

DIREITOS DA PERSONALIDADE (INTELECTUAIS E MORAIS) E CONTRATO DE EMPREGO*

Maurício Godinho Delgado**

I - INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é um ato jurídico de conteúdo complexo, hábil a detonar larga multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Há efeitos obrigacionais incidentes sobre a figura do empregador, assim como efeitos obrigacionais incidentes sobre a figura do empregado.

Classificação dos efeitos contratuais

Os efeitos resultantes do contrato de trabalho podem ser classificados em duas grandes modalidades, segundo sua vinculação mais ou menos direta ao conteúdo contratual trabalhista: efeitos próprios ao contrato e efeitos conexos ao contrato de trabalho.

Próprios são os efeitos inerentes ao contrato empregatício, por decorrerem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas. São repercussões obrigacionais inevitáveis à estrutura e dinâmica do contrato empregatício ou que, ajustadas pelas partes, não se afastam do conjunto básico do conteúdo do contrato. As mais importantes são, respectivamente, a obrigação do empregador de pagar parcelas salariais e a obrigação do empregado de prestar serviços ou colocar-se profissionalmente à disposição do empregador.

Conexos são os efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não têm natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele. São exemplos significativos desses efeitos conexos os direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou outra obra intelectual no curso do contrato e não prevista no objeto contratual. Também ilustra tais efeitos conexos a indenização por dano moral.

* O presente artigo foi extraído do capítulo IV (*Efeitos do Contrato de Trabalho e Nulidades*) da recente obra deste autor *Contrato de Trabalho - caracterização, distinções, efeitos*, LTr, São Paulo, 1999.

** Doutor em Filosofia do Direito (UFMG) e Mestre em Ciência Política (UFMG). Juiz do Trabalho em Belo Horizonte. Professor da área de Ciência Política da UFMG (1978-1992) e da área de Direito do Trabalho (graduação e pós-graduação) da Faculdade de Direito da UFMG (1993-2000) e, desde fevereiro de 2000, da Faculdade de Direito da PUC-MINAS.

II - EFEITOS CONTRATUAIS PRÓPRIOS

Os efeitos contratuais próprios abarcam obrigações dos dois sujeitos trabalhistas: empregador e empregado.

Desdobram-se em obrigações de dar, fazer e não fazer distribuídas entre os dois agentes da relação de emprego.

1 - Obrigações do empregador

Os principais efeitos próprios ao contrato empregatício que ficam sob responsabilidade do empregador consubstanciam-se, essencialmente, em obrigações de dar, isto é, obrigações de pagamento. São manifestações desse conjunto de obrigações de dar o pagamento das verbas salariais e das outras diversas parcelas econômicas decorrentes do contrato (ainda que verbas trabalhistas sem natureza salarial, como o vale-transporte, o FGTS e outras).

O contrato dá origem, porém, a certas obrigações de fazer a serem adimplidas pelo empregador. A assinatura de CTPS e a emissão do documento CAT (comunicação de acidente de trabalho) em situação de infortúnio do trabalho são exemplos desse tipo de efeito resultante do contrato empregatício.

2 - Obrigações do empregado

Já os principais efeitos próprios ao contrato empregatício que ficam sob responsabilidade do obreiro consubstanciam-se, essencialmente, ao contrário, em obrigações de fazer, isto é, obrigações de conduta. A principal manifestação desse conjunto de obrigações de fazer é, como visto, a prestação de serviços efetuada pelo obreiro.

Ao lado dessa principal obrigação, surgem diversas outras obrigações de conduta que se associam à própria prestação de serviços. Assim ocorre com o comportamento de boa-fé, diligência e assiduidade na execução laboral. Do mesmo modo, a conduta de fidelidade quanto aos segredos da empresa.

Há obrigações de conduta consubstanciadas em omissões (isto é, obrigações de não fazer). É o que se passa com a obrigação de abstenção de concorrência com as atividades do empregador, se tal for da essência da atividade contratada ou cláusula expressa ou tácita do contrato.

Na verdade, o caráter fiduciário do contrato empregatício termina por resultar em distintas obrigações de conduta (fazer e não fazer) incidentes sobre o trabalhador, como instrumento para observância da fidúcia inerente ao contrato.

O pacto empregatício pode originar, porém, certas obrigações de dar a serem adimplidas pelo empregado. A entrega dos instrumentos de trabalho ao final do expediente é uma dessas possibilidades propiciadas pelo cotidiano justralhista.

3 - Poder empregatício como efeito do contrato

Importante efeito próprio do contrato de trabalho é o poder empregatício. Em qualquer de suas manifestações concretas (poder diretivo, poder regulamentar, poder

fiscalizatório, poder disciplinar), esse poder inquestionavelmente inscreve-se como um dos efeitos inerentes ao contrato de trabalho.

De maneira geral, o poder empregatício consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada. Tal poder, portanto, como regra, incide em benefício do empregador, atribuindo ao obreiro a obrigação de uma conduta de submetimento às ordens lícitas decorrentes do exercício de tal poder.

A análise do poder empregatício - por sua larga abrangência - demanda, entretanto, espaço largo e específico. Para essa análise mais abrangente do tema remetemos o leitor ao capítulo V (*Efeitos do Contrato de Trabalho: Poder Empregatício*), do livro deste autor *O Contrato de Trabalho e seus Efeitos* (LTr, São Paulo, 1999).

III - EFEITOS CONEXOS: DIREITOS INTELECTUAIS

Direitos intelectuais - ou direitos derivados da propriedade intelectual - são os que se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística.

Tais direitos - em especial os chamados direitos do autor - são, hoje, universalmente consagrados. Constam, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948: "Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor." (art. 27. 2) No Brasil, a Carta Constitucional de 1988 também incorporou tal consagração, estabelecendo diversas normas e princípios convergentes sobre o assunto (art. 5º, XXVII, XXVIII e XIX, CF/88).

1 - Direitos intelectuais: modalidades e natureza

Os direitos intelectuais podem ser desdobrados em alguns tipos específicos, cuja regência é regulada por textos normativos próprios. Nesse conjunto, citem-se os direitos do autor, os direitos da propriedade industrial e, finalmente, os direitos relativos à criação e utilização de *software*.

Os direitos do autor são referidos pelo art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Carta Constitucional de 1988, regendo-se também pela antiga Lei 5.988/73 e, hoje, pela nova Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19.02.98).

Os direitos da propriedade industrial estão englobados no art. 5º, XXIX, da Carta Magna, regulando-se também pelo antigo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/71) e, a contar de maio de 1997, pela nova Lei de Patentes (n. 9.279/96).

Finalmente os direitos intelectuais relativos à criação e utilização de *software*, que se englobam nos dispositivos constitucionais acima citados, regendo-se, ainda, pela antiga Lei 7.646/87 e, hoje, pela nova Lei 9.609, de 19.02.98.

Natureza jurídica

As parcelas com natureza de direito intelectual podem ser devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício. Contudo, preservam uma natureza jurídica própria, distinta da salarial. É que elas derivam de um direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, com estrutura, dinâmica e fundamento jurídicos próprios.

Pode ocorrer, até mesmo, que o próprio título jurídico ensejador do direito intelectual não seja o contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao pacto empregatício original.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, tais parcelas não se comunicam com o salário obreiro, preservando natureza jurídica específica e distinta.

2 - Direitos da propriedade industrial e contrato de emprego

A CLT (antigo art. 454) normatizava a situação jurídica envolvente aos direitos intelectuais relativos a inventos efetivados pelo empregado no curso do contrato de trabalho. O preceito celetista foi revogado, no início dos anos 70, pelo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/71), que passou a tratar inteiramente da mesma matéria, regulando-a nas últimas três décadas.

Mais recentemente, a Lei 9.279 (Lei de Patentes), de 14.05.96, revogou o CPI (art. 244, da Lei 9.279), embora estabelecendo, expressamente, que tal revogação e a quase totalidade dos novos preceitos da Lei de Patentes somente entrariam em vigor um ano após a publicação do novo diploma (art. 243, Lei 9.279) - o que significa vigência somente a partir de 14.05.97.

A nova Lei de Patentes trouxe pequenas alterações no que tange aos direitos intelectuais do empregado autor de invenção ou modelo de utilidade, mantendo-se na mesma linha básica do anterior Código de Propriedade Industrial. Entretanto, em face do necessário período de transição a ser vivenciado pelas situações sociojurídicas concretas, o exame do tratamento normativo acerca dos direitos da propriedade intelectual do empregado deve ser feito mediante o contraponto dos dois diplomas legais em enfoque (Lei 5.772/71 e Lei 9.279/96).

O CPI (Lei 5.772/71) estabelece três hipóteses normativas sobre o tema. Foi seguido, neste aspecto, inteiramente pela Lei 9.279/96. A primeira hipótese concerne a inventos ocorridos como parte da previsão ou dinâmica contratuais empregatícias. A segunda hipótese diz respeito a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais e sem o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador. A terceira hipótese normativa concerne a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais, mas com o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.

A) Trabalho intelectual como objeto do contrato

Passa-se, assim, ao exame da primeira hipótese normativa (concernente a inventos ocorridos como parte da previsão ou dinâmica contratuais empregatícias).

O texto da Lei 5.772/71 é bastante claro no tocante à normatização da presente situação: “Pertencerão exclusivamente ao empregador os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado à pesquisa no Brasil, em que a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada.” (art. 40, *caput*; grifos acrescidos) Aduz o § 1º, do preceito mencionado: “Salvo expressa disposição contratual em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado será limitada à remuneração ou ao salário ajustado.” Esclarece, ainda, o § 2º, do mesmo artigo, que “Salvo ajuste em contrário, serão considerados feitos durante a vigência do contrato os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, cujas patentes sejam requeridas pelo empregado ou pelo prestador de serviços até 1 (um) ano depois da extinção do mesmo contrato.”

O texto da Lei 9.279/96 segue a mesma direção: “A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.” (art. 88, *caput*) Aduz o § 1º, que “Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.” Completa o § 2º que “Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.” (Lei 9.279/96)

A única aparente inovação do novo diploma no tocante a esta hipótese normativa reside em seu art. 89, *caput*: “O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa.” (grifos acrescidos) A inovação é, contudo, apenas aparente, uma vez que a retribuição material específica aqui referida também já era compatível com o sistema do Código de Propriedade Industrial, que sempre ressaltou a viabilidade jurídica de expressa disposição contratual nessa linha. De todo modo, esclarece a nova Lei de Patentes que “A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado.” (parágrafo único, do art. 89, Lei 9.279/96) Embora o texto do Código de Propriedade Industrial não fosse expreso quanto a este tópico, é inquestionável que a natureza jurídica de tal retribuição material pelo invento ou modelo de utilidade não teria, efetivamente, natureza jurídica salarial.

Cabe, por fim, ressaltar-se que o fato de a lei permitir, nesta hipótese, que a exploração industrial e comercial do invento e modelo de utilidade mantenha-se exclusivamente com o empregador não transfere a este a autoria da invenção, que, obviamente, preserva-se com o empregado inventor. É o que se infere do § 4º, do art. 40, do Código de Propriedade Industrial: “A circunstância de que o invento ou o aperfeiçoamento resultou de contrato, bem como o nome do inventor, constarão do pedido e da patente.”

B) Trabalho intelectual sem relação com o contrato

A segunda hipótese normativa diz respeito a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais e sem o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.

Nessa linha o texto do Código de Propriedade Industrial: “Pertencerá exclusivamente ao empregado ou prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento realizado sem relação com contrato de trabalho ou prestação de serviços ou, ainda, sem utilização de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.” (art. 41, Lei 5.772/71)

Na mesma direção, a Lei de Patentes: “Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.” (art. 90, Lei 9.279/96)

C) Trabalho intelectual favorecido por circunstâncias contratuais

A terceira hipótese normativa concerne a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais mas com o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.

O Código de 1971 regula esta terceira situação da seguinte maneira: “Salvo expressa estipulação em contrário, o invento ou aperfeiçoamento realizado pelo empregado ou pelo prestador de serviços não compreendido no disposto no art. 40, quando decorrer de sua contribuição pessoal e também de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador será de propriedade comum em partes iguais, garantido ao empregador o direito exclusivo da licença de exploração, assegurada ao empregado ou prestador de serviços a remuneração que for fixada.” (art. 42, *caput*, Lei 5.772/71; grifos acrescidos) Aduz ainda o Código de Propriedade Industrial que “A exploração do objeto da patente deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, a contar da data da expedição da patente, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado ou do prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento.” (§ 1º, do art. 42) Completa o § 2º, do mesmo artigo, que “O empregador poderá ainda requerer privilégio no estrangeiro, desde que assegurada ao empregado ou prestador de serviços a remuneração que for fixada.” (grifos acrescidos)

Na mesma direção normativa situa-se a Lei de Patentes: “A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.” (art. 91, *caput*, Lei 9.279/96) Completa o § 2º, do mesmo artigo: “É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.”

Nesta última hipótese normativa é inquestionável que a retribuição concernente ao empregado em vista de sua invenção produzida não constitui verba

trabalhista em sentido estrito - e muito menos salarial. É que, embora ambos textos legais valham-se do vocábulo remuneração, na verdade estão ambos se referindo a uma retribuição por título jurídico não trabalhista, isto é, um contrato paralelo ao contrato empregatício e a este acoplado. Isso fica claro ao se saber que o pagamento pelo invento seria feito mesmo que o inventor não fosse empregado, mas mero prestador autônomo de serviços. Desse modo, o pagamento tem como causa o invento e não a prestação de serviços ou o conteúdo contratual trabalhista.

Por fim, embora não possa haver dúvida quanto à natureza jurídica não salarial desse tipo de retribuição, a própria Lei 9.279/96 procurou eliminar qualquer insegurança com respeito ao tema, através do texto expresso de seu art. 89, parágrafo único, já examinado.

IV - EFEITOS CONEXOS: DANO MORAL OU À IMAGEM

Outro importante efeito conexo ao contrato de trabalho é o que se vincula ao dano moral ou à imagem.

Dano moral, como se sabe, "... é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária". (SAVATIER, René. Grifos acrescidos)¹ Embora a figura seja inerente à pessoa natural, há autores que consideram viável estender-se a noção de dano moral também à pessoa jurídica. Admitida tal extensão, passaria o dano moral a ser definido como "... a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo". (DINIZ, Maria Helena)²

Dano à imagem é todo prejuízo ao conceito, valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em uma certa comunidade.

O direito brasileiro, como se sabe, apenas assumiu, firmemente, a plausibilidade jurídica de indenização por dano moral nas situações não reguladas por texto normativo específico a contar da Carta Constitucional de 1988. Até fins da década de 1980 predominava o tradicional entendimento de ser irreparável, economicamente, o dano moral estrito - a menos que houvesse texto legal inequívoco nessa direção. Este, como se sabe, somente existia em segmentos restritos, e fora da área trabalhista (por exemplo, os casos regulados pela "Lei de Imprensa" - n. 5.250/67, art. 49 e seguintes - e pelo Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei 4.117/62, art. 81 e seguintes).

A Carta Máxima de 1988, entretanto, rompeu a linha normativa e jurisprudencial dominantes, colocando o país em um patamar avançado de tratamento do problema. Assim dispôs o inciso X, do art. 5º constitucional: "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." No mesmo capítulo, a nova Constituição acrescentou: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." (art. 5º, V)

¹ SAVATIER, René, citado por José Raffaelli Santini, *Dano Moral - doutrina, jurisprudência e prática*, Editora de Direito, 1997, p. 42.

² DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 2, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 5.

O dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - e sua respectiva indenização reparadora - são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício.

Na verdade, uma vez que a Constituição fala não somente em valores referentes à pessoa natural (intimidade, vida privada e honra), mencionando também o valor relativo à imagem, é possível acolher-se que possa o dano atingir não apenas as pessoas naturais do empregado e do empregador, como até mesmo a pessoa jurídica posicionada como empregadora na relação empregatícia (isto independentemente de se produzir conceito extensivo da própria figura do dano moral)³.

1 - Competência judicial

Um importante debate jurídico tem se travado em torno do tema da indenização por dano moral no contexto empregatício: o debate relativo à competência material dos distintos ramos do Judiciário em face desse tema.

Uma vertente sustenta que essa competência preserva-se com a Justiça Comum Estadual, por se tratar de matéria civil, ainda que vinculada aos sujeitos componentes da relação de emprego. O argumento desenvolve-se no sentido de que as matérias não trabalhistas entre empregado e empregador somente poderão ser conhecidas pela Justiça do Trabalho caso existente expressa previsão legal nessa linha. Noutras palavras, a causa de pedir e o pedido empregatícios é que firmariam a competência própria do ramo judiciário do trabalho, deslocando-se para esse ramo matérias de outra natureza apenas se expressamente determinado por texto legal.

Uma segunda vertente tem insistido na competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides envolvidas a indenizações por dano moral de empregado ou empregador. O argumento desenvolve-se na direção de que o aspecto essencial a determinar a competência, nos parâmetros constitucionais, é a presença de uma lide tipicamente entre empregado e empregador, em derivação do contrato de trabalho, colocando tais partes como credores e devedores recíprocos. Litígio, portanto, que tenha como causa o contrato de trabalho ou seja por ele absorvido - não importando se o pedido for de natureza empregatícia e a lei reguladora, trabalhista.

Nessa linha interpretativa do art. 114, CF/88, escapariam à competência própria do Judiciário Trabalhista apenas as relações jurídicas que, embora oriundas do ambiente empregatício, não tenham as figuras do empregado e do empregador como seus sujeitos característicos. É o que, por exemplo, ocorreria com lides previdenciárias, onde um dos sujeitos é o Estado; com lide acidentária do trabalho relativa ao seguro social, onde um dos sujeitos é o Estado; com lide penal, onde um dos sujeitos é o Estado - e outras situações semelhantes.

³ A respeito do tema, ver a obra clássica de Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e Sua Reparação*, Forense, Rio de Janeiro, 1983 (a 1ª edição data de 1955). Contemporaneamente, Júlio Bernardo do Carmo, *O Dano Moral e Sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 1996.

Contudo, enquadrar-se-iam na competência específica da Justiça do Trabalho todas as lides que tenham como sujeitos ativo e passivo as figuras jurídicas de empregado e empregador, oriundas da situação fático-jurídica empregatícia vivenciada por ambos (oriundas, pois, do fato sócio-jurídico do contrato), independentemente da específica natureza dos pedidos veiculados.

Esta posição interpretativa que percebe a larga extensão do dispositivo competencial trabalhista da Carta de 1988 já foi sufragada pela Corte Constitucional do país (*caput*, do art. 102, CF/88). Analisando problema semelhante (isto é, matéria civil decorrente da dinâmica do contrato de emprego, vinculando empregador e empregado), decidiu o STF (plenário) firmar a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lide de natureza civil desde que fosse ela fulcrada e resultante do contrato de emprego, colocando como sujeitos ativos e passivos da relação correspondente empregado e empregador. Assim expôs o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da decisão prevalecte: “Como resulta do artigo 114, no que interessa, a Constituição cometeu à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, dissídios, porém, que há de ser os decorrentes da relação de trabalho”[...] “O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil.” (Ac. do STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição n. 6.959-6 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.05.90 - DJU 22.02.91, p. 1259. Grifos acrescentados)⁴

Posteriormente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, enfrentando de modo direto o tema da reparação por dano moral, reiterou a linha interpretativa já enunciada no julgamento plenário de 1990: “Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (STF RE 238.737-4 - SP - Ac. 1ª T., 17.11.98 - Rel. Ministro Sepúlveda Pertence) No corpo do julgado, completava-se o entendimento: “Cuida-se, pois, de dissídio entre o trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o art. 114, da Constituição, a firmar a competência da Justiça do Trabalho, nada importando que deva ser solvido à luz de normas do Direito Civil”⁵.

2 - Aferição do dano e valor indenizatório

A aferição da efetiva ocorrência do dano moral e o próprio cálculo da respectiva reparação correspondem a uma das áreas em que se apresentam as maiores dificuldades no exercício da função judicante. A natureza do dano (não patrimonial mas apenas moral ou à imagem) reduz a possibilidade de aplicar-se um critério de pleno objetivismo na aferição da ocorrência efetiva do tipo constitucional (isto é, o efetivo prejuízo à moral ou à imagem).

⁴ Citado em Valdir Florindo, *A Justiça do Trabalho e o dano moral decorrente da relação de emprego*, Gênesis - *Revista de Direito do Trabalho*, n. 27, março de 1995, pp. 321/323.

⁵ Acórdão cit. in *Revista LTr*, v. 62, n. 12, dezembro de 1998, pp. 1620-1621.

Logo em seguida, desponta novo desafio judicante, qual seja o de fixar o montante financeiro compensatório pertinente (indenização pelo dano ocorrido).

As duas operações, de maneira geral, se combinam, correspondendo a juízos valorativos incorporados pelo órgão judicante e aplicados à análise do caso concreto posto a exame⁶. Trata-se, em substância, de um juízo de equidade, em que o órgão sentenciante deve exercitar ao ponto máximo as qualidades inerentes à função de julgador: sensatez, equanimidade, isenção, imparcialidade⁷.

A) Critérios orientadores

Alguns diplomas normativos especiais buscaram, contudo, alinhar critérios para a construção desse juízo valorativo pelo órgão sentenciante. Tais critérios devem orientar o Juiz do Trabalho em sua análise concernente à ocorrência do dano moral e fixação da correspondente indenização, uma vez que, em seu conjunto, atuam como verdadeiros princípios informativos iluminadores da compreensão de tal problema.

Nesse quadro, a Lei 4.117, de 27.08.1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) estipula que “Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.” (art. 84, Lei 4.117/62)

Na mesma direção, a Lei 5.250, de 09.02.1967 (Lei de Imprensa) determina que “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.” (art. 53, incisos I, II e III, Lei 5.250/67)

Em síntese, os critérios orientadores do órgão judicante no exame da ocorrência de um dano moral são os seguintes:

a) no tocante ao ato ofensivo em si: sua natureza (se é um tipo civil apenas ou, ao contrário, um tipo penal, por exemplo; a forma como se deu o ato etc.); sua gravidade (a natureza já induz à conclusão sobre a gravidade, embora esta possa derivar também de outros fatores, como, por exemplo, a permanência no tempo dos efeitos da ofensa); o tipo de bem jurídico tutelado que a ofensa atinge (honra, intimidade, vida privada, por exemplo);

⁶ O juízo, na verdade, é necessariamente valorativo, na medida em que, conforme Aristóteles, é obra do pensamento e da sensação (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, Mestre Jou, São Paulo, 1982, p. 562 - *Juízo*).

⁷ Uma análise acerca da função judicial em uma sociedade democrática está lançada na obra deste autor *Democracia e Justiça*, LTr, São Paulo, 1993, pp. 19-68 (1^o capítulo).

b) no tocante à relação do ato com a comunidade: a repercussão do ato (seja quanto à intensidade da repercussão - profunda, leve etc. - seja quanto à sua abrangência: larga, restrita etc.);

c) no tocante à pessoa do ofendido: a intensidade de seu sofrimento ou desgaste; a posição familiar, comunitária ou política do ofendido; seu nível de escolaridade;

d) no tocante à pessoa do ofensor: sua posição sócio-econômica (tratando-se de empregador pessoa física, evidentemente deve-se tomar também em consideração os aspectos individuais do ofensor); a ocorrência (ou não) de práticas reiteradas de ofensas da mesma natureza e gravidade; a intensidade do dolo e culpa do praticante do ato ou por ele responsável;

e) a existência (ou não) de retratação espontânea e cabal pelo ofensor e a extensão da reparação alcançada por esse meio pelo ofendido. Registre-se, a propósito, que o Código de Telecomunicações considera que “A retratação do ofensor, em juízo ou fora dele, não excluirá a responsabilidade pela reparação”, aduzindo, contudo, que essa retratação será tida como “atenuante na aplicação da pena de reparação”. (art. 85 e parágrafo único, Lei 4.117/62)

A esse conjunto de critérios deve ser adicionado um específico dirigido à construção do valor indenizatório, a saber:

f) arbitramento da indenização deve construir-se pelo cotejo dos critérios enunciados (alíneas “a” até “e” citadas), mediante o pleno exercício das qualidades judicantes (sensatez, equanimidade, isenção, imparcialidade), atentando-se ainda para que o seguinte: o montante arbitrado não produza enriquecimento ou empobrecimento sem causa das recíprocas partes; não perca esse montante a harmonia com a noção de proporcionalidade, seja por deixar de compensar adequadamente o mal sofrido seja por agregar ganhos financeiros superiores a uma compensação razoável pertinente.

B) Valor indenizatório

O montante indenizatório é fixado pelo órgão judicante através de um juízo de equidade. É claro que a sensatez (equilíbrio), equanimidade, isenção, imparcialidade devem operar sempre no exercício desse juízo de equidade. A partir dos critérios orientadores acima expostos, aferidos e cotejados com sensatez, equanimidade, isenção e imparcialidade, estima-se (a operação é de arbitramento) o valor compensatório pelo dano moral (ou à imagem) produzido. Tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em análise (art. 5º, V e X, CF/88). De todo modo, a própria lei civil já previra a utilização desse critério para cálculo de reparações por atos ilícitos não regulados diferentemente pelo Código Civil Brasileiro (art. 1553, CCB) - a indenização por dano moral e à imagem, como se sabe, somente tornou-se cabível no âmbito trabalhista em decorrência do texto da Constituição e não em virtude da velha lei civil, segundo a jurisprudência dominante.

A legislação especial, entretanto, criara antigo critério de tarifamento formal para a fixação do montante indenizatório do dano moral. Por exemplo, a Lei de Imprensa limitava o valor devido pelo jornalista responsável a 2 salários mínimos, para “... publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado

ou deturpado”; 5 salários mínimos, para “... publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém”; 10 salários mínimos, “... nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém”; 20 salários mínimos, “... nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a Lei não admite exceção da verdade”. (Lei 5.250, art. 51, incisos I até IV) Aduzia o diploma legal que a responsabilidade civil da respectiva empresa ficava limitada a dez vezes os valores referidos no preceito anterior (art. 52, Lei 5.250/67).

Já a Lei 4.117/62, embora fixando parâmetros menos acanhados do que os escolhidos pela posterior Lei de Imprensa, também adotou o critério de tarifamento formal do valor indenizatório. Assim dispôs que o montante da reparação deveria ser arbitrado entre cinco e cem vezes o maior salário mínimo “vigente no País” (art. 84, §1º). Aduzia o diploma legal que “O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.” (§ 2º, do art. 84) Completava o Código Brasileiro de Telecomunicações que “A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.” (art. 84, § 3º, Lei 4.117/62)

Dois problemas principais ocorrem com respeito a esse antigo critério de tarifamento da indenização por dano moral ou à imagem escolhido pelas velhas leis especiais mencionadas - que podem comprometer sua utilização em casos trabalhistas (sem considerar a dificuldade teórica de se apropriar por analogia preceito inserido em legislação claramente especial).

O primeiro concerne à validade jurídica (ou não) do próprio critério de tarifamento, em virtude da orientação constitucional inaugurada em 05.10.1988. De fato, conforme já exposto, a Constituição firmou comandos amplos com relação à indenização por dano moral e à imagem, os quais não se harmonizam à artificialidade do critério do tarifamento (art. 5º, V e X, CF/88). Apenas o juízo de equidade (à falta de mais preciso critério) é que se ajustaria à amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em exame.

O segundo problema concerne à inviabilidade de indexação ao salário mínimo do montante indenizatório, por expressa vedação da Carta de 1988 (art. 7º, IV, *in fine*, CF/88). Tal vinculação, como se sabe, tem sido admitida na jurisprudência apenas com respeito a critérios de fixação do próprio salário contratual trabalhista, já que, nesse caso, o objetivo constitucional de inviabilizar a adoção do salário mínimo como parâmetro de preços e valores no mercado em geral estaria sendo preservado (a propósito Precedentes 39 e 53, SDI/TST)⁸. Contudo, fixar-se indenização não trabalhista com suporte no parâmetro do salário mínimo seria agredir-se de modo franco e direto a regra inserida no texto da Constituição.

⁸ Mesmo na seara estritamente salarial trabalhista, já houve decisão do Supremo Tribunal Federal considerando incabível a referência ao salário mínimo. É o que se depreende do Acórdão STF RE 236.396-5 (MG) - 1ª T., 02.11.98 - Rel. Ministro Sepúlveda Pertence - “Adicional de Insalubridade - Vinculação ao Salário Mínimo - Vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição.”

Assim, caso fosse viável seguir-se, no âmbito trabalhista, a proposta de tarifamento expressa nos textos legais examinados ela teria de ser adequada, pelo menos, ao salário contratual obreiro (tratando-se, é claro, de dano moral sofrido por este), por força do comando constitucional prevalecente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, Mestre Jou, São Paulo, 1982.
- CARMO, Júlio Bernardo do. *O Dano Moral e Sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 1996.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Contrato de Trabalho - caracterização, distinções, efeitos*, LTr, São Paulo, 1999.
- _____, *Democracia e Justiça*, LTr, São Paulo, 1993.
- _____, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 2ª edição, LTr, São Paulo, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 2, Saraiva, São Paulo, 1998.
- FLORINDO, Valdir. *A Justiça do Trabalho e o dano moral decorrente da relação de emprego*, Gênesis - Revista de Direito do Trabalho, n. 27, Curitiba, março de 1995, pp. 321/323.
- *Revista LTr*, v. 62, n. 12, dezembro de 1998.
- SANTINI, José Raffaelli. *Dano Moral - doutrina, jurisprudência e prática*, Editora de Direito, São Paulo, 1997.
- SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e Sua Reparação*, Forense, Rio de Janeiro, 1983.