

# REPARAÇÕES NÃO PATRIMONIAIS DOS DANOS MORAIS\*

**José Affonso Dallegrave Neto\*\***

**M**inistro Barros Levenhagen, Vice-Presidente desta Casa, o Tribunal Superior do Trabalho, a quem saúdo como presidente da mesa, e também ao meu amigo Dr. Xisto, ao Dr. Wellington, e não poderia me furtar aqui de agradecer o convite do Dr. Sebastião Geraldo de Oliveira, que é a maior autoridade nesse assunto entre os juristas do nosso país e pela iniciativa deste evento tão importante, que é o II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho.

Parece-me que, ao falar por último, é meio árduo e vou ser o mais objetivo possível. Já estamos com o olhar no aeroporto, para o fim de semana, e o Dr. Sebastião disse que quem ficar até o final concorrerá ao sorteio de um carro. Se alguém ficar até o final participará do sorteio de um carro. Então vamos lá. Esse tema deve ser investigado à luz de um sistema jurídico. E a palavra sistema nos dá a ideia de um conjunto de elementos sobrepostos, imbricados. Assim é que, na expressão do italiano Norberto Bobbio, “o sistema (...) é uma totalidade ordenada”, ou até coordenada, ou “um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem”. Bobbio chega a dizer que todo o sistema tem unidade e ordem.

Assim, a função do sistema jurídico é sempre adequar todos os diplomas legais: norma coletiva, portarias, NRs, leis, regulamentos de lei. A função do sistema jurídico é adequar como sendo um funil invertido todos esses diplomas legais aos princípios cardeais da Constituição Federal. O sistema jurídico brasileiro é do tipo aberto e a sua função é adequar todas essas legislações a um quadro axiológico, proeminente, da Constituição Federal. Por isso que quando se fala em princípio da dignidade da pessoa humana alguns falam que chatice, de novo esse papo, mas é um princípio fundante da República (art. 1º, inciso III). É o ponto de partida e o de chegada, no qual o operador jurídico tem que,

---

\* *Este texto constitui uma gravação de exposição oral.*

\*\* *Mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; professor da Faculdade de Direito de Curitiba e da Escola da Magistratura Trabalhista do Paraná; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho; advogado.*

num sistema e numa interpretação sistêmica ou sistematizada, desembocar nesse quadro proeminente de valores.

Assim é que, no sistema jurídico do tipo aberto, a exegese sistêmica prefere a exegese gramatical. Gosto desse aresto do Ministro Celso de Mello, que ficou famoso essa semana, quando diz assim: “(...) A interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Quer dizer, eu só consigo desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se eu encaixá-lo no sistema. É o sistema que me permite a interpretação correta do texto (...)”.

Ora, somos bacharéis, juristas, não somos despachantes judiciários. E operador jurídico é aquele que estuda a lei a partir de uma ciência jurídica, de postulados e princípios de uma ciência jurídica. Logo, o nosso papel de hermenêutica é o papel de justamente interpretar essa norma posta à luz dos princípios e valores proeminentes da Carta da República.

Trazendo esse tema para a responsabilidade civil, temos o fundamento da *neminem laedere*, essa expressão latina que significa “a ninguém prejudicar”. Esse é o fundamento. E isso está plasmado no art. 927 do Código Civil de 2002 – já tinha no art. 159 do Código Civil de 1916: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Essa é a regra geral, uma responsabilidade civil subjetiva. Ocorre que o Código Civil de 2002 traz uma grande novidade. Ele traz um parágrafo único que não é apenas uma exceção, é uma cláusula geral. O que diz o parágrafo único, por todos nós conhecido? “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” – aqui pela empresa – “implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ora, como deve ser, então, a interpretação sistematizada desses dois dispositivos? Desembocando onde? Vejam que, por um momento, levantou-se uma arguição de que esse dispositivo, o parágrafo único, seria inconstitucional, com um raciocínio até mesmo simplista, dizendo o seguinte: se a Constituição, que é a Lei Maior, diz, no art. 7º, inciso XXVIII, que só se pode responsabilizar empresa por dolo ou culpa, logo, como o Código Civil, que é uma legislação infraconstitucional, poderá ir contra a letra da Constituição? Ocorre que esta Constituição Federal tem um *caput*, que é o art. 7º, em que se asseguram direitos trabalhistas visando a uma melhor condição social ao trabalhador.

E essa foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em um voto do Ministro Joaquim Barbosa quando disse: “Ressaltou-se (...) que o aci-

dente de trabalho é regulado, em última análise, para assegurar a dignidade do trabalhador no momento em que não possui capacidade efetiva de trabalho”. Diz o Ministro Joaquim Barbosa: “Concluiu-se que o rol de garantias do art. 7º da CF não esgota a proteção aos direitos sociais (...)”.

Percebam, caros congressistas, a evolução da responsabilidade civil. Vou ser breve, porque ninguém gosta de evolução histórica e nem eu. Então, vamos falar rapidamente só para chegarmos aonde quero chegar. A responsabilidade civil teve paradigmas, nortes. O primeiro deles é a vingança privada, a justiça de mão própria. Em um segundo momento, a retaliação legalizada. Em um terceiro momento, a *lex poeetelia papiria* aboliu a execução pessoal do agente e aquela passou a ser só patrimonial. No quarto momento, a *Lex Aquilia*, a lei aquiliana, menos casuística, introduz o elemento culpa no campo da responsabilidade civil. Aí vem o quinto estágio, e alguns juízes pararam aqui: Código Civil Napoleônico de 1804, art. 1.382, diz que quem der causa ao dano alheio deve repará-lo. Essa é a base e continua a mesma. Ocorre que esse paradigma já sofreu uma evolução, quando na obra de Raymond Sales, em 1897, introduziu a teoria do risco. E mais do que isso, o paradigma atual que norteia o operador jurídico, o julgador, o advogado, o Ministério Público, é o paradigma da reparação integral da vítima. Foi quando os direitos sociais e trabalhistas passaram a estar previstos nas constituições federais, a exemplo do que aconteceu com a Constituição do México, em 1917; a Constituição Soviética de 1918, a Constituição de Weimar, em 1919; e a Constituição Federal de 1988.

Reparem, então, os pilares do atual paradigma da responsabilidade civil. O que deve nortear o operador jurídico quando estamos diante de um dano material, moral, assédio ou acidente? Primeiro, a regra do art. 927 e seu parágrafo único. Segundo, o art. 944 do Código Civil. A indenização mede-se pela extensão do dano; reparação integral da vítima, *restitutio in integrum*. À luz do que? À luz de uma interpretação sistematizada.

O que é essa interpretação sistematizada? É aquilo que desemboca nos princípios e nos valores da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana e função social da empresa, como bem lembrou o Ministro Barros Levenhagen. Onde está o princípio da função social da empresa? Está no art. 170, inciso III, quando fala que a ordem econômica tem como princípio a função social da propriedade. Ora, a empresa é uma expressão de propriedade. Logo, quando se lê “função social da propriedade”, leia-se também “função social da empresa”. Logo, o princípio da função social da empresa está na Constituição Federal. E reparamos que o Código Civil de 2002 coloca a figura do empresário substituindo-

do a figura do comerciante não mais para eu enxergar a relação econômica como um sujeito individual, mas como um empresário a exemplo do Código italiano.

E aí temos de enxergar a vítima como gente e não como pessoa. Pessoa remete à expressão *persona*, máscara, teatro, ficção. Gente, carne e osso, concreta, que chora, que ri e que sonha com um mundo melhor. Quando identifico uma vítima de um dano infligido a ela, eu a identifico como gente de carne e osso. Essa é a expressão da Constituição Federal pautada no direito alemão, direito geral de personalidade, que é o art. 1º, inciso III, da nossa Constituição Federal.

E então vem a reparação integral da vítima. O TST está muito atento a isso. Vejo esse aresto, aqui do TST, do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho: “(...) A indenização por danos materiais visa a ressarcir os prejuízos financeiros, presentes e futuros, sofridos pela vítima e causados pelo ofensor. O art. 944 do Código Civil de 2002 resguarda e dá efetividade ao princípio da restituição integral (...)”.

Quais são, então, as implicações disso? Reparem que perdi aqui quase a metade da minha fala para deixar bem claro que o norte, o paradigma, hoje, não é mais onde está a culpa da empresa. O norte não é mais onde está a culpa do agente. O norte, o paradigma, que fundamenta a responsabilidade civil, não só no Brasil como nos demais países, é a reparação integral da vítima. O olhar do julgador é como vou reparar essa vítima. É a partir desse paradigma, desse norte, desse valor proeminente da Constituição Federal, que vou investigar o caso concreto.

Quais são as implicações práticas disso? Trago quatro, e a última delas é o tema do painel. Primeira: a concausa é fator de redução do valor da indenização acidentária? Depende do paradigma que sigo. Caso siga o paradigma de investigar o culpado, vou dizer que é um fator de redução, na medida em que houve duas culpas concorrentes, concausa, o empregador não precisa ser condenado integralmente.

Se o meu viés é a reparação integral da vítima, posso fazer outro raciocínio. A legislação é omissa, não diz nada. O que acho pessoalmente? Que tem de ter certa equidade. Você também não pode tratar a empresa contumaz com aquela que tem todo um zelo e um cuidado. Não é fácil ser empresário neste país; um dos países que mais tem tributos no mundo, mais impostos contra esse empresário. E como bem lembrou o Ministro Barros Levenhagen: se matarmos a empresa, onde haverá geração de renda, riqueza e emprego? Não é fácil.

Agora pergunto para vocês: nesse caso, vamos, então, dar uma posição equitativa como bem lançou o Desembargador Sebastião Geraldo, em um

## II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho

Congresso que tivemos em São Paulo, da Academia Nacional do Direito do Trabalho, em que S. Exa. propõe uma saída doutrinária muito razoável dizendo que a concausa pode, sim, reduzir, mas com critérios objetivos, fazendo uma analogia aos graus de insalubridade, 10%, 20% ou 40%, fazendo uma analogia com os graus de culpa leve, levíssima e grave, e não simplesmente concausa 50%. A minha preocupação é a reparação integral da vítima. A empresa correu com outra causa. Então, reduza, mas o faça de forma equitativa, sem perder o norte, que é a reparação integral da vítima.

Segunda questão: Como deve ser vista a força maior? Vejam que a força maior é uma excludente da responsabilidade civil, art. 393 do Código Civil. Vou aplicar integralmente esse dispositivo? Ou posso aplicar por analogia o art. 502 da CLT, que diz que, nos casos de rescisão por força maior, a indenização é pela metade? O que vou preferir: o Código Civil ou a CLT? Depende do paradigma que adoto. Se o meu paradigma é preocupar-se com a reparação integral da vítima, posso, mesmo no caso de força maior, aplicar por analogia o art. 503 da CLT e fixar uma indenização pela metade. Há uma função social da empresa que tem os riscos da atividade, mas também tem o ônus, *ubi emolumentum, ibi onus*, quem tem os bônus tem os ônus.

Terceira questão: a concepção de culpa acidentária. Ainda, a teoria do furto interno. Essa é uma teoria nova, que está sendo desenhada pela doutrina. Quando estudamos força maior, sempre temos em mente dois elementos: um evento inevitável e um evento imprevisível. Só que a doutrina mais moderna, mais avançada, está trazendo um terceiro elemento para caracterizar caso fortuito ou força maior: é o elemento da externalidade, ou seja, só vai caracterizar caso fortuito ou força maior se estiver fora do risco da atividade econômica. Isso quem traz são os civilistas.

Fernando Noronha, um dos grandes juristas do Direito Civil, diz em sua obra *Direito das Obrigações*: “A externalidade, apesar de normalmente não indicada, parece ser requisito essencial. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse sua atuação”. Nesse sentido, achei uma decisão aqui do TST. Vejam que interessante essa decisão do TST, que aplica, ainda que de uma via oblíqua, a teoria do fortuito interno. Diz assim, só na parte sublinhada: “A empresa Minas Pneus Ltda., especializada no comércio e conserto de pneus (...), foi condenada ao pagamento de R\$ 15 mil pelas lesões causadas a um funcionário pela explosão de um pneu ocorrida durante um teste de produto (...)”. Ora, a rigor, seria força maior, caso fortuito, explodiu um pneu na cara da vítima.

## II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho

De acordo com o julgador, a expressão “(...) ‘riscos da atividade econômica’ deve ser compreendida de forma ampla (...)”. Assim, não está englobado também “(...) o risco que essa atividade econômica representa para a sociedade e, principalmente, para seus empregados (...)”. Então, reparem que, se a minha preocupação é o paradigma da reparação integral da vítima, posso mitigar até mesmo a caracterização e o conceito de caso fortuito no sentido de prestigiar a reparação da vítima, que é o paradigma da responsabilidade civil. Nesse sentido, ainda, a concepção de culpa. A culpa não pode ser mais concebida em um aspecto subjetivo. Onde está a intenção do agente? A culpa deve ser identificada no aspecto objetivo. A violação da norma, a violação da NR, já caracteriza a culpa acidentária.

Vejam o autor Anderson Schreiber quando escreve *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Ele diz: “O agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média (...)”. Assim, “(...) o indivíduo pode ser considerado culpado ainda que ‘tenha feito o seu melhor para evitar o dano’”.

Passo a olhar a culpa em seu aspecto objetivo e, finalmente, chego à questão proposta pelo painel: há amparo para o juiz deferir a reparação *in natura* para o dano acidentário? Nossa cultura é a cultura da monetização do dano. Os advogados gostam da monetização, o reclamante gosta da monetização, as pessoas querem dinheiro. De certa forma, essa também é a linguagem da empresa porque, às vezes, será mais pedagógica, mais preventiva, quando também souber que aquilo pode implicar um prejuízo financeiro para ela. Mas a pergunta é: há amparo para o juiz conceder a reparação *in natura*? Não há dúvida que sim. Vejam o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo” – e aqui posso embutir prestações *in natura* – “além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O constituinte é claro, uma resposta proporcional ao agravo, como uma carta de retratação, uma carta de referência, além da indenização por dano material ou moral. Aí, vamos interpretando esses dispositivos. Pontes de Miranda, talvez, um dos maiores juristas que este país já teve, diz assim: “(...) se a tônica do instituto da responsabilidade é a restituição integral da vítima ao estado anterior ao dano, nada mais razoável do que procurar reparar *in natura*, tanto quanto seja possível”. Qual é o fundamento da responsabilidade civil? É um retorno ao *status quo ante*, só que, às vezes, isso não é possível.

E, ainda, um lenitivo pela dor infligida à vítima. São dois fundamentos. O fundamento para eu fixar a responsabilidade civil é retornar ao *status quo ante* ou um lenitivo, um calmante para aplacar a dor infligida à vítima. As

## II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho

formas de indenização: pecuniária ou *in natura*, e o juiz tem, sim, esse poder discricionário de adaptar ao pedido.

Vejam que – e aqui já em tom de conclusão – as conclusões a que chegamos, as inferências a que chegamos acerca do cabimento dessa reparação *in natura*. Primeira delas: tem amparo legal, arts. 5º, incisos V e X, 948, 949 e 950 do Código Civil. Todas elas falam: além da pensão, outras despesas comprovadas. Os três dispositivos do Código Civil que falam de acidente por morte, por incapacidade parcial e acidente de trabalho por incapacidade total prestigiam o princípio da reparação integral da vítima.

Segundo, a reparação *in natura* se encontra dentro do fundamento da responsabilidade civil? Retorno ao *status quo ante*? Se fui caluniado, quero ser retratado. Se fui ofendido e difamado na empresa, quero que a empresa se retrate em um informativo dela ou em um jornal de grande circulação. Isso também é um pouco de retorno ao *status quo ante*, está dentro do paradigma da *restitutio in integrum*, está dentro do paradigma da reparação integral, está dentro de uma interpretação sistematizada da Constituição e cabe tanto no dano material, quanto no dano moral, dependendo do caso concreto.

Vejam esta ementa do Tribunal da 1ª Região: “(...) O pedido de desculpas formulado quanto ao ato ofensivo configura evidente retratação pública, hábil a reparar qualquer mal-entendido e tal retratação impede o acolhimento do pedido de condenação em danos morais porque escusa o erro”. Dependendo do caso concreto, podemos até dizer que uma retratação pode elidir o dano moral, mas nem sempre.

O Dr. Xisto bem lembrou a Súmula nº 37 do STJ, na qual posso acumular dano material e moral. Se o princípio maior é o da reparação integral da vítima, o juiz tem esse poder discricionário de dizer, além da carta de retratação ou além de uma carta de boa referência, mais cinco mil, mais 10 mil, mais 15 mil reais por dano moral. Uma coisa não elide a outra. A preocupação é buscar uma reparação, que, de certa forma, seja a mais plena possível. Esse é o paradigma.

Já em conclusão, porque estamos no final do Congresso e este ninguém mais aguenta... Doença ocupacional. Trago esta ementa aqui para demonstrar alguns casos rápidos do que seria essa prestação *in natura*. Por exemplo: “(...) Custeio de tratamento médico. (...) é pertinente o deferimento (...) porque representa a melhor expressão da obrigação de indenizar, se comparada à condenação de pagar numerário, nem sempre empregado com esse propósito”. Então, aqui está um exemplo: a empresa custear plano médico. Ainda há outro exemplo: a empresa suportar a realização de uma cirurgia plástica reparadora. Em vez de

dar o dinheiro, colocar uma circunstância ou um tipo de condenação para que, efetivamente, seja realizada essa cirurgia reparadora.

Uma questão processual para terminarmos: o julgador pode arbitrar prestação *in natura* mesmo que não haja pedido expresso na petição inicial? Vejam, no dano moral, parece-me que sim, porque ele é arbitrado pelo julgador. O art. 475, *c*, inciso II, do CPC diz que o juiz arbitra um valor. Se o juiz arbitra, ele tem amplos poderes para arbitrar um valor e até diminuir um pouco o valor pecuniário e trocar... Vamos imaginar no dano moral, no qual sabemos que tem um efeito compensatório e um efeito pedagógico. Ele pode dizer: no efeito compensatório do dano moral acidental, fixo em 30 ou 40 mil e no efeito pedagógico condeno a empresa a promover um programa de prevenção de acidentes ou um treinamento. É possível desmembrar. E no dano material? Reparem, e aqui quero finalizar com essa questão processual, o art. 461 do CPC tem um propósito de assegurar a eficácia do resultado da pretensão material de fundo.

O art. 461 do CPC é muito conhecido de nós. Ele diz assim, está ali na tela: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Houve um avanço do CPC nesse sentido. É o princípio do resultado ou o princípio da busca da eficácia do provimento.

Só que aqui surgem duas correntes. Há quem sustente que esse princípio só se aplica nas obrigações de fazer e não fazer. Quando se criam, por exemplo, as multas diárias, quando se cria, por exemplo, no § 4º, a possibilidade de impor multa diária independentemente de pedido. Ora, o que é a multa diária? É uma forma de o juiz, numa obrigação de fazer ou não fazer, buscar a eficácia do seu provimento. Mas, aí vem uma pergunta e vem uma questão trazida até à baila por Luiz Guilherme Marinoni, meu amigo de Curitiba: será que esse princípio da eficácia do provimento ou princípio do resultado também não pode se estender aos provimentos que envolvam obrigações de dar? Será que é só para essas obrigações de fazer ou não fazer?

Vejam esta doutrina de Teori Albino Zavascki – parece-me que agora é Ministro do STF –, que diz, ao comentar esse princípio: “(...) Ao se propor ação com o objetivo de obter o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer há nela embutido, como pedido implícito, o da designação de outras providências que assegurem referido resultado prático, de modo que a compensação pecuniária somente se dará se assim expressamente requerer o autor, ou se ‘impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente’”. Vejam

## II Seminário Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho

o espírito do legislador: conferir ao julgador um poder discricionário de buscar a máxima eficácia do seu provimento.

Surgem, então, duas correntes. A primeira: só posso autorizar o juiz a esse poder discricionário de conceder algo que não foi pedido, como, por exemplo, as multas diárias pela obrigação de não fazer ou obrigação de fazer, como diz textualmente o art. 461. E uma segunda corrente, ainda minoritária, que confere essa busca de eficácia maior também para as obrigações de dar e nesse sentido também autoriza o julgador, mesmo não havendo pedido, mas dentro de uma pretensão de fundo – se ele não foi provocado, seria uma sentença *ultra petita* ou *extra petita* – ele, num poder discricionário, adapta; e ele tem essa liberdade de até trazer uma obrigação de fazer, ainda que ninguém tenha pedido, ninguém tenha especificado, mas que exista, por óbvio, uma pretensão. A pretensão tem de existir. Cabe ao Juiz apenas adaptar, desmembrar ou concretizar com algumas prestações *in natura*.

Quero agradecer a atenção dos senhores. Eram essas as razões que pensei em trazer para essa plateia seleta e quero dizer da minha alegria de estar aqui no Auditório Ministro Arnaldo Süssekind e convidado pelo Sebastião Geraldo de Oliveira. Em minha última obra homenageei dois ilustres juristas que, coincidentemente, foram o Ministro Arnaldo Süssekind e Sebastião Geraldo, e hoje me sinto privilegiado por essa coincidência e estar aqui no Tribunal Superior do Trabalho, na presidência do Ministro Barros Levenhagen, que admiro, na presença do meu amigo Xisto, do Dr. Wellington e na presença dos senhores. Muito obrigado.