

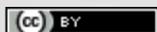


Recebido em: 10.05.2019  
Aceito em: 04.07.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i1.32>

**1** Professor efetivo e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutor em filosofia do Direito e do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<https://orcid.org/0000-0001-8057-5936>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# Parâmetros de indenização dos danos morais no Direito do Trabalho

Parámetros de la indemnización por daños morales en el Derecho del Trabajo

Parameters of compensation for moral damages in Labor Law

*Othon de Azevedo Lopes<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os parâmetros para quantificação das condenações por danos morais introduzidos pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e busca avaliar se estes parâmetros contribuem para a proteção simbólica da personalidade. O artigo se inicia com uma reconstrução histórica do instituto do dano moral e apresenta discussão sobre seu legado para nossa sociedade e para o Direito Privado. Em seguida, a reflexão situa os danos morais dentro do marco da proteção à dignidade humana e apresenta seus desdobramentos para os direitos da personalidade. Posteriormente, apresenta-se discussão jurídica sobre o instituto do dano moral individual e o papel das sanções de natureza civil, introduzidas historicamente pelo Direito Moderno, na proteção dos direitos da personalidade. Por fim, à luz das reflexões teóricas sobre o dano moral, o artigo avalia as inovações trazidas pela Reforma Trabalhista quanto aos parâmetros de quantificação dos danos morais e se tais inovações permitem interpretação conforme da legislação vigente sobre dano moral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano moral. Direitos da Personalidade. Reforma Trabalhista. Critérios para fixação. Função preventiva fiduciária.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the parameters for quantifying moral damages convictions introduced by the Labor Reform (Law No. 13.467/2017) and seeks to evaluate whether these parameters contribute to the symbolic protection of the personality. The article begins with a historical reconstruction of the institute of Moral Damage and discusses its legacy for our society and for Private Law. Next, the reflection places moral damages within the framework of the protection of human dignity and presents their consequences for the rights of the personality. Subsequently, a legal discussion is presented on the institute of individual moral damages and the role of sanctions of a civil nature, historically introduced by Modern Law, in the protection of personality rights. Finally, in light of the theoretical reflections on moral damages, the article evaluates the innovations brought by the Labor Reform regarding the parameters of quantification of moral damages and whether such innovations allow interpretation according to the current legislation on moral damages.

**KEYWORDS:** Moral damage. Personality Rights. Labor Reform. Criteria for fixation. Fiduciary preventive function.

## RESUMEN

El propósito de este artículo es analizar los parámetros para cuantificar las condenas por daño moral introducidas por la Reforma Laboral (Ley No. 13.467/2017) y busca evaluar si estos parámetros contribuyen a la protección simbólica de la personalidad. El artículo comienza con una reconstrucción histórica del instituto de Daño Moral y discute su legado para nuestra sociedad y para el Derecho Privado. A continuación, la reflexión sitúa el daño moral en el marco de la protección de la dignidad humana y presenta sus consecuencias para los derechos de la personalidad. Posteriormente, se presenta una discusión jurídica sobre el instituto del daño moral individual y el papel de las sanciones de carácter civil, históricamente introducidas por el Derecho moderno, en la protección de los derechos de la personalidad. Finalmente, a la luz de las reflexiones teóricas sobre el daño moral, el artículo evalúa las innovaciones aportadas por la Reforma Laboral en cuanto a los parámetros de cuantificación del daño moral y si tales innovaciones permiten la interpretación de acuerdo con la legislación vigente sobre daño moral.

**PALABRAS CLAVE:** Daño moral. Derechos de la personalidad. Reforma Laboral. Criterios de fijación. Función fiduciaria preventiva.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, positivou a indenização por danos morais. Essa mesma Carta inaugurou um Estado Democrático de Direito, que, além das garantias do procedimento democrático e das formas de Estado de Direito, trouxe um generoso e ambicioso projeto de transformação de sociedade legatário das aspirações dos Estados de Bem-Estar Social da Europa do pós-guerra em cujo centro estava a dignidade da pessoa humana. Apresentou-se, com isso, um texto constitucional que inseriu a responsabilidade civil em outro plano de debate e construção.

Numa sociedade complexa e num cenário de transição para uma concepção de direito pós-positivista, em que predomina uma concepção ético-moral, portanto, fluida dos direitos fundamentais, a responsabilidade civil assume um papel central na organização das relações sociais. A tessitura ordem social faz com que sobressaia o papel de sujeito de interesses, ou seja, um indivíduo que procura incessantemente maximizar o seu bem-estar, sendo também o Judiciário uma arena para isso.

O comportamento generalizado desse sujeito de interesse é a ação instrumental, em que todo o seu entorno, inclusive outras pessoas, são meios para permitir a maximização de bem-estar. O primeiro bem colocado em risco, por essa forma de agir, é a dignidade da pessoa humana, que exige que todos os seres humanos sejam tratados como fins em si mesmo. Ao Judiciário cabe o papel de árbitro desse conflito ente o sujeito de interesse, na autodeterminação egoísta da sua liberdade, e o sujeito de direito, cuja dignidade é irrenunciável.

Dentro desse enfoque, o dano moral individual coloca em cena problemas não triviais para a sua aplicação. É que o dano moral impõe uma reorganização para a responsabilidade civil, que, como espelha o art. 944 do Código Civil, encontrava esteio no firme critério de que a indenização deve medir-se pela correspondência ao dano<sup>1</sup>. O dano material trata de direitos patrimoniais disponíveis, ao passo que o dano moral cuida de direitos extrapatrimoniais e indisponíveis. São duas categorias completamente distintas.

---

<sup>1</sup> A pena se distingue da indenização pelo fato de que esta última ser “levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito” (Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado — Editor, sucessor, 1974, p. 164).



A sua reunião no âmbito da responsabilidade civil acontece, em razão da evolução da responsabilidade aquiliana que gerou uma regra geral da obrigação de indenizar o dano culposo ou originário de uma atividade de risco. É a existência de uma regra aberta como fonte da obrigação de compensação que justifica a inserção dos danos morais dentro da responsabilidade civil, como instrumento de materialização do rol fluido de direitos que compõe a construção da personalidade, como esfera plástica da construção da dignidade da pessoa humana.

No direito do trabalho, o tema assumiu importância no final da década de 90 do século XX, em que a Justiça do Trabalho passou a julgar danos materiais e morais, o que foi legitimado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O volume de demandas fez com que o tema fosse uma das preocupações da reforma trabalhista, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, que dedicou um Título para tratar do assunto<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> [“Art. 223-A.](#) Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

[‘Art. 223-B.](#) Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.’

[‘Art. 223-C.](#) A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.’

[‘Art. 223-D.](#) A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.’

[‘Art. 223-E.](#) São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.’

[‘Art. 223-F.](#) A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.’

[‘Art. 223-G.](#) Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.



As inovações introduzidas pelo legislador estão sendo objeto de intenso debate, em razão da enunciação específica dos direitos da personalidade objeto do dano moral e de gradação legal dos parâmetros de condenação vinculados ao salário contratual. No direito do trabalho, o assunto revela-se ainda mais delicado, em razão da assimetria constitutiva da relação de emprego, em que o empregado se apresenta como hipossuficiente, portanto, vulnerável a abusos por parte do empregador.

Daí a maior necessidade de acuro com a proteção dos direitos da personalidade, como desdobramentos dos direitos fundamentais no âmbito privado, já que a compulsão instrumentalizadora da sociedade capitalista põe em risco a dignidade da pessoa humana. É preciso, desse modo, uma atuação firme e clara do Judiciário trabalhista na consolidação dos direitos da personalidade. Então, a pergunta a ser respondida por este artigo é se, de algum modo, os parâmetros introduzidos pela Lei nº 13.467 para os danos morais contribuem na proteção simbólica da personalidade.

O primeiro passo para a resposta da pergunta será uma autorreflexão histórica sobre o legado que constitui o dano moral na nossa sociedade. O segundo será situar os danos morais dentro do marco da dignidade da pessoa humana e do seu desdobramento no Direito Privado, que são os direitos da personalidade. O terceiro será expor as funções das sanções e após mostrar como elas fornecem parâmetros para a quantificação da condenação em danos morais, mostrando como a reforma trabalhista situa-se em tal contexto, para concluir que é possível uma interpretação conforme da legislação vigente.

---

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”



## 1 DANOS MORAIS INDIVIDUAIS

O dano moral, não por acaso, foi acolhido no texto constitucional, art. 5º, X. É que ele tem um significativo papel na construção da autonomia e da dignidade da pessoa humana, principalmente no âmbito privado. O projeto constitucional de um Estado Democrático de Direito, que conserva um núcleo dogmático, a saber, a ideia de autonomia<sup>3</sup>, exige a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e instrumentos idôneos para sancionar a sua agressão. Assim, expor a circulação de sentido que se dá entre os danos morais e o Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares, fornece um rico material teórico para organizar e orientar a responsabilidade civil, afastando o casuísmo e o recurso descompromissado à responsabilidade civil como meio para enriquecimento sem causa.

### 1.1 Reconstrução histórica

É comum, entre os estudiosos do dano moral, iniciar a sua reconstrução histórica na Antiguidade<sup>4</sup>. Todavia, esse corte oferece riscos por construir pontes curtas entre as sociedades tão distintas. É certo que na Antiguidade havia responsabilidade por ofensa a bens não patrimoniais. O problema é que tais bens eram definidos sobretudo por uma amálgama de tradições de índole religiosa e por vínculos de parentesco. Em tal contexto, nessas sociedades, a própria honra apontava para a coletividade mantida por tais laços místicos, de lealdade e de sangue.

O contraste com a honra da sociedade contemporânea, que é principalmente um bem individual, de cada pessoa, já permite vislumbrar as dificuldades do empreendimento de retomar o dano moral a partir da Antiguidade. Aliás, a grande dificuldade para construir vias de comunicação entre os sentidos de tal período e os dos tempos atuais é que a própria noção de indivíduo estava diluída dentro do corpo social.

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *Factidad y Validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, , 2001.

<sup>4</sup> É o que assinala SILVA, Wilson de Melo. *O dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 21 e ss.



Por isso, a autorreflexão histórica do presente trabalho toma como marco inicial o período da gestação e formação da concepção moderna de indivíduo. Aliás, mesmo iniciando-se o estudo a partir da Idade Moderna, é necessária uma advertência sobre o surgimento das noções de direitos morais e direitos da personalidade:

É preciso perceber, de início, que as duas noções [direitos morais e direitos de personalidade] são relativamente recentes. Se podemos achar ancestrais comuns no direito romano, na escola do direito natural e das gentes ou na filosofia de Kant, trata-se somente da pré-história de tais conceitos. Entre os atributos da personalidade hoje protegidos, somente a vida, a integridade física e a honra eram então tomados em consideração no começo do século XIX. No entanto, são principalmente os filósofos que por eles se interessam, enquanto que os juristas, quando falam deles, consideram que as suas proteções estão no do campo do direito penal.<sup>5</sup>

Em verdade, é na segunda metade do século XIX que os juristas do direito privado, a partir das concepções de liberdade e dignidade da pessoa humana dos filósofos dos séculos XVII e XVIII, passam a admitir a idéia de proteção de interesses pessoais imateriais do indivíduo pelo direito privado.

### 1.1.1 Direitos subjetivos liberais (a propriedade) e dano moral na França

A outorga do Código Civil na França, em 1804, foi um marco na história jurídica. O Código de Napoleão positivou o ideário individualista, oriundo do jusnaturalismo, de proteção de liberdade da Revolução Francesa, particularmente no âmbito contratual e econômico<sup>6</sup>. Foi o *Code Civil* que introduziu a igualdade burguesa, especialmente no reconhecimento da propriedade privada com contornos absolutos e reconhecendo a autonomia privada ao colocar os contratos no mesmo nível que a lei (art. 1.134). Todavia, sobre os abstratos direitos de personalidade, o Código Civil francês não tinha qualquer disposição específica, o que inibiu discussões doutrinárias sobre o assunto.

<sup>5</sup> Tradução livre de LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. *Droit moral et droit de la personnalité: – étude de droit comparé français et allemand*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'aix-marseille – PUAM, 2002, T. I, p. 29.

<sup>6</sup> WIEACKER, Franz. *História del derecho privado de la Edad Moderna*. Madri: Aquilar: 1957, p. 317.



Os bens ocupavam posição de destaque em tal Código e a propriedade era uma palavra-chave em seu texto<sup>7</sup>. Era um direito *inviolável e sagrado*, de acordo com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>8</sup>, e por isso, um atributo da pessoa humana. A centralidade da propriedade era de tal maneira significativa que a literatura jurídica francesa de então tratava da liberdade e da personalidade a partir do conceito de propriedade. É o caso de Troplong: “a propriedade é a liberdade do homem exercida sobre a natureza física”<sup>9</sup>. Em sentido semelhante, Aubry et Rau: “o direito do homem sobre seu patrimônio é um direito de propriedade que tem seu fundamento na sua personalidade mesma. O patrimônio não é, com efeito, em última análise, mais que a personalidade do homem colocada em relação com os objetos sobre os quais pode haver direitos a serem exercidos.”<sup>10</sup>

Em última análise, a propriedade estendia-se a outros objetos além de sua aplicação própria. O homem era concebido como um proprietário de si próprio, do seu nome, do seu corpo, de sua honra e de suas faculdades criativas. A propriedade ocupava o espaço de todos os debates. Assim, nos três primeiros quartos do século XIX, a integridade corporal, a honra e o nome eram protegidos como decomposições do direito de propriedade ou pelo direito penal. De outro lado, a formulação larga da regra geral da obrigação de indenizar inserida no art. 1382 do Código Civil francês permitiu resolver a maior parte dos conflitos oriundos das ofensas ao nome, à imagem, à honra sem que fosse necessário determinar a natureza dos poderes dos indivíduos sobre tais aspectos de sua personalidade. A propriedade era um conceito largo o suficiente para abarcá-los.

A amplitude da redação do art. 1382, aliada à largueza doutrinária do conceito de propriedade, permitiu a fixação de indenização em dinheiro, já em 25 de junho de 1833. As Câmaras Reunidas de Jurisdição Civil e Penal da Corte de Cassação, nessa data, “consideraram que o dano moral devia em princípio ser reparado da mesma maneira que

---

<sup>7</sup> LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., T. I, p. 46.

<sup>8</sup> O art. 17 dessa declaração tem a seguinte redação: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização” \*COMPARATO, op. cit., p. 153).

<sup>9</sup> *Apud* LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., T. I, p. 47.

<sup>10</sup> *Apud* Idem. *Ibidem*.



todo o dano.”<sup>11</sup> De igual modo, o próprio legislador estabeleceu casos específicos de reparação de danos morais, como nas leis de imprensa, de 29 de julho de 1881 e, em matéria de difamação e injúria, de 12 de julho de 1905<sup>12</sup>.

Nesse contexto, as primeiras noções sobre os direitos de personalidade apareceram no direito francês somente nos últimos anos do século XIX, como autores como Bazille et Constant, Beaussire, Boistel<sup>13</sup>. Entretanto, a primeira obra consistente sobre os direitos da personalidade foi a de Bérard em 1902 que elencava entre eles os direitos de autor, o direito à honra, o direito ao nome e o direito à fisionomia. O seu objetivo era o de estabelecer que a jurisprudência francesa “reconhecia certos direitos à pessoa humana enquanto tal, fora as ofensas ao patrimônio”<sup>14</sup>. A partir de então a noção de direitos da personalidade iria se impondo doutrinária e jurisprudencialmente, até que em 1991 o próprio legislador<sup>15</sup>, ainda que incidentalmente, utilizou a expressão para vedar que fossem registradas marcas ofensivas aos direitos de personalidade.

Dessa maneira, a forma pela qual a propriedade, como entendida por boa parte dos estudiosos do Código Civil francês, abrangeu metonimicamente a esfera material e imaterial de proteção ao indivíduo e sua liberdade, possibilitando que, desde muito cedo, os tribunais franceses acolhessem a indenização de ofensas a direitos exclusivamente morais.

### 1.1.2 Direitos da personalidade e danos morais na Alemanha

Ao contrário do que ocorria na França, o direito civil alemão do século XIX não estava dominado pela noção de propriedade. Mantendo fidelidade à concepção romanística, a propriedade, para a escola histórica e seu desdobramento pandectista, limitava-se às coisas corpóreas. Para Savigny, o reconhecimento de um direito de propriedade sobre o homem

---

<sup>11</sup> TORNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2002, p. 408. No mesmo sentido, JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 139.

<sup>12</sup> TORNEAU, Philippe e CADIET, Loïc, op. cit., p. 409.

<sup>13</sup> LUCAS-SCHLOETTER, op. cit. T. I, p. 47.

<sup>14</sup> *Apud* LUCAS-SCHLOETTER, op. cit. T. I, p. 86.

<sup>15</sup> no art. 4 da L. 711-4 CPI (LUCAS-SCHLOETTER, op. cit. T. I, p. 131).



conduziria à legitimação do suicídio<sup>16</sup>. Foi essa recusa em estender a noção de propriedade aos bens imateriais que permitiu o desenvolvimento dos direitos da personalidade e de direitos morais no âmbito do direito privado.

Savigny reconhecia perfeitamente a existência, ao lado de bens materiais, de um patrimônio moral. Eram os bens inatos por oposição aos bens adquiridos. Ocorre que, para tal pensador da escola histórica do direito, a proteção eficaz de tais direitos não estaria propriamente no direito privado<sup>17</sup>. Nas palavras de Savigny<sup>18</sup>:

Reúnem-se geralmente entre os direitos as faculdades inerentes ao homem, ou seja, os direitos que a qualidade de homem deu ao indivíduo, o direito de ir e vir, de fazer respeitar a sua pessoa, em uma palavra as diversas manifestações da liberdade. São direitos originários do indivíduo, bens inatos. Essas prerrogativas não entram no domínio do direito privado.

Para Savigny, influenciado claramente por Kant<sup>19</sup>, esses direitos estavam acima do direito privado, não precisando ser acolhidos nem definidos pelas leis positivas. Ele concebia possíveis algumas instituições do direito positivo, protegendo certas prerrogativas imateriais do ser humano contra ofensas de seus semelhantes, como as leis sancionatórias da difamação, mas elas não faziam mais do que aplicar o princípio da inviolabilidade da pessoa humana a certas situações específicas. Assim, as discussões sobre a personalidade apareciam vinculadas e restritas principalmente a um direito à personalidade, ou seja, a um direito fundamental a ser reconhecido como pessoa, portanto, ser sujeito de direitos no âmbito do direito privado<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> *Apud Idem*, p.60.

<sup>17</sup> DORVILLE, Armand. De l'interêt moral dans les obligations. In CARVAL, Suzanne. *La construction de la responsabilité civile*. Paris: PUF, 2001, p. 269.

<sup>18</sup> *Apud. Idem*, p. 270.

<sup>19</sup> KANT. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*. Trad. Pietro Chiodi. Roma: Laterza, 1980, p. 68; KANT. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176.

<sup>20</sup> No seguinte trecho de Savigny (SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Meia e Mael Poley. T. I. Madri: Centro Editorial de Cóngora, p. 305) já apresenta o gérmen, demonstrando ainda a influência kantiana na universalização do homem como um sujeito de direito: “todo o direito é a sanção da liberdade moral inerente ao ser racional (§ 4º, 9º, 520, e por isso a idéia de pessoa ou sujeito de direito se confunde com a idéia de homem, podendo-se formular a identidade primitiva de ambas as idéias nesses termos: todo indivíduo, e só o indivíduo, tem capacidade de direito”.



É sobre essa base de direito à personalidade, com o sentido de capacidade jurídica, que se iriam desenvolver os outros direitos da personalidade. Já em Puchta<sup>21</sup>, ocorreu um alargamento do direito à personalidade (*Recht der Persönlichkeit*), para compreender a capacidade jurídica e o direito à honra.

Todavia, foi com Karl Gareis, em 1877,<sup>22</sup> que os direitos da personalidade foram sistematizados como uma categoria de direitos subjetivos com definição e atributos próximos aos de hoje, como direitos subjetivos privados, absolutos, como os direitos reais e, por isso, oponíveis *erga omnes*. O fundamento dos direitos de personalidade consistiria em cada sujeito ter o direito de ver sua individualidade reconhecida como tal. Embora com marcadas diferenças, eles poderiam ser classificados em três categorias: 1) direitos dos indivíduos para a manutenção de sua existência: à vida, à integridade e a uma atividade; 2) direitos de identidade do indivíduo: ao nome, direito das marcas e proteção da honra; 3) direitos de autenticidade e fruição de uma prestação: direito de autor e de inventor.

Otto von Gierke teve o grande mérito de divulgar tais direitos, que definia como “direitos que conferem ao seu titular o domínio sobre uma parte de sua própria esfera pessoal”<sup>23</sup>. Eram direitos privados absolutos que compreendiam o poder de impedir qualquer outro de interferir nesse âmbito protegido. Para resguardá-los, no âmbito civil, o seu detentor teria o direito de obter medidas inibitórias e condenatórias das eventuais ofensas. Mostravam-se altamente pessoais, nascendo *a priori* com uma pessoa determinada e desaparecendo com ela. Por isso, eram inalienáveis, a princípio, embora em alguns casos como os direitos de autor e de inventor pudesse haver sua transmissão.

Em 1900, entrou em vigor o BGB (*Bürgerliche Gesetzbuch*), o Código Civil Alemão, protegendo, no âmbito da responsabilidade civil (§ 823), a vida, o corpo, a saúde e a liberdade<sup>24</sup>. No que se refere ao corpo, à saúde e a liberdade, o § 847 foi expresso ao conceder a possibilidade de uma compensação em dinheiro ao ofendido.

<sup>21</sup> LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., p. 61.

<sup>22</sup> Idem, p. 64.

<sup>23</sup> Idem, p. 97.

<sup>24</sup> O § 847 (dano não patrimonial) do BGB tem a seguinte redação: “No caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação de liberdade, pode o lesado, também por causa do dano que não é dano



No entanto, à míngua de uma regra geral da obrigação de indenizar, como a do Código Francês (art. 1382), a Corte Suprema (*Reichsgericht*) afirmou, de maneira incisiva, em 1908<sup>25</sup>, que “um direito geral de personalidade, concebido como direito subjetivo, era estranho ao direito civil atualmente em vigor”, havendo apenas direitos de personalidade particulares consagrados pela lei, como o direito ao nome (§ 12 do BGB) e os consagrados pela lei de direitos autorais de 1907. Os direitos de personalidade já haviam sido reconhecidos como uma categoria autônoma por parte da doutrina. Todavia, o texto do BGB dificultava falar-se em um direito geral de personalidade.

Depois da Constituição de 1949, em que se consagrou que “a dignidade do homem é intangível” (art. 1º, 1) e se concedeu a cada cidadão o “direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (art. 2º, 1), a discussão sobre o assunto ganhou novo impulso para afirmar a existência de tal direito geral.

Em 25 de maio de 1954, a Corte Constitucional, no célebre precedente *Leserbrief*<sup>26</sup>, afirmou:

[...]a partir do reconhecimento pela Constituição do direito ao respeito da dignidade (art. 1º) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade igualmente como direito privado, devendo ser respeitado por todos, sob a reserva de que esse direito não traga ofensa aos direitos de outrem e não viole a ordem constitucional ou a lei moral (art. 2º), o direito geral de personalidade deve ser assim considerado como um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Em outros precedentes, o mesmo tribunal afirmou que sua função era a de proteger a personalidade em todos os seus aspectos, criando uma esfera pessoal e cobrindo todas as lacunas dos direitos de personalidade particulares.

A violação de um direito de personalidade, em grande parte dos casos, originaria apenas um dano imaterial (*immaterieller Schaden*), o que criava dificuldades para a sua

---

patrimonial, exigir uma eqüitativa satisfação em dinheiro. A pretensão não é transmissível e não passa para os herdeiros, a não ser que tenha sido reconhecida por contrato ou que se tenha tornado litispendente. Uma igual pretensão cabe a uma mulher, contra a qual foi cometido um crime ou uma contravenção contra os bons costumes, ou que foi levada, por astúcia, a ameaça ou abuso de uma relação de dependência, a consentir em uma coabitação extrapatrimonial”.

<sup>25</sup> RG 7, nov. 1908: RGZ 69, 401,403 (LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., T. I, p. 107).

<sup>26</sup> BGH 25.05.1954, Leserbrief: BHZ 13, 334 403 (Idem. Ibidem, p. 107).



proteção. Entretanto, apesar de o BGB ter redação restrita sobre a reparabilidade dos danos morais, a jurisprudência alemã, aplicando, de início, analogicamente o § 847 do BGB<sup>27</sup> e posteriormente invocando apenas a eficácia horizontal da Constituição em direito privado<sup>28</sup>, estabeleceu a indenização por danos morais por graves ofensas ao direito geral de personalidade.

### 1.1.3 Dano moral e direitos da personalidade no direito brasileiro a partir do Código Civil de 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916 sofreu forte influência da escola das Pandectas e do Código Civil Alemão BGB. Contudo, no que se refere à responsabilidade civil, adotou a regra geral da obrigação de indenizar, seguindo o modelo francês, ainda que descartando a distinção entre delitos e quase-delitos. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro de 1916 expressamente estabeleceu, como elementos do ato ilícito: a ação ou omissão; o respectivo elemento subjetivo — dolo ou culpa; o dano, consistente em lesão de direito ou prejuízo; e a relação de causalidade entre o evento e o dano.<sup>29</sup>

A dupla influência francesa e germânica sobre o Código de então, no âmbito da responsabilidade civil, gerou forte controvérsia sobre a reparabilidade do dano moral. É que, embora houvesse a regra geral da obrigação de indenizar (art. 159), seguindo o modelo francês, o Código previu casos específicos de danos morais, como a indenização por calúnia e injúria (art. 1.547), pelo agravamento na honra da mulher (art. 1.548), pelos crimes sexuais (art. 1549), bem como nos caso de ofensa à liberdade pessoal.

<sup>27</sup> BGH, 14.20.1958, HERRENREITER (Idem. Ibidem. T. I, p. 140).

<sup>28</sup> BGH 19.09.1961, Ginseng-Wurzel 403 (Idem. Ibidem).

<sup>29</sup> Principais artigos do Código Civil Brasileiro de 1916 sobre ato ilícito: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1553.

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II – A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (art. 1.519 e 1.520).

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa todos responderão solidariamente pela reparação.”



Até a década de 50 do séc. XX, boa parte da doutrina era favorável à indenização dos danos morais, enquanto a jurisprudência colocava sérios entraves à possibilidade de reparação em tais casos<sup>30</sup>. Até então, o Supremo Tribunal Federal era impermeável à tese.<sup>31</sup>

Já em 1953, vislumbra-se mudança no posicionamento de tal Tribunal com precedente do Min. Orozimbo Nonato<sup>32</sup> em que se acolheu indenização a título de danos morais. A partir de tal precedente, a jurisprudência do Supremo, durante a década de 50, oscilou, ora aceitando abertamente a reparabilidade, ora a negando ou mesmo a acolhendo em limites estreitos<sup>33</sup>.

Somente em 1960, com a decisão dos embargos no RE 42.723, é que se pacificou, dentro do Supremo Tribunal Federal, a reparabilidade dos danos morais<sup>34</sup>. Não se tratava, ainda, da indenização irrestrita. O entendimento predominante, nessa Corte, era o de que não cabia a cumulação de danos materiais com os danos morais<sup>35</sup>.

Foi, no entanto, a Constituição de 1988, complementarmente à positivação da dignidade da pessoa humana, que acolheu, no direito constitucional, alguns direitos da

---

<sup>30</sup> SILVA, Wilson de Melo. *O dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 259 e seg..

<sup>31</sup> O RE 11.786, relatado pelo Min. Hahnemann Guimarães, de 07.11.1950 tem a seguinte ementa: “NÃO É ADMISSÍVEL QUE OS SOFRIMENTOS MORAIS DÊEM LUGAR À REPARAÇÃO PECUNIARIA, SE DELES NÃO DECORRE NENHUM DANO MATERIAL”.

<sup>32</sup> RE 22.993, relatado pelo Min. Orozimbo Nonato, de 31.07.1953, com a seguinte ementa: “DANO MORAL. SUSCITA INDENIZAÇÃO CONGRUA. HONORARIOS DE ADVOGADO”.

<sup>33</sup> Destacam-se os seguintes precedentes exemplificativamente:

Contra: RE 42.723, relatado pelo Min. Nelson Hungria e julgado em 13.08.1959, com a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO; SEU DESPROVIMENTO. JUROS COMPOSTOS; QUANDO NÃO SÃO ADMISSÍVEIS. DANO MORAL; NÃO É RESSARCIVEL PERANTE O NOSSO DIREITO.” A favor com restrições: RE 35558, relatado pelo Min. Ribeiro da Costa e julgado em 10.12.1957 com a seguinte ementa: “SE BEM QUE INDENIZÁVEL O DANO MORAL, EM CIRCUNSTANCIAS PECULIARÍSSIMAS, É ELE INATENDÍVEL, PARALELAMENTE, COM A INDENIZAÇÃO, JA CONTEMPLADA, POR ALIMENTOS”.

<sup>34</sup> Os embargos no RE 42.723, relatados pelo Min. Henrique D’Avilla (convocado) foram decididos, em 08.01.1960, com decisão assim ementada: “DANO MORAL - SE REPERCUTE NA ECONOMIA PARTICULAR, CAUSANDO PREJUÍZOS, HÁ QUE O RESPONSÁVEL RESPONDER PELAS INDENIZAÇÕES DE DIREITO”.

<sup>35</sup> É o que se entende pelo RE 55.646, relatado pelo Min. Evandro Lins com rel. p/acórdão Min. Gonçalves de Oliveira, em 28.09.1965, cujo acórdão tem a seguinte ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. LUCROS CESSANTES COM BASE NO SALARIO VIGENTE A ÉPOCA DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. JUROS SIMPLES A CONTAR DA CITAÇÃO. DANO MORAL IMPLICITO NA INDENIZAÇÃO DEFERIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE”.

A impossibilidade de cumulação está claramente expressa no RE 83.766, relatado pelo Min. Moreira Alves, em 19.08.1976, com a seguinte ementa: “DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTRADA DE FERRO EM CASO DE MORTE, NÃO É ACUMULÁVEL COM LUCROS CESSANTE. EXEGESE DO ARTIGO 1537 DO CÓDIGO VICIL COMINADO COM O ARTIGO 21 DA LEI 2.681, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1912. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO POR DISSÍDO DA JURISPRUDÊNCIA, MAS A QUE SE NEGA PROVIMENTO”.



personalidade e a possibilidade de sua indenização, com a seguinte redação para o art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Após o advento do novo texto constitucional, a possibilidade de reparação dos danos morais passou a ser concebida largamente. O Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua competência de uniformização de jurisprudência e de guarda da legislação federal, inseriu, na sua Súmula, enunciados, possibilitando a cumulação de danos materiais com morais (Súmula 37)<sup>36</sup>, reconhecendo que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais (Súmula 227)<sup>37</sup> e considerando não recepcionada a limitação legal para o arbitramento da sua indenização pela Lei de Imprensa (Súmula 281)<sup>38</sup>. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a constitucionalidade desta última limitação, também considerou não recepcionada a Lei de Imprensa em tal ponto<sup>39</sup>.

Por último, no final da década de 90 do séc. XX e começo do séc. XXI<sup>40</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho passou a julgar controvérsias envolvendo danos materiais e morais, tendo editado inicialmente Orientação Jurisprudencial sobre o tema (327 da SBDI-1) e após o enunciado de Súmula nº 392 do Tribunal, sendo de se destacar que a Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, expressamente conferiu à Justiça do Trabalho a competência para julgar ações de indenização por dano moral.

<sup>36</sup> d. 12.03.1992, DJ de 17.03.1992.

<sup>37</sup> d. 08.09.1999, Dj de 08.10.1999.

<sup>38</sup> d. 28.04.2004, Dj de 13.05.2004.

<sup>39</sup> Sobre o assunto o RE 396.386, relatado pelo Min. Carlos Velloso, em julgamento de 29.06.2004.

<sup>40</sup> “DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (nova redação) - Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013.

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas.

Histórico:

Redação original (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Nº 392 Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho  
Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.( ex-OJ nº 327 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003)”



## 1.2 Dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade e dano moral

Como visto, a aplicabilidade dos danos morais deu-se juntamente com a afirmação de uma esfera ideal de direitos para os indivíduos. Na experiência francesa, desde o séc. XIX, o Judiciário considerou aplicável a indenização por danos morais, eis que metonimicamente compreendia diversos direitos inerentes à personalidade humana na propriedade. Na Alemanha, a indenização dos danos morais evoluiu concomitantemente com a teoria dos direitos da personalidade. No Brasil, por sua vez, somente com a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana e de alguns direitos da personalidade é que se firmou o cabimento de uma ampla indenização aos danos morais<sup>41</sup>.

O problema é que boa parte da doutrina ainda concebe os danos morais a partir da dor e do sofrimento moral e psicológico, o que obscurece o claro vínculo entre os danos morais e a dignidade da pessoa humana, especialmente no seu reflexo no direito privado, que são os direitos da personalidade.

Essa postura de vincular os danos morais à dor remete a uma imprópria confusão entre danos e prejuízos. O dano juridicamente reparável não se confunde com qualquer prejuízo, ou mesmo com qualquer dano físico<sup>42</sup>. O prejuízo consiste na gravosa alteração da realidade. Essa alteração pode ser uma obra natural ou uma obra humana. O conceito jurídico é diverso, caracterizado por uma ofensa de um direito, como esfera de autonomia tutelada por uma norma jurídica.

O conceito de dano está ligado ao de lesão a direito subjetivo, seja ele absoluto ou relativo. É, portanto, violação a um bem juridicamente protegido. Nem todo o prejuízo pode, assim, ser considerado dano jurídico. É necessário que o prejuízo seja qualificado por uma norma para ser considerado injusto, caracterizando o dano jurídico. Daí a lei italiana (art.

---

<sup>41</sup> Como lembra O Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo: “a Constituição de 1988 é um marco importante da concepção respersonalizante do direito, inclusive por reconhecer expressamente a tutela jurídica dos direitos de personalidade e dos danos morais” (LÔBO, Paulo L. N. Danos Morais e Direitos da Personalidade. In *Doutrina Adcoas*. v. 7, n.º 12, 2ª quin., jun., 2004, p. 235).

<sup>42</sup> BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile*. Tomo I. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, p. 30.



2.043 do CC) referir-se a dano injusto, “entendido como lesão de interesses juridicamente relevantes”<sup>43</sup> e o Código Civil de 2002 falar em violação de direito e dano, em seu art. 186.

Não poderia ser de outra forma, já que o direito não detém o instrumental necessário para lidar diretamente com o sofrimento e a dor humana. Em verdade, precisa neutralizar essas realidades a partir de conceitos teóricos que lhes são próprios, como é o caso do direito subjetivo. A atuação direta do direito, sem filtros, em face de quaisquer incômodos ou prejuízos, resultaria numa sobrecarga de demandas e intervenções que poderiam levar as instituições que o instrumentalizam ao colapso. Não é tarefa possível para o direito a reposição e a proteção de todas as pessoas de seus infortúnios e decepções. Inevitavelmente, haverá prejuízos e dores que não poderão ser reparados e deverão ser suportados definitivamente pelas vítimas.

A importância da estruturação teórica que a dogmática jurídica empreendeu, no século XIX, reside justamente nessa neutralização de interesses sociais estranhos ao direito por meio de sua filtragem por conceitos abstratos que sintetizam as preocupações e ênfases próprias às instituições e aos juristas<sup>44</sup>. Aliás, a crescente complexificação da sociedade contemporânea tem imposto à dogmática um incremento na abstração de seu instrumental teórico<sup>45</sup>, como forma de decidir a multiplicidade de conflitos das mais diversas origens. Os danos morais, a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade são elaborações teóricas surgidas como resposta a tais necessidades do ambiente pelo direito.

Assim, ao direito e às suas instituições cabe apenas a intervenção equalizadora na atribuição de bens por intermédio de seus filtros próprios. O papel dos direitos subjetivos e, no caso dos danos morais, dos direitos de personalidade é o de circunscrever quais prejuízos e quais ofensas morais serão indenizáveis. Por isso, a definição de danos morais individuais deve se vincular à proteção de uma esfera de direitos imateriais e ideais, definidos pelos direitos da personalidade, como reflexos da dignidade da pessoa humana no direito civil<sup>46</sup>,

<sup>43</sup> PERLINGERI, Pietro & CORSANO, Luigi. *Manuale de diritto civile*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2003, p. 649.

<sup>44</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80.

<sup>45</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 191.

<sup>46</sup> É o que fica claro no seguinte trecho de Karl Larenz: “Não se pode por em dúvida que os particulares estão obrigados também a respeitar a dignidade dos demais homens e que são antijurídicos os atos que lesionem a dignidade de outro. A jurisprudência desenvolveu, a partir desse ponto, um ‘direito geral da personalidade’,



materializando uma esfera intangível de proteção constitutiva do próprio papel jurídico de pessoa.

Dentro dessa ordem de ideias, a personalidade forma-se a partir das condições de possibilidade do exercício da autonomia, que, como liberdade, é uma esfera plástica de possibilidades, construída a partir da afirmação individual da vontade, sendo os direitos da personalidade a expressão e a forma jurídica, que, no âmbito privado, constituem a pessoa natural. Há um estrito vínculo entre o dano moral e a ofensa à dignidade da pessoa humana, já que é por meio da coerção das ofensas aos direitos constitutivos da personalidade que se afirma simbolicamente a existência de pessoas dignas, merecedoras de igual respeito e consideração<sup>47</sup>.

## 1.2 Dano moral individual e funções das sanções

Só foi possível uma distinção consistente entre responsabilidade civil e penal a partir do momento em que a utilidade das medidas coercitivas passou a ter papel de destaque no pensamento jurídico com Grócio<sup>48</sup>. Somente pelo proveito que se obtém de tais sanções foi possível distingui-las, como bem ressalta Kelsen:

Melhor se poderia dizer que a diferença entre sanção penal e a civil se estriba no objetivo que perseguem. A sanção civil se estabelece para reparar o dano causado por uma conduta socialmente prejudicial; a sanção penal é uma medida retributiva ou, segundo o ponto de vista atual, uma medida preventiva. A diferença, entretanto, só é relativa, já que não se pode negar que a sanção civil também tem uma função retributiva<sup>49</sup>.

O grande drama dos danos morais é que eles tornam insubsistente tal critério de distinção. A natureza imaterial de tais direitos impede uma reparação efetiva. Foi

---

cuja concreção fez evidentes progressos" (LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luiz Díez Picazo. Madri: Civitas, 1985).

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 98.

<sup>48</sup> GRÓCIO, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*. Trad. P. Pradier-Fodéré. Paris: PUF, 1999, p. 415 e ss.; p. 447 e ss.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?*. Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982, p. 171. Provavelmente, quando falou da função retributiva da responsabilidade civil, Kelsen estava considerando apenas o modelo de responsabilidade com base na culpa/ato ilícito.



justamente a dificuldade para encaixá-los, nos limites de equivalência na reposição do bem, que justificou a resistência ao seu acolhimento nos países de tradição romano-germânica.

Sob a ótica estritamente reparatória da responsabilidade civil, a indenização por danos morais encerra um paradoxo insolúvel. Os direitos da personalidade, como decomposição da dignidade da pessoa humana, conforme lição de Kant, caracterizam-se por não terem equivalente ou preço<sup>50</sup>. Os estreitos vínculos que unem a indenização por danos morais à proteção dos direitos da personalidade, na perspectiva de reposição, exigiriam que se apreciasse e se desse uma satisfação equipolente ao direito imaterial lesado, que por natureza não pode ter valor de mercado ou equivalente. É dizer, enfocar os danos morais pela reparação encerra-os numa contradição.

É marcante a desorganização que a sanção da ofensa ao dano moral impõe à distinção entre a sanção civil e a penal. Não se lhes pode negar o caráter de pena privada<sup>51</sup>. Ele não é uma satisfação e uma reposição, mas sobretudo uma pena privada que beneficia a vítima ao invés do Estado, sendo completamente equivocado defender o princípio da reparação integral dos danos morais, como o fez o Ministério Público em parecer na ADI nº 5.870<sup>52</sup>. É impossível restituir a vítima ao *status quo ante*, já que uma vez materializada a ofensa não há como apagá-la, havendo no máximo uma compensação.

No entanto, é justamente a partir dessa confusão entre indenização por danos morais e pena que se pode superar o seu paradoxo. Na arena estrita da equivalência e da reposição do bem lesado, não haveria solução para a perplexidade de apreciar o inapreciável.

É Kant que ressalta que a violação de direitos humanos reduz o homem a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um meio para os seus

---

<sup>50</sup> Tradução livre de Kant: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente, enquanto que aquilo que é superior a qualquer preço, não admitindo nenhum equivalente, tem uma dignidade” (KANT, Immanuel. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*, cit, p. 68).

<sup>51</sup> Com acerto observa Carbonier: “a alocação de uma indenização pecuniária poderia ser, nesse caso, um enriquecimento gratuito para o patrimônio da vítima. Responde-se: o dinheiro pode desempenhar aqui uma satisfação de reposição e seria, então, injusto que a culpa do responsável não tenha sanção (as perdas e danos se justificam como uma espécie de pena privada, de sanção privada, que no lugar de aproveitar ao Estado, como uma sanção do direito penal, beneficia a vítima) (CARBONIER, Jean. *Droit Civil. Les Biens. Les obligations*. Paris: PUF, 2004, p. 2.272).

<sup>52</sup> BRASIL. Ministério Público Federal: Procuradoria Geral da República. Parecer na ADI 5.870 de 18/12/2018.



objetivos.<sup>53</sup> A lesão dos direitos da personalidade é, portanto, uma ofensa à dignidade da vítima. Por isso, não se trata de reparar o dano, que não tem equivalente, mas de retribuir a culpabilidade do autor do dano que menospreza a dignidade do ofendido. Em outras palavras, trata-se da aplicação da **função retributiva** das sanções. Aí está o título que fundamenta e legitima a vítima a receber em seu proveito a punição do violador.

Contudo, não é apenas com o deslocamento para retribuição de culpabilidade das penas que se explica o paradoxo do dano moral. Outra função relevante para compreender o sentido do sancionamento dos direitos imateriais está na função preventiva das sanções. Não especialmente na prevenção especial, isto é, em evitar que o autor do dano cometa um ilícito semelhante, ou na prevenção intimidatória, em que se busca desestimular que terceiros imitem a conduta proibida, mas acima de tudo na **prevenção geral didática ou fiduciária**.

A prevenção geral não se fundamenta apenas no medo e na intimidação de uma ameaça concreta<sup>54</sup>, mas também por possibilitar um aprendizado social no que se refere ao respeito a bens jurídicos e por manter a confiança na vigência do direito. O estabelecimento de sanções para determinadas ofensas a direitos permite reforçar e moldar a consciência coletiva, mostrando quais são os deveres caros para a manutenção da ordem social. Essas sanções passam a ser um meio para pedagogicamente induzir os indivíduos a compreender e respeitar os seus deveres, aderindo voluntariamente à sua observância, e para o reconhecimento normativo que lhes permite à sociedade.

Outro papel positivo das sanções é a estabilização de expectativas com a sua possibilidade de imposição contrafática. Nas palavras de Jakobs, “a pena não é só um meio para manter a identidade social, mas sim já constitui a sua própria manutenção!”<sup>55</sup>. Mesmo diante da frustração de expectativas normativas, cabe à sanção restabelecer a ordem, mantendo estável a confiança no ordenamento jurídico. A existência em potencial e a

---

<sup>53</sup>“Eis que em tal caso [atentado à liberdade e a propriedade] é claro que quem viola o direito do homem se propõe a servir-se da outra pessoa simplesmente como meio, sem ter presente que o outro, na sua qualidade de ser razoável, deve ser sempre considerado ao mesmo tempo como fim, em função de ser capaz de assumir-se como fim de sua própria ação” (KANT. *Fundazione della Metafisica dei Costumi*, cit., p. 62)

<sup>54</sup> Sobre o assunto: LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad. Javier Sánchez — Vera Gómez Trelles. Madrid: Dykinson, 1999 p. 28 e ss.

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.



imposição contrafática de sanções asseguram a confiança na vigência do direito, possibilitando que ele continue a conformar condutas e a evitar transgressões.

No caso de direitos imateriais como os direitos da personalidade, essa função pedagógica e fiduciária é o que possibilita a afirmação simbolicamente tangível de tais direitos. Por terem um caráter ideal, sem qualquer dimensão concreta própria, é somente por meio de imposição de sanções pecuniárias que esses direitos podem simbolicamente assumir alguma dimensão concreta<sup>56</sup>. É a indenização em dinheiro por danos morais que permite que os indivíduos tomem consciência da existência dos direitos da personalidade e aprendam a respeitá-los. Igualmente, é, por intermédio de tais sanções, que se mantém a sensação de ordem e vigência desses direitos imateriais. Os limites de tais direitos, bem como a crença na sua existência, constroem-se com a argamassa das sanções. É a imposição de indenização pelas ofensas a tais direitos que pedagogicamente ensina como eles devem ser respeitados e permite à sociedade compreendê-los como uma realidade vigente.

A importância da retributividade e da prevenção fiduciária e pedagógica apontam uma forte afinidade da indenização por danos morais com as penas, o que põe uma última questão: qual a justificativa para deixá-la no âmbito do direito civil e não situar sua disciplinação no direito penal?

Mais uma vez, a resposta para tal questão remete aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. É que o núcleo de direitos intangíveis definido pela dignidade da pessoa humana, dentro do qual se situam os direitos da personalidade, não é um elenco rígido e exaustivo de direito, e sim um rol aberto e em constante reconstrução de direitos<sup>57</sup> de cada indivíduo.

---

<sup>56</sup> O seguinte trecho de Habermas permite compreender como o direito vale-se das sanções para simbolicamente apoiando-se na concretude fática do uso da força (faticidade) erigir uma dimensão de direitos ideais e abstratos de observância obrigatória: “Por um lado, a garantia que o Estado assume de impor o direito oferece um equivalente funcional de estabilização de expectativas mediante uma autoridade sacra. Enquanto que as instituições apoiadas numa imagem sacra do mundo fixam mediante delimitação e restrições de comunicação as convicções retoras do comportamento, o direito permite substituir convicções por sanções, deixando a discricção dos sujeitos os motivos de observância das regras, mas impondo coercitivamente a sua observância” (HABERMAS, J. *Faticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trota, 2001, p. 100).

<sup>57</sup> A própria Constituição Brasileira de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana numa perspectiva reconstrutivista. É nesse contexto que se insere o § 2º do art. 5º, ao enunciar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”



Sobre o tema, é interessante notar que a reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017 procurou enunciar direitos da personalidade tutelados como dano moral, ou extrapatrimonial, elencando em seu art. 223-C “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física”, como decomposições da esfera de proteção constitutiva da pessoa natural.

De igual modo, é interessante a lei aludir à proteção, no art. 223-D a proteção da imagem, da marca, do nome, do segredo empresarial e do sigilo de correspondência que constituem um núcleo intangível das pessoas morais, como reunião de pessoas naturais que visam a um fim gregário comum, que também é um direito da personalidade. No entanto, Maurício e Gabriela Delgado têm razão quando afirmam que esse rol é exemplificativo, levando em conta a plasticidade dos direitos da personalidade.<sup>58</sup>

Nessa linha, as garantias penais, principalmente a tipicidade, são incompatíveis com essa tessitura aberta dos direitos da personalidade. É somente, diante de uma regra geral e ampla da obrigação de indenizar, como uma cláusula aberta, que tais direitos podem ser adequadamente tutelados, como mostram o exemplo francês e alemão. Entendimento semelhante adota a Professora Suzanne Carval<sup>59</sup>:

A função punitiva da responsabilidade civil é, como acabamos de ver, largamente utilizada para assegurar a proteção dos atributos da personalidade. Como pena dissimulada sob a máscara da reparação de danos, ela visa a sancionar a violação de normas de condutas, que fizeram de um fim em si mesmo um meio. Pronta e algumas vezes rigorosa, a condenação cível, é, não somente, indispensável. Podemos razoavelmente imaginar em substituí-la pelo massivo recurso à sanção penal? Mas ela se afirma como uma sanção cujas qualidades permitem que concorra abertamente com a sanção penal.

De mais a mais, a abrangência e o espraiamento de tais direitos por todos os âmbitos de relações exigem a plasticidade e a dinamicidade da responsabilidade civil e dos procedimentos cíveis. Não é casual que a tutela por intermédio dos danos morais esteja

---

<sup>58</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil, com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017, p. 146.

<sup>59</sup> Tradução livre de CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 43.



ocupando posição relevante no direito do trabalho, no direito administrativo, no direito do consumidor, etc.

Desse modo, a perspectiva eminentemente reparatória dos danos morais é insuficiente para compreendê-los. A imbricação dos danos morais com os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana remetem a uma mudança de foco. É, na função retributiva de culpabilidade da ofensa à esfera de dignidade de outrem e na prevenção pedagógica e fiduciária, como dimensão de afirmação concreta dos direitos de personalidade, que está o fundamento da indenização de tais danos. Como já dito, os direitos da personalidade são a materialização da dignidade da pessoa humana em direito privado e, justamente por ser a personalidade uma realidade jurídica plurifacetada, eles não podem ser elencados de forma exaustiva, cabendo-lhes uma função plástica e dinâmica. O rol existente na legislação trabalhista vigente deve, portanto, ser entendido como exemplificativo.

#### **1.4 Critérios para limitação do dano moral individual e seus efeitos sobre a legislação trabalhista**

O tema dos limites e quantificação das sanções e penas tem vinculação estrita com as suas finalidades. Na tradição do direito romano-germânico, a responsabilidade civil erigiu como principal parâmetro para a quantificação da sanção civil a equivalência com o dano por força de seu objetivo compensatório. O art. 944 do Código Civil, o primeiro do capítulo sobre a indenização, positivou expressamente tal entendimento, ao enunciar que: a indenização mede-se pela extensão do dano, o que tem sido entendido pela jurisprudência como o princípio da reparação integral do dano.

Acontece que analisar a quantificação dos danos morais pelo critério de equivalência imposto pela reparação ou satisfação conduz a uma contradição. Como já lembrado, por natureza, os direitos protegidos pelos danos morais não têm equivalente ou preço. A satisfação da vítima pode, no máximo, ser considerada um epifenômeno da responsabilidade civil no caso dos danos morais.



Assim, interditada a clássica via da finalidade reparatória da responsabilidade civil, dado o forte vínculo entre danos morais e direitos da personalidade, cabe focar a sua limitação pelas finalidades das sanções que podem ser compreendidas pelas lentes da dignidade da pessoa humana. Esse é o caso das finalidades retributiva da culpabilidade e da preventiva fiduciária e pedagógica.

#### 1.4.1 Culpabilidade

No caso da responsabilidade civil por danos morais, a culpabilidade é um juízo fundamental. À míngua do parâmetro de equivalência com o dano material e em face da inegável natureza penal dos danos morais, graduar a indenização de acordo com o grau de reprovação da conduta do ofensor é um critério claro, que fixa um limite para a sanção que não pode nem mesmo ser ultrapassado pelo direito penal. Em tal sentido, no Canadá na Província de Quebec, a doutrina tem posição fechada de que a indenização por danos morais, como pena privada, deve ser calculada apenas em proporção à gravidade da culpa<sup>60</sup>.

Tanto na França<sup>61</sup> como em Quebec<sup>62</sup>, a distinção entre culpa lucrativa e a sem tal intuito tem sido um parâmetro importante para a avaliação da reprovabilidade da conduta do ofensor. Utilizar um direito indisponível de um terceiro, como, por exemplo, a honra ou a imagem, para auferir ganhos financeiros é sem dúvida alguma reduzi-lo a um meio, o que agrava a culpabilidade, justificando que todo o resultado obtido seja revertido em favor da vítima.

De mais a mais, a culpabilidade existe como uma manifestação de autonomia, do exercício injusto da liberdade, situando, portanto, os limites para os danos morais no âmbito da própria dignidade da pessoa humana. Ao se restringir o dano moral pela culpabilidade do autor do dano evita-se que esse sancionamento possa transformá-lo em meio para enriquecimento da vítima, pois a indenização corresponderá apenas a uma retribuição pela sua injusta e culposa resolução de vontade.

---

<sup>60</sup> CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 70.

<sup>61</sup> Idem, Ibidem. p. 32.

<sup>62</sup> Idem, Ibidem. p. 69.



Nesse aspecto da retribuição da culpabilidade, tem algum sentido a tentativa da legislação trabalhista reformada de estabelecer graus de culpabilidade e parâmetros claros para a condenação indenizatória<sup>63</sup>. Todavia, a natureza plástica dos direitos da personalidade não se compadece com um tabelamento fixo, o que mantém o valor da inovação introduzida se ela for considerada apenas indicativa sem necessária vinculação do juiz. Em outras palavras, o parâmetro da lei deve ser considerado como mera diretriz que, em face das peculiaridades do caso concreto, pode ser afastada, inclusive e especialmente em casos de culpa lucrativa, em que todo o proveito econômico do ato ilícito deve ser revertido para a vítima.

O rol aberto dos direitos da personalidade e a identidade única de cada pessoa humana faz com que os casos concretos possam revelar hipóteses não exatamente subsumíveis aos parâmetros legais, o que levará a seu afastamento justificado e equitativo. A culpabilidade, no âmbito dos direitos da personalidade, leva a uma reprovabilidade da conduta do ofensor muito mais fluída e plástica do que no direito penal, podendo-se, portanto, no máximo, falar-se em parâmetros indicativos. Isso faz com que, numa interpretação conforme, os critérios da reforma trabalhista devam ser considerados como mera indicação, sem vinculação necessária do julgador trabalhista.

#### 1.4.2 Prevenção didática fiduciária

De outro lado, a dignidade da pessoa humana, desdobrada nos direitos da personalidade, constitui uma esfera intangível de proteção ao indivíduo. Nesse âmbito, nenhum dos direitos pode ter equivalente. Todavia, pode-se identificar um núcleo e esferas que gradualmente afastam-se dele. Sem vida e autonomia não pode haver dignidade, de modo absoluto e, por isso, esses direitos compõem tal núcleo.

---

<sup>63</sup> A Lei nº 13.467/2017, no § 1º do art. 223-G, ao estabelecer graus de gravidade de conduta vinculando-a a faixas de sanções pecuniárias, assume uma estrutura de tipo penal, confirmando a natureza afliativa dos danos morais:

“§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.”



Por sua vez, o exercício da autonomia exige outros direitos como a integridade física, o nome, a honra, a intimidade, etc. Esses direitos também integram a dignidade da pessoa humana, mas constituem zonas de proteção que se distanciam do núcleo.

Nesse sentido, adotando a perspectiva da prevenção pedagógica e fiduciária, as diversas possíveis ofensas aos direitos da personalidade não podem ser punidas de maneira uniforme. Tanto a vida como a intimidade compõem o mesmo âmbito indisponível de proteção, mas não é possível dar-lhes o mesmo tratamento, em razão de sua diversa posição no âmbito da dignidade da pessoa humana.

É por meio de sancionamentos mais rígidos que simbolicamente afirma-se o valor do núcleo, bem como pedagogicamente o direito assinala para a sociedade qual o respeito e o comportamento que se espera diante de tais direitos. A gravidade da coerção é um parâmetro elucidativo da importância do direito que está sendo tutelado.

As diferentes posições e importância de cada direito da personalidade ofendido exigem, para que se mantenha a confiança na vigência do direito e para que se sinalize para a sociedade o respeito devido a cada um deles, que o aplicador do direito estabeleça uma gradação clara no sancionamento do dano moral. É por meio de tal variação do nível da indenização que simbolicamente Judiciário indicará de que maneira situa cada um dos direitos da personalidade dentro do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

A relação estabelecida entre um símbolo e seu significado encerra sempre um extravasamento semântico<sup>64</sup>. É o que se dá claramente com a indenização dos danos morais. A sanção pecuniária é apenas um signo da existência dos direitos imateriais indisponíveis. A correspondência entre essas grandezas não se dá de forma alguma por um valor de troca, mas sobretudo por um ato instituidor do Estado que fixa tais medidas de coerção como uma dimensão graduável dos direitos ideais da personalidade e da dignidade da pessoa.

Outro aspecto que não pode ser esquecido é que não somente com condenações em indenizações pecuniárias pode-se explorar o aspecto simbólico das sanções como meio para atingir a prevenção geral fiduciária e pedagógica. Em verdade, a publicação de notícias de

---

<sup>64</sup> Em tal sentido, “um símbolo, no sentido mais geral, funciona como um “excesso de significação”” (Paul RICOUER. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 67).



reparação e da própria decisão condenatória são também medidas válidas, principalmente para as ofensas à honra, à reputação e ao bom nome.

Um ponto importante na prevenção geral fiduciária e pedagógica é a mensagem de que, numa sociedade democrática, todos são iguais e respeito e consideração, o que torna delicada adoção do último salário contratual como critério de indenização, já que se faz uma distinção entre trabalhadores. Assim, é certo que, em determinados âmbitos, como o direito à vida, a liberdade de ir e vir, a integridade física esse parâmetro deverá ser afastado.

Todavia, não se pode ignorar que o mundo do trabalho constitui uma hierarquia econômica entre os trabalhadores, não se podendo desprezar, assim, para todos os casos a gradação legal com base no salário, principalmente para os casos de direito da personalidade que estão na periferia da proteção, aproximando-se de direitos disponíveis, como, por exemplo, o direito à intimidade, que, em vários casos, pode ser negociado. Em suma, a gradação estabelecida na legislação trabalhista vigente não pode de todo ser considerada inconstitucional, reforçando-se o raciocínio de que seja apenas indicativa, o que permitirá o seu afastamento em violações concretas do princípio da isonomia.

#### **1.4.3 Coerência entre culpabilidade e função preventiva fiduciária da indenização por danos morais**

Embora se tratem de ênfases diferentes para a fixação da indenização por danos morais, não cabe falar numa opção por um ou por outro parâmetro de quantificação. O valor da indenização por danos morais deve ser da melhor forma e de uma maneira coerente aplique os dois critérios. Até mesmo porque a agressão a um direito que compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana, sem dúvida alguma aumenta a gravidade do juízo de reprovação que se atribui à conduta do lesante.

No âmbito frouxo de garantias da responsabilidade civil, em que impera a regra genérica e fluida da obrigação de indenizar, com mais razão deve-se adotar, com preocupação e atenção, o parâmetro da culpabilidade. Ainda que se trate de um juízo aberto, sem conotação e denotação precisas, é algo superior como garantia da dignidade do ofensor em relação ao arbítrio do aplicador do direito.



A adequada fixação dos danos morais exige que a decisão que os quantifique passe necessariamente por esses dois níveis de análise e imponha a sanção como uma síntese ótima da finalidade retributiva e preventiva fiduciária, em que a primeira tem evidente papel organizatório. A quantificação deve ser objeto de cuidadosa e detida fundamentação que explicita claramente os parâmetros adotados e sua relação com tais juízos limitadores para evitar a impressão de participação das partes *num jogo de loteria*<sup>65</sup>.

É principalmente nesse aspecto da indenização por danos morais em alguns momentos se aproximar de um jogo de loteria que os critérios legais determinados pela reforma trabalhista têm sentido, já que surge alguma previsibilidade para a fixação de valores monetários. De igual modo, quando se fala em gravidade da ofensa é possível compatibilizar a gradação da culpabilidade com a importância do direito ofendido na composição da personalidade. Então, a inovação introduzida não deve de todo ser desprezada, mas entendida apenas como diretriz que pode perfeitamente afastada por parâmetros de equidade.

## CONCLUSÃO

A positivação dos danos morais pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental é uma evidência da sua relação e importância para o Estado Democrático de Direito. A concepção de dano moral que o vincula aos direitos públicos subjetivos só foi possível após o advento da modernidade, com jusnaturalistas como Grócio e Kant, que sistematizaram uma esfera individual de proteção. A materialização dos direitos subjetivos pelo movimento constitucionalista e codificador foi outro marco significativo para a história dos danos morais.

Na experiência francesa, em que o Código Civil expressou os anseios de liberdade e igualdade formal econômica, o conceito de propriedade abarcou metonimicamente também direitos imateriais. Por sua vez, na Alemanha, a influência de Kant aliada à concepção romanística que restringia a propriedade a coisas corpóreas, os danos morais não foram inicialmente aceitos, o que levou a Corte Constitucional Alemã a acolher um direito geral de

---

<sup>65</sup> P. Roy *in* CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 67.



personalidade e a possibilidade de sua indenização no âmbito dos danos morais, somente após a Constituição de 1949, que consagrou a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, até a década de 50 do séc. XX, embora boa parte da doutrina fosse favorável aos danos morais, a jurisprudência o rejeitava. A partir de tal período começou a ser aceita a composição pecuniária de tais danos, mas com restrições como a impossibilidade de cumulá-los com danos materiais. Foi somente a partir da Constituição de 1988 que a jurisprudência aceitou a sua ampla indenização.

Essa retomada histórica assinala o estreito vínculo dos danos morais com a dignidade da pessoa humana e com os direitos da personalidade, como seu desdobramento no âmbito privado. É por meio do acolhimento da proteção dos direitos da personalidade, na responsabilidade civil, por meio dos danos morais, que se densifica o plástico princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, os danos morais são uma categoria claramente heterogênea na responsabilidade civil, apartando-se radicalmente dos danos materiais. Assim, ao contrário dos danos materiais que têm parâmetro claro para a sua fixação, a correspondência ao dano, os danos morais constituem uma esfera ideal sem equivalente. Por isso, a clássica finalidade de reparação da responsabilidade civil não se adequa aos danos morais, que têm uma natureza de pena privada. São, em verdade, a culpabilidade e a prevenção geral fiduciária e pedagógica que funcionalmente melhor explicam os danos morais. Também está numa aplicação coerente dessas finalidades o critério para quantificar os danos morais, de modo a conformá-lo à dignidade da pessoa humana, seja por se retribuir o exercício culpável da autonomia com a indenização por dano moral ou pela importância simbólica dos danos morais para manter a confiança na vigência dos direitos da personalidade e para indicar o correto comportamento e a importância para a sociedade desses direitos.

A reforma trabalhista, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, trouxe um elenco de direitos da personalidade protegidos pelo dano moral, assim como uma gradação das condenações a serem fixadas pelo Juiz Trabalhista. Essas inovações, principalmente a última, foram questionadas por algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo a primeira a ADI 5.870.



É certo que a plasticidade dos direitos da personalidade impeça que se estabeleça um rol exaustivo desses direitos, mas isso não significa a inconstitucionalidade da lei. Há, em verdade, a necessidade de uma interpretação conforme que entenda essa enunciação como exemplificativa, a ser complementada pelo intérprete.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a gradação legal para as condenações, estabelecidas pelo art. 223-G da referida Lei, não é de todo inconstitucional. Esses parâmetros têm valor para afastar da quantificação dos danos morais a sensação de que se trata de um jogo de loteria sujeito a um arbítrio sem pautas por parte do Juiz. No entanto, não se pode ignorar a plasticidade dos danos morais e a necessidade de sua individualização pode exigir o afastamento da gradação legal por imperativos de equidade. Isso leva a conclusão de que o texto do art. 223-G tem de ser tomado como indicativo, e não estritamente vinculativo, podendo o Juiz justificadamente adotar outros critérios para adequadamente decidir o caso concreto.

Dessa maneira, a gradação legal do art. 223-G é compatível, se meramente indicativa, com a coerência entre culpabilidade e função preventiva-pedagógica dos danos morais, retirando-lhes a dimensão de aleatoriedade. Acontece que o caráter fluído dos direitos da personalidade exige não somente que o seu elenco pelo art. 223-C seja entendido como exemplificativo, assim como que haja possibilidade de o Juiz equitativamente valer-se de outros critérios extraleais. Em suma, no ponto do regramento dos danos morais, a Lei 13.467/2017 comporta interpretação conforme, para julgar o art. 223-C, como um rol exemplificativo, e o art. 223-G, como parâmetros meramente indicativos.

## REFERÊNCIAS

BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile*. Tomo I. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

CARBONIER, Jean. *Droit Civil. Les Biens. Les obligations*. Paris: PUF, 2004.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil, com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017.



CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.  
\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GRÓCIO, Hugo. *Do Direito da Guerra e da Paz*. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madri: Editorial Reus, 1925.

\_\_\_\_\_. *Le droit de la guerre et de la paix*. Trad. P. Pradier-Fodéré. Paris: PUF, 1999.  
HABERMAS, Jürgen. *Factidad y Validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2001.

HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

JAKOBS, Günther A *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijão Sánchez. Madri: Civitas

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.  
KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*. Trad. Pietro Chiodi. Roma: Laterza, 1980.  
KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?*. Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luiz Díez Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad. Javier Sánchez — Vera Gómez Trelles. Madri: Dykinson, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. In: *Doutrina Adcoas*. v. 7, n.º 12, 2ª quin., jun., 2004, p. 235-241.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, v. 238, out/dez, 2004, p. 207-236.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.



LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. *Droit moral et droit de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'aix-marseille – PUAM, 2002.

PERLINGERI, Pietro & CORSANO, Luigi. *Manuale de diritto civile*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2003.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Meia e Mauel Poley. T. I. Madri: Centro Editorial de Cóngora.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 2000.

ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal: Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SILVA, Wilson de Melo. *O dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.  
TORNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2002.

WIEACKER, Franz. *História del derecho privado de la Edad Moderna*. Madri: Aquilar: 1957.

### Peças Judiciais

BRASIL. Ministério Público Federal: Procuradoria Geral da República. Parecer na ADI 5.870 de 18/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 11.786, rel. Min. Hahnemann Guimarães, 2ª Turma, j. 01.09.1951, Dj de 19.01.1951.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 22.993, rel. Min. Orozimbo Nonato, 2ª Turma, j. 31.07.1953, Dj de 27.06.1954.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 35.558, rel. Min. Ribeiro da Costa, 2ª Turma, j.10.12.1957.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 42.723, rel. Min. Nelson Hungria, 1ª Turma, j. 13.08.1959, Dj de 03.09.1959.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Embargos ao RE nº 42.723, rel. Min. Henrique D'Avilla (convocado), Tribunal Pleno, j. 16.01.1960.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 55.646, rel. p/ acórdão, Min. Gonçalves de Oliveira, 1ª Turma, j. 28.09.1965, DJ de 02.02.1966.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 83.766, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, j. 17.05.1976, Dj de 16.08.1976.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 396.386, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 29.06.2004, Dj de 13.08.2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37, d. 12.03.1992, Dj de 17.03.1992.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227, d. 08.09.1999, Dj de 08.10.1999.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281, d. 28.04.2004, Dj de 13.05.2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SDI nº 327, Dj de 20.04.2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 392, DEJT 13.12.2013 e seg.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

