

# Artigos

## Fundamentos da reparação por Dano Moral Trabalhista e uma nova teoria para sua quantificação



**NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO.**

**Advogado, Professor de Direito Civil, Doutorando em Direito Civil na Universidade de Buenos Aires (UBA), Mestre em Direitos Difusos e Coletivos e Pós-Graduado em Direito Civil.**

**Sumário:** 1. Dano moral e as garantias constitucionais. 2. Princípio da dignidade humana. 3. Direitos da personalidade. 4. Princípio da igualdade. 5. Por uma teoria renovada para quantificação da indenização por dano moral (teoria da exemplaridade). 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

### 1. DANO MORAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Os fundamentos da reparação por danos morais, por qualquer tipo de ofensa aos bens personalíssimos da pessoa humana, encontram-se insertos na Constituição Federal, tendo em vista que a mesma erigiu a dignidade humana como um dos fundamentos pelo qual o Estado Democrático de Direito deverá se pautar (art. 1º, III), e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como outro (art. 1º, IV). Não bastasse isto, elegeu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), afirmando ademais que todos são iguais perante a lei sem qualquer tipo de distinção (art. 5º, *caput*), e que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), assegurando-se ainda o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V).

Além disso, a Constituição Federal procurou proteger particularmente a dignidade do trabalhador, elegendo o trabalho

e a previdência social como direitos sociais (art. 6º). Consignou também, de forma clara, que são direitos dos trabalhadores em geral a proteção contra a despedida arbitrária ou injusta (art. 7º, I); a proteção especial à mulher trabalhadora (art. 7º, XX); a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII); o seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir a possibilidade de indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII); proibindo, ademais, qualquer discriminação no que diz respeito a salários e critérios de admissão das pessoas portadoras de necessidades especiais (art. 7º, XXXI), bem como a proibição de qualquer distinção quanto a trabalho manual, técnico ou intelectual (art. 7º, XXXII).

Devemos considerar também que a superação do positivismo jurídico ocorrido em meados do século passado promoveu a volta de valores éticos e de direito nos textos constitucionais modernos de sorte que os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios vão dar coesão e harmonia aos sistemas jurídicos, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.<sup>1</sup>

Assim, podemos afirmar que conjunto de normas que compõem o nosso ordenamento jurídico devem ser estudados, interpretados e compreendidos à luz dos princípios insculpidos na Constituição e, pela sua magnitude, não podem ter sua incidência relativizada por uma mera norma, ainda que constitucional, pois quem tem precedência na organização dos comandos constitucionais são os princípios e não as regras.<sup>2</sup>

Nesse passo, a nossa Constituição, de forma clara, positivou vários princípios, muitos deles com a finalidade de assegurar garantias de inviolabilidade ao patrimônio moral dos cidadãos, na linha do que foi preconizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das

---

1 Luis Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional*, p. 28-29.

2 Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 82.

Nações Unidas (ONU),<sup>3</sup> que, desde aquela época, vem influenciando todos os textos constitucionais modernos, com a dignidade humana ocupando o ápice do sistema normativo das democracias modernas. Desta forma, temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade,<sup>4</sup> com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, não de ser reparados pela via da indenização por danos morais.

Ademais, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos, e agora, que o princípio da reparação por dano moral recebeu o batismo e foi canonizado pela norma máxima de nosso ordenamento jurídico – a Constituição Federal –, tornou-se princípio de natureza cogente, obrigatório, para o legislador e para o juiz.<sup>5</sup>

Tendo em vista a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e das garantias fundamentais para sua realização, aprofundaremos sua análise no tópico seguinte, assim como faremos uma breve abordagem sobre os direitos da personalidade, o princípio da igualdade e outros princípios aplicáveis ao tema *sub oculum*, para uma melhor fundamentação e para chamarmos à reflexão, tendo em vista que o Legislador Constituinte já fez o seu papel, colocando a dignidade humana no ápice do ordenamento jurídico, qualificando-o como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, fazendo-o funcionar como um vetor a direcionar todo o corpo normativo do sistema jurídico brasileiro.

---

3 Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

4 Sergio Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 85.

5 *Responsabilidade civil*, p. 54 e 58.

## 2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida,<sup>6</sup> à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ao decoro, enfim, de todos os direitos da personalidade, de tal sorte que se pode afirmar que, pela sua importância, foi inserida na Constituição Federal como uma cláusula geral de proteção à pessoa humana (art. 1º, III).

Assim se pode afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é “dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: o Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito”.<sup>7</sup>

A experiência catastrófica do nazismo na Segunda Guerra Mundial gerou um novo modelo ético-jurídico universal, fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca da efetiva liberdade, na realização da justiça, e na construção de uma consciência que preserve e assegure esses princípios.<sup>8</sup>

A dignidade da pessoa humana assegura um espaço de integridade moral a todas as pessoas só pelo fato delas existirem. Ela expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporado ao patrimônio da humanidade significando em última análise a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.<sup>9</sup>

Contra os céticos, os neutros e os negadores da significação objetiva da ética e da justiça, a Declaração Universal acabou por fazer

---

6 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

7 Paulo Otero, *Legalidade e administração pública*, p. 254.

8 Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Manual de filosofia do direito*, p. 361.

9 Luis Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional*, p. 39.

*"(...) as pessoas não são sombras, não são aparências, são realidades concretas e vivas, daí porque a Declaração fez um duplo reconhecimento: primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal; segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana (...)."*

uma afirmação solene do valor que é o fundamento da vida social: "a dignidade inerente a todos os membros da família humana". Afirmou-se assim, que as pessoas não são sombras, não são aparências, são realidades concretas e vivas, daí porque a Declaração fez um duplo reconhecimento: primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal; segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica, sendo, portanto, a fonte das fontes do direito.<sup>10</sup>

É em nome do direito da dignidade humana que o Estado, através da própria Constituição, estabelece limites para o exercício da autonomia da vontade entre trabalhador e empregador, fixando, por exemplo, um teto mínimo de remuneração equivalente a um salário mínimo (CF, art. 7º, VII), repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (CF, art. 7º, XV), dentre outros, que não são passíveis de negociação. Mas não é só, pois se inserem na proteção e implementação da dignidade humana os "demais direitos fundamentais do art. 5º, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, honra, privacidade, etc., como também assegurando os direitos sociais previstos no art. 6º, ao meio ambiente equilibrado e sadio do art. 225, etc. Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social".<sup>11</sup>

Outro aspecto que releva comentar é que, na colidência entre outra norma Constitucional e o princípio da dignidade humana, este deverá prevalecer, tendo em vista seu significado dentro do sistema de Direitos e garantias individuais e sociais elencados na Carta constitucional. Repise-se que o princípio em referência constitui a "base antropológica" do Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado só poderá agir considerando a pessoa e sua dignidade. De outro lado, centraliza e unifica todos os demais direitos e garantias arrolados no texto constitucional, já que não se pode falar em liberdade, igualdade ou qualquer outra garantia sem que esteja diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. Assim, se pode concluir afirmando ser o princípio mais importante

---

10 André Franco Montoro, *Cultura dos direitos humanos*, p. 28.

11 Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Manual de filosofia do direito*, p. 371.

na ordem principiológica constitucional. Deve ser conjugado na interpretação de quaisquer normas de todo o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a pessoa representa valor último, supremo.<sup>12</sup>

Em conclusão se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, não podendo o intérprete desconsiderá-lo em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.<sup>13</sup>

### 3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Embora os direitos da personalidade, conquanto direitos subjetivos, tenha obtido seu reconhecimento mais recentemente, a história do homem prova que essa preocupação já existia desde a antiguidade. Registre-se, contudo, que foi depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que a proteção a esse direito ganhou foruns de universalidade.

Inspirada na Revolução Americana de 1776 e nas idéias filosóficas do Iluminismo, a Assembléia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou em 26 de agosto de 1789, e votou definitivamente em 2 de outubro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Dessa forma, pela primeira vez foram proclamados as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana, direcionada a toda a humanidade.

A personalidade, no dizer de Ruggiero, não constitui um direito subjetivo, mas é fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos, constituindo-se, a bem da verdade, em causa primária de todos os outros direitos.<sup>14</sup>

Constituem-se assim em direitos inatos, absolutos (originários), intransmissíveis, inalienáveis, vitalícios e oponíveis *erga omnes* que merecem especial proteção do Estado, apoiando-

---

12 Ver Carla Liliane Waldow Pelegrini in *Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa*.

13 Rizzato Nunes, op. cit. p. 365-370.

14 Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. I, p. 376.

se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos e merecedores de proteção jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente, que são os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural. São direitos que transcendem, pois o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza humana, independente de relação com o mundo exterior ou outra pessoa, sendo assim intagíveis, de *lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares.<sup>15</sup>

Os direitos da personalidade são aqueles que protegem a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a imagem, o nome, a capacidade, o estado de família, dentre outros, de tal sorte que sua proteção se impõe, porquanto sem eles, “a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”.<sup>16</sup>

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destina-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos e por parte do próprio Estado.<sup>17</sup>

A importância desses direitos e a posição privilegiada que ocupa na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; no mandado de segurança individual ou coletivo; no mandado de injunção; no habeas data etc.

---

15 Carlos Alberto Bittar, *Direitos da personalidade*, p. 11, e Carlos Roberto Gonçalves – *Direito civil brasileiro*, v. I, p. 153.

16 Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 24.

17 Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, p.130.

Segundo o magistrado Luiz Eduardo Gunther, os direitos de personalidade fincam-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se constitui como fundamento da República brasileira.<sup>18</sup>

Os direitos da personalidade são dotados de dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materizam os valores fundamentais da pessoa, individual e socialmente considerada; e, a objetiva, pela qual são assegurados direitos, legal e constitucionalmente sancionados, vindo a restringir a atividade dos três poderes da República que deverão protegê-los contra quaisquer abusos.<sup>19</sup>

Pela sua importância, e seguindo o escólio de Carlos Alberto Bittar, entendemos que os direitos da personalidade são direitos inatos à pessoa humana, cabendo ao Estado tão-somente reconhecê-los e sancioná-los, dotando-os de proteção própria, contra o arbítrio do poder público e das incursões dos particulares.<sup>20</sup>

#### **4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do estado, quanto do particular, que não pode pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregador, empresa privada, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas.<sup>21</sup>

Depreende-se desde logo que o princípio da igualdade guarda íntima relação com a proteção antidiscriminatória ínsita na Constituição Federal, segundo o princípio jurídico-formal que assegura que todos são iguais perante a lei sem distinção

18 *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*, p. 156

19 Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil*, 28ª. ed., p. 133, v. 1.

20 Os direitos da personalidade, p. 7.

21 (TRT 3ª R. – RO 00350.2004.048.03.00.1 – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault – DJMG 22.07.2004).

de qualquer natureza (art. 5º, *caput*). Ainda no mesmo texto constitucional encontramos outros mandamentos que buscam assegurar a igualdade, mesmo quando igualiza os desiguais, tais quais os já mencionados dispositivos constitucionais que vedam qualquer discriminação de salários e critérios de admissão em face do exercício de funções (art. 7º, XXX), mesma proibição em face do trabalhador portador de deficiências (art. 7º, XXXI), a proibição de qualquer distinção quanto a trabalho manual, técnico ou intelectual (art. 7º, XXXII), bem como quando reafirma que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Não se olvide que a igualdade tratada pela Constituição não é aquela igualdade absoluta que permeia a mente do leigo. A igualdade aqui tratada vincula-se, a bem da verdade, à idéia de igualdade formal ou relativa, através da qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, segundo a máxima de Aristóteles. Por isso se pode afirmar que quando a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei, significa, em verdade, que a igualdade na aplicação do direito, "continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido, e ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais".<sup>22</sup>

Este princípio também se encontra insculpido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), assegurando igualdade de salário para o trabalho de igual valor, nos seguintes termos: "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado a mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade" (art. 461).

Ainda no âmbito da legislação trabalhista se pode tomar como exemplo, a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995 e a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que vieram acentuar o combate às práticas discriminatórias, especialmente contra a mulher trabalhadora. Da

---

22 José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 399.

mesma forma, a Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989; a Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990 (art. 5º, § 2º); e, a Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 (art. 93, § 1º), que versaram sobre medidas de apoio às pessoas portadoras de deficiência.

Quando se fala do princípio da igualdade nas relações de trabalho significa dizer que o empregador deve assegurar tratamento igual para trabalhadores em situações idênticas. Ele não pode exigir, por exemplo, mais requisitos para uma pessoa negra do que para uma branca para admissão no emprego, bem como não pode utilizar critérios diferenciados, subjetivos, arbitrários, nem estabelecer preferências.<sup>23</sup>

Cabe ainda destacar que o princípio da igualdade não proíbe tratamento desigual, mas sim diferenciações arbitrárias e desmotivadas. O tratamento desigual, para pessoas ou grupos desiguais, é uma exigência da própria justiça. Por isso mesmo vale rememorar a máxima Aristotélica de tratar igual os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de suas desigualdades. Quer dizer, é exatamente o princípio da isonomia que autoriza, que na busca da igualdade material, se possa avocar, por exemplo, as políticas de ações afirmativas como forma de diminuir as desigualdades de determinados grupos no seio social, atuando assim com o objetivo de alcançar a igualdade material dos indivíduos.

Assim, a igualdade jurídica insculpida no art. 5º, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é dirigida ao legislador, ao intérprete e ao aplicador da lei, como também ao particular, como ideal de justiça a ser buscado e assegurado por todos, acaba por ser complementado pelo contido no art. 3º, de sorte a afirmar que o nosso sistema constitucional recepcionou o princípio da igualdade nas suas duas dimensões, tanto material quanto formal.

---

23 Vera Lucia Carlos. Discriminação nas relações de trabalho, p.24-25.

## 5. POR UMA TEORIA RENOVADA PARA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (TEORIA DA EXEMPLARIDADE)<sup>24</sup>

Em face de tudo quanto argumentado é que defendemos uma nova teoria para a apuração do *quantum* indenizatório nas ações de reparação por danos morais.

Por essa nova teoria, a definição da verba indenizatória, a título de danos morais, deveria ser fixada pelo juiz, tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima; o caráter punitivo para o causador do dano e o caráter exemplar para a sociedade.

Para a vítima, este caráter compensatório nada mais seria do que lhe ofertar uma quantia capaz de lhe proporcionar alegrias que, trazendo satisfações, pudessem compensar a injusta agressão sofrida.

No tocante ao agressor, o caráter punitivo teria uma função de desestímulo que agisse no sentido de demonstrar ao ofensor que aquela conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que não voltasse a reincidir no ilícito.

Quanto ao caráter exemplar, a condenação deveria servir como medida educativa para o conjunto da sociedade, que, cientificada de que determinados comportamentos são eficazmente reprimidos pelo Judiciário, tenderia a ter maior respeito aos direitos personalíssimos do indivíduo.

Em face deste trinômio e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do *quantum*, o juiz, além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenação aos infratores por danos morais.

---

<sup>24</sup> Ver nossa obra *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. Editora Juarez de Oliveira (2004), reeditado pela Editora Atlas (2011).

Diferentemente do direito americano, onde vige o *exemplary damages*, pelo qual a vítima é quem se beneficia do *plus* condenatório outorgado a título de condenação penal, sugerimos que os valores advindos destas condenações não sejam destinados à própria vítima da ofensa, mas, sim, a entidades beneficentes do local onde foi cometido o fato ou, na inexistência, poderia ser destinado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT),<sup>25</sup> para onde já são destinadas as verbas oriundas das condenações por dano moral coletivo. Desta forma, o resultado financeiro advindo dessa condenação adicional, reverte para a sociedade de alguma forma, beneficiando indiretamente todos os trabalhadores.

O aspecto inovador na propositura acima esposada é que, partindo da premissa de que quanto maior for a pena pecuniária, menor será o índice de reincidência, associado ao fato de que, se a sociedade tomar ciência de que determinadas condutas são reprimidas com vigor pelo Poder Judiciário, acredita-se que os direitos humanos e a dignidade das pessoas sofreriam menos agressões, na exata medida em que o peso da condenação seria sentido no bolso do infrator como fator de desestímulo.

Como afirma o magistrado paulista Ênio Santarelli Zuliani, as sentenças são armas de uma política de conscientização setorial. Um Judiciário coerente estimula revisão de conceitos, retomada de valores, modificações de condutas e aprimoramento de técnicas de serviços. Se os profissionais prestadores de serviços e as empresas em geral sentirem que são mais exigidos e que as sentenças estão rompendo redutos em que a impunidade reinava, naturalmente, por instinto de defesa, eles criarão métodos eficazes de eliminação das reclamações para que as mesmas não se transformem em severas indenizações.<sup>26</sup>

De outro lado, ao adotar-se a destinação do *plus* condenatório para entidades de benemerência ou para um fundo de interesses difusos, estar-se-ia recompensando o corpo social, já que último destinatário dos comandos jurisdicionais e, mais do que isso, não

25 Instituído pela Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990 (DOU 12.01.1990).

26 *Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico*, p. 16.

*"(...) o mundo moderno, onde a desmedida corrida em busca do lucro, sem que se respeitem a ética e a moral nas relações negociais e trabalhista, transformou o ser humano em frio e abstrato número (...)."*

permitiria às vítimas das injustas agressões o enriquecimento sem causa, argumento atualmente muito utilizado como fator limitativo do montante indenizatório.

Desta forma, o juiz, ao fixar o *quantum* indenizatório, deveria levar em consideração, frente ao caso concreto, os seguintes aspectos:

a) A angústia e o sofrimento da vítima: de tal sorte a lhe propiciar uma indenização que seja possível de lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão.

b) A potencialidade do ofensor: para que não lhe impinja uma condenação tão elevada, que signifique sua ruína, gerando por via de conseqüência a impossibilidade de cumprimento da medida, e nem tão pequena, que avilte a dor da vítima.

c) E, finalmente, a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável e que o Estado juiz não admite e nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda.

Assim, podemos concluir: o mundo moderno, onde a desmedida corrida em busca do lucro, sem que se respeitem a ética e a moral nas relações negociais e trabalhista, transformou o ser humano em frio e abstrato número. O melhor método de garantir o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais da personalidade humana somente atingirá seus desígnios se for adotada uma postura sólida de reprimenda aos abusos cometidos.

O peso da indenização no "bolso" do infrator é, a nosso sentir, a resposta mais adequada que o ordenamento jurídico pátrio pode oferecer para garantir não sejam ofendidos diuturnamente os bens atinentes à personalidade do ser humano.

Em resumo:

1. A condenação por danos morais deve ter o caráter de atender aos reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas da sociedade como um todo.

2. Na questão de danos morais, a sentença deve atender ao binômio efetividade e segurança, de tal sorte que as decisões do Judiciário possam proporcionar o maior grau possível de reparação do dano sofrido pela parte, independentemente do ramo jurídico em que se enquadre o direito postulado.

3. Conquanto o brio, o amor próprio, a honradez e a dignidade não tenham preço para a pessoa de bem, a condenação do ofensor em valores significativos poderá representar para o ofendido o sentimento de justiça realizada.

4. Ademais, a indenização por dano moral deverá ter como objetivo, além do caráter pedagógico, a finalidade de combater a impunidade, já que servirá para demonstrar ao infrator e à sociedade que aquele que desrespeitou às regras básicas da convivência humana poderá sofrer uma punição exemplar.

5. Desta forma, a teoria que melhor se coaduna com os anseios da sociedade moderna, no tocante à reparação por danos morais, é aquela que tem um caráter tríplice, qual seja: punitivo, compensatório e exemplar.

6. A aceitação da tese de criação de uma pena pecuniária adicional, com o fito de servir como desestímulo à prática de novos ilícitos, cuja verba deva ser revertida para as entidades de benemerência ou um fundo de interesses difusos é a melhor solução para evitar-se que a vítima venha a ser beneficiária do chamado enriquecimento sem causa.

7. Aos grandes conglomerados econômicos cabe exigir atitudes de vigilância quanto ao ambiente de trabalho, especialmente com relação aqueles funcionários com postos de comando, de tal sorte a reduzir a incidência de afrontas aos direitos e à dignidade dos trabalhadores.

8. A utilização desmedida do instituto do dano moral poderá criar o descrédito e vir a banalizar tão importante instrumento, por isso que se recomenda ao Judiciário a adoção de critérios sólidos na aferição e na quantificação da indenização por ilícitos desta ordem e aos operadores do direito, que utilizem de cautela e prudência na propositura de demandas a esse título.

9. O fato de existirem desvios nos pleitos de indenização por dano moral, não pode ter o condão de invalidar tão importante preceito legal. É preciso que se aperfeiçoem os instrumentos postos à disposição daqueles que manejam o direito, de tal sorte que os excessos possam ser coibidos.

Desta forma, sugere-se ao Congresso Nacional a alteração do art. 944 do Código Civil, para contemplar a possibilidade de uma indenização adicional nas ações decorrentes de dano moral, além da justa indenização à vítima, cuja redação, em que pese à eventual imperfeição legislativa da propositura, poderia ter o seguinte teor:

#### **Proposta de alteração do Código Civil – Lei nº 10.406/02:**

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

§ 1º (o atual parágrafo único, renumerado).

§ 2º Nas ações de reparação por dano moral, poderá o juiz de officio, sopesando o grau de culpa ou dolo do infrator e seu potencial econômico, fixar, além da justa indenização para a vítima, uma indenização adicional que será destinada às entidades de benemerência do local do fato ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

## **6. CONCLUSÃO**

O caráter punitivo da indenização por dano moral deve prevalecer em relação ao caráter compensatório. Se dúvida restar, tomemos como exemplo dois acidentes de trânsito com vítima: um causado por simples imprudência, no qual o agente socorre a vítima; outro causado dolosamente ou de maneira gravemente reprovável e na qual o agente nada faz em favor da vítima. Condenar os dois motoristas a pagar indenização em valores iguais atentaria contra o princípio constitucional da igualdade e contra o senso comum de justiça. Quer dizer, não se pode defender indenizações idênticas para danos iguais, porque eles podem ter sido causados por condutas completamente distintas em termos de reprovação.

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

Por isso entendemos que as condenações, em face de determinadas condutas, devem ser exemplares, quer dizer, em valores significativos, de sorte a fazer com que os grandes conglomerados econômicos, repensem seus conceitos e condutas no que diz respeito aos seus trabalhos. Quer dizer, as sentenças poderão ser transformadas em armas de uma política de conscientização dessas empresas. Isto porque, se todas as empresas tomarem conhecimento de que as condenações não são mais simbólicas, ou seja, que elas estão rompendo os redutos onde antes reinava a impunidade, é de se esperar que os empresários criem métodos eficazes de eliminação das condutas reprováveis de seus chefes e gestores, pois saberão de antemão que assim não procedendo, poderão sofrer severas condenações.

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

## 7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto (Org), A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Método, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direitos civil - teoria geral do direito civil*, 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *Os direitos da personalidade e suas repercussões na*

*atividade empresarial*. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTORO, André Franco. *Cultura dos direitos humanos* in *Direitos Humanos: legislação e jurisprudência* (Série Estudos, n.º 12), Volume I. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. *Juris Síntese*, nº 46, mar./abr. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. *Seleções Jurídica Adv COAD – Erro Médico*, v. 1, dez. 2003.