PARÂMETROS DE ARBITRAMENTO E BASE DE CÁLCULO DO DANO MORAL DECORRENTE DO CONTRATO DE TRABALHO E COMPETÊNCIA*

*Francisco Meton Marques de Lima***

Sumário: 1 Situação do tema; 2 Giro axiológico antropocêntrico; 3 Exemplos de dano moral trabalhista; 4 Competência; 5 Parâmetros de cálculo econômico-subjetivo; 5.1 O cálculo da indenização por dano moral ao trabalhador.

1 SITUAÇÃO DO TEMA

A sugestão de parâmetros de arbitramento e bases de cálculo do dano moral trabalhista que apresentamos é perfeitamente compatível com o dano moral cuja *causa petendi* não tem origem na relação de emprego.

Apoiamos a nossa tese no binômio **TRABALHO COMO DIREITO X TRABALHO COMO VALOR.**

No alvorecer do III Milênio, o trabalho como direito perde espaço, mas como valor cresce dentro do figurino dos direitos fundamentais. Assim, à proporção que se esmaece a proteção do trabalho por meio do Direito do especial, tanto melhor, se fortalece a sua defesa pela via dos Direitos Fundamentais.

Certo que o Direito do Trabalho brasileiro atual é um *dinossauro*, mas porque está inserido num sistema socio-econômico *jurássico*. Na verdade, ambos carecem de mais leveza.

* Exposição feita na 6ª Comissão do VII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, promovido pela Editora LTR, nos dias 12 e 13 de abril de 1999, no Centro de Convenções Rebouças, em São Paulo.

** Mestre em Direito Público - Doutorando em Direito Constitucional - Juiz Presidente do TRT da 22ª Região - Prof. da Universidade Federal do Piauí - Autor de várias obras jurídicas

Neste fim de milênio, com a renascença liberal (agora intitulada neoliberal) e a reedição da introdução da máquina na indústria (a informática), o desemprego desponta como o monstro homérico atual da sociedade. **As antigas e atuais agressões rústicas aos seres humanos dão lugar a violações sutis: que ferem a alma, a moral. A defenestração do emprego, hoje, p. ex., agride mais a dignidade do cidadão do que muitas ofensas físicas.**

O trabalho será sempre e cada vez mais a fonte de sobrevivência da pessoa, não só como fonte de alimentação do corpo, mas também e principalmente do espírito. Por isso, o direito ao trabalho será sempre tão fundamental como a vida, a honra e a liberdade. Sem trabalho a vida não tem honra e a liberdade é vazia. A liberdade só faz sentido numa ordem de ocupação mínima, e não há desocupado em idade econômica honrado.

2 GIRO AXIOLÓGICO

Essa intolerância do indivíduo e da sociedade decorre do giro antropomórfico impingido pelo pós-modernismo, em que o homem se revela individualista, narcisista, consumista e hedonista. Cada um por si e Deus por todos: “eu me amo, eu me adoro, eu não consigo viver sem mim”, é o lema pós-modernista.

Em decorrência desse retorno aos valores antropocêntricos, dois movimentos simultâneos e inversos podem ser notados: a) a corrida materialista, em busca de patrimônio descompromissado com a ética (ver o exemplo de Monica Lewinski), que proporcione vida boa e fácil; e b) a hipervalorização da dignidade pessoal e da imagem que cada um faz de si — o ser humano ficou mais sensível à sua essência, ao seu ser espiritual, às dores da alma. Daí, fazer questão de converter em pecúnia todas as suas dores, morais e físicas.

3 EXEMPLOS DE DANO MORAL

As hipóteses já identificadas de fatos que podem resultar dano moral decorrente da relação de trabalho são: a) imputação pelo empregador ao empregado de falta grave não provada; b) ofensa física e/ou moral no ambiente de trabalho; c) assédio sexual; d) algumas formas de revista e inspeção na pessoa e nas bolsas; e) algumas dispensas imotivadas, conforme a maneira como são feitas; f) lesões físicas emergentes das condições ou da execução do trabalho; g) trabalho escravo; h) cárcere privado; i) retenção salarial.

4 COMPETÊNCIA

Quanto à competência para julgar a ação de reparação moral decorrente do contrato de trabalho, não adianta mais conjecturar, é da Justiça do Trabalho, porque assim já decidiu o Excelso STF, reformando decisão do Egrégio STJ que havia dirimido o conflito de competência em favor da Justiça Comum:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL — JUSTIÇA DO TRABALHO — COMPETÊNCIA.

Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada pelo empregador a pretexto de justa causa para 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. Min. Sepúlveda Pertence).¹

No texto do Acórdão, o Exm^o. Min. Relator transcreve outro acórdão de sua lavra, no mesmo sentido, onde conclui que é a *causa petendi* que determina a competência:

“7. Para saber se a lide decorre da relação de trabalho não tenho como decisivo, *data venia*, que a sua

¹ Publicado na Rev. LTr, n. 12, p. 1620-1621., dez. 1998

composição judicial penda ou não de solução de temas jurídicos de direito comum, e não, especificamente, de Direito do Trabalho.

8. O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o 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”.

5 PARÂMETRO DE CÁLCULO ECONÔMICO-SUBJETIVO

Na dogmática, a matéria encontra-se constitucionalizada nos arts. 1º, III e 5º, V e X, da CF, que põem a dignidade e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra como fundamentos da República e pilastra dos direitos fundamentais; os arts. 159 (obrigação de reparar o dano causado) e 1533 a 1547 do Código Civil, que fixam as máximas da liquidação; Código Penal, arts. 49 a 60 e Lei de Execução Penal, arts. 164 a 170.²

² Art. 1533 - Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.

Art. 1535 - A execução judicial das obrigações de fazer, ou não fazer, e, em geral, à indenização de perdas e danos precederá a liquidação do valor respectivo, toda vez que o não fixe a lei, ou a convenção das partes.

Art. 1538 - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º - Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do delito.

Art. 1547 - A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único - Se este não puder provar o prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Art. 1548 - A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à própria condição e estado:

l - se, virgem e menor, for deflorada;

Dos arts. 1533 a 1547, o Código Civil disciplina a forma de liquidação das obrigações decorrentes de injúria, de agressão à liberdade sexual da mulher e de violência sexual. Diz o Parágrafo único do art. 147 que “Se este não puder provar o prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o *dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva*”. E a regra geral da pena de multa penal insere-se no art. 49 do C. Penal: calculada em dias-multa, no mínimo de 10 e no máximo de 360, podendo ser duplicada e até triplicada, de acordo com a condição do réu e a circunstância do ofendido. O dia-multa equivale ao mínimo de um trigésimo do salário mínimo mensal e ao máximo de cinco vezes esse valor.

Certo que o Código Civil prende-se ao aspecto material do dano, até porque a obrigação de reparar civilmente pela ofensa meramente moral só foi positivada a partir da Constituição de 1.988. E a enfermidade da alma é inavaliável,

II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaça;

III - se for seduzida com promessa de casamento;

IV - se for raptada.

Art. 1549 - Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

Art. 1550 - A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1547.

Art. 1553 - Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

CÓDIGO PENAL

Art.49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse valor.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL - arts. 164 a 170.

Art. 168 - O juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do art. 50, §1º, do Código Penal, observando-se o seguinte:

I - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo de um décimo;

II - o desconto será feito mediante ordem do juiz a quem de direito;

III - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo juiz, a importância determinada.

pois não revela a dimensão da ferida, nem o tempo que leva para cicatrizar, se é que venha a sarar. Entretanto, como observa Umberto Eco³, o texto, conquanto ofereça uma deriva infinita de sentidos, fixa o limite da interpretação da lei. Por mais vago, confuso, ambíguo, obscuro que seja o texto, é daí que o intérprete, por mais desconstrucionista que seja, extrai suas conclusões, lógicas e exequíveis.

A Lei das Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27.8.62), art. 84, e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9.2.67), art. 53, estabelecem alguns parâmetros para o arbitramento escalonado da indenização: a) posição social do ofensor; b) intensidade do ânimo de ofender; c) a gravidade na repercussão da ofensa; d) a intensidade do sofrimento do ofendido e a posição social do ofendido, dentre outros. O art. 60 do Código Penal determina que o juiz poderá elevar até três vezes o valor da multa (penal) quando verificar, pela condição econômica do réu, a ineficácia da pena.

Com base nessa preleção, identificamos na vetusta Lei Civil e no Digesto Penal elementos objetivos sobre os quais se pode limitar a subjetividade na fixação do *quantum exequatur* da reparação do dano moral trabalhista.

5.1 O cálculo da indenização por dano moral do trabalhador.

Assim, *mutatis mutandis*, poder-se-ia fixar a condenação do dano moral decorrente do contrato de trabalho, tomando por parâmetro a multa penal aplicável ao réu no crime de injúria: o mínimo de 720 dias de salário mínimo (360x2) e o máximo de 3.600 (360x2x5) e um excepcional de 10.800 (2x360x5x3) dias de salário mínimo, que, em valores atuais, equivaleria a um mínimo de R\$ 3.624,00, um máximo de R\$ 18.120,00 e um valor excepcional de 54.360,00.⁴

³ Os limites da interpretação. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995. p. 14.

⁴ Da conjugação dos arts. acima extrai-se a seguinte conta:
- Pena de multa - no mínimo dez dias-multa e no máximo 360;

E ainda se pode derivar, conforme o caso requeira, essa base de cálculo para as faixas salariais acima do salário mínimo, como: piso salarial legal ou convencional do ofendido; média salarial da categoria do ofendido, ou mesmo o total da remuneração do suplicante.

Assim, o cálculo acima sugere duas bases de cálculo: **uma** para beneficiário cuja faixa econômico-social situe-se na faixa de renda mensal média de um salário mínimo e **outra base** de cálculo para outras faixas de renda mensal do ofendido, contanto que seja obedecida a proporcionalidade legal: mínimo de 720 dias da remuneração do ofendido, máximo de 3.600 dias e excepcional de 10.800 dias.

Um magistrado questionou-nos se não era pequena a indenização máxima de 54.360,00 a uma família de baixa renda em dano resultante em morte de um filho. Respondemos que não, porque essa quantia representa quase trinta anos de salário mínimo, num só montante. Portanto, trata-se de um valor significativo para uma família de baixa renda.

Com efeito, o valor da indenização deve desvincular-se do tempo de serviço⁵, pois este não interfere no grau da ofensa. Por sua vez, três fatores depõem contra esse critério: a) o maior número de assalariado do Brasil não ganha

- Valor do dia-multa - um dia do salário mínimo mensal, no mínimo e cinco dias no máximo;
- O art. 1.547 do CC manda aplicar o dobro da multa penal no grau máximo para o crime de injúria, o que equivale: a um dia de salário mínimo (menor valor do dia-multa) x 360 (multa máxima) x 2 (a que se refere o art. 1547 do CC), num total de 720 dias de salário mínimo;
- Mas o dia-multa pode chegar até a cinco dias de salário mínimo, de acordo com a condição econômica do réu, donde resulta que esse valor mínimo pode ir variando ascendentemente até 3.600 dias de salário mínimo;
- E mais, o art. 60 do CP diz que o juiz pode aumentar até três vezes o valor da multa, quando verificar, pelas condições econômicas do réu, que, mesmo aplicada no valor máximo, a pena resultaria ineficaz. Daí o valor mínimo em 720 dias de salário mínimo, o máximo de 3.600 dias e excepcionalmente 10.800 dias de salário mínimo.
- Em valores de hoje (salário mínimo de R\$ 151,00), o valor mínimo da reparação moral trabalhista seria de R\$ 3.624,00,00; o máximo de R\$ 18.120,00, e excepcionalmente R\$ 54.360,00.

⁵ A propósito, Sérgio Pinto Martins sugerira que a indenização do dano moral trabalhista fosse calculada com base no tempo de serviço do ofendido - um mês de remuneração por ano trabalhado ou fração superior a seis meses. Fica a indagação: e quem tinha menos de seis meses ao tempo da ofensa? Dano Moral no Direito do Trabalho, in *Revista Doutrina & Trabalho*, n. 10, set/96, p. 79-80.

mais de um salário mínimo mensal; b) o tempo médio de permanência do trabalhador no emprego é curtíssimo, de poucos meses em muitos setores da economia, como na construção civil; c) inflexibilidade da condenação, de modo que esse critério não permite se gradue o valor da indenização à proporção da gravidade da ofensa.

Os dois primeiros dados converteriam a reparação em indenização de valor risível, constituindo antes outra ofensa (e essa maior) ao ridicularizar a dor moral do demandante. O terceiro dado (letra c) atentaria contra todos os parâmetros legais do arbitramento, quais sejam: gravidade da ofensa, intensidade do ânimo ofensivo, condições econômicas do réu, circunstância do ofendido, eficácia da condenação, proporcionalidade entre o dano e a indenização, dentre outros.

Assim, a regra objetiva deduzida da analogia *juris*, a partir do direito mencionado e transportada para a hipótese de dano moral, especialmente o trabalhista, evita que o arbitramento se converta em arbitrariedade. E ainda oferece as seguintes vantagens:

- a) segurança jurídica, pois a pior regra objetiva é melhor do que a ausência dela;
- b) proporciona aos advogados base objetiva de postulação e de defesa;
- c) oferece tranquilidade ao magistrado para fixar o quantum debeatur da condenação;
- d) evita condenações ridiculamente inexpressivas ou cinicamente monstruosas.

Em conclusão, dessa análise lógico-sistemática e teleológica da lei espera-se ter apresentado algo inovador em relação ao angustiante tema epigrafado. Pelo menos uma certeza nos conforta: não se trata de uma sugestão cerebrina, mas eminentemente jurídica e calcada no texto legal, de onde toda e qualquer interpretação de direito deve partir.