXIX, da Constituição, e não a prescrição civil de 20 anos, no antigo Código, e de 3 anos, no novo. Não importa que a responsabilidade civil seja assunto disciplinado no Código Civil. O que importa é que a pretensão é trabalhista, porque decorre diretamente do contrato e trabalho.⁸⁰

No mesmo sentido, Alexandre Agra Belmonte assevera:

“O dano moral é de natureza civil quando não decorre da relação de emprego. É de cunho trabalhista quando o sofrimento íntimo é causado a uma das partes do contrato de emprego pela outra, como decorrência do vínculo empregatício. Realmente o Direito do Trabalho tem por fim tutelar o relacionamento existente ou ocorrido entre empregado e empregador, especificamente quanto às questões ínsitas ou decorrentes da relação de emprego”⁸¹

3.6. Teoria da aplicabilidade do prazo prescricional quinquenal trabalhista

A posição mais bem aceita na atualidade é a de que o prazo prescricional aplicável as demandas que envolvem pedido de reparação de dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho é o prazo típico das pretensões trabalhistas.

Essa corrente entende que o crédito decorrente da relação de emprego deve ser considerado trabalhista, independente de ser considerado crédito principal ou secundário. Desta forma o pedido de indenização na esfera trabalhista deve respeitar o prazo quinquenal da prescrição trabalhista.

⁸⁰ MALLETT, Estevão. O novo código civil e o direito do trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GUNTHER, Luiz Eduardo (coords.). *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. Editora LTR, São Paulo, 2003, p.62.

⁸¹ BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. Editora Renovar, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 2004, p.491.

“A indenização do dano moral, na Justiça do Trabalho, é considerada crédito trabalhista por ser decorrente da violação e um direito imaterial do trabalhador, durante uma relação de emprego ou de trabalho. Sendo crédito trabalhista, esta indenização fica sujeita à prescrição bienal prevista no Art. 7º, inciso XXIX da Carta Política de 1988. (TRT 9ª Região, RO nº 15.384/97)”

A matéria Chegou ao TST pela Primeira vez através de Recurso de Revista contra a decisão acima ventilada e teve seu posicionamento mantido.

DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO TRABALHISTA E NÃO CIVIL. Quando em juízo estão litigando as partes do contrato de trabalho, ambas agindo na condição de empregado e empregador, e tendo por objeto a indenização por dano moral decorrente de alegado ato ilícito patronal, a pretensão de direito material deduzida na reclamatória possui natureza de crédito trabalhista que, portanto, sujeita-se, para os efeitos da contagem do prazo de prescrição, à regra estabelecida no art. 7º, XXIX, da CF/88, e não à prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil.” (TIPO: RR NUM: 540996, 29.11.2000)

Para essa linha de pensadores o fato de o ato ilícito ter ocorrido na relação de trabalho torna-o ligado a ela, sendo impossível dissociá-lo de sua natureza trabalhista. Além disso, com a determinação da competência imposta pelo legislador, a ação trabalhista tornou-se a medida processual cabível para a propositura deste tipo de demanda, o que implicaria na aplicação do prazo prescricional trabalhista.

Essa corrente é a que vem sendo mais bem aceita nos tribunais trabalhistas, por se mostrar mais coerente, além de mais favorável ao trabalhador, na maioria dos casos, em contraposição ao prazo de três anos do Código Civil, descartando-se aqui as teorias que defendem o caráter de direito de personalidade destes créditos.

Os argumentos contrários a essa corrente são no sentido de que a aplicação do prazo trabalhista não é necessariamente mais favorável ao trabalhador se comparado com os três anos da prescrição civil. Isso seria válido para alguns casos, mas numa análise geral, como o marco inicial da prescrição é a ciência inequívoca do dano, mesmo com apenas dois anos para a propositura da ação, a possibilidade de análise dos últimos cinco anos anteriores a distribuição da ação seria a melhor opção para o obreiro na maioria dos casos.

Apenas para ilustrar melhor essa questão, imaginemos um trabalhador que tenha sido humilhado no ambiente de trabalho em 01.01.2005, e posteriormente tenha sido dispensado sem causa justa em 01.01.2009. Caso o prazo prescricional pertinente para a demanda fosse o triênio do Código Civil, ao ser despedido a sua pretensão de reparação civil estaria prescrita. Nesta hipótese, caso quisesse exercer seu direito de reparação de maneira efetiva teria que fazê-lo antes do triênio e estaria sujeito, assim, a uma rescisão de contrato, ficando desempregado. Já com o quinquênio trabalhista, se a ação fosse proposta em até um ano após a dispensa, a reparação do dano moral sofrido ainda seria exigível.

Outro argumento é o de que a prescrição bienal, contada da data do rompimento contratual, acabaria por fulminar pretensões relativas a acidentes e doenças relativas ao trabalho que se manifestassem anos depois da extinção do vínculo. No entanto, este argumento não faz sentido, tendo em vista o entendimento do STJ⁸² de que, nos casos de incapacidade laboral do trabalhador, a prescrição só começaria a correr na data da ciência inequívoca do dano, que tem sido aplicado de maneira ampliada pelo TST, que tem fixado o marco prescricional para a responsabilidade civil, mesmo nos casos que não tratem de incapacidade laboral, como sendo a ciência inequívoca do dano.

“

O empregado manteve contrato de trabalho com o banco até 30 de setembro de 1996, quando se afastou por aposentadoria. Em fevereiro de 1999, com o auxílio de um grupo de auditores, a empresa ofereceu notícia criminal de que o bancário havia

⁸²SUM 278, STJ - O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

praticado irregularidades em operações de empréstimo na agência em que atuava como gerente. Com isso, em julho de 2003 o trabalhador ingressou com ação no juízo cível pedindo reparação por ofensa a sua honra.

Em 29 de agosto de 2003, o juízo cível declarou-se incompetente para o julgamento da ação, tendo em vista que os fatos narrados originaram-se da relação de emprego, determinando a remessa do processo à Justiça do Trabalho. (...) O Regional considerou a data de 21 de junho de 2001 como o dia em que o bancário teve ciência da lesão de direito (...).⁸³

Por fim a crítica reside ainda sobre a natureza trabalhista destas parcelas, no sentido de que a conceituação da indenização como crédito, trabalhista ou não.

“A este respeito, ademais, vale acrescentar que a reparação pelo dano decorrente de acidente do trabalho pode ser tudo, menos um "crédito" trabalhista. Ao se vislumbrar a indenização como crédito, retoma-se, mesmo sem o propósito de fazê-lo, uma fase da história do ordenamento jurídico nacional em que o valor de benefício previdenciário pela ocorrência de acidente do trabalho era pré-fixad parte de um dedo, um valor; o dedo inteiro, um valor a mais e assim por diante

A representação fática desta visão jurídica é grotesca, pois transforma o trabalhador em coisa, cujas partes, bem definidas, como aquelas pinturas de um boi, que normalmente estão expostas em açougues ou churrascarias, têm um valor pré-determinado, variando, aliás, em conformidade com sua condição econômica, no contexto de um contrato de trabalho. Para um trabalhador que ganha pouco o dedo tem um valor, para quem recebe salário maior, o dedo vale mais e por aí vai...⁸⁴

⁸³ Notícia veiculada na página www.tst.jus.br em 07 de outubro de 2009 referente à decisão da 5ª Turma, acesso em 07 de outubro de 2009

⁸⁴ MAOIR, Jorge Luiz Souto, *Indenização por Dano Moral e Material decorrente de Acidente do Trabalho - A Prescrição do Direito de Ação para Pleitear*, disponível em <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/bibliografiaselecionadas/danomoralrelacoestra>

No entanto entendemos que o problema nesses casos não reside em conceituar à reparação do dano como crédito trabalhista. A indignação apontada reside na maneira errada pela qual a apuração deste crédito ocorre. De fato é inadmissível que, nos casos de acidente de trabalho, se estabeleçam valores e regras de proporcionalidade entre o ferimento, ou a parte do corpo amputada, com a remuneração percebida pelo trabalhador. Infelizmente ainda se verifica na maioria dos tribunais, e em boa parte da doutrina, que o dedo de um trabalhador que ganha um salário mínimo vale menos do que o do que ganha mais. No entanto isso não decorre do dano ser considerado crédito, ou não, mas sim da falta de sensibilidade ao se analisar a questão com mais atenção, buscando perceber que não é a remuneração que deve definir a indenização, mas sim a extensão e as implicações que o dano causou.

3.7. Regras de transição aplicadas na Justiça do Trabalho

Com a mudança de competência para julgar as pretensões envolvendo pedidos de reparação de dano moral ou patrimonial, da Justiça Comum para a Justiça do Trabalho, tornou-se necessária a existência de regras de transição. Por existirem situações distintas houve a necessidade de levar-se em conta uma pluralidade de situações possíveis.

A primeira a situação analisada é a dos processos propostos na Justiça Comum, obedecendo aos prazos prescricionais da lei civil, vintenário ou trienal, e com sentença de mérito anterior à Emenda Constitucional nº45. A regra de transição para esses casos foi estabelecida no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Conflito de Competência nº 7.204-1, decidindo-se pela manutenção na Justiça Comum até o trânsito em julgado e a respectiva execução.

“as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução”

Logo, ao menos quanto a esses processos não existem discussões quanto ao prazo prescricional ao que se submetem, uma vez que ajuizados perante a Justiça Comum, e não atingidos pela mudança de competência, permanecem hígidos os prazos prescricionais civis que regeram sua propositura.

Como deveria proceder, então, o magistrado trabalhista que, em sede recursal, se depara com um Recurso Ordinário contra uma sentença proferida na Justiça comum, pretérita a EC nº 45? Neste caso deveria declinar a competência e encaminhar novamente os autos ao juízo competente, neste caso a Justiça comum, para que fosse realizada a análise recursal.

E quanto aos casos em que a ação foi proposta na Justiça Comum, mas na data da Emenda Constitucional ainda não existia sentença de mérito. Novamente a decisão do CC 7.20-41 nos auxilia, nesses casos deve o juiz cível declinar a competência e encaminhar os autos a Justiça especializada trabalhista para que promova o julgamento aproveitando-se todos os atos processuais possíveis.

“Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então.”

Não fica claro no posicionamento do STF, no entanto, qual o prazo prescricional aplicável nestes casos. Neste caso nos parece coerente a interpretação do Juiz do TRT da 3ª Região – MG, CARMO, Júlio Bernardo:

“apenas para evitar-se uma situação de armadilha para os autores das pretensões deduzidas em juízo, is que a tempo e modo ajuizaram a ação de reparação perante a justiça que era competente e no prazo prescricional afeto àquele juízo natural,

*penso ser justa e jurídica a incidência da prescrição civil, não porque o litígio guarde natureza de índole civil, e sim porque houve alteração constitucional do juízo natural, modificando-lhe a competência.*⁸⁵

Da mesma forma, em decisões recentes, o TST tem decidido:

“A alteração da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações relativas a danos decorrentes de acidente de trabalho, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, não permite a aplicação imediata da prescrição trabalhista (de dois anos) para ajuizamento de ação. Com este fundamento, a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho determinou hoje (28) o retorno de um processo à Oitava Turma do TST para que retome seu julgamento. A Turma havia considerado prescrito o direito de uma ex-empregada da Caixa Econômica Federal que sofreu acidente de trabalho em 1992 e ajuizou a ação trabalhista em 2005, após a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgar o caso.

Por unanimidade, a SDI-1 seguiu o voto do relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga. “Até a vigência da EC/45, havia fundada dúvida sobre a justiça competente para dirimir o conflito, se a cível ou a trabalhista”, observou o relator. “Em razão disso, pacificou-se no TST o entendimento de que a data do ajuizamento da ação é que rege a aplicação da prescrição, de modo que, ajuizada a ação na Justiça do Trabalho, aplica-se a regra do direito do trabalho.” No caso, porém, o acidente ocorreu em data anterior à EC/45. “Não parece razoável que, observado o prazo prescricional de 20 anos vigente à época do acidente, a parte seja surpreendida com a aplicação da prescrição trabalhista”, afirmou Aloysio da Veiga.

A saída proposta pelo relator foi a aplicação de uma regra de transição baseada naquela prevista no artigo 206, parágrafo

⁸⁵ CARMO, Júlio Bernardo, *A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidentes de Trabalho ou Doença Profissional aos Mesmos Equiparada*, Revista do Tribunal ST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

terceiro, inciso V do Código Civil de 2002. Ao reduzir os prazos prescricionais para dez anos nas ações ordinárias e três anos nas ações indenizatórias, o Código Civil estabelece que os prazos serão os da lei anterior se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.⁸⁶

Como ventilado nas notícias colacionadas acima, caberiam aqui as regras já mencionadas quando da transição do Código Civil de 1916 para o de 2002. Nos casos onde a sentença de mérito fosse proferida pelo magistrado da Justiça comum após a EC n°45 dever-se-ia anular a sentença e remeter o processo a Justiça do Trabalho. Da mesma forma, se isso fosse verificado em sede recursal trabalhista a sentença deveria ser anulada, determinando a remessa dos autos a um juiz trabalhista de primeira instância para que proferisse sentença de mérito.

Parece-nos lógico que as demandas desta natureza, quando o dano ocorreu ou foi percebido após a EC n° 45, têm como foro competente a Justiça do Trabalho. A controvérsia quanto ao prezo prescricional inerente a estas demandas também já foi apresentada, nos parecendo mais coerente a aplicação da prescrição prevista no art. 7º, XXIX, da CF.

⁸⁶ Notícia veiculada na página www.tst.jus.br em 28 de maio de 2009, referente à decisão da SDI-1 nos autos de Recurso de Revista (E-RR-99517/2006-659-09-00.5), acesso em 05 de outubro de 2009

CONCLUSÃO

Tendo traçado o cenário da prescrição referente à responsabilidade civil no âmbito trabalhista, buscou-se uma abordagem objetiva do instituto da prescrição e de alguns de seus elementos, abordando criticamente, ainda, aspectos pertinentes a regras prescricionais e as mudanças nelas ocorridas, tanto no âmbito civil, quanto trabalhista. No âmbito civil buscou-se a análise das mudanças e das regras de transição referentes aos prazos prescricionais do Código Civil de 1916 para o novo diploma legal de 2002.

Já no que diz respeito ao instituto da prescrição trabalhista, analisou-se as divergências interpretativas quanto ao prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, a constitucionalidade das mudanças promovidas pela Emenda Constitucional nº28, que igualou os prazos prescricionais para os trabalhadores urbanos e rurais, e ainda a definição jurisprudencial da prescrição total e parcial no âmbito trabalhista.

Analisou-se, ainda, mesmo sem adentrar em todas as peculiaridades atinentes ao tema, a responsabilidade civil, a natureza do dano sofrido, peculiaridades e diferenças básicas entre o dano moral, estético e patrimonial. Contemplamos ainda a mudança de competência para a análise desta matéria quando o dano ocorreu na relação de trabalho, anteriormente objeto de Justiça comum, que passou ser competência da Justiça especializada trabalhista, após a Emenda Constitucional nº45\04.

Buscou-se analisar as teorias existentes em relação aos prazos prescricionais aplicáveis na Justiça do Trabalho nas ações que tenham por objetivo a reparação civil, objeto central deste trabalho, verificando as críticas, pontos positivos e incoerências destes modelos. Por fim pontuamos as regras de transição aplicáveis com a mudança de competência da *actio nata* da responsabilidade civil decorrente da relação de trabalho.

Não se buscou extinguir o debate, nem por um ponto final nas divergências que cercam o tema, mas sim apresentar a pluralidade de teorias e opiniões que repousam sobre ele, fomentando uma análise crítica sobre um

assunto de grande relevância ao direito material e processual do trabalho, por envolver regras disciplinadoras da segurança jurídica que afetam direitos e ambições das classes trabalhadoras.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, Editora Renovar, 4ª Edição, Rio de Janeiro, 2002

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. Editora Renovar, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 2004

BRANDÃO, Cláudio, *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*, Editora LTr, 2ª Edição

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo, 2000

CAITO JÚNIOR, José, *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. Editora LTR, São Paulo, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARMO, Júlio Bernardo, *A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidentes de Trabalho ou Doença Profissional aos Mesmos Equiparada*, Revista do Tribunal ST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade Civil*, Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, Editora LTR, 3ª Edição, São Paulo, 2008

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*, Editora LTR, 7ª Ed., São Paulo, 2008

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*, Editora Saraiva SP, 1995

DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*, Editora LTR, São Paulo, 2004

GUIMARÃES, Carlos da Rocha, *Prescrição e Decadência*, Editora Forense, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 1984

GUNTHER, Luiz Eduardo e ALCURE NETO, Nacif, *A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 28 quanto à prescrição do trabalhador rural*, APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, disponível em <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_leg_03.asp>. Acesso em 04/10/2009

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor. 1984.

LACERDA, Galeno de, *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1974

LEAL, Antônio Luís Câmara, *Da prescrição e da decadência*, Editora Forense, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 1978.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas, *Prescrição da Ação de Reparação de Danos Morais decorrentes de Acidentes do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.douradonews.com.br>>.

LISBOA, Roberto Senise, *Manual de Direito Civil – Vol. 2 Obrigações e Responsabilidade Civil*, Editora RT – Revista dos Tribunais, 3ª Edição, São Paulo, 2004

MALLET, Estevão, A prescrição na relação de emprego rural após a Emenda Constitucional nº 28”. *Revista Ltr*. Vol. 64. nº 08, agosto de 2000.

MALLET, Estevão. O novo código civil e o direito do trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GUNTHER, Luiz Eduardo (coords.). *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. Editora LTR, São Paulo, 2003, p.62

MAOIR, Jorge Luiz Souto, *Indenização por Dano Moral e Material decorrente de Acidente do Trabalho - A Prescrição do Direito de Ação para Pleitear*, disponível em <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/bibliografiaselecionadas/danomoralrelacoestrabalhistas.htm>, acesso em 07 de outubro de 2009

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, SILVA, Christine de Oliveira Peter, *Prescrição e Decadência – Legislação do Trabalho* – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Editora LTR, ano 69, nº12, São Paulo, 2005

MEIRELES, Edilton, *Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho*. *Evocati Revista*, número 13, Janeiro de 2007, Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 23/09/2009

MELO, Raimundo Simão de, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Editora LTR, São Paulo, 2004

MELO, Raimundo Simão de, *Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>.

MELO, Raimundo Simão de, *Prescrição nas Ações Acidentárias Sob o Enfoque da Tutela dos Direitos Humanos*, Revista do Tribunal ST, Brasília, vol. 74, n 1, jan/mar 2008

NEVES, Gustavo Kloh Muller, coordenador TEPEDINO, Gustavo, *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Editora Renovar, 3ª Edição, São Paulo, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, Editora Forense, 9ª Ed, 2001

POESTÁ, Fábio Henrique, *Direito das Obrigações – Teoria Geral e Responsabilidade Civil*, Editora Atlas, 5ª Edição, São Paulo, 2005

REIS, Clayton, *Dano Moral*, Editora Forense, 4ª Edição, Rio de Janeiro, 1998

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: responsabilidade civil*, Editora Saraiva, 1993

RUSSOMANO, Mozart Victor, *Comentários a CLT – Vol. 1*, Editora Forense, 1ª Ed., Rio de Janeiro, 1990.

SILVA, Plácido e, *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense, 16ª ed., Rio de Janeiro, 1999

SUSSEKIND, Arnaldo, *Direito Constitucional do Trabalho*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, Editora Coimbra, 7ª Ed., Coimbra – Portugal, 1997

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*

VENOSA, Silvo de Salvo, *Direito Civil – Parte Geral*, Editora Atlas, 3ª Edição, São Paulo, 2003.

WINDSCHEID, V. Bernhard e MUTHER, Theodor, *Polêmica sobre la “Actio”*, Trad. Argentina, EJE, Buenos Aires, 1974