

A CONFIGURAÇÃO E A TRANSMISSIBILIDADE DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

André Araújo Molina*

1. INTRODUÇÃO



o sistema jurídico brasileiro evoluiu rapidamente nas últimas décadas a respeito do tema dos danos extrapatrimoniais, aqui entre nós ainda confundidos com a espécie dos danos morais¹, iniciando desde a sua negativa no início do século XX, posteriormente com a sua configuração autônoma dos danos materiais, mas ainda centrada em uma visão subjetivista do seu conceito, relacionada ao sentimentalismo da vítima, para chegar ao momento contemporâneo, com a Constituição Federal de 1988, a qual colocou a dignidade da pessoa humana e o solidarismo na centralidade do sistema, quando foi introduzindo o novo conceito objetivo-constitucionalizado dos danos extrapatrimoniais, relacionado à violação objetiva dos atributos jurídicos que conformam a dignidade humana, no direito civil também conhecidos como os direitos da personalidade.

Como consequência da evolução do conceito, em cada

* Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT), Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ) e em Direito do Trabalho (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT) e Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região (Mato Grosso).

¹ Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano moral e o dano existencial são espécies de danos extrapatrimoniais, mas que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais em sentido amplo. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais.” (Danos existenciais, p. 230).

uma das fases, a doutrina e a jurisprudência brasileira debateram a respeito da transmissibilidade dos danos extrapatrimoniais, em caso de morte da vítima direta, também passando por várias etapas, desde a primeira em que se negava a transmissão, depois admitindo a transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação pela vítima, até chegar ao momento de consolidação no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho, quando então adotou-se a tese da transmissibilidade incondicionada dos créditos originados dos danos extrapatrimoniais, passando esses para os herdeiros da vítima falecida, independentemente da configuração dos danos morais próprios dos últimos, como danos indiretos, reflexos ou em ricochete², cumuláveis e cobrados judicialmente de forma autônoma.

Ocorre que, com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), um novo título foi introduzido na CLT, tendo entre os diversos dispositivos o art. 223-B, que diz ser a vítima da lesão que gerou os danos extrapatrimoniais a titular exclusiva do direito à reparação, reacendendo o debate sobre a questão da transmissibilidade e também a possibilidade de configuração dos danos reflexos ou em ricochete.

Dentro desse contexto, são objetivos do artigo abordar a evolução do conceito dos danos extrapatrimoniais, a paulatina construção jurisprudencial que se seguiu quanto à transmissibilidade e, ao final, reexaminar a questão à luz do novo art. 223-B da CLT, para responder se a reforma trabalhista retrocedeu, manteve o panorama evolutivo já consolidado ou se avançou no tema dos danos pessoais.

² Em publicação doutrinária quanto ao tema dos danos morais reflexos no contrato de trabalho, Rubia Zanotelli de Alvarenga ensina que “o dano reflexo se apresenta configurado quando o prejuízo atinge, por via oblíqua, pessoa próxima da vítima direta do ato ilícito. Compreende, assim, a situação de pessoa que sofre reflexos de um dano causado a outra pessoa. Tal entendimento se justifica porque o dano causado a uma determinada pessoa pode ter reflexos patrimoniais e morais para a própria vítima ou para terceira pessoa que dela dependa afetiva e economicamente.” (Alvarenga, Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo, p. 45).

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Inspirados pela visão patrimonialista do Código Civil francês de 1804, os juristas do século XIX não admitiam os danos extrapatrimoniais como uma categoria autônoma de dano, sendo apenas com os estudiosos das décadas seguintes que se reconheceu a sua existência e ressarcibilidade, além dos prejuízos financeiros que eram gerados pelos atos ilícitos. Aos novos prejuízos extrapatrimoniais autônomos foi dado o nome de dano moral, em uma perspectiva negativista, como tudo aquilo que estava fora do patrimônio, como bem se observa da doutrina de René Savatier: “(...) dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”³. Para a doutrina clássica, o conceito do dano levava em consideração o ente atingido: se fosse violado um objeto intitulava-se de dano patrimonial, mas se a violação alcançava ente que não poderia ser apreciado monetariamente, como aspectos íntimos do ser humano, então estava-se diante dos danos morais, razão pela qual embutiu-se no conceito dos últimos as exteriorizações psíquicas da vítima da lesão, como traço decisivo para a sua configuração.

Nessa perspectiva excludente e negativista dos danos morais, todo dano que não configurasse dano emergente ou lucro cessante poderia candidatar-se a ser identificado como dano moral, desde que estivesse acompanhado de dor, vexame, sofrimento etc.⁴, cuja posição também recolheu elementos subjetivos relacionados às repercussões sentimentais do ato ilícito sobre a vítima (*pretium doloris*).

Expoente da posição subjetivista entre nós, Yussef Said Cahali conceitua dano moral como tudo aquilo que molesta

³ Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, n. 525.

⁴ Facchini Neto e Wesendonck, Danos existenciais, p. 232.

gravemente a alma humana, ferindo os valores fundamentais inerentes à personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que a vítima esteja integrada, sendo evidenciado na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido, no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos e nas demais situações de desgaste psicológico.⁵

A posição subjetivista ou sentimentalista dos danos morais propiciou um didático debate jurisprudencial em torno da configuração ou não dessa espécie de dano, no caso de um passageiro de companhia aérea que teve a sua bagagem extraviada durante o transporte para uma viagem de férias ao exterior.

No julgamento de segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi mantida a sentença originária no sentido de rejeitar a indenização por danos morais, sob o fundamento de que “a simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil.”

A decisão de rejeição foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, mas pelo argumento técnico de que a Convenção de Varsóvia veda o ressarcimento por danos morais no transporte aéreo, embora tenha o Ministro Relator, a partir de suas percepções subjetivas, discordado das conclusões do tribunal fluminense. Para o Ministro Eduardo Ribeiro: “Considero, ao contrário do acórdão, que o aborrecimento, extremamente significativo, seria, em tese, suscetível de ser indenizado.”. O mesmo Ministro, conforme ainda as suas percepções pessoais, não considerou o extravio de bagagem, desta feita em viagem de retorno das férias, suscetível de danos morais, na medida em que na viagem de volta restou apenas o incômodo à passageira de diligenciar a reposição do que fora perdido, fazendo as

⁵ Cahali, *Dano moral*, p. 22/23.

compras necessárias.⁶

Até que a questão originária foi levada ao Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Corte admitiu o recurso extraordinário e reformou o acórdão, sob os seguintes fundamentos:

Ninguém coloca em dúvida as repercussões nefastas do extravio de bagagem em excursão, especialmente quando realizada fora do País. Os transtornos são imensos, ocasionando os mais diversos sentimentos para o viajante. No que concerne ao dano moral, há que se perquirir a humilhação e, conseqüentemente, o sentimento de desconforto provocado pelo ato, o que é irrefutável na espécie.⁷

O que se percebe claramente nas idas e vindas da jurisprudência quanto ao caso concreto em revisão, é que o conceito subjetivo de dano moral, centrado no sentimentalismo e nas reações psíquicas da vítima, gera uma apreciação irracional, casuística e conforme as percepções subjetivas do julgador, afetando gravemente a igualdade, a segurança jurídica e a pacificação social.

Outro inconveniente do conceito subjetivo é a conseqüente exigência de prova material quanto ao dano moral, na medida em que se este é toda lesão que gera dor, vexame, sofrimento ou humilhação, deverá, por revelar-se fato constitutivo do seu direito, a vítima provar nos autos essas suas manifestações subjetivistas, o que levou ao extremo de se rejeitar indenização por danos morais em acidente de trabalho, no qual o operário perdeu dois dedos da mão, pois o autor não trouxe aos autos “um único elemento de convicção no sentido de que o acidente na mão direita tenha repercutido a ponto de abalar o psiquismo do recorrente em sua estrutura afetiva ou emocional.”⁸

⁶ STJ – 3ª Turma – REsp 158.535 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 09.10.2000.

⁷ STF – 2ª Turma – RE 172.720 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 21.02.1997.

⁸ Acórdão do 2º TACívSP – Processo 00873031/1998. A decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça ao argumento que a perda de dois dedos da mão gera sofrimento passível de caracterizar dano moral, independente de prova, na medida

Nos limites do Direito do Trabalho destaca-se uma censurável decisão de Tribunal Regional do Trabalho, na qual rejeitou-se a indenização por danos morais no caso de um trabalhador que era transportado constantemente pelo empregador na carroceria de um veículo destinado ao transporte de animais, sem segurança e proteção à sua integridade física, além de ocorrer em meio a fezes de suínos e bovinos. Para o relator do acórdão:

Se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e bovinos).⁹

A imprecisão conceitual, a exigência de prova material e os censuráveis resultados jurisprudenciais que a posição negativista proporciona, de acordo com os aspectos subjetivos de cada magistrado, incentivaram a doutrina jurídica a migrar para uma posição objetiva dos danos morais, procurando definir o seu conceito a partir da posição central da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Maria Celina Bodin de Moraes, uma das principais defensoras da posição objetivista-constitucional dos danos morais, aponta que o erro mais comum na nossa jurisprudência é identificado na própria conceituação do dano moral (considerando-o do ponto de vista da subjetividade, das sensações pessoais), erro sobre o qual todos os demais aspectos da reparação do dano moral foram sendo construídos – também eles distorcidos, tal e qual o seu fundamento. Para a autora, o equívoco conceitual originário, com frequência impressionante, gera

em que decorrente do senso comum, sendo, por isso, presumível. (STJ – 3ª – REsp 260.792 – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 23.10.2000).

⁹ TRT 3ª Região – 7ª Turma – RO 01023.2002.081.03.00-0 – Rel. Juiz Milton V. Thibau de Almeida – DJ 25.03.2003.

arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas; em uma palavra: injustiça.¹⁰

A construção do conceito objetivo-constitucional dos danos morais teve como antecedente a observação de que ao final da Segunda Guerra, barbarizados pelas atrocidades cometidas pelo nazismo, a comunidade internacional engajou-se em um pacto pela prevalência dos direitos humanos, cujo traço mais evidente foi a migração da dignidade humana do discurso filosófico para o jurídico, com a sua incorporação na Carta das Nações Unidas de 1945, na Constituição italiana de 1947, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição brasileira de 1988, ocupando a centralidade dos sistemas jurídicos dos países democráticos.¹¹

Funcionando como fundamento jurídico dos Estados Democráticos, deriva da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais positivados pelas constituições representam suas especificações nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias prestacionais e protetivas aos casos especiais. Peter Häberle nos ensina que no sistema constitucional alemão, os direitos fundamentais subsequentes ao artigo 1º da Lei Fundamental, que garante a proteção da dignidade humana, assim como os objetivos estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.¹²

¹⁰ Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana, p. 55.

¹¹ “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85988-PA (MC) - Rel. Min. Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.2005).

¹² Häberle, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 81.

O próximo passo foi reconhecer a força normativa da dignidade humana e a sua aplicação direta nas relações jurídicas, sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária, seja na relação entre os cidadãos e o Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal). A admissão das eficácias da dignidade humana nas relações privadas, incluindo as relações de trabalho, proporcionou constatar-se a possibilidade fático-jurídica da sua violação direta, cuja principal repercussão são os danos morais indenizáveis.

A admissão de que a dignidade humana irradia seus efeitos para todas as relações jurídicas, tanto em face do Estado quanto entre os particulares, instigou os autores de cada um dos ramos do direito a conceituar as aplicações parcelares da dignidade. Fabio De Mattia, ainda no final da década de 1970, considerava que os direitos humanos são os mesmos direitos que os da personalidade, porém deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos ou fundamentais, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, para protegê-lo contra as investidas do Estado. Já quando analisamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, isto é, nas relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados cometidos por outras pessoas.¹³

Gustavo Tepedino também defende que a dignidade humana ocupa o centro do ordenamento jurídico, irradiando suas eficácias tanto para o direito público quanto para o privado, razão pela qual diz que atualmente precisamos superar a dicotomia entre os dois ramos em busca de posicionar a pessoa humana como valor unitário e carente de proteção integral. Para o autor, os direitos da personalidade do direito privado nada mais são que os direitos fundamentais do direito público,

13 De Mattia, *Direitos da Personalidade II*, p. 150.

vistos por diferentes perspectivas descritivas. “Tem-se a personalidade como o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.”¹⁴

Perfilhando a mesma posição, Anderson Schreiber igualmente anota que os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma evolução de conquistas históricas, de sorte que o mesmo tema foi tratado sob diferentes enfoques e nomenclaturas. No plano do direito internacional, os atributos da personalidade humana merecedores de tutela são denominados de direitos humanos, no plano constitucional de direitos fundamentais e no plano do direito privado de direitos da personalidade, entretanto “trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana”.¹⁵

A partir da premissa da existência da tutela jurídica da dignidade humana, avança o autor para conceituar o dano moral como “a lesão a qualquer dos direitos de personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil.”¹⁶

A violação direta da dignidade humana, seja na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais dos tratados e da Constituição, ou na vertente civil dos direitos da personalidade, é, também para nossa compreensão, o atual critério para verificação objetiva da ocorrência dos danos morais nas situações concretas.

Judith Martins-Costa combate a posição subjetivista clássica, apontando os equívocos desde a sua importação descontextualizada do direito comparado, bem como as consequências judiciais equivocadas, para posicionar o seu conceito

¹⁴ Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 27.

¹⁵ Schreiber, *Direitos da personalidade*, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, p. 16.

dentro da vertente objetivista. Para ela, dano moral é o dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja principalmente como agravo a direito da personalidade, seja como reflexo extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial¹⁷, normalmente afetando os seguintes direitos da personalidade: direito à vida e à saúde, integridade moral, intimidade, vida privada, identidade e a expressão singular pessoal, a imagem, a autonomia pessoal, a boa reputação, a etnia, a opção sexual, a religião, a educação etc.¹⁸

Já Maria Celina Bodin de Moraes aprofunda o conceito objetivo dos danos morais, para condensar a sua lição na seguinte passagem:

Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: I. liberdade; II. igualdade; III. solidariedade; e IV. integridade psicofísica de uma pessoa. (...) A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos, à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é lesada, há que se reparar o dano injustamente sofrido.¹⁹

Anderson Schreiber contribui com a observação de que a conceituação de dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se ao antigo entendimento segundo o qual o dano moral configurar-se-ia nas demonstrações de dor, vexame, sofrimento ou humilhação. Tal entendimento subjetivo, ainda

¹⁷ Martins-Costa, Dano moral à brasileira, p. 7091.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7085/7087.

¹⁹ Bodin de Moraes, Dano moral: conceito, função, valoração, p. 361/378.

frequente nos nossos tribunais, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor das emoções subjetivas da vítima e, pior ainda, do próprio juiz. Diz ele:

A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação.²⁰

Também entre os defensores da posição objetivista dos danos morais, Sérgio Cavalieri Filho alicerça o seu raciocínio a partir da observação de que a Constituição de 1988 colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos em fio condutor de todos os ramos jurídicos. Segue que à luz da Constituição, conceitua-se o dano moral como a violação do direito à dignidade humana. E é justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do *direito à dignidade* que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a reparação do dano moral.

Nessa perspectiva objetiva – prossegue Sérgio Cavalieri Filho – o dano moral não está necessariamente ligado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana, configurando-se dano moral, sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, sofrimento, sem violação da dignidade. As reações orgânicas e psíquicas podem ser até consequências e não causas de dano moral.

E finaliza o autor com a tese de que com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em rela-

²⁰ Ibidem, p. 17.

ção a várias situações nas quais a vítima não é passível de dano anímico, como ocorre com doentes mentais, pessoas em estado vegetativo, crianças de tenra idade. Por mais pobre que seja a pessoa, ainda que totalmente destituída de formação cultural, emprego ou bens materiais, ainda que destituída de consciência, mas pela simples condição de ser humano, será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, que é a sua dignidade humana, cuja agressão convencionou-se chamar de dano moral.²¹

Transportando o conceito objetivo-constitucional do dano moral para as relações de trabalho, estaria ele configurado quando a dignidade humana de um dos sujeitos da relação jurídica especial fosse violada de forma antijurídica pela conduta do outro, afrontando diretamente os substratos constitucionais e internacionais que compõe a dignidade da pessoa humana, como a liberdade, igualdade, solidariedade e a integridade psicofísica²², além dos mesmos direitos decorrentes da dignidade e vistos pela perspectiva do direito civil, como os direitos da personalidade garantidos pelo sistema²³, como a honra, a inti-

²¹ Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 101.

²² Nessa mesma perspectiva, o Código Civil mexicano de 1928 é expresso: “(...) *Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*” (art. 1.916).

²³ Adriano de Cupis, um dos autores clássicos quanto ao tema dos direitos da personalidade, indica que integram esse rol o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo (honra e segredo), o direito à identidade pessoal (nome, título e sinal pessoal) e o direito moral do autor. (De Cupis, Os direitos da personalidade, *passim*). Contudo, para falar com Gustavo Tepedino, não podemos esquecer que o rol catalográfico dos direitos da personalidade, indicado pelos autores ou dispostos em determinado direito positivo – como nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro – não encerram rol taxativo. Para Tepedino: “Os preceitos ganham contudo algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional no art. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República). A partir daí, deve-se o interprete afastar-se da ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de contemplar novas hipóteses de ressarcimento mas, em perspectiva inteiramente diversa, no intuito de promover a tutela da

midade, a identidade pessoal²⁴, o nome etc., independentemente de prova material das repercussões internas da violação sobre a vítima, que podem até ser consequências, mas não causas.

Anderson Schreiber, estudando a violação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, diz que a violação à honra no ambiente laboral é apenas uma das variadíssimas maneiras de se atingir a dignidade humana. O uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão de privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica são exemplos de outros perigos que cercam a condição humana e são suscetíveis de violação, gerando danos morais no bojo dos contratos de trabalho.²⁵

Um interessante precedente do Tribunal Superior do Trabalho enfrentou a situação fática de uma empresa que implantou um “programa gestacional” para as suas empregadas, consistente na elaboração de uma planilha pela gerência, na qual estabeleceu-se uma fila de preferência para a atividade reprodutiva das empregadas de determinado sector, de modo a conciliar as gravidezes das trabalhadoras com o atendimento das demandas do trabalho. A autora da ação trabalhista, cujo recurso estava em julgamento, a despeito de ciente da lista de preferência, não submeteu-se a ela e engravidou fora do período planejado pela gerência.

O acórdão aplicou diretamente o princípio da dignidade humana, inclusive referindo-se ao seu conceito filosófico originário de que as pessoas têm dignidade e os objetos tem valor, de sorte que viola a dignidade tratar o ser humano como mero instrumento de outrem, coisificando-o. Referiu-se, também, ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, razão pela qual a dignidade humana teria incidência di-

personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.” (Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 37).

²⁴ MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 3 (2017), n. 4, p. 89/138.

²⁵ Schreiber, op. cit., p. 9.

reta e imediata. E a decisão concluiu com a adoção do conceito objetivo-constitucional de dano moral, enquanto violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade. E por adotar a posição objetiva, andou muito bem o Tribunal Superior do Trabalho ao reformar a decisão de segundo grau, a partir dos seguintes argumentos jurídicos:

A comprovação, por si só, da existência de um plano gestacional no âmbito da empresa, acarreta a conclusão de que todas as mulheres em idade reprodutiva envolvidas naquela planta empresarial foram ofendidas em sua dignidade (destacadamente na possibilidade de decidirem com autonomia a respeito de seus projetos de vida, de felicidade e do seu corpo) e em suas intimidades, resultando discriminadas em razão de sua condição feminina.

Saliente-se que a pretensão abstrata de estender seu poder empregatício para além das prescrições sobre a organização do trabalho, alcançando a vida, a autonomia e o corpo das trabalhadoras, revela desrespeito grave à dignidade da pessoa humana, que não se despe de sua condição de sujeito, nem da titularidade das decisões fundamentais a respeito da sua própria vida, ao contratar sua força de trabalho em favor de outrem. Está caracterizada, satisfatoriamente, a conduta ilícita e antijurídica do empregador, capaz de ofender a dignidade obreira, de forma culposa. Ao se preocupar exclusivamente com o atendimento de suas necessidades produtivas, restringendo as decisões reprodutivas das trabalhadoras, a reclamada instrumentaliza a vida das suas empregadas, concebendo-as como meio para a obtenção do lucro, e não como fim em si mesmas. Constatada violação dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal; 373-A e 391, parágrafo único, da CLT; e 186 do Código Civil. Indenização por danos morais que se arbitra no valor de R\$ 50.000,00.²⁶

O acórdão do Tribunal Regional, embora tivesse reconhecido o fato da implantação do programa gestacional, rejeitou o pedido da trabalhadora porque ela não teria demonstrado prejuízo pessoal quanto ao fato, na medida em que, inclusive,

²⁶ TST – 7ª Turma – RR 755-28.2010.5.03.0143 – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – DEJT 19.09.2014.

teria engravidado e não teria sofrido nenhuma punição ou represália empresarial.

Ao adotar a posição objetiva-constitucional dos danos morais, o Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão justamente porque é dispensável a prova da repercussão sentimental da conduta ilícita que viola direitos fundamentais sobre a vítima, antes configurando-se a ofensa objetivamente com o desrespeito à dignidade humana de todas as trabalhadoras em idade reprodutiva da empresa.

A objetivação do dano moral, enquanto violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade, dispensando-se prova da repercussão sentimental do ato lesivo sobre a vítima, proporcionou que a doutrina jurídica revisasse diversas das suas inconsistências anteriores, desde os requisitos de configuração, as funções e os critérios utilizados para o arbitramento da indenização.

O primeiro deles é o reconhecimento do dano moral às crianças de tenra idade, aos enfermos, às pessoas com percepção sensorial reduzida e à pessoa jurídica²⁷, todos, a despeito de não suscetíveis de sentimentos e manifestações psíquicas, são destinatários da dignidade humana e dos direitos da personalidade, inclusive as pessoas jurídicas em relação a alguns dos direitos fundamentais que lhes são aplicados por empréstimo (art. 52 do Código Civil).

Em relação à toda evolução conceitual dos danos extrapatrimoniais, aqui entre nós ainda relacionados aos danos morais, que na verdade é apenas uma das suas espécies, verificamos que a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), avançou em alguns pontos e retrocedeu em tantos outros, demonstrando despreparo técnico e ignorância do legislador reformador, que revelou não ter conhecimento de toda a evolução que o tema passou ao longo das décadas, conforme resumido nas linhas acima.

²⁷ “Súmula n. 227 do STJ. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

A título de avanço, em relação ao paradigma legislativo anterior, vemos que o art. 223-B da CLT reconheceu a autonomia dos danos morais e existenciais, enquanto espécies dos danos extrapatrimoniais, inclusive com a possibilidade de titularidade pelas pessoas jurídicas; o art. 223-C da CLT reconheceu a configuração objetiva dos danos extrapatrimoniais, com a violação dos direitos da personalidade, exemplificativamente listados; já o art. 223-F da CLT, para além da autonomia dos danos extrapatrimoniais, deixou clara a sua cumulatividade com os danos materiais.

Contudo, o art. 223-G da CLT, em miscelânea metodológica, fez uma grave confusão entre os conceitos subjetivo e objetivo dos danos morais, ao mesmo tempo em que determina deva o juiz considerar a intensidade do sofrimento ou da humilhação da vítima, no mesmo dispositivo manda que se considere a natureza do bem jurídico tutelado, objetivamente, cuja confusão das teorias, baralha novamente uma questão que parecia superada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores, desde a Constituição Federal de 1988, sem falar na tentativa de tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais, já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, como materialmente inconstitucional, há anos²⁸.

Mas, em nosso ponto de vista, o dispositivo mais emblemático, que por isso desafia um maior esforço interpretativo, é o art. 223-B da CLT: “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.”, cuja apontada exclusividade da titularidade, convoca novamente para uma abordagem da configuração dos danos morais próprios, em caso de morte instantânea da vítima (dano-morte), a configuração dos danos reflexos, indiretos ou em ricochete, bem como a transmissibilidade, nos campos do direito material e do direito processual

²⁸ STF – 2ª Turma – RE 348.827 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 06.08.2004.

(sucessão processual), com a morte do titular do direito, antes ou durante o trâmite da ação.

3. O DANO-MORTE, O DANO INDIRETO E A SUA TRANSMISSIBILIDADE

A objetivação do conceito de dano moral propiciou a admissão do dano extrapatrimonial sofrido pela própria vítima nos casos de morte fulminante, como na hipótese de óbito do trabalhador em acidente do trabalho, derivando daí para o reconhecimento de que os danos morais próprios da vítima transmitem-se aos seus herdeiros, independente do dano moral sofrido, indiretamente e propriamente, pelos herdeiros individualmente considerados.

Durante anos, raciocinando a partir do conceito subjetivo, a jurisprudência entendia que aqueles que morreram em eventos trágicos instantâneos, não tiveram tempo de sofrer, de sentir dor, de sorte que não havia danos morais da vítima, cuja solução judicial foi defender a sua não-configuração e, ainda que se entendessem configurados, haveria a intransmissibilidade dos danos morais da vítima²⁹.

A posição antiga, caudatária da doutrina da época³⁰ e tendo em vista o Código Civil de 1916, era no sentido de que o

²⁹ “A presente ação não foi proposta *iure proprio*, tendo em vista que a indenização que se pretende não se refere aos danos morais indiretos sofridos pelas autoras, ora recorrentes, em razão da morte de seu genitor, mas diz respeito aos danos sofridos por este último em decorrência de prática de calúnia pelo ora recorrido, tendo sido a presente ação proposta *iure hereditatis*. Não se justifica que aquele que não sofreu qualquer dano, seja direto ou indireto, venha pleitear indenização, pois não se atingiu qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral a ele pertencente. Reconhece-se, assim, que carecem as recorrentes de legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a indenização dos danos morais sofridos por seu genitor.” (STJ – 3ª Turma – REsp n. 302.029/RJ – Relª. Minª. Nancy Andrichi – DJ 01.10.2001).

³⁰ Nesse sentido, exemplificativamente: SILVA, Luís Renato Ferreira da. Da legitimidade para postular indenização por danos morais. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, p. 185-205, jul. 1997 e BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

dano moral configurava-se a partir das manifestações psíquicas do lesado, de modo que não se efetivava nas hipóteses de morte instantânea. E defendia a corrente clássica que, mesmo nos casos em que o ato lesivo não gerasse a morte instantânea, ocasionando o sofrimento da vítima, em caso de morte posterior desta, não estavam os herdeiros autorizados a sucederem no direito de ajuizar a ação para cobrança da indenização moral, na medida em que intransmissível o dano moral anteriormente configurado com o sofrimento da vítima.

Na década de 1990, Wilson Melo da Silva defendia que os danos morais diziam respeito ao foro íntimo, eis que o patrimônio ideal da vítima é marcadamente individual e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós. Assim, os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos, desaparecendo com o próprio indivíduo. Podem os terceiros compartilhar da minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que não se concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas para terceiros³¹.

Apenas em um segundo momento é que evoluiu a jurisprudência para admitir a transmissibilidade dos danos morais, condicionada ao prévio ajuizamento da ação. Isto é, continuava entendendo pela inoccorrência nas mortes instantâneas, mas nos casos em que a vítima sobreviveu ao infortúnio, porém morreu depois, raciocinava-se que ela sofreu o dano, ajuizou a ação (a demonstrar que sentiu dor, humilhação, sofrimento), vindo a falecer durante o curso do processo, ocasião em que admitia-se a transmissibilidade do direito aos herdeiros e somente nesses casos da condicionante, por sucessão processual³², passando a

³¹ Silva, O dano moral e sua reparação, p. 648/649.

³² “Dano moral. Ressarcimento. Se a indenização se faz mediante pagamento em dinheiro, aquele que suportou os danos tinha direito de recebê-la e isso constituiu crédito que integrava seu patrimônio, transmitindo-se a seus sucessores. Possibilidade de os herdeiros prosseguirem com a ação já intentada por aquele que sofreu os

ocupar o polo ativo da ação o espólio do *de cuius*, cujo resultado da ação seria arrecadado pelo inventário.

Essa posição adotada pelos nossos tribunais domésticos, inspiravam-se em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, que expressamente diziam que os danos extrapatrimoniais somente eram objeto de sucessão, caso a respectiva ação judicial já tivesse sido ajuizada e a vítima viesse a morrer durante o seu trâmite, a exemplo dos sistemas argentino³³ e mexicano³⁴, nada obstante o vigente Código Civil de 1916 não tivesse nenhuma condicionante no mesmo sentido.

A questão ganhou um novo capítulo com a vigência do Código Civil de 2002, principalmente considerando o art. 943, que garante a transmissão do direito de crédito originário da responsabilidade civil com a herança, ocasião em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência evoluíram, embora ainda abordando o dano moral na vertente subjetiva, para retirar a condicionante do ajuizamento prévio da ação, passando a entender que mesmo nos casos em que a vítima sobreviveu ao ato lesivo, mas não ajuizou a ação imediatamente, a sua morte posterior não impedia que os créditos (danos morais já configurados) fossem transmitidos com a herança, autorizando que o espólio perseguisse a condenação em juízo, cuja nova posição foi consagrada na doutrina³⁵³⁶³⁷ e na jurisprudência do Superior

danos.” (STJ – 3ª Turma - REsp n. 219.619/RJ – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 03.04.2000).

³³ Art. 1.099 do Código Civil argentino: “*Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto.*” (grifamos).

³⁴ Art. 1.916 do Código Civil mexicano: “(...) *La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.*” (grifamos).

³⁵ Enunciado n. 454 da V Jornada de Direito Civil de 2012, do Conselho da Justiça Federal: “O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima.”

Tribunal de Justiça³⁸³⁹ e do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁰. Nada obstante o art. 11 do Código Civil tenha apontado

³⁶ Simone Gomes Rodrigues Casoretti anota que “mesmo o dano moral sofrido pelo *de cuius* é passível de ser pleiteado pelos herdeiros face ao ofensor. (...) Em qualquer caso, o direito de ação, que seria intentada pelo indivíduo é passível de transmissão após o óbito deste.” (Comentários ao Código Civil, p. 741).

³⁷ De sua parte, Fabrício Zamprognia Matiello leciona que: “Quanto aos danos morais experimentados pelo extinto, caberá aos herdeiros ou ao espólio a titularidade para pleitear reparação, mesmo que dissessem respeito a atributos psíquicos de natureza pessoal e a competente ação não houvesse sido ajuizada em vida. Afinal, tudo o que tiver conteúdo econômico, de caráter ativo ou passivo, é transmitido com a herança aos sucessores. Cabe destacar, também, que poderão estes ou o espólio dar prosseguimento às lides já ajuizadas ao tempo do óbito, pois a postulação visando à reparação de danos à moralidade integra o conjunto de bens e direitos partilháveis, embora sendo ainda uma expectativa de resultado econômico futuro.” (Código Civil Comentado, p. 591).

³⁸ Por todos, STJ – 3ª Turma – REsp n. 343.654/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 01.07.2002, STJ – 1ª Turma – REsp 978.651/SP – Relª. Minª. Denise Arruda – DJE 26.03.2009 e STJ – Corte Especial – EREsp n. 978.651/SP – Rel. Min. Felix Fischer – DJE 10.02.2011. Do acórdão desse último julgado da Corte Especial, que pacificou a questão, extrai-se o seguinte trecho elucidativo da sua ementa: “A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cuius.”

³⁹ Ainda mais didático o seguinte julgado: “Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, caput e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.” (STJ – Resp 978.651-SP – Relª. Minª. Denise Arruda – DJe 26.03.2009).

⁴⁰ “Diante dos termos do artigo 943 do Código Civil, o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmite-se com a herança. Conquanto a afronta à moral atinja tão somente os direitos subjetivos da vítima, o direito de ingresso de ação de indenização por danos morais decorrente das condições degradantes de trabalho transmite-se com o falecimento do titular do direito (teoria da transmissibilidade incondicionada), possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade para propor a ação indenizatória por dano moral, por se tratar de direito patrimonial.” (TST – 6ª Turma - ARR-000202-29.2015.5.03.0038 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DEJT 19/05/2017).

como uma das características dos direitos da personalidade a sua intransmissibilidade, a leitura do art. 943 do mesmo diploma, prevendo que o direito de exigir a reparação derivada de responsabilidade civil, inclusive o dano moral (art. 186 do CC), transmite-se com a herança, condicionou a interpretação conjugada dos três dispositivos, no sentido de que os direitos em si eram intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, mas não os créditos que decorriam da sua violação, já que materialmente independentes.

Fábio de Oliveira Azevedo anotou, com notável precisão, que os direitos da personalidade não se confundem com o direito à compensação por danos morais decorrentes da sua violação, pois os primeiros são situações jurídicas existenciais e intransmissíveis, mas o direito à compensação é situação jurídica patrimonial e transmissível. A violação da dignidade humana da pessoa cria um direito subjetivo autônomo em relação ao próprio direito da personalidade violado. A morte, assim, extingue os direitos da personalidade (existenciais), mas não extingue o autônomo direito subjetivo à compensação (patrimonial), de modo que se alguém é violado em sua dignidade, durante o curso da vida, nesse mesmo instante nasce, pelo ato ilícito (art. 186 do CC), uma relação jurídica obrigacional (art. 389 ou 927 do CC, seja contratual ou extracontratual a responsabilidade), de natureza jurídica patrimonial, a justificar a sua ampla transmissibilidade (art. 943 do CC).

E arremata o nosso autor que seria possível argumentar até mesmo, caso ocorresse a morte simultânea de ofensor e ofendido, com a hipótese de o espólio da vítima ajuizar ação de danos morais contra o espólio do ofensor. Afinal, transmitiram-se as situações jurídicas patrimoniais respectivas de credor e devedor, sem prejuízo de considerar o término do direito da personalidade que foi violado, este sim extinto pela morte de ambos⁴¹.

⁴¹ Azevedo, Dano moral, *passim*.

A propósito do mesmo tema, a doutrina clássica dos irmãos Mazeaud já ensinava que: “É irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo pessoal, a ação de indenização é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos herdeiros.”⁴²

Mais recentemente, uma nova evolução, já abordando o tema a partir do conceito objetivo-constitucional do dano moral, foi migrar a interpretação da doutrina e dos tribunais para admitir que a morte fulminante agride a dignidade humana da vítima, em seus aspectos mais relevantes, que são a própria vida e a integridade física, independente de dor, vexame ou manifestações psíquicas, de sorte que há dano moral próprio, doutrinariamente conceituado como “dano morte”⁴³, cobrado em juízo pelos herdeiros necessários ou o espólio⁴⁴, sem prejuízo do dano moral destes, que tiveram as suas próprias dignidades ofendidas diretamente, com o falecimento do ente próximo (dano por ricochete), posição construída a partir da interpretação dos artigos 12 e 943 do Código Civil, a qual já foi inclusive sufragada pelo Tribunal Superior do Trabalho em

⁴² Mazeaud et Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, n. 2.525. (Tradução livre do original em francês).

⁴³ PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte. A existência jurídica do *pretium mortis*. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, vol. 27, n. 318, p. 72/88, dezembro 2015 e WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. *Pretium Mortis*: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte – um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 1, p. 729/761.

⁴⁴ Especificamente em relação aos créditos derivados do contrato de trabalho, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a Lei n. 6.858/1980, regulamentada pelo Decreto n. 85.845/1980, dispensa a abertura de inventário ou arrolamento para o ajuizamento da ação, na qual se buscam créditos do *de cuius*, bastando que os autores/sucedores, em nome próprio, e não qualificados como representantes do espólio, comprovem a condição de dependentes habilitados perante a Previdência Social. Nada obstante a lei específica trabalhista dispense a ação de inventário, o TST tem entendido pela legitimidade concorrente do espólio, quando a parte já tenha aberto ação de inventário ou arrolamento, notadamente nos casos em que a vítima-trabalhador tenha deixados bens de natureza civil a inventariar.

julgado recente da SBDI-1⁴⁵ e também pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶.

A questão é ontologicamente singela, se observarmos que não há morte instantânea à agressão, mas que a violação à integridade física é cronologicamente antecedente (porque causa) do dano-morte (efeito), de sorte que ocorrendo a lesão à integridade e à dignidade da vítima, configurar-se-ão os danos extrapatrimoniais, estabelecendo-se a relação jurídica obrigacional, de sorte que os créditos já serão automaticamente transmitidos para os herdeiros, em caso de morte nos minutos seguintes à ofensa física, oportunidade em que desaparecerá a vida e os direitos da personalidade, não sendo esses transmissíveis (art. 11 do CC). Ou seja, não faz nenhum sentido a diferenciação defendida por parcela da doutrina e boa parte da jurisprudência entre morte “instantânea” e morte posterior, salvo se ainda quiserem defender um conceito subjetivo, sentimentalista dos danos morais, a justificar que no primeiro exemplo a vítima não sofreu, mas no segundo sim. Já ao se abordar os mesmos fatos pelo conceito objetivo, em ambos há violação objetiva da dignidade humana, tenha a vítima falecido 5 segundos ou 5 meses depois.

Flávio da Costa Higa observou que conquanto a vida represente o mais valioso bem dos indivíduos, constituindo

⁴⁵ “O espólio tem legitimidade ativa para pleitear pagamento de indenização por danos morais quando o prejuízo a ser reparado foi experimentado pelo próprio empregado, em razão de acidente de trabalho. Hipótese que não se confunde com aquela em que o pleito de indenização é oriundo do dano sofrido pelos herdeiros.” (TST – SBDI1 - E-RR-1187-80.2010.5.03.0035 - Rel. Min. Brito Pereira, Red. p/ acórdão Min. Márcio Eurico Vitral Amaro – DEJT 04.11.2016).

⁴⁶ “Anoto, inicialmente, que o dano moral sofrido pelos familiares da vítima falecida tem natureza individual. Relembre-se que, no Direito Comparado, identificam-se duas modalidades distintas de danos morais relacionados ao evento morte. O primeiro deles é a morte em si (*pretium mortis*), como dano extrapatrimonial autônomo sofrido pela própria vítima direta falecida. O segundo é o dano moral (prejuízo de afeição) sofrido pelos familiares (vítimas por ricochete), apresentando cada situação peculiaridades próprias.” (STJ – Corte Especial – EREsp 1.127.913 – Rel. Min. Napoleão Maia Filho – DJE 05.08.2014).

pressuposto para o início da sua existência jurídica e, com isso, para o usufruto dos seus direitos da personalidade, a morte, como evento que retira de seu titular esse precioso bem e todos os demais atributos que dele decorrem, paradoxalmente, aqui entre nós, ainda não é reparado com a devida amplitude, debaixo de argumento relacionado aos aspectos sentimentais da posição clássica dos danos morais, visto que a morte instantânea, ao obstar a vítima de “experimentar” o martírio do seu infortúnio, não comportaria reparação moral.

Para esse equívoco epistemológico, o autor relembra que é necessário desvincular o evento do qual resulta a morte, objetivamente considerada como uma violação do bem jurídico que é o direito à “vida”, com a correlata caracterização objetiva do dano, dos eventuais sentimentos humanos desagradáveis oriundos da consciência da violação, das dores e da angustiante percepção da morte iminente⁴⁷.

Nesse particular, uma boa referência de direito estrangeiro é o Código Civil português, que prescreve expressamente a independência das indenizações da própria vítima e as indiretas sofridas pelos herdeiros⁴⁸, autorizando que, inclusive na mesma ação, se possa perseguir ambas, o “dano morte” da vítima e as indenizações autônomas, por danos não patrimoniais sofridos pelos herdeiros, como se observa das inúmeras deci-

⁴⁷ Higa, Danos à integridade psicofísica do trabalhador, p. 140/141.

⁴⁸ “Código Civil de 1966, art. 496 (Danos não patrimoniais): 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.”

sões do Supremo Tribunal de Justiça lusitano⁴⁹⁵⁰.

Ramón Domínguez Aguila, lecionando a respeito do direito chileno atual, diz que para aqueles que defendem a transmissibilidade, não haveria razão jurídica para diferenciar, em relação à constituição do direito e, por corolário, da sequencial transmissibilidade, as situações de morte instantânea, das de morte posterior ao evento, mas anteriores ao ajuizamento da ação judicial, e das de morte apenas durante o curso do processo. Para ele, “*no cabe hacer excepción con el caso de la víctima que fallece en forma instantánea, porque no se existiría tal muerte y, en todo caso, la pérdida de la vida en sí misma es un daño reparable.*”⁵¹

Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça merecem referência, devido aos seus conteúdos extremamente didáticos em relação ao reconhecimento do conceito objetivo-constitucional dos danos extrapatrimoniais. Na primeira delas⁵², um doente grave, já judicialmente interditado, sujeito absolutamente incapaz, teve um saque indevido em sua conta-corrente, por falha do serviço bancário, tendo-lhe causado ofensa aos direitos da personalidade, de sorte que pleiteou dano moral, em ação civil ajuizada com auxílio da curadora. A deci-

⁴⁹ “Acidente de viação – Dano morte – Danos não patrimoniais. I – É adequada a atribuição efectuada pelas instâncias a título de danos não patrimoniais, de 50.000 Euros pela perda do direito à vida, 7.500 Euros pelo dano não patrimonial sofrido pela própria vítima antes de falecer, 15.000 Euros pelo dano não patrimonial da viúva e 10.000 Euros pelo dano não patrimonial próprio de cada um dos cinco filhos.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, Revista n. 728/05, Relator Faria Antunes, julgado em 27 abril de 2005).

⁵⁰ “Tem-se entendido doutrinária e jurisprudencialmente, máxime após o acórdão do STJ de uniformização de jurisprudência de 17-03-1971 (BMJ 205.º/150), que, em caso de morte, do art. 496.º, n.ºs 2 e 3, do CC resultam três danos não patrimoniais indemnizáveis: - o dano pela perda do direito à vida; - o dano sofrido pelos familiares da vítima com a sua morte; - o dano sofrido pela vítima antes de morrer.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Penal nº JSTJ00, Relator Raúl Borges, julgado em 15 de abril de 2009).

⁵¹ Aguila, *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, p. 498.

⁵² STJ – 4ª Turma – REsp n. 1.245.550/MG – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJE 16.04.2015.

são local havia rejeitado a indenização por dano moral, diante do argumento de que a vítima não sofreu psicologicamente, já que devido à sua condição de saúde, efetivamente não passou por qualquer constrangimento, aborrecimento ou teve a sua honra ou privacidade afetadas. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão, para condenar em dano moral o réu, adotando expressamente o conceito objetivo em sua ementa:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

O segundo caso⁵³ cuidava da inclusão de dívida inexistente, em fatura de cartão de crédito enviada para a residência do autor da ação, mas sem prova de que sequer tenha realizado o pagamento, muito menos que ocorrera cobrança abusiva, inscrição em cadastro de inadimplentes etc., a configurar violação direta dos direitos da personalidade. O acórdão do STJ iniciou diferenciando os conceitos subjetivo e objetivo dos da-

⁵³ STJ – 4ª Turma – REsp n. 1.550.509/RJ – Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti – DJE 14.03.2016.

nos morais, para adotar o último e, como corolário, afastar o direito à indenização por danos morais, independente do aborrecimento do consumidor.

Já no terceiro caso⁵⁴, a hipótese era a ação ajuizada pela consumidora em face de loja de materiais de construção, em razão de manchas apresentadas em pisos cerâmicos comercializadas por ela. As decisões de primeiro e segundo grau condenaram a ré nas indenizações por danos materiais e morais. De sua parte, o acórdão do STJ iniciou definindo o conceito de dano moral, a partir de dispositivos da Constituição – principalmente a dignidade da pessoa humana –, para adotar a linha objetiva, como corolário tendo afirmado que “não é toda e qualquer situação geradora de incômodo ou dissabor que é capaz de afetar o âmago da dignidade da pessoa humana”, de modo que “o simples inadimplemento contratual não configura dano moral, pois incapaz de agredir a dignidade humana.”

O último acórdão coloca em evidência uma conclusão atual deveras importante para a resolução dos casos concretos, que é a compreensão de que a violação a bens ou interesses exclusivamente patrimoniais não gera danos morais automaticamente, ainda que a violação esteja acompanhada de algum incômodo, angústia ou dissabor por parte da vítima, conforme amiúde ocorre nas demandas que envolvem direito de consumidor e as reclamações trabalhistas, com pedidos de indenização por razões as mais esdrúxulas – que nem remotamente ofendem a dignidade humana ou os direitos da personalidade –, como a consumidora que recorreu até o Supremo Tribunal Federal, insistindo na indenização motivada pela compra de um pacote de pão de queijo de R\$ 5,69, que embora estivesse no prazo de validade, continha alguns pães mofados, ainda que ressarcida prontamente pelo supermercado pelo valor pago⁵⁵;

⁵⁴ STJ – 3ª Turma – REsp n. 1.426.710/RS – Relª. Minª. Nancy Andrighi – DJE 09.11.2016.

⁵⁵ STF – ARE n. 729.870/RJ – Rel. Min. Teori Zavascki – DJE 14.10.2013.

ou como nos diversos casos em que trabalhadores demandam indenizações na jurisdição trabalhista pela mora do empregador no cumprimento de algumas obrigações acessórias dos contratos⁵⁶.

É nesse contexto histórico, doutrinário e jurisprudencial que deverá ser lido o novo art. 223-B da CLT, que previu ser a vítima da lesão a “titular exclusiva do direito à reparação”, isto é, os direitos fundamentais das vítimas são irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis – daí exclusivos dela –, não sendo então suscetíveis de transmissão contratual ou *inter vivos*, muito menos de cessão do crédito oriundo de ação judicial, na mesma linha do art. 11 do Código Civil⁵⁷. No entanto, as suas projeções econômicas, enquanto direito autônomo e patrimonial, serão transmitidas em caso de morte do seu titular. Esses créditos seriam, a teor do art. 943 do mesmo diploma civil, transmissíveis com a herança, na linha do que reconhece atualmente o Tribunal Superior do Trabalho pela SBDII: “embora o direito à honra se insira na categoria dos ‘direitos personalíssimos’ – e, como tal, seja intransmissível –, sua violação gera o direito à reparação, sendo que tal direito, de cunho eminentemente patrimonial, é transmissível por herança.”⁵⁸

No mesmo sentido é a atualíssima lição doutrinária de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

⁵⁶ O TRT de Mato Grosso, repelindo essas demandas frívolas, tem súmula atual dizendo que “A retenção da CTPS, entendida como a manutenção desse documento pelo empregador por prazo superior a 48 horas não enseja, por si só, direito à reparação por dano moral.” (TRT da 23ª Região. Súmula n. 14. DEJT 17.12.2014).

⁵⁷ Nesse mesmo sentido é a legislação chilena sobre acidentes do trabalho (Ley n. 16.744/1968), que em seu artigo 88 diz que: “*Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables.*”, mas tal previsão, naquele sistema, é visto apenas como a exclusividade dos direitos fundamentais em si, vedando, por exemplo, a sua transmissibilidade contratual *inter vivos*, mas não se confunde com a transmissibilidade *causa mortis* do respectivo crédito, já constituído quando da sua violação, de acordo com o art. 2.314 do Código Civil chileno, similar ao nosso art. 943 do Código Civil brasileiro.

⁵⁸ TST – SBDII - E-RR-1187-80.2010.5.03.0035 - Rel. Min. Brito Pereira, Red. p/ acórdão Min. Márcio Eurico Vitral Amaro – DEJT 04.11.2016.

É de se destacar, portanto, que os direitos da personalidade são, de fato, intransmissíveis. Todavia, malgrado essa intransmissibilidade (CC, art. 11), é possível que os seus reflexos patrimoniais sejam transmitidos para o espólio (sucessores) do falecido. Assim sendo, é reconhecida a transmissão do direito (patrimonial) de exigir uma reparação pecuniária pela violação de direitos (patrimoniais e existenciais) de uma pessoa morta, conforme previsto no art. 943 do Código Civil. Aqui, o que se transmite é o *direito indenizatório, de natureza marcadamente patrimonial*. Ou seja, é o direito de exigir a reparação de um dano sofrido, através do recebimento de uma indenização a que o morto faria jus se tivesse proposto a ação, ou a obrigação de prestá-la, quando o falecido causou um dano e morreu sem repará-lo. Não há, efetivamente, transmissão de algum direito personalíssimo violado, até porque, como visto, o direito da personalidade é intransmissível. Nessa linha de intelecção, perpetrado um dano contra a personalidade de alguém, surge uma pretensão reparatória por dano moral, que se transmite aos herdeiros, juntamente com a herança. E é por isso que, mesmo falecendo o ofendido sem promover a ação reparatória, os seus herdeiros podem fazê-lo, dentro do prazo prescricional previsto em lei.⁵⁹

Entender, como uma leitura mais apressada poderia transparecer, que o legislador reformador trabalhista tenha bloqueado a transmissibilidade, inclusive dos créditos *post mortem*, decorrentes das violações dos direitos da personalidade do trabalhador, importaria em evidente inconstitucionalidade material, visto que os danos extrapatrimoniais, neles incluídos o dano moral próprio (“dano-morte”), os danos morais em ricochete e os danos existenciais, são projeções da dignidade da humana nas relações privadas, incluindo as de trabalho, cuja tentativa legislativa de bloqueio, antes mesmo de ser ingênua, seria materialmente inconstitucional.

Uma outra leitura, mas igualmente inconstitucional, seria aquela que diz que a “exclusividade da titularidade do direito”, regularia os aspectos processuais que tocam a legitimidade,

⁵⁹ Farias e Rosenvald, Curso de Direito Civil, p. 191.

de modo que o legislador reformador não tenha impedido a configuração dos danos extrapatrimoniais, em toda sua amplitude (direito material propriamente dito), porém dificultou a cobrança judicial, restringindo a legitimidade ativa apenas para o lesado direto, ocasião em que a tentativa legislativa seria, uma vez mais, materialmente inconstitucional, desta feita por violência à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição): a tentativa de impedir que a reparação de um dos aspectos da dignidade humana, nas relações de trabalho, ficasse sem mecanismo efetivo de tutela jurisdicional para a sua recomposição integral e ampla.

Essa tentativa de bloqueio legislativo ordinário, esbarra na própria ideia de isonomia, uma vez que trataria, de forma restritiva e discriminatória, apenas os trabalhadores e não os demais cidadãos, que se sujeitam, na linha do que alhures já inventariamos, à posição decantada de que os direitos extrapatrimoniais resultantes de violação das suas dignidades e dos direitos da personalidade, ainda em caso de morte da vítima direta, são amplamente transmissíveis aos sucessores (art. 943 do CC). Para tanto, bastaria imaginar um acidente ambiental de grandes proporções dentro do estabelecimento empresarial, com a morte simultânea de empregados, trabalhadores autônomos e clientes, ocasião em que as violações da dignidade humana de todos eles, menos dos empregados, seriam amplamente ressarcíveis, com o dano-morte configurado e transmitido aos herdeiros, sem prejuízo dos danos morais indiretos, reflexos ou em ricochete dos últimos.

Inclusive nas experiências jurídicas europeias de vanguarda⁶⁰, já se fala na ampliação da proteção dos animais, ga-

⁶⁰ Lei portuguesa de proteção dos animais (Lei n. 69/2014). Na doutrina destaca-se: ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. LACERDA, Bruno Amaro. Animais como pessoas e “dignidade animal”. *Revista SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 17, n. 1, p. 49/64, jul.2013. GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1 (2015), n. 2, p. 359/380. SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais:

rantando-lhes alguns direitos subjetivos, enquanto aqui entre nós, a princípio, o legislador ordinário reformador do art. 223-B da CLT tenha tentado – ao menos na leitura literal do dispositivo e na contramão do ordenamento jurídico – retirar a pessoa dos trabalhadores da amplitude protetiva internacional, constitucional e legal dos seus direitos humanos, fundamentais e da personalidade, no caso limítrofe e mais grave de ofensa aos citados valores, que ocorre com a sua morte, deixando-a completamente irressarcível.

Logo, a única leitura possível, afinada com a evolução histórica, a teoria do direito, o direito comparado (art. 8º, *caput*, da CLT) e a posição firme da nossa jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido de que o art. 223-B da CLT, deve ser lido no contexto dos arts. 11 e 943 do Código Civil, reconhecendo-se que a “exclusividade” dos direitos fundamentais dos trabalhadores (que desaparecem com a morte, embora suscetíveis de defesa pelos seus herdeiros, na linha do art. 12 do Código Civil), não se confunde com a autônoma relação jurídica de responsabilidade civil nascida, imediatamente e objetivamente, com a lesão daqueles direitos, cujos créditos de natureza jurídica patrimonial transmitem-se com a herança, habilitando os herdeiros – na forma do art. 1º da Lei n. 6.858/1980 – a ajuizarem as ações de competência da Justiça do Trabalho⁶¹ para cobrança dos danos extrapatrimoniais de titularidade do *de cuius*, mas que foram objeto de sucessão com o seu falecimento, simultâneo (“dano-morte”) ou posterior, sem prejuízo das respectivas ações por danos morais próprios dos herdeiros, conceituados como danos reflexos, indiretos ou em ricochete, na forma do art. 5º, V e X, da Constituição, cuidando-se de direitos “exclusivos” dos herdeiros, que tiveram as suas dignidades, na perspectiva das suas integridades psicofísicas, violen-

natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 3 (2017), n. 4, p. 897/911.

⁶¹ Súmula n. 392 do TST e STF – Pleno – RE 600.091 – Repercussão Geral - Rel. Min. Dias Toffoli – DJE 12.08.2011.

tadas diretamente⁶² pela morte do ente familiar.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILA, Ramón Dominguez. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 31, n. 3, p. 493/514, 2004.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Rio Grande do Sul, ano XII, n. 190, p. 45/53, março 2016.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Dano moral, transmissibilidade do direito à compensação e proteção *post mortem* – algumas reflexões sobre o REsp 1.143.968/MG. *Civilística.com*, ano 2, n. 4, 2013.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶² Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto apreenderam que a nomenclatura dos danos morais causados aos parentes serem intitutados de indiretos, reflexos ou em ricochete, não significa que a violação dos direitos fundamentais destes seja meramente indireta, mas sim ela é direta, agredindo as suas próprias integridades psicológicas e fazendo nascer direito próprio. Eis trecho elucidativo da lição dos autores: “Em qualquer caso, ao ajuizar a demanda de danos patrimoniais ou morais, o lesado indireto não atuará como substituto processual ou legitimado extraordinário, pois objetiva a tutela de um interesse próprio. (...) Isso se torna evidente quando cogitamos de danos existenciais reflexos decorrentes de morte do ente querido. Quando um dos pais, filhos ou cônjuge ingressa com a demanda de compensação pela dano extrapatrimonial, o seu objetivo não é o de prestar contas aos direitos da personalidade do falecido, pois ele já não mais ostenta em face da vitaliciedade das situações existenciais. Ao contrário, o dano reflexo se revela pelo fato de a ofensa atingir a dignidade de cada um dos titulares do direito à reparação, eis que a memória do morto compõe os seus atributos da personalidade. O dano sofrido pelo lesado indireto é reflexo, mas o direito tutelado é próprio.” (Curso de Direito Civil, p. 333).

- _____. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, vol. 413, p. 361-378, jan/jun. 2011.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.
- CASORETTI, Simone Gomes Rodrigues. Responsabilidade Civil. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu et al. (coord.). *Comentários ao Código Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DE MATTIA, Fabio. Direitos da Personalidade. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28, São Paulo, Saraiva, 1979.
- FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte geral e LINDB. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HIGA, Flávio da Costa. Danos à integridade psicofísica do

- trabalhador – construção conceitual, epistemologia e especificação de prejuízos. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 131/144.
- MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 3 (2014), n. 9, p. 7073/7122.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MAZEAUD, Henri et León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013, t. III.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Teoria dos Princípios Trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1 (2015), n. 5, p. 129/166.
- _____. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 43, vol. 175, p. 63/91, março 2017.
- _____. Dano à identidade pessoal do trabalhador. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 3 (2017), n. 4, p. 89/138.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural: conséquences et aspects divers*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, t. II.

- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.