



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Ação Trabalhista - Rito Ordinário

1002139-29.2019.5.02.0205

Tramitação Preferencial
- Acidente de Trabalho

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/12/2019
Valor da causa: R\$ 180.000,00

Partes:

RECLAMANTE: RITA DE CASSIA TESSARINI

ADVOGADO: ENEIDA IUGA SAVASSA

RECLAMADO: HSJ COMERCIAL S.A.

ADVOGADO: MAURICIO GALVES MARQUES DE OLIVEIRA

ADVOGADO: ADRIANA RITTES GARCIA RODRIGUES

ADVOGADO: RODRIGO MARTINI

ADVOGADO: GUILHERME GRANADEIRO GUIMARAES

ADVOGADO: KAREN DRUCKER

ADVOGADO: JOSE AUGUSTO RODRIGUES JUNIOR

PERITO: LIGIA CELIA LEME FORTE GONCALVES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
5ª VARA DO TRABALHO DE BARUERI
ATOrd 1002139-29.2019.5.02.0205
RECLAMANTE: RITA DE CASSIA TESSARINI
RECLAMADO: HSJ COMERCIAL S.A.

Aos dezoito dias do mês de outubro do ano de dois mil e vinte e dois, às 18h25, estando aberta a audiência da 5ª Vara do Trabalho de Barueri na presença do Exmo. Juiz do Trabalho **LAERCIO LOPES DA SILVA**, foram, por ordem Juiz Presidente apregoados os litigantes **RITA DE CASSIA TESSARINI**, reclamante e **HSJ COMERCIAL S.A.**, reclamada. **PARTES AUSENTES**. Pelo Juiz do Trabalho foi prolatada a seguinte **DECISÃO**:

RITA DE CASSIA TESSARINI, qualificada na inicial, ajuizou reclamação trabalhista, alegando, em síntese, que foi admitida pela reclamada em 13 /05/2011, para exercer a função de Vendedora, teve como última remuneração o valor de R\$ 5.000,00, sendo dispensada em 05/06/2018. Pleiteou os títulos elencados às fls. 19/21. Deu à causa o valor de R\$ 180.000,00. Juntou documentos.

A reclamada apresentou defesa escrita, na forma de contestação, impugnando os pedidos constantes da inicial e requereu a improcedência destes. Juntou documentos.

Réplica apresentada.

Razões finais apresentadas.

As tentativas de conciliação restaram infrutíferas.

É o relatório.

Fundamento e Decido.

1. Da inépcia da inicial – memória de cálculos.

O artigo 840 da CLT exige apenas a indicação dos valores dos pedidos, não trazendo qualquer outro requisito no particular como a existência de planilhas ou cálculos.

In casu, a reclamante liquidou todos os pedidos, não havendo, portanto, qualquer irregularidade.

Rejeito.

2. Da inépcia – horas extras.

Da análise dos autos, verifico que, na inicial, a reclamante aponta especificadamente que sua jornada era de 8 horas diárias e 44 semanais, mas estendia, em média, 2h por dia de labor.

Assim, a jornada da autora foi especificamente indicada, não havendo qualquer prejuízo ao exercício do contraditório ou ampla defesa.

Rejeito.

3. Da Súmula 330 do TST.

De início, impende destacar os termos da Súmula 330 do TST: *A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.*

A referida Súmula prevê expressamente a eficácia liberatória somente em relação às parcelas constantes no recibo (TRCT), não havendo, portanto, eficácia liberatória geral.

Ademais, as parcelas pedidas na inicial não constam no TRCT.

Rejeito.

4. Da prescrição quinquenal.

Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 19/12/2019, pronuncio a prescrição das verbas contratuais anteriores a 19/12/2014 - art. 11 da CLT, art. 7º, XIX, da CF e Súmula 362 do TST.

Registre-se que, tendo em vista que os valores pago por fora se referem a salário, não se aplica a prescrição total, eis que se trata de direito garantido por lei.

5. Do acidente de trabalho.

Aduz a reclamante que foi vítima de acidente de trabalho.

Nomeado perita médica pelo Juízo, concluiu esta que *Pericianda sofreu acidente do trabalho típico - queda de escada, confirmado por CAT, com diagnostico de FRATURA DE CLAVÍCULA. Mantém limitação discreta à movimento com amplitude máxima do membro afetado, evoluiu com Capsulite Adesiva. Não constatada incapacidade laboral - dano corporal a indenizar. Observação: estima-se, para fins indenizatórios, dano corporal de 6,25%, com base na tabela da Susep, equivalente a . da amplitude do movimento completo do ombro, cujo parâmetro é 25%.*

À impugnação das partes o Vistor ratificou os termos do laudo pericial. Apesar da pungência das impugnações, as partes não trouxeram aos autos elementos que pudessem afastar a conclusão do Expert.

Por todo o exposto, não resta outra solução senão o acolhimento da conclusão do laudo pericial.

Sobre a responsabilidade do empregador nos acidentes do trabalho, assim nos posicionamos em matéria publicada na revista LTR no mês de agosto do ano de 2014:

1. DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O argumento de que a Constituição Federal (CF/88) estabeleceu uma responsabilidade subjetiva do empregador, no que se refere aos acidentes de trabalho, não se sustenta nem mesmo a partir de elementar hermenêutica. De princípio, convém lembrar que não é tarefa da Constituição explicitar conceitos; mas sim trazer normas genéricas, cabendo às leis infraconstitucionais explicitá-las, desde que respeitem os parâmetros essenciais delineados pelo Constituinte originário ou reformador. Notório é que a estrutura das Constituições, tradicionalmente, não lhes permite explicitar conceitos, tanto neste como em outros vários temas. Por isso, deixam ao legislador ordinário a tarefa de desenvolver as teorias, como ocorreu com as teorizações do dolo e da culpa. Desse modo, por óbvio, se a Constituição se referir à responsabilidade civil, terá que se manifestar tomando em consideração o sistema geral da culpa, podendo até mencionar o dolo e a culpa sem, contudo, assumir posição, a qual se estabelecerá no momento de sua concretização. Se de outra maneira agisse o legislador originário, criaria uma amarra às normas infraconstitucionais em sua tarefa de concretizar a Constituição.

Miguel Reale, a propósito, dizia que o Brasil tem duas leis fundamentais: a Constituição e o Código Civil (CC). Assim, a CF/88 garante o direito à vida (regra genérica) e o CC diz em que circunstâncias ela é garantida. Assim, *grosso modo*, se dá o processo de concretização da Constituição, em relação também a outras diversas matérias.

A Constituição Federal adotou, para alguns casos, um método de interpretação por exclusão, partindo do específico para o geral, para se evitar a repetição inútil de determinadas matérias por diversas vezes. Assim o fez, por exemplo, quando quis se referir a leis complementares ou ordinárias. Ou seja, naquilo que a Constituição não especificou que norma se regularia por lei complementar, conclui-se que a regulamentação dar-se-á por lei ordinária. Esse mesmo método foi utilizado pela CF/88 em relação à responsabilidade, vez que, quando pretendeu se referir à responsabilidade objetiva, o fez expressamente, a exemplo do disposto no §6º, do art. 37, bem como em relação ao trabalho com energia nuclear.

Assim, por essa lógica que não abrange todas as possibilidades de hermenêutica constitucional, poder-se-ia concluir que a responsabilidade descrita no inciso XXVIII, do art. 7º, da CF/88, é a subjetiva, pois se fosse objetiva o legislador constituinte o teria feito expressamente, além do que, condicionou a existência da responsabilidade ao dolo e a culpa, elementos desnecessários para se configurar a responsabilidade objetiva. Entretanto, nossa Constituição, embora analítica e de certa forma prolixa, como dissemos, não é documento com função de explicitar conceitos e teorias, de modo que possa ter eficácia plena, em todos os casos, se preocupa apenas com o estudo de sua própria dogmática. Por isso, o que se tem que entender é o fato de que, em relação ao acidente do trabalho, a Constituição Federal limitou-se a

descrever a responsabilidade de modo geral; o que não impede a aplicação da responsabilidade objetiva decorrente do sistema subsidiário disposto no Código Civil.

Observa-se, assim, que o dispositivo constitucional não pode levar de pronto ao entendimento de que a culpa acidentária descrita na Constituição é, necessariamente, aquela que leva a uma responsabilidade subjetiva, porquanto na responsabilidade objetiva também há a culpa, porém presumida (ou como prefere a melhor doutrina, não existe qualquer espécie de culpa). Portanto, seguindo a estrutura kelseniana do ordenamento jurídico, deixou a Constituição, nessa quadra, ao Código Civil a tarefa de explicitar conceitos.

Alguns propugnam que, nos contratos em que se tem relação de emprego ou mesmo relação de trabalho (art. 114, VI, da CF), a indenização por dano moral pode decorrer de responsabilidade subjetiva ou objetiva. A objetiva, adviria dos casos em que o dano decorreu do exercício da atividade perigosa que se enquadraria no disposto no parágrafo único do art. 927, do CC (o que de resto ocorre, em regra, com as atividades industriais em que se utiliza de maquinários). Já a subjetiva, poderia advir de dano decorrente de atividade que não é, à primeira vista, atividade considerada perigosa, como, por exemplo, o trabalho em escritório, doméstico, representante comercial etc. Esse raciocínio, do qual já fomos partidários aliás, da mesma forma não se sustenta, porquanto, nele, o risco do empreendimento se sobrepõe ao risco da atividade. Um equívoco afinal, pois basta que o empregado esteja à disposição do empregador para que este se responsabilize pelo dano experimentado por àquele — independentemente do tipo de empreendimento do empregador —, salvo, por óbvio, se o elemento causador não tiver relação de causalidade com as atividades do empregado, em sentido estreito do termo.

Explicamos. A responsabilidade objetiva, como se sabe, é inspirada, principalmente, na teoria do risco, porque atribui responsabilidade ao empreendedor de determinada atividade que cause riscos ou perigos, ainda que este coloque toda a diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada “teoria do risco criado” e do “risco benefício”, a qual estipula basicamente que, se o sujeito obtém vantagens ou benefícios em razão do seu empreendimento, deve arcar com os prejuízos que essa atividade causar.

Desse modo, o fato de o risco do empreendimento se sobrepôr ao risco da atividade não exime, a nosso ver, o empregador da responsabilidade objetiva, ao revés, reforça nossa tese. Não obstante, teoricamente, a atividade desenvolvida não ser de risco, uma vez verificado que o acidente ocorreu no local de trabalho, estando o empregado à disposição do empregador, já é requisito legal suficiente para este ser responsabilizado. Se assim não entendermos, não teria qualquer sentido apenas o empregador pelo acidente *in itinere*, o qual não precisa ter relação com a atividade. Talvez isso seja suficiente para resolver a indagação de

Dworkin sobre a responsabilidade quando um operário deixa cair uma chave no pé de um colega de trabalho. Quando o empregado se põe à disposição do empregado, para prestação de serviços, somente a disponibilidade para a prestação de serviços está sendo remunerada, tanto que a alteração das condições de trabalho é defeso pelo disposto no art. 468 da CLT. Vale dizer, pois, que os acidentes do trabalho, que estão fora da esfera contratual, devem ser suportados sempre por aquele que no contrato recebe os benefícios do risco criado para obtenção do lucro. Por isso, mostra-se despidiêdo falar-se em buscar quais são as atividades de risco para se inferir da culpa ou não do empregador nos acidentes do trabalho.

A “teoria do risco” tem assumido várias facetas ao longo do tempo na doutrina, todas impondo a responsabilidade objetiva de indenizar: 1) Risco profissional: em que o dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa, rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho; 2) Risco excepcional: em que o dever de indenizar surge de atividade que acarreta risco exorbitante, como no caso de transmissão de energia elétrica, exploração de energia nuclear, transporte de explosivos; e 3) Risco criado: em que o agente, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, conforme classificação do Prof. Vitor Frederico Kümpel.

Faz coro, ainda, com essa interpretação mais protetiva para o trabalhador o fato de que a responsabilidade objetiva do empregador, pelo risco da atividade laboral, tem se tornado cada vez mais uma tendência mundial em decorrência do princípio da dignidade humana. Tem-se imposto ao empreendedor que garanta ao empregado um meio ambiente de trabalho sadio e seguro, tanto do ponto de vista moral como físico, para assegurar também a sua integridade com dignidade. No Direito Comparado português, a título de ilustração, somente o dolo do empregado afasta a indenização por dano moral do que eles chamam de “ acidente ou desastres de trabalho”, seguindo a citada tendência mundial de apenar o empregador com a responsabilidade objetiva pelo risco do empreendimento ou da atividade.

“É preciso esclarecer que existem certos casos de responsabilidade objectiva, que são equiparados aos factos ilícitos culposos. A responsabilidade objectiva abstrai de toda idéia de culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo). Onde a lei a admite, basta que exista um facto materialmente imputável a uma pessoa (culpa é a imputação moral dum facto a certa pessoa) e que exista nexu causal entre esse facto e um dano, por maneira a poder dizer-se que este foi produzido por aquele. O responsável, autor material do facto, tem de ressarcir os prejuízos derivados de *caso fortuito*, pois nisso mesmo é que esta responsabilidade se distingue da subjectiva (fundada na culpa), mas não os provenientes de *força maior* ou de facto de terceiro; e também cessa a sua responsabilidade, como princípio geral, quando haja culpa do ofendido.

A nossa lei consagra a responsabilidade objectiva em matéria de acidentes de viação e de acidentes ou desastres do trabalho – sendo de notar que neste último domínio a responsabilidade subsiste, em dados termos, mesmo que o sinistro tenha sido ocasionado por culpa do sinistrado, desde que se trate de culpa em sentido estrito (negligência) e não dolo (acidente intencionalmente provocado). Parte-se do princípio de que o operário, em virtude de sua familiaridade com os perigos que o seu trabalho importa, tende a cometer descuidos que ocasionam acidentes, sendo justo que o patrão suporte os consequentes prejuízos, tal como recolhe os benefícios da actividade do operário. De acordo com isto se diz que a responsabilidade por acidentes do trabalho se funda no risco profissional¹

O nosso Código Civil, por sua vez, adotou dois sistemas em relação à responsabilidade civil, sendo um geral, que é o da responsabilidade subjetiva (art. 186), e o subsidiário que é o da responsabilidade objetiva (art. 927). Tanto que Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery² assim se posicionam sobre o tema:

O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexos de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v. g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes, considerando o sistema da responsabilidade subjetiva como a exceção.

Diz o Enunciado n. 377, da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”.

Já o Enunciado n. 38, da I Jornada do CJF estabelece:

Art. 927: Na responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo

único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

De se notar que os dois enunciados acima transcritos deixam extremos de dúvidas de que não há qualquer fundamento legal para se dizer que o art. 927 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho, porquanto não encerra qualquer contradição com o disposto no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988. Ao revés, em conjunto com o disposto no art. 186 do Código Civil, formam o sistema da responsabilidade civil, o que nem de longe pretendeu fazer o dispositivo constitucional multimencionado. A questão posta no Enunciado 38 citado acima é nitidamente de equidade, visto que não se pode validamente, em tema de direito, admitir que algumas pessoas trabalhem suportando um ônus maior do que as outras, sem qualquer previsão de uma contraprestação por isso, o que violaria o princípio constitucional da isonomia insculpido na cabeça do art. 5º da CF/88. Decorrente disso, o legislador estabeleceu regras específicas para determinadas atividades no art. 927 do Código Civil. Portanto, ao revés do que se pode pensar à primeira vista o artigo ora em comento tem forte assento constitucional em decorrência de sua vinculação firme com o princípio da igualdade. De se afastar, portanto, qualquer alegação de que há conflito de normas no caso vertente, mesmo porque a CF/88 não traz normas de responsabilidade civil a ensejar tal conflito, bem como pelo fato de que o art. 927 do Código Civil é norma de equidade com raiz constitucional. Para que haja um conflito entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais é preciso que haja uma imbricação sistêmica entre ambas, qual seja, a norma constitucional esteja apta a regular o sistema em que se insere a norma inferior e esta seja aquela que, em princípio, vai concretizar a norma constitucional. E assim o é, posto que se as normas não têm identidade sistêmica não conseguem se completar no círculo hermenêutico, visto que a norma constitucional atua no círculo como o todo e a norma inferior como a parte. Para que uma complemente a outra, dentro do círculo, é preciso que haja, necessariamente esta identidade sistêmica. Portanto, não é suficiente somente a constatação de que a norma constitucional é superior por estar no topo da pirâmide, para que se dê o conflito entre normas. O mesmo ocorre na hipótese preconizada por Norberto Bobbio, quando advoga a possibilidade de a norma inferior afastar o comando da norma constitucional, em alguns casos. De concluir-se, pois, que sempre que se quiser falar em conflito entre normas constitucionais com norma infraconstitucional (para os que admitem este tipo de conflito), necessário se faz aferir-se da imbricação sistêmica entre as mesmas.

Sobre o tema, aliás, assim se posiciona Flávio Tartuce, em exposição pormenorizadamente esclarecedora:3

Como primeiro exemplo, tem-se subsumido a norma para os casos de acidente de trabalho. Mitigando-se a regra da responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, pelo qual são direitos do trabalhador, *sem excluir outros*, “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa”. A menção a *outros direitos* flexibiliza o Texto maior, possibilitando a incidência da norma civil, em casos excepcionais. Em reforço, nota-se um claro conflito entre o art. 7º, XXVIII, da CF/1998 e o art. 927, parágrafo único, do CC 2002. Isso porque, analisando o primeiro dispositivo, chega-se à conclusão de responsabilização direta subjetiva do empregador, sempre, em todos os casos. Já pela segunda norma a responsabilidade do empregador, havendo riscos pela atividade desenvolvida, pode ser tida como objetiva, independentemente de culpa. Ora, a regra contida na Constituição Federal não é específica quanto à responsabilidade civil, tratando sim de regra de seguro como direito inerente à condição do empregado, sem excluir a indenização a que o empregador estará obrigado na hipótese em que incorrer em culpa ou dolo. Aliás, apesar de ser norma criada a favor do empregado, é utilizada a favor do empregador, ao revés e de forma absurda. Dentro dessa linha de pensamento, o dispositivo constitucional não traz regra pela qual a responsabilidade do empregador seja *sempre* subjetiva, mas somente enuncia, na sua segunda parte, que o direito ao seguro não exclui o de reparação civil nos casos de dolo e culpa. Constituindo norma geral, é também norma hierarquicamente superior em relação ao Código Civil atual, por constar na norma fundamental brasileira. Por outra via, o art. 927, parágrafo único, do CC 2002, apesar de ser norma inferior, constitui regra específica de responsabilidade civil sem culpa, inserida que está na seção que trata dessa fonte de direito obrigacional.

Note-se como bem apontou Flávio Tartuce, a norma insculpida no art. 7º, XXVIII, da CF de 1988 não trata diretamente de indenização por acidente de trabalho. É, na verdade, norma de seguro que trata, *de passagem*, da questão da indenização. Portanto, além de não ser tarefa da Constituição a de explicitar conceitos, o dispositivo a que se referem aqueles que pugnam pela responsabilidade subjetiva não se propôs a tratar especificamente de matéria dessa espécie. Ao revés, como assentado pelo mesmo autor, o art. 927, do Código Civil, é que se insere no capítulo da responsabilidade civil.

O entendimento de que a responsabilidade do empregador é subjetiva levaria, necessariamente, a uma modificação do conceito de negligência como ato passível de ser apenado mesmo sem se constituir em contumácia e uma transferência do risco do empreendimento para o trabalhador. Isto porque, nessa visão, o empregado teria que fazer o impossível: se despojar da sua condição humana, como se seus descuidos desculpáveis não lhe fossem inerentes. Sabendo que todo ser humano em determinado momento da vida é negligente, percebe-se uma injustiça quando a negligência do trabalhador passa a absolver o empregador do próprio risco do empreendimento. Isto é, nesse caso, a fraqueza da própria condição humana passa a ser mais relevante do que o risco criado para a obtenção de lucro, de modo que o corpo humano se reifica e passa a ser usado como objeto em benefício do empreendedor e em prejuízo do trabalhador por tal motivo acidentado.

A relação de emprego não pode dar lugar a uma outra espécie de luta por reconhecimento, porquanto não se admite que uma relação contratual possa separar do ser humano algum de seus direitos fundamentais. E é isso justamente o que ocorreria se o trabalhador vivesse na tensão constante de comprovar o impossível: que o seu empregador teve culpa ou dolo pelo acidente ou doença ocupacional que o vitimou.

A teoria objetiva nasceu com suporte no risco criado pela própria atividade e não pelo risco do inadequado funcionamento dos instrumentos de trabalho. Portanto, não se pode fazer um reducionismo apto a mitigar a responsabilidade do empregador, sob pena de se desvirtuar o próprio conceito de responsabilidade objetiva. Ora, o risco do mau funcionamento das máquinas é tão-somente uma extensão do risco criado pelo empreendimento. Tanto é assim que, mesmo o empregador fazendo a prova do perfeito funcionamento dos instrumentos de trabalho, permanece para ele o ônus pelo risco do empreendimento, em relação ao qual não cabe prova, já que sua responsabilidade nesse sentido é objetiva.

Tampouco existe suporte legal para se sustentar que o art. 927 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho, como o faz o Prof. Sérgio Pinto Martins, visto que a disposição é aplicada a partir do sistema subsidiário da culpa. A Constituição não faz qualquer condicionante para comprovação de culpa do empregador, mesmo porque, desde tempos remotos, com a invenção da máquina, já se tem fixado o entendimento de que a responsabilidade é do empregador pelo risco inerente aos instrumentos de trabalho. Ademais, se, nesse caso, adotássemos a tese de inaplicabilidade da responsabilidade civil como prevê o CC para os acidentes de trabalho, não caberia o ônus ao empregado, mas ao próprio empregador, a quem incumbiria provar que o maquinário estava funcionando adequadamente. Visto de outro prisma, teríamos que, se a culpa fosse do empregado, haveria então, já na assinatura do contrato de trabalho, uma *capitio diminutio* para ele, expressa numa

cláusula tácita perversa que não contemplaria, na contraprestação salarial, os riscos de acidentes. E assim, mesmo o trabalhador não sendo técnico, teria que comprovar que a disfunção da máquina ou outro elemento causador de acidente decorreria de culpa de seu empregador. Ter-se-ia aí um *jus variandi* pré-contratado.

A responsabilidade objetiva do empregador decorre, também, do fato de a lesão ao empregado se inserir no seu direito personalidade nas dimensões física e psíquica, o qual não é objeto do contrato de trabalho, visto que é uma garantia constitucional pessoal. Diferentemente dos contratos nos quais o próprio risco é objeto do ajuste, *v.g.* contrato de seguro, no contrato de trabalho o risco de acidente é apenas presumido. E para esta espécie de risco não se pode, *a priori*, aplicar a regra geral da culpa, mas tão-somente a regra subsidiária, com suporte no risco presumido que a atividade traz, independentemente de culpa do beneficiário do negócio.

De fato, se o risco decorre da própria atividade, uma vez ocorrido o infortúnio não se pode querer provar a culpa do empregador, vez que esta estava inserida no próprio risco. Se assim se procedesse, incorrer-se-ia numa tautologia, qual seja, presumir uma culpa pelo risco do empreendimento e depois tentar comprová-la. Ou se presume ou se comprova, não podendo os dois institutos conviverem harmoniosamente. Não existe máquina perfeita, o que nos leva a concluir que jamais haverá a possibilidade de se comprovar que a máquina não tinha qualquer possibilidade de falhar. Ora, se até as naves espaciais construídas sob a orientação dos melhores cientistas do mundo acabam falhando, o que se dirá das outras máquinas, em regras obras do século passado. Nas elucidativas palavras do jurista português Prof. Antônio Moreira Barbosa Melo:

“A dignidade da pessoa humana, no seu sentido mais geral e absoluto, implica na impossibilidade moral e jurídica de o seu titular ser tratado como objecto, como instrumento ou meio para a realização de qualquer fim, mesmo que seja o interesse público ou bem comum: cada pessoa é, sempre e em todas as circunstâncias, *um fim em si mesma*; não tem preço, nem é trocável por nada (I. Kant). A *eminente dignidade da pessoa humana* constitui o fundamento racional, o *ethos* ou *étimo normativo*, das comunidades políticas incluídas na extensão (*extensio*) da fórmula Estado de Direito Democrático. Tal axioma antropológico é a pedra angular ou a base de todo o nosso edifício constitucional...., fazendo recair sobre o Estado e seus poderes e sobre qualquer pessoa a instituição o dever indeclinável do reconhecer e respeitar efectivamente em si e em todos os outros a dignidade humana e, em particular, as especiais formas de expressão dela acolhidas pela ordem jurídica, nomeadamente os

direitos e liberdades fundamentais (v.g., o direito à integridade pessoal, o direito à identidade pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a série das liberdades fundamentais nominadas na Constituição, nos Tratados ou no direito comunitário aplicáveis). A todos assiste o direito ao efectivo reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais em qualquer relação ocorrente no interior da comunidade política ou com a própria comunidade política⁴.

Uma interpretação necessária do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988.

A forte ingerência dos princípios constitucionais e da força normativa da Constituição nos institutos do Direito, reclama uma nova hermenêutica das normas, por isso a interpretação deve ser feita a partir não de uma análise perfunctória ou tópica, mas a partir da epistemologia de cada instituto - no caso vertente de uma epistemologia da culpa. Desse modo, deve ser afastada análise apressada de palavras soltas no Texto Magno, que se descolam do resultado da concreção das normas no instrumento próprio. Para avançarmos na tese que estamos a defender, impende que façamos uma interpretação mais minuciosa da norma ora em comento, considerando a interpretação sistemática e teleológica. Quando o inciso XXVIII do art. 7º da CF enuncia: “seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador...”, já evidencia -se assim se quiser entender-, uma responsabilidade objetiva do empregador, porquanto reconhece o risco da atividade tanto que lhe impõe um encargo a mais em relação a todas as outras pessoas, o que é esclarecido na parte final do inciso que o seguro deverá ser feito sem prejuízo da indenização por dano moral, que deverá suportar. O fato de a CF impor ao empregador um ônus independentemente da tipificação de seus atos no sistema geral da culpa, disposto no art. 186 do Código Civil, revela a um só tempo que a culpa do empregador não é aquela do sistema geral do artigo retromencionado, e que a Constituição revela a responsabilidade solidária do empregador. Isso nos parece de clareza solar. Dessa forma, não nos parece difícil concluir que a segunda parte do artigo é apenas um alerta de que o seguro deve ser pago sem prejuízo de pagamento de indenização por acidente do trabalho. Só isso. Sem qualquer intenção de delimitar a responsabilidade por acidente do trabalho, pois não é essa a gênese do artigo. Ademais, podemos dizer que a norma é benéfica ao trabalhador tanto que impõe o pagamento de seguro contra acidentes e esclarece que não haverá prejuízo para a indenização por acidentes. Portanto, a norma constitucional teria incorrido em um paradoxo se tivesse pretendido

proteger o trabalhador e na sua parte final, por conta de ter usado as expressões dolo e culpa, pretendido livrar o empregador do sistema subsidiário da culpa. A norma teria na sua cabeça uma finalidade e terminaria com outra absolutamente oposta. Nem elementar hermenêutica pode levar a essa conclusão. Podemos dizer, com segurança, que quando a CF obrigou o empregador a fazer um seguro contra acidentes do trabalho, sem prejuízo da indenização por dano moral, o introduziu na hipótese descrita no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Isso porque classificou e qualificou as atividades como de risco.

Explicamos. Qualquer pessoa física ou jurídica que cometer um dano em prejuízo de outrem incorrera, de ordinário, no disposto no art. 186 do Código Civil (sistema geral da culpa). Contudo, ao empregador a CF, antes mesmo de o dano ser cometido, por conta do risco do empreendimento, o obrigou a proteger o trabalhador com um seguro contra acidentes do trabalho, o que revela, sem desassombro, que o dispositivo constitucional multimencionado esteve longe de querer submeter o empregador ao regime geral da culpa, ao revés, demonstra a preocupação com um regime especial de culpa para proteger a integridade física e moral do trabalhador e o sistema de seguridade social. Ora, quando o Legislador Constituinte obrigou o empregador a pagar um seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização pelo mesmo motivo, desenganadamente criou uma responsabilidade objetiva ao empregador, repita-se. Qual é o fundamento do seguro se não o risco do empreendimento? Teria sentido se reconhecer uma responsabilidade objetiva e depois dizer que pelo menos fundamento a responsabilidade por acidentes seria subjetiva? Não se aplicaria ao caso a máxima de que onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito? Poder-se-ia dizer que as expressões dolo e culpa citadas no art. 7º XXVIII, da CF enquadram-se naquilo que a doutrina diz que o legislador falou mais do que devia. Se isso parece um exagero, diríamos então que decorrem da estrutura da Constituição que sempre se reporta aos sistemas gerais, ante a abstração de suas normas. Na interpretação, o que se tem que buscar são menos palavras soltas nas normas, mas mais a finalidade dessas, máxime na Constituição que sempre procura resguardar a concretização dos seus princípios vetores ancorado na dignidade da pessoa humana. Se o Estado criou para si uma responsabilidade objetiva contra o empregador, que, por via oblíqua, resguarda direitos do trabalhador, não teria sentido o entendimento que pela mesma razão importasse em responsabilidade subjetiva quando em litígio com o hipossuficiente, que tem muito menor poder perante o empregador. Seria um contrassenso.

A legislação infraconstitucional, posterior à CF obriga o empregador a tomar diversas providências a comprovar que o meio ambiente do trabalho encontra-se saudável e sem elementos nocivos à saúde do trabalhador, a exemplo do laudo de ergonômico ou LTCAT; exames médicos ocupacionais do empregador (ASO'S); PCMSO, PPRA. Todas estas exigências caminham no sentido de

que o ônus de comprovar a saúde do ambiente é mesmo do empregador, daí se concluindo que não há qualquer espaço para se falar que o empregado tem que comprovar o dolo ou culpa do empregador. Por óbvio, se não cumpriu com as determinações de sanear o ambiente de trabalho, dado o risco inerente e presumido do uso dos maquinários, não se há de falar na necessidade de comprovação de culpa. Vale anotar de que a imposição constitucional para garantia de um meio ambiente saudável inclui o meio ambiente do trabalho. A doutrina alemã firmou entendimento de que em relação a parte do contrato de trabalho onde o empregado não pôde opinar, não se lhe pode atribuir qualquer tipo de ônus, portanto esse entendimento aqui se aplica como uma luva, visto que o empregado, ao assinar o contrato de trabalho, não tem a menor condição de opinar sobre a segurança do local de trabalho, o que fica portanto ao alvedrio do empregador. Atribuir, portanto, uma responsabilidade de o empregado comprovar a responsabilidade do empregador em relação a causa que não pôde opinar na assinatura do contrato, não se coaduna com processo de produção ou colheita de provas no contrato típico de trabalho, com suas nuances.

Extrai-se da mesma forma da doutrina alemã que os deveres de cuidado e assistência que o empregador tem que ter com o empregado é uma forma específica de direito de personalidade específico da Justiça do Trabalho, portanto impor ao empregado o ônus da prova decorrente de uma ferramenta do empregador é transferir ao empregado o ônus do cuidado que deveria ser suportado somente pelo empregador. Nesse sentido se pronuncia Peter Häberle:

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho”5

O que deve reger uma interpretação de qualquer instituto de direito não é uma análise perfunctória ou tópica jogadas quase ao léu, mas sim um estudo aprofundado da epistemologia do instituto em comento, no caso ora em comento, a epistemologia da culpa. Portanto, para uma análise teórica do instituto deve-se ter em conta os seguintes elementos: a teoria do risco do empreendimento; do risco criado; do risco benefício; da isonomia; do resguardo do meio ambiente de trabalho; do princípio constitucional da impossibilidade de retrocesso e, finalmente, o princípio da dignidade humana. Este deve ser visto aqui sob dois prismas, quais sejam, tanto o da dimensão comunitária (ou social) onde cada pessoa e todas as pessoas devem ser reconhecidas em dignidade e respeito, como o da pessoa humana vista em sua forma de unicidade com bloqueio de separação entre a pessoa que pode ser explorada sem consideração aos seus direitos humanos fundamentais.

Para Gadamer, compreensão, interpretação e decisão estão compreendidas indissolúvelmente num mesmo ato, portanto podemos dizer que a compreensão e a interpretação vinculam-se obrigatoriamente aos parâmetros de justiça, visto que a decisão do juiz está sempre vinculada da mesma forma a um juízo de equidade, cujo comando decorre do princípio constitucional de acesso à justiça. A interpretação constitucional comporta a observância de determinadas técnicas. Entre outras técnicas, Gadamer considera a tradição, o encontro de horizontes da norma e do intérprete e o mundo da vida, tudo isso analisado dentro do que chama de círculo hermenêutico.

Se colocássemos a norma do art. 7º XXVIII da CF no círculo hermenêutico como norma-mor (todo) e colocássemos da mesma forma a norma do artigo 186 do Código Civil como a parte, teríamos então que no giro o todo completaria a parte e vice-versa, resultando em que não se sustentaria dar-se natureza diversa da norma constitucional com relação à norma do Código Civil e a alegação de não aplicação do art. 927 do Código Civil na Justiça do Trabalho seria, então, simplesmente um sem sentido - data máxima vênia. Karl Larenz adverte que quando o retorno no círculo hermenêutico se dá sem a devida qualificação, temos então uma tautologia. E diríamos que quando este retorno se dá de forma não qualificada isso ocorre não em círculo, mas em linha reta, visto que o que dá "circularidade ao círculo", não são outras coisas senão as próprias qualificações. Dizer, pois, que a responsabilidade é subjetiva sem se ater ao círculo hermenêutico é incorrer em uma tautologia. Mostra-se de insondável importância reconhecer-se na interpretação tanto o horizonte da norma como o horizonte do intérprete, e que na conjunção de ambos encontremos o ponto de estofa da interpretação. No caso ora examinado, nos parece que ambos os

horizontes caminham no sentido de uma proteção em detrimento de uma responsabilidade por conta de benefícios a serem auferidos com a exploração da mão de obra, em presumível prejuízo à saúde do trabalhador e do sistema de seguridade social. Se dissermos que os termos dolo e culpa comportariam uma interpretação com suporte em uma sintaxe - uma justificativa para a responsabilidade subjetiva -, nos defrontaríamos com a contradição de que os termos são mais uma imperfeição de semântica do que uma autorização para análise sintática, mesmo porque na norma que ora se interpreta sintaxe, semântica e pragmática se entrelaçam num enredo que dá sustentação à unidade da compreensão, interpretação e decisão.

Se concordarmos com o que já se disse de que a compreensão de hoje será apenas a pré-compreensão de amanhã, teríamos que aceitar com Gadamer de que o mundo da vida deve ser considerado firmemente no momento da interpretação. O mundo da vida aqui devemos entender como as mudanças sociais que atuam na norma como uma mutação da sua finalidade, com manutenção do texto. O horizonte do intérprete está vinculado ao mundo atual, o que nem sempre ocorre com o horizonte da norma (do legislador), por isso que há de haver uma simbiose entre os dois horizontes para se encontrar um ponto de equilíbrio. Quando os dois horizontes se afastam em demasia, podemos estar diante do fenômeno da lacuna axiológica ou ontológica.

Na jurisprudência dos interesses, o juiz deveria verificar a vontade originária do legislador, e sua avaliação pessoal inserir-se-ia apenas se aquela primeira verificação não tivesse sido frutuosa. Ao contrário, na jurisprudência dos valores constata-se que o juiz está sempre obrigado a prolatar uma sentença e se propõe a indicar os valores que o guiam, quando a norma silencia. Na jurisprudência dos valores, com Westermann e Larenz foi possível indicar a linha de separação entre norma e valor e entre direito e valor, esta última indicava uma linha contínua ao longo da qual o juiz se move livremente.

1.2 O princípio do solidarismo informando a responsabilidade solidária do empregador.

A publicização do direito privado, inclusive o direito do trabalho, se deu ao longo do século XX, com o advento do Estado Social e a percepção da desigualdade material entre os indivíduos, portanto o direito civil começa superar o individualismo, visto que a *autonomia da vontade* passa a ser mitigada. Esta intervenção do Estado nas relações entre particulares se deu em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, mediante a introdução de *normas de ordem pública*.

Logo após o segundo pós-guerra havia ainda um apelo muito grande para a aplicação da cláusula *pacta sunt servanda* nos contratos, tanto que o

Conselho Constitucional na França chegou a levar esta cláusula a uma aferição de sua constitucionalidade. Contudo, essa cláusula já vinha sendo mitigada pela cláusula *rebus sic stantibus*, a chamada teoria da imprevisão, porém esta teoria não podia ser aplicada aos contratos de trabalho, visto que visa uma divisão de riscos, portanto em contratos como o contrato de trabalho não pode haver uma divisão de riscos, por isso também que não se pode falar, em qualquer hipótese, que a responsabilidade do empregador é subjetiva, vez que transfere ônus do risco do empreendimento ao empregado, que somente pode ser suportado pelo empregador. Para além da cláusula *rebus sic stantibus*, também mitigou a cláusula *pacta sunt servanda*:

i) a função social da propriedade, que abriu espaço para que a função social se integrasse a outras instituições;

ii) a função social do contrato;

iii) o entendimento de que a pessoa humana do contrato não é a pessoa contratual que pode ser dividida, mas uma pessoa indivisível com direitos fundamentais e dignidade humana, inseparáveis da sua condição de trabalhador. Radbruch, já referido acima, no início do século passado, advertia que nas relações de emprego, o que se tem que entender para interpretar o direito do trabalho é que de um lado da relação existe não um salário a ser pago por conta de uma prestação de serviços, mas sim uma pessoa humana, que tem dignidade que deve, *a priori*, ser preservada, reservando-lhe especial proteção.

Decorre disso que a preservação do direito de personalidade do empregado na relação de emprego tornou-se questão de ordem pública, conforme preceitua o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil.

Nessa linha de raciocínio pontua Gustavo Tepedino⁶:

“Inserida no processo de funcionalização dos institutos do direito civil, a função social enseja a mitigação do princípio da relatividade dos contratos (por assim dizer, *a relativização da relatividade*- grifos do autor), por meio da imposição de deveres aos contratantes. O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes. Pelo contrário, inserido que está na ordem constitucional comprometida com valores de solidariedade e igualdade

substancial, o contrato apenas será merecedor de tutela pelo ordenamento se promover tais valores”.

Na linha do Prof. Tepedino já vínhamos sustentando que nas relações assimétricas de poder, caso típico do contrato de trabalho, solidariedade e igualmente não podem ser interpretadas a partir da insuficiente dogmática jurídica, que não traz elementos suficientes para as postulações com caráter existencial, visto que a igualdade formal revelar-se-ia como injustiça ou uma assunção da desigualdade.

1.2. A natureza da indenização e o princípio da proibição de retrocesso social (*entrenchment*).

O Decreto 4.682/23, conhecido como lei Eloy Chaves, base da previdência social no Brasil, dispõe no parágrafo único do seu art. 39:

“Nos casos de acidente, quando os fundos da Caixa não forem suficientes para o pagamento da aposentadoria ou pensão, conforme as taxas estabelecidas na presente lei, poderão sempre o empregado ou seus sucessores optar pelo recebimento das indenizações na Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que, nesses casos, ficarão a cargo das empresas ferroviárias”

Por sua vez, o Decreto nº 3.724/19, preleciona em seu art. 2º:

“O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo fato do trabalho **ou durante** este, obriga o patrão a pagar uma indenização ao operário ou à sua família, excetuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima ou de estranhos (GN)”.

Vê-se, através da disposição supra, que o legislador não fazia qualquer referência a possibilidade de livrar-se o empregador da indenização por acidente do trabalho, ressalvado o caso de dolo, o que nos leva à conclusão de que a responsabilidade era efetivamente a objetiva. A dicção ‘ou durante este’ (referindo-se a acidente ocorrido durante a jornada de trabalho, mesmo que não esteja à execução da atividade laboral) reforça o nosso entendimento, acima já lançado, de que basta o fato de o empregado estar à disposição do empregador para fazer jus a uma indenização por dano moral, o que supera a tese de que é devida a indenização somente em casos nos quais as atividades são de risco.

Da mesma forma o decreto em referência deixa extreme de dúvidas de que a responsabilidade objetiva do empregador somente é afastada nos casos de dolo do empregado ou de terceiro. Constatamos, então que no Brasil existe legislação que postula pela responsabilidade objetiva do empregador. Poderíamos então, diante da história constitucional brasileira e do direito comparado, dizer que normas entrincheiradas podem sofrer um retrocesso? Nem se pode cogitar de que isso

pode se dar por conta de que a responsabilidade subjetiva veio descrita na CF/88 oriunda de um processo constituinte originário que não está vinculado a nenhuma ordem jurídica anterior. A referida legislação infraconstitucional não teria sido recebida pela nova ordem constitucional?

A doutrina conceitua o entrenchamento ou *entrenchement*, também chamado de proibição de retrocesso, princípio do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição como a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade. Dessa forma, as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em uma determinada intensidade e essa intensidade é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais, acarretando uma proteção à precisão dos valores constitucionais, o que impede sua modificação para atender a particularidades e, ao mesmo tempo, serve para aumentar a segurança jurídica do conteúdo das normas constitucionais e efetivar a jurisdição constitucional. 7

O entrenchamento se dá com maior facilidade entre as normas trabalhistas vez que elas, por sua vinculação dos direitos básicos do trabalhador, recebem especial proteção e são, por isso, normas materialmente constitucionais, visto que, embora não constem da Lei Maior, são equiparadas às normas constitucionais, outras vezes, por se constituírem em direitos de personalidade dos empregados, se imbricam com o conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana. No caso ora em comento, tratam-se de regras de condições de trabalho que postularam pela reponsabilidade objetiva do empregador desde a invenção da máquina que aumentou sobremaneira os riscos de infortúnios, portanto se incorporaram em definitivo no patrimônio dos trabalhadores, sem qualquer possibilidade de retrocesso, sobretudo na contemporaneidade com a sofisticação das tecnologias e a ampliação do atendimento da observação da pessoa humana com unidade com seus direitos fundamentais nas relações jurídicas, máxime nas relações assimétricas de poder como as relações trabalhistas com a magistral diferença de poderio do empregador com o trabalhador e seus instrumentos de exploração.

Walber A. Moura, na obra citada refere que a decisão judicial também é um parâmetro para o estabelecimento do princípio do não-retorno, que pode firmar um determinado conteúdo, impondo, de forma vinculante, sua obrigatoriedade para todos os poderes estabelecidos. Para o mesmo autor a proibição do retrocesso pode ser reconhecida na esfera das decisões judiciais, contudo, deve estar respaldada por condições sociais, para auferir legitimidade dentro das relações de poder existentes na sociedade, sendo estas condições um requisito imprescindível a sua concretização. Isso, segundo o autor, não é um dado apenas dogmático, um a *priori*

normativo, seu conteúdo valorativo primeiro deve ser paulatinamente incorporado à sociedade para depois ser concretizado juridicamente.

Podemos, então, afirmar que nas constituições democráticas, para além dos processos de recebimento pelo sistema constitucional de normas infraconstitucionais compatíveis com a Constituição, são também incorporadas como normas materialmente constitucionais aquelas entrincheiradas à vida do sistema do direito e que não se mostrem incompatíveis com o novo sistema, e foi exatamente o que ocorreu com o Decreto acima referido.

Nesse sentido preleciona Carlos Roberto Siqueira Castro⁸, *in verbis*

“Ao lado dessas garantias formais, existem aquelas que vigoram por via de implicitude e que são reconhecidas como integrantes do sistema constitucional de liberdades públicas por força de decisões judiciais, consoante previsto na 9ª Emenda da Lei Magna norte-americana, que inclui no elenco dos direitos individuais aqueles já titulados pelo povo (*retained by the people*), o que reverencia a ideia jusnaturalista de direitos “*pré-constitucionais*” e mesmo “*pré-estatais*” a serem observados pelo Estado...”

O que estamos a dizer é agora reforçado com os ensinamentos do Prof. Carlos Siqueira de que algumas normas já titularizadas pelo povo se integram à Constituição de forma implícita, no caso brasileiro, pois nunca tivemos uma Emenda Constitucional com a mesma função da Emenda 9ª da Constituição norte-americana.

Com supedâneo nas lições de José Afonso da Silva, o Desembargador do TRF da 5ª Região, José Augusto Delgado⁹ classifica a indenização por dano moral por acidente do trabalho como um direito fundamental, portanto, com extrato constitucional.

Esse debate não deixa de ter o seu lado ideológico, visto que de um lado posicionam-se aqueles com resquícios do estado liberal, que não veem importância em separar o que pode ou não ser elementos da relação de emprego, por

conta da necessária observância da pessoa humana como unicidade. Isso não é de somenos importância, visto que o dano moral enquadra-se no direito de personalidade do empregado, nas suas dimensões física e/ou psíquica. Tanto que, para Thiago Ferreira Neves¹⁰, o marco do reconhecimento, nos ordenamentos jurídicos, dos direitos de personalidade se confunde com o da tutela dos direitos do homem, que por sua vez tem íntima relação com a ascensão da dignidade humana. Prossegue o mesmo autor dizendo: "Tal ocorre com quaisquer direitos subjetivos, o titular dos direitos da personalidade tem o poder de exigir de outrem um determinado comportamento: em relação aos particulares, devem eles se abster de qualquer conduta ofensiva aos direitos inatos; no que tange ao Estado, além do dever de não violação aos direitos da personalidade, deve ele também promover o desenvolvimento do indivíduo, uma vez que, por serem os direitos da personalidade direitos inatos à condição da pessoa, deve o Estado adotar medidas que satisfaçam a plena realização da dignidade humana". No mesmo sentido enfatiza Anderson Schreiber,¹¹ para quem os direitos de personalidade são inatos à pessoa e inerentes à condição humana, consistindo em um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem.

Quando se postula por uma responsabilidade subjetiva de um direito fundamental, como o decorrente do dano moral acaba-se, de forma indireta, por aceitar uma relativização e derrogação um direito fundamental, desprezando seu forte imbricamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos de personalidade estão descritos nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002 e têm como características a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, além de outras descritas pela doutrina. Por isso que Thiago Ferreira Neves reconhece o *status* constitucional das disposições do Código Civil referentes aos direitos de personalidade integrando-as no chamado *bloco de constitucionalidade*, portanto as normas que asseguram o direito de personalidade seriam normas materialmente constitucionais, ou seja, não estão inscritas formalmente na Constituição, mas têm conteúdo de Constituição.

Em sendo a indenização por dano moral um direito fundamental, não é preciso maiores inserções em hermenêutica para se concluir que não se pode exigir, em nenhuma hipótese, que se obrigue o empregado a fazer a prova de que não dera causa ao acidente ou possibilitar que o empregador faça a prova de que não tivera culpa pelo acidente. E assim o é, visto que, de ordinário, todos os direitos fundamentais se reconduzem ao princípio da dignidade humana pela identificação de um núcleo essencial comum¹². Esta atração se dá para a garantia do mínimo de existência condigna com suporte no princípio da dignidade humana.

Como já dissemos acima, a indenização por dano moral por acidente do trabalho se insere nas garantias constitucionais de garantia da integridade física, por isso é considerada um direito fundamental. Não foi outra a intenção do legislador a elaborar o Decreto 3.724/19. Isso por que a possibilidade de indenização se dá em meio a um contrato onde um ser humano coloca sua vida e integridade física em risco sem uma contraprestação contratada. Daí o suporte da sustentação da nossa tese de que basta estar o empregado à disposição para ver-se no direito de receber a indenização.

Atua, ademais, como óbice a uma interpretação de que o art. 7º, XXVIII da CF/88 trata de responsabilidade subjetiva, o princípio do não retrocesso social ou entrincheiramento de normas. Ora, com os adventos do Decreto 3.724/19 e das Lei Eloy Chaves e de leis no direito comparado, sobretudo na Europa, que se referiam a proteção contra acidentes do trabalho, todas obrigavam os empregadores com responsabilidade objetiva.

Nem mesmo as constituições estão livres para retroceder em direitos conquistados secularmente e que têm assento em asseguramento de garantias constitucionais, visto que se reconduzem ao núcleo essencial do princípio da dignidade humana - que se confunde com o próprio Estado Democrático de Direito. Impede-se, pois, qualquer tipo de retrocesso. O não-retrocesso em direitos fundamentais é da própria essência do Estado de Direito.

Sobre a impossibilidade de a Constituição retroceder assim se posicionou o Tribunal Constitucional Federal alemão:

"O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um 'legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE- Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal) 3, 225 (232). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos 'jurídicos' nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplica-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)).

O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo ab initio....

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à 'lei e ao direito' (art. 20, §3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante e necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretiza-la é a tarefa da jurisprudência". (Robert Alexi, conceito e validade do direito. Ed. Martins fontes)

Nesse sentido concluiu o Tribunal Constitucional Federal alemão:

"O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um 'legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE- Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal) 3, 225 (232). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos 'jurídicos' nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplica-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)).

O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo ab initio....

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à 'lei e ao direito' (art. 20, §3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante e necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretiza-la é a tarefa da jurisprudência". (Robert Alexi, conceito e validade do direito. Ed. Martins fontes)

Na *praxis* da casuística jurídica, de ordinário, em primeiro grau, os juízes adotam amplamente a responsabilidade objetiva, mesmo porque transferir o risco do empreendimento ao empregado não é outra coisa senão violar a sua dignidade humana, pois passa o empregado a ser objeto do contrato, sem uma contraprestação que faça jus à sua dignidade.

Vê-se, pois, que não aceitamos qualquer outra tese que não seja aquela ligada à responsabilidade objetiva do empregador, como deixamos acima assentado.

Arbitro os honorários periciais do perito médico em R\$ 2.500,00, a serem suportados pela reclamada, ante a sua sucumbência no objeto da perícia - art. 790 - B.

6. Da indenização por dano moral e material.

Pretende a reclamante indenização por dano moral e material devido ao acidente do trabalho sofrido.

As provas colhidas nos autos nos levaram à conclusão pelo nexo de causalidade, acolhendo a conclusão do laudo pericial, conforme já fundamentamos acima. Isso significa que o acidente de trabalho causou-lhe um dano que deve ser suportado pela reclamada, tanto no plano moral como no material, visto que sua integridade física não integra o contrato de trabalho, como já fundamentamos acima sobre a responsabilidade do empregador.

No momento em que firma o contrato de trabalho as partes se responsabilizam cada uma por determinadas obrigações que se não cumpridas pode levar a uma prorrogação ou rescisão do contrato e uma das obrigações do empregador é a de manter um ambiente de trabalho sadio para que a saúde do trabalhador não se torne um objeto do contrato de trabalho sem uma contraprestação. Portanto, se de outra forma não se proceder, a única conclusão a que se pode chegar é a de que o acidente deve ser indenizado, fazendo uma redução incompreensível com afastamento de garantias constitucionais secularmente conquistadas, como já dissemos, introduzindo o corpo e a dignidade do trabalhador como objetos contratados implicitamente de forma gratuita. É a pessoa humana vista não com uma unidade de dignidade, mas sim dividida e reificada para facilitar a exploração capitalista.

Nem é preciso descolar-se de elementar hermenêutica para se concluir que acidentes que decorrem exclusivamente da execução do trabalho cotidiano causam um dano ao empregado que deve ser reparado, sob pena de seu próprio corpo tornar-se um objeto (reificado) na busca insaciável de lucro pelo empregador.

Na jurisprudência e doutrina europeias a questão da indenização por dano moral, com sua experiência secular, tem se pautado por entender como indenizável o 'simples' susto ou sofrimento de uma pessoa por ter assistido uma cena degradante e de grande sofrimento v.g., um acidente grave com vítimas.

Para concluirmos que os acidentes em si denotam um dano moral, basta que apliquemos a máxima de Kant: "Aja apenas segundo um determinado princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal". E como dissemos acima a necessidade de preservação da dignidade humana e da preservação de um ambiente sadio de trabalho implica em dizer que a garantia da produtividade não pode ser buscada em detrimento destes direitos, posto que se assim fosse o ser humano estaria sendo utilizado como *meio*, o que equivaleria na teoria de Immanuel Kant a utilizar o ser humano como coisa, eis que o ser humano só pode utilizado como fim, ou seja, todas as coisas só podem ser realizadas tendo como fim o ser humano e os seus direitos, sobretudo a dignidade humana.

Assim fundamentado, defiro o pedido de indenização moral no importe de R\$ 20.000,00, nos limites do pedido, por entender como justo e razoável para o caso "sub judice", tendo eficácia punitiva para o ofensor e servindo de limite para possível reincidência, sem ocasionar lucro fácil para o ofendido e empobrecimento demasiado para o ofensor. Neste sentido peço vênias para a transcrição da seguinte ementa "Dano moral. CF, art. 5º, X. O valor deve ser justo e razoável. Justo, para reparar a injustiça e para que todos saibam da ofensa e da

reparação; e razoável, para que a indenização não sirva de pretexto para o enriquecimento de um e empobrecimento de outro. Não basta que se condene o ofensor a pagar uma quantia simbólica, como que lhe dando uma advertência para que o ato não se repita. É necessário que o valor sirva de limite ao agressor.” TRT/SP 20000561988 RO - Ac. 09ªT. 20010669781 DOE 26/10/2001 Rel. LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA. Também neste sentido: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A reparação do dano moral deve ter em conta o princípio da razoabilidade, resultante da avaliação do porte do ofensor e do perfil do ofendido, atuando de forma didática e, portanto, com força suficiente para que a ofensa não se repita.” TRT/SP 20000337441 RO - Ac. 08ªT. 20010731290 DOE 04/12/2001 Rel. JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA.

Improcede o pedido de danos materiais/pensão vitalícia, eis que a reclamante encontra-se com a sua capacidade laboral preservada. Ademais, não provou a autora qualquer prejuízo material decorrente da referida doença, não se desincumbindo do seu ônus – art. 818 da CLT.

7. Dos danos morais - assédio.

Postula a reclamante indenização por danos morais, sob a alegação de que havia a cobrança excessiva por metas; era exigido dress code, com o uso de roupas finas, maquiagem, cabelos impecáveis, manicure perfeita, procedimento conhecido como “dress code HS”, sem qualquer ajuda de custo para isso; exigência de participação no programa Balance and Elegance, com propósito de manter a Reclamante e demais vendedoras dentro de um padrão que consideravam necessários, ou seja, as vendedoras deveriam cuidar do corpo e se magras para o exercício das suas atividades de vendas; obrigatoriedade de vender sem nota; passe de comissões, quando era obrigada a dividir sua comissão com a Gerente ou outras vendedoras, o que lhe causava um prejuízo.

De início, insta esclarecer que o dano moral representa lesão de caráter extrapatrimonial, tendo como escopo reparar a violação aos direitos da personalidade como a honra, intimidade e vida privada, bem como a dor e sofrimento do empregado, provenientes de determinado ato praticado de forma ilícita pelo empregador.

Assim, o dano moral indenizável é aquele que fere os direitos personalíssimos da pessoa, cuja gravidade é capaz de abalá-la psicologicamente, moralmente e em sua autoestima.

Insta salientar que é desnecessária a prova do dano moral, porquanto, a esfera atingida da vítima é a subjetiva, tal seja, seu psiquismo, sua intimidade, sua vida privada, gerando dor e angústia. Destarte, basta a prova do fato ilícito, potencialmente gerador do dano moral.

Ademais, o valor a ser estabelecido a título de danos morais deve ser justo e razoável. Justo, para reparar a injustiça e para que todos saibam da ofensa e da reparação; e razoável, para que a indenização não sirva de pretexto para o enriquecimento de um e empobrecimento de outro.

O Artigo 223-B da CLT conceituou o dano extrapatrimonial como a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são os titulares exclusivos do direito de reparação.

O enunciado n. 159 da III Jornada do CJF assim estabelece em análise ao art. 186 do Código Civil:

"Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente à prejuízo material".

No que pertine ao dress code, a própria reclamante, em depoimento, afirma que *que a reclamada exigia um tipo de vestimenta para trabalhar na loja que chamava de dress code; que a depoente só poderia usar roupas de cores preto, azul, branco; que as vestimentas tinham que ser calça, vestido ou saia; que a roupa tinha que ter um tecido bom; que havia ainda a exigência de usar sapato, maquiagem, manicure e cabelo tudo bancado pelo empregado; que depois de sair da reclamada continua arrumando o cabelo e fazendo manicure, mas não como era exigido na empresa; que a depoente nunca mais se utilizou das roupas que se utilizava na empresa, que eram roupas sociais.*

A simples exigência de espécie de uniforme social e de estar devidamente arrumada para o atendimento de clientes, por si só, não viola a dignidade da autora, nos termos acima expostos.

Caberia apenas a indenização material pelas despesas necessárias ao atendimento das exigências da reclamada no particular, o que não foi requerido.

No que pertine às cobranças excessivas, não provou a autora a existência destas, não se desincumbindo do seu ônus – art. 818 da CLT. Registre-se que a simples existência de ranking entre os vendedores e a cobrança dos superiores pelo atingimento de metas não viola a dignidade do empregado.

Outrossim, não provou a autora que era obrigada a vender sem nota ou que tinha que dividir o valor de suas vendas, não se desincumbindo do seu ônus – art. 818 da CLT.

Quanto ao programa Balance and Elegance, conforme depoimento da testemunha Cintia, *que o programa balance elegance consistia em a gerente pesar e medir a circunferência das pessoas, que era feito no fundo da loja do lado da mesa da gerente; que reconhece na fls. 160 o local onde as pessoas eram medidas e pesadas; que a gerente obrigava as pessoas a pesarem e serem medidas; (...) que a gerente dizia que quem não aceitasse participar do programa teria seu nome repassado para a supervisora.*

O referido depoimento revela que a reclamada obrigava a reclamante a passar por processo em que era pesada e se tirava as medidas das suas circunferências, em total violação ao seu direito de intimidade, eis que a composição corporal a autora em nada influenciava na atividade da reclamada.

Posto isso, defiro o pedido de indenização por dano moral no importe de R\$ 5.000,00, por entender como justo e razoável para o caso "sub judice", tendo eficácia punitiva para o ofensor e servindo de limite para possível reincidência, sem ocasionar lucro fácil para o ofendido e empobrecimento demasiado para o ofensor. Neste sentido peço vênia para a transcrição da seguinte ementa "Dano moral. CF, art. 5º, X. O valor deve ser justo e razoável. Justo, para reparar a injustiça e para que todos saibam da ofensa e da reparação; e razoável, para que a indenização não sirva de pretexto para o enriquecimento de um e empobrecimento de outro. Não basta que se condene o ofensor a pagar uma quantia simbólica, como que lhe dando uma advertência para que o ato não se repita. É necessário que o valor sirva de limite ao agressor". TRT/SP 20000561988 RO - Ac. 09ªT. 20010669781 DOE 26/10/2001 Rel. LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA. Também neste sentido: "DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A reparação do dano moral deve ter em conta o princípio da razoabilidade, resultante da avaliação do porte do ofensor e do perfil do ofendido, atuando de forma didática e, portanto, com força suficiente para que a ofensa não se repita." TRT/SP 20000337441 RO - Ac. 08ªT. 20010731290 DOE 04/12 /2001 Rel. JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA.

8. Das comissões.

Postula a reclamante a integração ao salário de valores pagos a título de comissão por fora. Aduz ainda que havia o desconto ilegal na base de cálculo da comissão nas vendas em cartão de crédito e em cheque ou carnê.

Sustenta a reclamada a inveracidade das afirmações.

No que pertine aos pagamentos por fora, da análise dos autos, verifico que a reclamante, em depoimento pessoal, confessou que *recebeu comissão fora do contracheque nos primeiros quatro anos de trabalho; que posteriormente todo valor da comissão passou a ser pago dentro do contracheque.*

Ocorre que o contrato de labor teve início em 13/05/2011. Assim, supostamente, houve o pagamento irregular até 13/05/2015.

Tendo em vista que foi declarada a prescrição dos direitos anteriores a 19/12/2014, somente está em discussão o período de 19/12/2014 a 13/05/2015.

Quanto a esse período, não provou a autora a existência de qualquer pagamento por fora, não se desincumbindo do seu ônus – art. 818 da CLT.

Dessarte, julgo improcedente o pedido no particular.

Da mesma forma, quanto à alegação de que havia desconto na base da comissão quando o pagamento era em cheque ou carnê, não provou a autora a existência de tal fato, não se desincumbindo do seu ônus. Improcede.

Por outro lado, quanto ao desconto na base da comissão quando o pagamento era em cartão de crédito, conforme depoimento da testemunha Cintia, *quando a venda era feita parcelada no cartão de crédito havia um desconto de 15% na comissão.*

O referido depoimento comprova a tese autoral.

Assim, reconheço que a reclamada realizava o desconto indevido de 15% na base da comissão quando o pagamento era em cartão de crédito.

Pelo exposto, condeno a reclamada ao pagamento do desconto indevido no importe de 15% sobre o valor das comissões pagas sobre as vendas via cartão de crédito durante o período imprescrito, conforme ficha financeira.

Fixo a título de vendas por cartão de crédito o percentual ora arbitrado de 60% das vendas da autora. Assim, deverá ser pago o importe de 15% sobre o valor de 60% das comissões pagas mensalmente, conforme ficha financeira, bem como reflexos em DSRs, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS mais 40%.

9. Das horas extras e intrajornada.

Postula a reclamante o pagamento de horas extras, porquanto, conforme jornada alegada na inicial, exerceu labor extraordinário sem a sua devida remuneração.

Contesta o pedido a reclamada argumentando que os controles de ponto comprovam o horário efetivamente laborado pela reclamante.

Da análise dos autos, conforme depoimento da testemunha Cintia, *quando a depoente fazia hora extra a gerente pedia que marcasse o cartão às 17h00 e continuasse a trabalhar.*

O referido depoimento demonstra que a reclamante não podia anotar a real jornada de labor, razão pela qual declaro inválidos os controles de ponto colacionados e presumo verdadeira a jornada alegada na inicial, nos termos da Súmula 338 do TST.

Outrossim, conforme ainda depoimento da testemunha Cintia, *que trabalhava das 09h30 às 17h00; que se não está enganada a reclamante trabalhava das 14h00 às 22h00; que a depoente fazia hora extra pois dependia do cliente, estendendo a jornada até as 18h00 / 18h30; que em datas comemorativas estendia a jornada até um pouco mais, podendo chegar até 19h30 / 20h00; que a depoente não se lembra de quando fez uma hora de intervalo para descanso e refeição vez que habitualmente tinha de 15 a 20 minutos de intervalo; que a reclamante fez horas extras muitas vezes, entrando antes do horário, por exemplo, às 13h00.*

O referido depoimento corrobora a tese autoral.

Assim, com base na inicial e nos depoimentos colhidos, reconheço que houve, em média, o labor extraordinário da reclamante de 2h por dia de labor, em 4 vezes na semana, tendo 15 minutos de intervalo em 4 dias da semana e 1h nos demais. Registre-se que os horários fixados já incluem, pela média, as datas comemorativas.

Pelo exposto, condeno a reclamada ao pagamento de 8h extras por semana, calculadas com o divisor de 220, acrescidas do adicional de 50%, bem como reflexos em descanso semanal remunerado, férias mais um terço, 13º salários, aviso prévio e FGTS mais multa de 40%, ante a habitualidade.

Outrossim, com base na jornada ora reconhecida, condeno a ré a pagar 1 hora por dia de trabalho em que houve a concessão de apenas 15 minutos de intervalo, do início do período imprescrito a 10/11/2017, acrescidos do adicional de 50%, calculados com o divisor de 220, em razão da concessão parcial do intervalo

intrajornada, bem como os reflexos em DSR, 13º salário, férias mais 1/3, e FGTS mais 40%, diante da habitualidade.

Ademais, com base na jornada ora reconhecida, condeno a reclamada ao pagamento de 45 minutos, por dia de trabalho em que houve a concessão de apenas 15 minutos de intervalo, no período de 11/11/2017 ao final do contrato, acrescidos do adicional de 50%. Improcedem reflexos, ante a sua natureza indenizatória – art. 71 da CLT.

Deverão ser observados a evolução salarial da reclamante, súmula 264 do TST, os dias efetivamente laborados e OJ. 397 da SDI-1 do TST.

10. Dos benefícios da Justiça Gratuita.

Indefiro os benefícios da justiça gratuita à autora com base no salário recebido - art. 790, § 3º da CLT.

11. Dos honorários advocatícios sucumbenciais - Lei 13.467/2017

Tendo em vista a sucumbência da reclamada e do reclamante nos pedidos da inicial e observados os parâmetros de fixação do art. 791-A, § 2º da CLT, condeno a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% e a reclamante no importe de 5% do valor líquido da condenação, nos termos do art. 791-A, caput, CLT.

12. Da correção monetária e juros.

Correção monetária nos termos da decisão vinculante do STF na ADC 58: *O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes*

para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator.

CONCLUSÃO: Isto Posto, resolvo julgar **PROCEDENTES em parte** os pedidos na reclamação movida por **RITA DE CASSIA TESSARINI** contra **HSJ COMERCIAL S.A.**, nos termos do inciso I, do art. 487, do CPC, para condenar:

a) a reclamada a:

1. Pagar indenização por dano moral no importe de R\$ 20.000,00 pelo acidente sofrido, observados os termos da Súmula 439 do TST.

2. Pagar indenização de R\$ 5.000,00 por ter sido submetida ao programa Balance and Elegance.

3. Pagar o importe de 15% sobre o valor de 60% das comissões pagas mensalmente, conforme ficha financeira, bem como reflexos em DSRs, férias mais 1/3, 13 salário e FGTS mais 40%.

4. Pagar 8h extras por semana, calculadas com o divisor de 220, acrescidas do adicional de 50%, bem como reflexos em descanso semanal remunerado, férias mais um terço, 13º salários, aviso prévio e FGTS mais multa de 40%.

5. Pagar 1 hora extra por dia de trabalho em que houve a concessão de apenas 15 minutos de intervalo, do início do período imprescrito a 10/11/2017, acrescidos do adicional de 50%, calculados com o divisor de 220, em razão da concessão parcial do intervalo intrajornada, bem como os reflexos em DSR, 13º salário, férias mais 1/3, e FGTS mais 40%.

6. Pagar 45 minutos, por dia de trabalho em que houve a concessão de apenas 15 minutos de intervalo, no período de 11/11/2017 ao final do contrato, acrescidos do adicional de 50%

7. Pagar Honorários Advocatícios no importe de 10% do valor líquido da condenação.

b) a reclamante a:

1. Pagar Honorários Advocatícios no importe de 5% do valor líquido da condenação.

Os valores comprovadamente pagos sob o mesmo título dos ora deferidos deverão ser deduzidos.

Arbitro os honorários periciais do perito médico em R\$ 2.500,00, a serem suportados pela reclamada, ante a sua sucumbência no objeto da perícia - art. 790 – B.

Pronuncio a prescrição das verbas contratuais anteriores a 19/12 /2014.

Em cumprimento ao disposto no §3º, do art. 832, da CLT, declaro que as verbas deferidas a título de férias mais 1/3, aviso prévio, danos morais, FGTS têm natureza indenizatória. As demais salarial.

Correção monetária e juros nos termos da fundamentação. Os recolhimentos previdenciários e fiscais serão apurados nos termos da Súmula 368, do C.T.S.T. . Correção dos danos morais a partir do arbitramento e juros do ajuizamento - Súmula 439 do TST.

Observe-se quanto aos recolhimentos fiscais a legislação vigente, dentre elas: Lei 7.713/88; Lei 8.541/92, de 23/12/92, art. 46; Decreto 3000 de 26 /03/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99); Lei 10.833/03 de 29/12/2003, Dou de 30/12/2003; Súmulas TST 368 e 401; OJ SBDI-1/TST nº 363 e 400 e, por fim, a Instrução Normativa RFB 1127/11, de 07/02/11, DOU 08/02/11.

Autorizo a extração de cópias autenticadas para efeito de constituição de hipoteca judiciária, nos termos do art. 495 do CPC.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 2.000,00 calculadas sobre a importância de R\$ 100.000,00, valor arbitrado à condenação. Intimem-se. Nada mais.

1 ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** – Editora Coimbra – 1998. pg. 6/7.

2 Nery, Nelson e Rosa Maria – Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados – Ed. Revista dos Tribunais – pg. 91/92.

3 Tartuce, Flávio. Manual de Direito Civil. Ed. Método – Ed. 2012, pg. 479/480.

4 Melo, Antônio Moreira Barbosa – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – vol. LXXXV. Pg. 10/11.

5 Häberle, Peter, in Dimensões da Dignidade Humana, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 68.

6 Tepedino, Gustavo. O princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo – São Paulo – 2013. Ed. Atlas *In* Direito & Justiça Social, coordenador Thiago Ferreira Cardoso Alves.

7 Agra Moura, Walber – O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In Justiça Constitucional – coordenador André Ramos Tavares . ed. Fórum. pg. 24.

8 Castro, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Rio de Janeiro – 2005. Ed. Forense, p. 31. Refere, ainda, o autor em nota de rodapé que tanto a Constituição brasileira outorgada em 1969 quanto a norte-americana, aquela no art. 153, §6º ("*a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota*"), e esta na 9ª Emenda ("*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed by deny or disparage others retained by the people*) são categóricos ao admitirem que a enumeração que fazem dos direitos fundamentais não é em absoluto excludente de outros direitos que resultem implicitamente dos sistemas dos princípios tutelados de outros direitos que resultem implicitamente dos sistemas de princípios tutelados por cada uma delas e que, por isso, ficam por igual abrangidos pela proteção do estatuto constituinte. O mesmo assevera, e ainda com maior amplitude, a Constituição do Brasil de 1988, ao dispor, no art. 5º, § 2º, que "*os direitos e garantias expressos nesta*

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"

9 Delgado, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia, in Direitos Humanos – Vol. I, p. 557. – São Paulo. 2011. Revista dos Tribunais.

10 Neves, Thiago Ferreira Cardoso. Direito & Justiça Social p. 173, ed. Atlas.

11 Schreiber, Anderson. Direitos de personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

12 . Canotilho, JJ Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 7ª Ed. Editora Almedina.

BARUERI/SP, 20 de outubro de 2022.

LAERCIO LOPES DA SILVA

Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: LAERCIO LOPES DA SILVA - Juntado em: 20/10/2022 20:29:29 - 5727c1e
<https://pje.trt2.jus.br/pjekz/validacao/22101718265624900000276112183?instancia=1>
Número do processo: 1002139-29.2019.5.02.0205
Número do documento: 22101718265624900000276112183