

CONTROVÉRSIAS SOBRE O DANO MORAL TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto*

1 – DANO MATERIAL E MORAL

O dano constitui a essência da responsabilidade civil, máxime nos casos de responsabilidade objetiva. Sem dano pode até existir responsabilidade penal, mas jamais civil. A indenização quando dissociada do dano é locupletamento.

Pode-se conceituar dano como lesão a interesses juridicamente tuteláveis. Quando o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano patrimonial. Ao revés, quando a implicação do dano violar direito geral de personalidade, atingindo interesse sem expressão econômica, dir-se-á, então, dano extrapatrimonial.

Registrem-se ainda outras distinções. Enquanto o dano material encerra perdas e danos que alcançam os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402 do CC), exigindo-se assim a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral o valor é arbitrado pelo juiz que visa uma compensação financeira para a vítima¹, sendo desnecessária a prova do prejuízo moral, o qual é presumido da própria violação à personalidade da vítima:

* Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. Autor da obra *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2007.

1 Nas lições de Clayton Reis, “o dinheiro é uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer”. In: *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 89.

“Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.” (STJ, REsp 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.03.1998, DJ 18.12.1998)

A propósito, transcrevo a atenta observação de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da presunção de dano moral quando da simples ofensa à personalidade²:

“Em conseqüência, depois de restar superada a máxima segundo a qual *não há responsabilidade sem culpa*, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também, o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção *hominis* de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral.”

O dano patrimonial também é chamado pela doutrina de *dano material*, o qual, por sua natureza, enseja precisa e integral reparação (*restitutio in integrum*), ao contrário do dano extrapatrimonial que encerra função mais compensatória e menos indenizatória (*indene*, no sentido de reparar o dano). Sobre o assunto João Casillo faz interessante observação:

“O princípio da *restitutio in integrum* aplica-se de maneira mais apropriada ao dano patrimonial, pois no dano não patrimonial em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *statu quo ante*. Mesmo assim, esta compensação visaria, pelo menos em tese, a restituir à pessoa ofendida o seu estado de espírito anterior ao dano.”³

O dano patrimonial alcança tanto o dano atual, quanto o dano futuro. Aquele é conhecido como dano emergente, constituindo-se em tudo aquilo que se perdeu e que já seja suscetível de liquidação pela aplicação da teoria da

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159/160.

3 CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84. O jurista paranaense lembra que a expressão remonta o antigo direito romano: “*restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio*” (a integral restituição assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).

diferença (*differe[n]ztheorie*) entre o patrimônio anterior e posterior à inexecução contratual ou ao fato gerador do dano. O *damnum emergens* assim como o lucro cessante estão contemplados no art. 402 do atual Código Civil:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

A parte final do dispositivo define o *lucrum cessans* como a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido, apurado segundo um juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos⁴.

Conforme lembra Hans Fischer, enquanto o dano positivo tem uma base firme, pois se refere sempre a fatos passados, o lucro cessante é dominado pela incerteza que resulta de se operar com entidades imaginárias: “aqui, só é seguro não poderem já verificar-se aqueles resultados dos quais, se não fosse a interposição do acontecimento danoso, teria brotado o lucro impedido”⁵.

Como visto, enquanto o dano emergente retrata o prejuízo atual, o lucro cessante envolve o prejuízo futuro, o qual pode se manifestar sob dupla forma: como continuação do dano atual ou como dano futuro propriamente dito.

Num acidente do trabalho, por exemplo, os gastos com a permanência do tratamento são danos futuros continuados, enquanto que o prejuízo oriundo do período em que a vítima estará impedida de trabalhar implicará dano futuro propriamente dito⁶.

Impende anotar, ainda, a admissão, por parte da jurisprudência, do dano material proveniente da “perda de uma chance”, ensejando a indenização do dano causado quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça⁷.

4 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 72.

5 FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 49.

6 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

7 JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992, p. 121. Apud: SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 11. Exemplo típico é do advogado que ao deixar de interpor uma ação judicial por perda de prazo prescricional faz com que seu cliente perca a chance de satisfazer sua pretensão, implicando o dever de indenizar.

2 – CONCEITO DE DANO MORAL

Quanto ao dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, registre-se uma primeira fase negatória. Contudo, se havia alguma ressalva no que diz respeito ao seu cabimento e amparo legal⁸, com o advento da Constituição Federal de 1988 não remanesce qualquer incerteza, encontrando-se superadas tais questões, de acordo com o que se infere do solidarismo constitucional que foi capaz de plasmar os incisos V e X do art. 5º, *in verbis*:

“V – é assegurado o direito da resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A título de ilustração, até mesmo o novo Código Civil fez questão de incluir expressamente o dano moral quando modificou a vetusta regra do art. 159 do CC/16, para assim constar em seu art. 186:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.”

Conforme bem observa Estevão Mallet, a Consolidação das Leis do Trabalho, na mesma linha do antigo Código Civil, não se ocupou detidamente dos direitos de personalidade, com algumas raras exceções a exemplo da justa causa que viola a honra e a boa fama ou mesmo os casos de vedação à revista íntima após o expediente. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial próprio da época em que se editou a CLT em 1943. Contudo, sendo o empregado necessariamente pessoa física (art. 3º da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho⁹.

A doutrina hesita em conceituar e classificar o dano moral. Há autores que adotam uma conceituação residual de danos extrapatrimoniais, declarando

8 Conforme registra Sérgio Cavalieri Filho, “numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima”. Op. cit., p. 75.

9 MALLET, Estevão. Direitos de personalidade e direito do trabalho. In: *Revista LTr* n. 68-11, nov. 2004, p. 1309.

ser todos aqueles “danos que não têm repercussão de caráter patrimonial”¹⁰. Há outros como os irmãos Mazeaud que vinculam o dano extrapatrimonial como “aquele que causa uma dor moral à vítima”¹¹. Finalmente, há aqueles que sustentam que a dor não é a causa da reparação nem mesmo é ela que configura o direito violado, não havendo, pois, outras hipóteses de danos morais “além das violações aos direitos de personalidade”, nas palavras de Paulo Netto Lobo¹².

Particularmente, entendo que o dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos (presunção *hominis*) de tal lesão e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo¹³:

“Na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.” (REsp 173.124, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 11.09.2001, DJ 19.11.2001)¹⁴

Em igual direção doutrinária, Maria Celina Bodin de Moraes enaltece a importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana, sobretudo pelas conseqüências dela geradas:

10 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade...*, 2002, p. 189.

11 MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractaul*. Tradução Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Título original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 424. Oportuno transcrever a seguinte ementa: “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.” (STJ, REsp 215.666, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 29.10.2001)

12 LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 364. Em sentido próximo, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira prefere a expressão *dano pessoal* do que dano moral, “por corresponder melhor à definição real intrínseca propriamente dita (portanto lógica e ontologicamente mais perfeita), do dano pelo objeto que menoscaba: a pessoa humana”. O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, mar.-abr. 2002, p. 03.

13 Em igual sentido Paulo Eduardo Vieira de Oliveira observa que os sentimentos íntimos de humilhação, constrangimento, vergonha ou revolta, por mais nobres que sejam, são acidentais na configuração do dano pessoal e não integram seu conceito ontológico. In: O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, mar.-abr. 2002, p. 05.

14 Registre-se, em igual sentido, a seguinte ementa: “Nos termos que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 244.839/RJ, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 14.08.2000)

“Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum ‘direito subjetivo’ da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.”¹⁵

Até pouco tempo atrás, remanescia certa dúvida acerca do cabimento da reparação do dano moral no campo da responsabilidade civil contratual. Não obstante o art. 1.059 do Código Civil de 1916 fazer menção apenas ao dano emergente e o lucro cessante, deixando de se reportar ao dano moral, o novo Código Civil de 2002, em seu art. 186, passou a contemplar expressamente o direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

É bem verdade que aludido dispositivo do Código em vigor se reporta aos *atos ilícitos*, dando a entender que se refere apenas às responsabilidades extracontratuais.

Contudo, insta verificar que o fundamento jurídico para pleitear a indenização equivalente ao prejuízo encontra-se estatuído tanto no art. 389 quanto no art. 927, ambos do Código Civil¹⁶. Observa-se que o primeiro enunciado encontra-se no Título IV, *Do inadimplemento das obrigações*, enquanto o segundo localiza-se no Título IX do Código Civil, intitulado *Responsabilidade Civil*, ambos do Livro I, da Parte Especial, *Do direito das obrigações*, o qual regulamenta não apenas o ato ilícito extracontratual, mas, sobretudo, o ilícito contratual.

Como bem assentou José Augusto Rodrigues Pinto, “o ato ilícito, segundo a norma (art. 927 do CC), origina uma relação jurídica de direito material entre o sujeito que o praticou (ou deixou de praticá-lo) e o atingido

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

16 Reza o aludido art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”. Reza o art. 927: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

por seu resultado, ou *adere ao negócio jurídico preexistente* entre eles”¹⁷. Com outras palavras: o dever de reparar o dano pode decorrer de um ato ilícito extracontratual ou de um *ato ilícito contratual* (descumprimento de obrigações principais, secundárias ou deveres anexos de conduta).

Para uma melhor compreensão desse quadro é preciso registrar que a partir da Carta Constitucional de 1988 um novo paradigma surgiu para estudar o direito privado. Trata-se do direito civil-constitucional, ou seja, o direito civil esquadrihado e interpretado à luz dos novos valores e princípios estampados na Constituição Federal.

3 – TUTELA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Na esteira paradigmática da atual Constituição, consolidou-se a categoria dos direitos de personalidade, plasmados em seu art. 5º, incisos V e X. Em face da importância do tema, o constituinte brasileiro, a exemplo do alemão, trouxe uma regra que desenha verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, qual seja a do art. 1º, III, que assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Estado Democrático de Direito. Assim, toda a ordem jurídica deve ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos de personalidade.

Importa sublinhar que aludidos direitos de personalidade manifestam-se tanto fora quanto dentro da esfera dos contratos. Assim, o cidadão empregado, quando da execução do contrato de trabalho, tem seus direitos de personalidade salvaguardados, inclusive contra eventuais abusos de seu empregador. Caso o trabalhador seja ofendido em sua honra, privacidade, nome, imagem, etc., haverá lesão a um interesse extrapatrimonial tutelado em direito; a reparação desse dano moral estará enquadrada na responsabilidade civil contratual, máxime porque agente e vítima ostentam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da consumação do dano.

O mesmo se diga em relação aos danos morais decorrentes do acidente do trabalho. A responsabilidade civil da empresa também será do tipo contratual, sendo a prescrição aplicável a do art. 7º, XXIX, da CF e a competência da Justiça do Trabalho para julgar eventuais litígios daí decorrentes (art. 114, VI, da CF).

17 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Prescrição, indenização acidentária e doença ocupacional*. In: Revista LTr, 70-015, jan. 2006, p. 07.

Há corrente equivocada que insiste em dizer que tais danos são delituais e, por serem decorrentes de ato ilícito, enquadram-se na responsabilidade aquiliana. Sustentam ainda que os interesses tuteláveis, nesses casos, não decorrem do contrato, mas da lei. Ocorre que os direitos de personalidade, ao mesmo tempo que se aplicam a todos os cidadãos, irradiam seus efeitos tutelares também na esfera contratual.

Registre-se, outrossim, que a atual visão de contrato comutativo é dinâmica, reconhecendo não só as obrigações principais, como também os deveres anexos de conduta pautados na boa-fé, na confiança negocial e na dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando o empregado é lesado em sua honra por seu empregador, durante a execução do contrato de trabalho, estamos diante da lesão de um direito de personalidade e também diante da violação de um dever anexo de conduta.

É bem provável que a resistência doutrinária em admitir a existência de danos morais contratuais incida justamente no conceito de direito de personalidade como *direito absoluto* (indisponível, irrenunciável, imprescritível e extrapatrimonial). Nessa esteira, considerando que o dano moral se caracteriza pela violação de um direito de personalidade – e sendo este um direito absoluto e eficaz contra todos (*erga omnes*) – boa parte dos estudiosos, seguindo esse silogismo, acabou por asseverar que toda reparação de dano moral é sempre extracontratual. Contudo, não se pode ignorar que os direitos de personalidade também irradiam seus efeitos na órbita contratual e, nessa medida, são considerados *direitos relativos* aos contratantes.

“A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie.” (TRT, 3ª Região, 2ª Turma, RO nº 16.022-2001, Relª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 09.02.2002, p. 06)

Destarte, a hipótese de invasão da privacidade do empregado, por exemplo, caracteriza, ao mesmo tempo, lesão a um direito de personalidade e lesão a um dever anexo do contrato, qual seja o de tratamento leal, digno e protetivo. Há aqui não um direito absoluto, mas um direito de personalidade relativo ao contratante. Francisco Amaral ao explicitar a característica de que os direitos de personalidade são, a rigor, absolutos, admite a possibilidade de existência de *direitos de personalidade relativos*:

“Conseqüentemente (os direitos de personalidade) são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais. Absolutos porque eficazes contra todos (*erga omnes*), admitindo-se, porém, *direitos de personalidade relativos*, como os direitos subjetivos

públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, exemplificativamente, com o direito à saúde.”¹⁸

Em que pese esta controvérsia doutrinária, impende registrar que a jurisprudência, antes mesmo do advento do novo Código Civil, manteve-se pródiga nos casos de aceitação do dano moral na órbita contratual.

A doutrina majoritária sempre defendeu o cabimento da reparação do dano moral tanto na órbita contratual quanto na responsabilidade aquiliana. A propósito, Clayton Reis a vincula como um marco no processo evolutivo das civilizações:

“A constatação da existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de sua reparação, na hipótese de dano, constituem marco importante no processo evolutivo das civilizações. Isto porque representa a defesa dos direitos do espírito humano e dos valores que compõem a personalidade do *homo sapiens*. Afinal, esses valores sempre constituíram a causa motivadora que impulsiona os homens e as civilizações no curso da história.”¹⁹

Em tempos hodiernos é indiscutível a admissão do dano extrapatrimonial em matéria contratual, o qual pode se manifestar pelo:

- a) não-cumprimento de uma obrigação;
- b) cumprimento defeituoso; ou
- c) quebra de deveres secundários derivados da boa-fé²⁰.

Geralmente, em tais conjecturas o dano moral se encontra cumulado com o dano material, o que é juridicamente possível, se considerarmos que ambos partem de fatos geradores diversos. Nessa direção é a correta Súmula 37 do STJ.

Das três formas já vistas, a de maior incidência é o dano moral oriundo do descumprimento de dever anexo de conduta, que se subdivide em dever de proteção, informação e lealdade. Se de um lado é comum o empregador cumprir de forma regular sua obrigação principal, de outro lado, todavia, verifica-se, amiúde, seu total desrespeito em relação aos direitos de personalidade do trabalhador.

18 AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

19 REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 07. Registre-se que a 1ª edição foi publicada em 1991.

20 SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 58.

Em manifesto extrapolamento do exercício do *jus variandi*, o empregador, aproveitando-se de sua condição ascendente, ora trata seu empregado com menoscabo (injerindo e destrutando-o até mesmo na frente de seus colegas), ora o trata com rigor excessivo, exigindo-lhe uma produtividade desumana com imposição de horas extras e expedientes fatigantes em detrimento de suas necessidades familiares, físicas e sociais.

Neste sentido adverte Valdir Florindo:

“Como sabemos, na relação de emprego existem abusos, por parte do empregador, atingindo a honra, a dignidade daquele que lhe presta serviços e que colabora para com o crescimento da produção, e que absolutamente não pode ser tratado com indiferença e insensatez, e sim com seus próprios valores, pois a pessoa humana é a fonte e fulcro de todos os valores. Essa questão é fundamental, tendo razão a preocupação apontada, pois o Direito do Trabalho possui princípios protetivos, em especial o magno princípio de proteção ao trabalhador.”²¹

O fato da CLT simplesmente dizer que a ofensa moral praticada pelo empregado ou pelo empregador constitui-se causa de resolução contratual (art. 482, *j e k* e art. 483, *e*) não obsta o pleito de indenização por danos morais, vez que as lesões produzidas encerram facetas diferentes e, portanto, exigem tutelas jurídicas diferentes²². Assim, no caso da empresa ferir a honra do seu empregado, este poderá pleitear cumulativamente: a) rescisão indireta do contrato de trabalho com a indenização trabalhista daí resultante (verbas rescisórias e multa do FGTS); b) indenização civil pelos danos morais; e, c) representação criminal através de ação penal própria (crime contra a honra).

O solidarismo marcante na nossa atual Carta da República, plasmado em seu art. 1º, III, ao se referir à dignidade da pessoa humana, encerra um conteúdo normativo não só para impor limites ao poder diretivo do empregador, mas, sobretudo, para infundir ações positivas de respeito e elevação à pessoa do empregado.

Oportuno trazer à baila a observação atenta de Francisco Amaral:

“O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no

21 FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

22 SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998, p. 196.

núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa ele que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins dos outros.”²³

Nesse viés, ao trabalhador enquanto ser humano é assegurado um ambiente de trabalho adequado, tratamento leal e digno, salário capaz de atender as suas necessidades vitais e de sua família, além de reconhecer o valor de sua performance profissional através de promoções funcionais, homenagens e reajustes espontâneos. Práticas esquecidas em tempos de reestruturação produtiva que caminha em direção à busca frenética do lucro à custa do aviltamento da mão-de-obra.

4 – ENQUADRAMENTO DO DANO ESTÉTICO

Consigne-se a existência de corrente doutrinária²⁴ que posiciona os danos corporais, estéticos ou da imagem não como espécies de dano moral, mas como um *tertium genus*. Consoante adverte Sérgio Severo, referido enquadramento nos parece injustificável, pois em tais direitos de personalidade (corporais, estéticos ou da imagem) não se verifica “nenhuma particularidade que exija um tratamento diverso daquele dispensado aos demais interesses extrapatrimoniais”²⁵.

Ademais, o dano moral e o dano estético não são cumuláveis, vez que ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral²⁶. Assim, por exemplo, no caso de mutilação de um dedo em acidente do trabalho. O dano estético neste caso não é um terceiro gênero, mas representa o próprio dano material em relação à perda da capacidade laborativa decorrente da amputação e, cumulativamente, encontra-se compreendido no conceito de dano moral no que tange a ofensa de sua honra subjetiva e objetiva em face da dor e da vergonha que lhe foram infligidas pela mutilação parcial de membro superior.

Destarte, há que prevalecer a taxionomia dualista: danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. Aqueles são os prejuízos materiais e, portanto,

23 AMARAL, Francisco. *Idem*, p. 249.

24 Dentre eles cite-se o ilustre jurista Sebastião Geraldo de Oliveira, *Indenizações por acidente do trabalho doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 127.

25 SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 47.

26 Essa foi a conclusão dos magistrados reunidos em São Paulo no IX Encontro de Tribunais de Alçada, São Paulo.

suscetíveis de precisa avaliação econômica, enquanto os demais são todos os que violam o direito geral de personalidade e com valores equitativamente arbitrados pelo juízo.

5 – DANO MORAL SOFRIDO PELA PESSOA JURÍDICA

Oportuno indicar a distinção de Miguel Reale entre *dano moral objetivo* – atinente a dimensão moral da pessoa em seu meio social, envolvendo o prejuízo de sua imagem – e o *dano moral subjetivo* correlacionado com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita à dor ou sofrimento próprios, os quais por serem afetados, devem sofrer inequívoca reparação²⁷.

Em relação à possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, o STJ já pacificou o tema através da Súmula 227.

A jurisprudência desse excelso pretório vem firmando posição de que a indenização, nesses casos, é possível somente se houver lesão à honra objetiva (difamação), sendo impróprio falar em honra subjetiva (calúnia ou injúria) da empresa:

“A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso, desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.” (STJ, 4ª Turma, REsp 60.033-2-ME, Rel. Min. Ruy Rosado, RSTJ 85/268-274)

Tal entendimento tutela a imagem (marca comercial) da pessoa jurídica, partindo de um viés patrimonial acerca da exegese do art. 52 do novo Código Civil:

“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Entrementes, outro segmento doutrinário, encabeçado por Gustavo Tepedino, pugna pela necessidade de uma reelaboração dogmática, de molde a subordinar a lógica patrimonial àquela existencial atinente à dignidade da pessoa

27 REALE, Miguel. *O dano moral no direito brasileiro*. In: Temas de direito positivo. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992, p. 23.

humana, localizada no vértice hierárquico do ordenamento. Assim, “a empresa privada, na esteira de tal perspectiva, deve ser protegida não já pelas cifras que movimenta ou pelos índices de rendimento econômico por si só considerados, mas na medida em que se torna instrumento de promoção dos valores sociais e não patrimoniais”²⁸. Com outras palavras, a empresa merece “tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento (privilegiado) para a realização das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congregar”²⁹.

6 – FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

No campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional manifesta-se na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como sujeito de direito de uma relação jurídica, mas antes como gente em sua essência humana e digna.

Clayton Reis assevera que o verdadeiro sentido da indenização dos danos morais “consolida uma idéia de plena indenização”, protegendo “de forma integral o ser humano em todos os seus valores”; para tanto, faz-se mister um “aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada”³⁰.

A legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente. Não se ignore que a natureza da indenização do dano moral não é a de reparar (consertar) o prejuízo, sendo isso possível apenas em relação aos danos materiais. Deveras, a natureza jurídica da indenização do dano moral é sempre de compensar financeiramente (ressarcir) a vítima do dano moral. Assim, o valor pecuniário fixado deve representar uma alegria à vítima a fim de compensar o sofrimento da dor, a qual é presumida da simples violação do direito de personalidade.

28 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52/53. O jurista carioca complementa: “a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada *honra objetiva*, com os direitos da personalidade”.

29 TEPEDINO, Gustavo. Obra citada, p. 52/53.

30 REIS, Clayton. O verdadeiro sentido de indenização dos danos morais. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81, 87 e 93.

Conforme preceitua o art. 946 do CC/02, combinado com o art. 475-C, II, do CPC, o juiz deve arbitrar o valor da condenação por dano moral.

Art. 946, CC/02: Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 606, II, do CPC: Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Diante dessa forma aberta de arbitramento pelo julgador, a doutrina apresenta vários critérios objetivos para que se possa fixar um valor justo, razoável e consentâneo com a natureza jurídica dessa espécie de indenização.

Impende ressaltar que qualquer critério sugerido pela doutrina há que ter respaldo na natureza jurídica da indenização e nas regras da legislação civil.

Com efeito, a efetiva reparação do dano extrapatrimonial, mormente aquele advindo da relação empregatícia, deve representar função ressarcitória-preventiva. Assim, o valor da indenização deve representar, ao mesmo tempo, uma compensação financeira à vítima e uma punição ao agente capaz de desestimular a reiteração da prática leviana:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em valor razoável, de molde a traduzir uma compensação, e punir patrimonialmente o empregador, a fim de coibir a prática reiterada de atos dessa natureza.” (TRT, 3ª R., 5ª Turma, RO nº 9891/99, Relª Juíza Taísa Mª M. de Lima, DJMG 20.05.2000, p. 16)

Carlos Alberto Bittar preconiza que, na atual conjuntura, a teoria da reparabilidade dos danos morais “conta com componentes centrais que lhe conferem a expressão necessária para uma efetiva realização de suas funções, a saber: a de trazer satisfação ao interesse lesado e, de outra parte, inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer membro da coletividade³¹”.

Há parcela minoritária da doutrina que é refratária ao caráter punitivo da indenização civil, vez que enseja um injustificável *bis in idem*, na medida em que o agente estaria sujeito a dupla punição, uma na esfera criminal e outra na civil. Um dos poucos autores a sustentar esta tese é o saudoso Wilson Melo da Silva que assim se manifesta:

31 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 237.

DOCTRINA

“Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, *nulla poena sine lege*. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. É que no juízo cível o que se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano.”³²

Ao final, Melo da Silva arremata: na responsabilidade civil, mira-se a satisfação da pessoa do ofendido e não a do ofensor e quanto à graduação do *quantum* reparador, leva-se em conta a extensão do prejuízo “e não a culpa do autor”³³.

Ora, é exatamente aqui que reside o argumento para reafirmarmos a possibilidade do caráter sancionador (punitivo) da indenização, divergindo-se do autor citado. Explicamos a nossa posição. Senão vejamos.

Pelo Código Civil de 1916 a gravidade da culpa em nada afetava o valor da indenização. Contudo, a partir do Código Civil de 2002, a graduação da culpa do agente e a concorrência de culpa da vítima tornaram-se fatores capazes de ensejar a redução do valor da indenização, conforme se infere do art. 945 e parágrafo único do art. 944.

Art. 944 do NCCB: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização”;

Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Logo, se a investigação da gravidade da culpa é levada em conta para o *quantum* indenizatório, não há dúvida que o caráter sancionatório (punitivo) encontra-se embutido e respaldado na lei. Assim, se a culpa do agente foi leve ou levíssima o juiz poderá reduzir a indenização (art. 944, parágrafo único, do CC), o que vale dizer: quanto menor o grau de culpa do agente menor a indenização punitiva!

Considerando que a responsabilidade civil oriunda do contrato de trabalho se manifesta de duas maneiras – por inexecução obrigacional ou pela simples assunção do risco da atividade econômica – somente naquela decorrente de ato culposo é que a indenização alcançará função ressarcitória-sancionatória.

32 SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 573.

33 Idem, *ibidem*.

Na hipótese em que o dano sofrido pelo empregado decorrer não de ato ilícito do empregador (inexecução), mas *em razão de atividade normal de risco ínsita ao contrato de trabalho*, a responsabilidade não assumirá natureza *sancionatória* ao agente, mas meramente reparatória à vítima, porque, neste caso a responsabilidade da empresa estará “ligada ao *risco especial* que criou com a sua actuação em busca de *vantagens*”³⁴.

Dessa feita, quando do arbitramento do *quantum* reparatório (art. 946 do CC/02), o julgador deverá levar em conta todos os elementos que circunscrevem o episódio danoso. Quanto à vítima, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível³⁵.

José Cairo Júnior, após sistematizar o tema, sustenta a existência de cinco pilares que deverão ser levados em conta para a fixação da indenização do dano moral, quais sejam: (a) condição pessoal da vítima, (b) capacidade financeira do ofensor, (c) intensidade do ânimo de ofender, (d) gravidade e (e) repercussão da ofensa³⁶.

Assim, em relação ao caráter *ressarcitório* do dano, além da avaliação da situação pessoal financeira da vítima, deve-se conjugar “gravedad del ilícito y magnitud del daño”³⁷. Quanto ao caráter *sancionatório*, além dos quesitos anteriores (necessidade pessoal da vítima, gravidade do ilícito e magnitude do dano), há que se considerar a capacidade econômica do agente, pois numa empresa de grande porte somente uma indenização vultosa será capaz de acimá-la de modo a inibir a reiteração do ato ilícito.

Observa-se que o binômio *necessidade da vítima e capacidade econômica do agente* é utilizado como critério legal para a fixação de alimentos provisionais, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Por analogia, tal regra se binômio axiológico se aplica como diretriz da indenização do dano:

“O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado pelo juiz (art. 1.553 do Código Civil), atendendo ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente. E,

34 TELLES, Inocência Galvão. Idem.

35 CORTIANO Jr., Eroulths. Op. cit., p. 42.

36 JÚNIOR, José Cairo. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003, p. 103.

37 ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 319.

DOUTRINA

como critérios abalizadores, pesam a extensão do dano; a condição socioeconômica e cultural da vítima e a sua participação no evento; a capacidade de pagamento e o grau de culpabilidade do agente; dentre outros definidos pela doutrina, pela jurisprudência, e por normas pertinentes a hipóteses semelhantes.” (TRT 3ª R., 2ª Turma, RO 15335/99, Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães, DJMG 29.03.2000, p. 20)

Em face do caráter publicista que permeia o Direito Civil e do Trabalho, máxime a partir do solidarismo contratual advindo na Carta Constitucional de 1988, não há como negar a aproximação da responsabilidade civil com a responsabilidade penal, as quais, em sentido ontológico, compõem uma unidade conceitual, diferenciando-se apenas em grau valorativo. Essa proximidade se evidencia no caráter *ressarcitório-sancionatório* que norteia as demais indenizações trabalhistas, a exemplo de alguns dispositivos da própria legislação trabalhista: art. 467 da CLT, que prevê multa de 50% caso o pagamento das verbas rescisórias incontroversas não seja efetuado em primeira audiência; art. 137 da CLT, que impõe pagamento dobrado das férias não concedidas tempestivamente; Lei nº 605/49, art. 9º, que estabelece o pagamento dobrado quando do labor em dias de feriados oficiais não compensados.

Não há dúvida de que tais multas legais, bem como a incidência dos juros moratórios sobre o crédito corrigido representam o caráter *reparatório-sancionatório* do dano trabalhista infligido ao empregado no curso de seu contrato de trabalho.