

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
DIREITO
LUIZ FERNANDO DE GOUVEIA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NA
ESFERA TRABALHISTA

FORMIGA – MG
2018

LUIZ FERNANDO DE GOUVEIA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NA
ESFERA TRABALHISTA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito, UNIFOR-
MG, como requisito parcial para obtenção
de título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.(a) Mestra Ana Flávia
Paulinelli Rodrigues Nunes

FORMIGA – MG

2018

Luiz Fernando de Gouveia

A IMPOSSIBILIDADE DE TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NA ESFERA
TRABALHISTA

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UNIFOR-MG, como requisito
parcial para obtenção de título de bacharel
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Mestra Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes
Orientadora

Convidado (a)
Banca

Convidado (a)
Banca

Formiga, 31 de outubro de 2018

“Se os fracos não tem a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.”

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, ao meu Anjo protetor e a todas as forças divinas por mim recebidas, pois nunca me deixaram fraquejar e sempre me mantiveram com foco e dedicação para que eu chegasse até aqui, me auxiliando sempre em busca da evolução. A minha família, que sempre foi meu alicerce em todos os momentos, que é onde encontro paz e amor em qualquer situação, sem vocês nada disso seria possível. A minha namorada e sua família, por todo o apoio e torcida, vocês fazem parte desta conquista. A todos os meus amigos por acreditarem em mim, serei sempre grato a vocês. Aos mestres e professores que não mediram esforços para passar conhecimento e também para ensinar algo além do ambiente acadêmico, conhecer pessoas como vocês foi um prazer. E agradeço a todos que de alguma forma, participaram desta jornada até aqui e que contribuíram para este momento.

RESUMO

Toda relação interpessoal está sujeita a atritos e condutas das mais variadas possíveis, e as condutas que visão ferir a honra, a imagem ou que atinja o ser humano na ordem de sua dignidade humana devem ser reparadas. A reparabilidade dos danos extrapatrimoniais está pacificada no ordenamento jurídico pátrio e até a entrada em vigor da lei 13.467\2017 era certo que vigorava o principio da reparação integral, principio este previsto na Constituição de 1988 e que deve ser respeitado por todas as normas infraconstitucionais. Assim, para a construção deste trabalho acadêmico utilizou-se como metodologia científica as pesquisas bibliográficas, dialética e hipotética dedutiva. Deste modo o presente trabalho faz uma análise acerca dos princípios Constitucionais que permeiam o direito brasileiro e também dos conceitos e evoluções do instituto do dano extrapatrimonial para concluir pela Inconstitucionalidade da adoção do sistema tarifário trazido pela Lei 13.467\2017 (Reforma Trabalhista).

Palavras-chave: Indenização. Dano Extrapatrimonial. Dano Moral. Tarifação. Inconstitucionalidade. Reforma Trabalhista.

Abstract

Any interpersonal relationship is susceptible to disagreement and a variety of possible behaviors. When these conducts aim to harm the honor, a human being's image or dignity, they must be repaired. The reparability of extra-financial's damage is settled on the homeland juridical order and before implementation of the law 13.467\2017, it was guided and respected by the constitution of 1988 in which stated that all damage must be repaired integrally. Therefore, the development of this academic dissertation, it was followed as scientific methodology bibliography searches, dialects e hypothetical deductive. In this context, the present worksheet performs an analysis around constitutional principles which pervade Brazilian laws and also its concepts and evolution about the institute of extra-financial 's damage to conclude through unconstitutionality adoption of tariff regulation system brought by the law 13.467\2017 (Labor Reform).

Key- words: Indemnification; Extra-financial damages; Moral damage; Pricing; Unconstitutionality; Labor Reform

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DANO EXTRAPATRIMONIAL	12
2.1 Evolução histórica da reparação civil	12
2.2 Incorporação dos danos extrapatrimoniais ao direito brasileiro	14
2.3 Evolução conceitual de dano extrapatrimonial	16
2.3.1 Espécies de danos extrapatrimoniais	18
2.3.1.1 Dano moral	18
2.3.1.2 Dano existencial	20
2.3.1.3 Dano estético	21
2.4 Dano extrapatrimonial do trabalhador	23
3 SISTEMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	27
3.1 Sistema tarifário	27
3.1.1 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro	29
3.2 Sistema aberto	30
3.2.1 Critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro	30
3.2.1.1 Critério Bifásico	33
3.2.1.2 Na Justiça do Trabalho: precedentes anteriores à reforma trabalhista .	34
3.2.1.2.1 Princípio da Reparação Integral	35
3.3 Impossibilidade de utilização da tarifação do valor do dano extrapatrimonial	36

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017)	38
4.1 Da Constituição Federal de 1988	38
4.2 A inconstitucionalidade da adoção do sistema tarifário na CLT	40
4.2.1 Análise do artigo 223 – G inserido pela Lei n. 13.467/2017 (Título II-A da CLT) com base na CF/88	42
4.3 Precedente	44
4.3.1 Precedente do STF: Lei de Imprensa	44
4.2 Ação direta de inconstitucionalidade N.5870	46
4.3 Panorama geral da inconstitucionalidade	47
4.4 Utilização do sistema precedente do código de processo civil	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, é defendida por uma parcela da população como sendo uma modernização, um marco nas relações de emprego, onde uma maior flexibilização é capaz de gerar maior número de empregos e impulsionar a economia. Porém, para muitos outros, tal dispositivo legal é visto como um grande retrocesso às lutas sociais na obtenção dos direitos trabalhista. Tal Lei trouxe várias alterações que pode se dizer que são no mínimo polêmicas.

Dentre as diversas alterações, trouxe o novo diploma legal o sistema tarifário de indenizações relativas aos danos extrapatrimoniais, previstos no Título II-A da CLT. Assim, buscou-se defender que tal alteração é inconstitucional bem como os fundamentos que demonstram que o sistema tarifário ofende os princípios e regras Constitucionais.

É neste sentido que a presente monografia adotou como objetivo, analisar a tarifação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho de acordo com a ordem constitucional brasileira, objetivando, especificamente, comprovar que a referida tarifação é inconstitucional, além de contribuir para uma futura construção do pensamento jurídico para uma eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do Legislativo.

O fundamento para este estudo justifica-se pela atualidade do tema e pela capacidade de atingir grande parte da população do país, que é composta por trabalhadores. Partindo-se do princípio da proteção máxima do trabalhador bem como diversos outros princípios constitucionais, como o da isonomia, fica inquestionável a relevância da análise dos dispositivos normativos novos.

Com relação a abordagem do problema, a pesquisa foi quantitativa, uma vez que foi, sobretudo, descritiva, sem utilização prioritária de estatística e cálculos percentuais. Adotou-se o método científico, dedutivo, hipotético-dedutivo e o dialético como linhas de raciocínio empregadas na investigação. Empregando-se o procedimento de pesquisa bibliográfica como procedimento técnico.

Deste modo, este trabalho foi dividido em três grandes grupos que são identificados pelos respectivos títulos: Dano Extrapatrimonial; Sistema de Reparação dos Danos Extrapatrimoniais e A Inconstitucionalidade da Adoção do Sistema tarifário.

A primeira parte traz conceituações aprofundadas em relação aos tipos de lesões, onde chega-se a conceituação geral de que são lesões que atingem a pessoal no seu íntimo, como sua honra, imagem, vida privada entre outros direitos. Ainda vai

além, trazendo conceituações e classificação em relação aos danos de natureza extrapatrimonial, como os danos estéticos.

Na segunda parte, o presente trabalho busca verificar os modelos para a quantificação das indenizações relativas ao dano extrapatrimonial, pois é onde se apresenta a maior discussão no ordenamento pátrio, trazendo os sistemas de tarifação, sistema aberto e uma possibilidade de adoção do sistema bifásico.

E por fim, a terceira parte, traz-se a análise da matriz constitucional para analisar o art. 223-G que instituiu o sistema tarifário, demonstrando as violações constitucionais trazidas pelo novo dispositivo da CLT. E ao fim, apresenta-se um modelo que melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, buscando não submeter-se a um paradigma inconstitucional e sim buscar solucionar as falhas do Sistema Aberto.

2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

Os danos extrapatrimoniais, observando-se pela semântica da palavra extrapatrimonial, que são danos definidos de modo indutivo, como danos que fogem da esfera patrimonial do indivíduo lesado. Os danos que compõe o seu conceito, são danos que extrapolam prejuízos materiais.

Visando uma compreensão mais aprofundada do tema, é necessário uma análise da construção e evolução histórica do conceito e aplicabilidade, até que tenhamos a formação atual do conceito.

2.1 Evolução histórica da reparação civil

Nem sempre a reparação de natureza extrapatrimonial se traduziu em reparação pecuniária uma vez que na antiguidade a reparação seria impossível neste viés de valor pecuniário. Porém já era possível observar a aplicabilidade e o conhecimento do instituto do dano moral, como observa-se na Babilônia, no território conhecido como Mesopotâmia, onde surgiu a primeira codificação relativa a povos civilizados que trouxe mecanismos previstos com relação a reparação por danos morais está prevista no Código de Hamurabi, Rei da Babilônia (1792 a 1750 a.c.).

O Código de Hamurabi, gravado em uma estela de basalto negro, se acha conservado no Louvre. É constituído por um sistema de leis sumérias e acadianas, que foram revistas, adaptadas e ampliadas por Hamurabi. O Código estabelece uma ordem social baseada nos direitos do indivíduo e aplicada na autoridade das divindades babilônicas e do Estado. (REIS.2017,p.73)

O texto do Código demonstra uma preocupação de Hamurabi em conferir ao lesado uma reparação equivalente. Essa noção pecuniária de reparação do dano possibilitava aos súditos do rei Hamurabi valerem-se das normas ditadas pelo seu Código. Nesse aspecto, os parágrafos do Código são ricos de interpretações do que foi um sistema de leis, fruto dos hábitos e costumes de uma civilização pujante e atraente.

Assim, o célebre axioma primitivo “olho por olho, dente por dente” constituía uma forma de reparação de dano, inserto nos parágrafos 196, 197 e 200 do Código. O axioma acima expressava a Lei do Talião, i. e., a justiça feita pelas próprias mãos, que originou a autotutela dos dias atuais.

A noção da reparação do dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à custa de ofensas idênticas. Todavia, o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (SANTOS 2017, p. 78).

Em relação ainda ao código de Hamurabi, mesmo na utilização da Lei de Talião, onde partia-se da premissa de “olho por olho, dente por dente”, havia também a

previsão de que ocorreria indenização com valor monetário quando a Lei de Talião não fosse suficiente para que se devolvesse a coisa lesada ao seu estado anterior – *status quo ante*.

Posteriormente, ainda tivemos o Código de Manu – que era a legislação da nação indiano com referências a mitologia hinduísta – também trazia em seu corpo de “normas” a previsão de uma reparação de caráter monetário pelo causador do dano a vítima.

Conforme escreve Wilson Melo da Silva:

A abordagem ao tema do dano moral, com efeito, já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente na **teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais**. (grifou-se) (SILVA, 1969, apud THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 3-4).

Theodoro Júnior continua a análise, afirmando que:

Também no Código de Manu (Índia), havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente. (THEODORO JUNIOR. 2007, p.4).

Observa-se ainda que no período Romano, no seu Direito Romano, não foi diferente. Desde a Lei das XII Tábuas (452 a.c.) já se encontrava a existência da noção da reparação pecuniária do dano. Porém aqui, vislumbra-se uma ampliação em relação a meteria que tratava de reparação de dano, conforme leciona o referido autor:

A partir da Lei Aquilia (286 a.c.) e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. Há, contudo, enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano acerca da extensão de tal ampliação, não sendo poucos os que como GABBA, afirmam ter inexistido, em Roma, a regulamentação do dano moral, cuja reparabilidade teria surgido de fato, como teoria moderna nunca cogitada entre os antigos. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 4). (grifou-se) (THEODORO JUNIOR, 2007, p.4)

Segundo Santos (2003 p.27) “Em Roma, era nítida a preocupação do povo com a sua honra, a honra era algo venerado. Marco Túlio Cícero, em sua famosa oração contra Catilina, afirmou que “ a honra é o princípio dos grandes homens”.

Os romanos possuíam a noção exata de necessidade de reparação pecuniária do dano, acreditava-se que todo ato que fosse lesivo ao patrimônio ou à honra de alguém, dava direito ao direito de reparação. Possuíam a exata noção dos delitos privados e públicos. Os delitos considerados públicos, eram os mais graves, pois

feriam o Estado, onde se localizava toda a estrutura politico-econômico-social do sistema romano. Desde modo a repressão para quem o atingisse eram extremas. (REIS,1995).

Observa-se que mesmo citando haver controvérsia, a doutrina de caráter majoritário entende e afirma que a reparação econômica relativa aos danos morais remonta a antiguidade, conforme já explicitado.

A medida que o Homem ia se desenvolvendo e a cada dia mais na sua evolução ele ia ganhando contornos mais humanitários, o tema e noção de necessidade de reparação de danos além dos patrimoniais foi ganhando mais força e importância pelo homem. Chegando aos seu ápice quando se passa a adotar o modelo de constitucionalismo humanitário, que é o adotado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88)

Sobre o tema desta evolução, escreve Delgado (2017)

O paradigma do constitucionalismo humanista e social, ou do Estado Democrático de Direito, avança, aprofundada e reelabora as conquistas demarcadas pela fase imediatamente anterior do Constitucionalismo (Constituições do México, de 1917; da Alemanha, de 1919; do Brasil, de 1934 e de 1946, por exemplo). Consagra mudanças quantitativas essenciais - grande parte delas no sentido do crescimento de direitos humanos, neste englobados os de caráter social, econômico e cultural, inclusive trabalhista -, ao lado de mudanças qualitativas também assencias. (DELGADO, 2017, p. 33)

Deste modo, as questões que se relacionam aos prejuízos psicológicos e de reparação que não envolvem danos financeiros ganham a atenção e são constantemente objetos de estudo. Por isso, há grande preocupação e estudos em relação a matéria uma vez que se trata de dano imaterial e o valor monetário para essa reparação é polêmico.

2.2 Incorporação dos danos extrapatrimoniais ao direito

Antes da elaboração do Código Civil de 2002, já se tinha no ordenamento jurídico, organismos e legislações que já davam corpo a indenização por dano extrapatrimonial.

Na elaboração do Código Civil de 1916, assegura Reis (2008) que embora ainda houvesse a discussão se era ou não possível a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. Devido a grandes discussões e por ainda não termos a concepção que temos hoje, o legislador ficou omissos em relação ao assunto. Mas apesar da

omissão, buscava-se a aceitação da reparação do dano pelo Código Civil, fosse o dano patrimonial ou moral.

Assim se extrai da seguinte citação doutrinária:

Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil (de 1916), ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em texto de lei. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.5)

Com isso e já ganhando contornos de dano passível de reparação, foram surgindo diversos modelos de defesa da reparação. Alguns buscavam a interpretação e a fundamentação legal no art. 76 do Código Civil de 1916 “Para propor, ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”, alguns se fundamentavam no art. 159 do antigo diploma civil: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”

Para a solução de toda discussão sobre a reparabilidade ou não do dano moral, veio a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde previa expressamente a possibilidade de reparação do dano. Previsto no art. 5º, incs. V e X, que trazem em seu texto:

Art. 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”. [...] Inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Após, seguindo a linha da Constituição, como toda lei deve ser, veio o Código Civil de 2002, que veio para positivar a possibilidade da indenização a luz do próprio texto constitucional, prevendo em seu Art. 927, bem como nos arts. 186 e 187, ficando evidente e pacificado a possibilidade de reparação por dano, inclusive exclusivamente moral.

Sobre o tema escreveu Theodoro Junior (2007, p. 5) “Hoje, então, está solidamente assentada à ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima”.

2.3 Evolução conceitual de dano extrapatrimonial

Observa-se que há nomenclaturas para o chamado “dano moral” que podem gerar alguma polemica, uma vez que muitas vezes, este é atribuído a este o sinônimo de “dano extrapatrimonial”, porém mesmo sendo semelhantes, a quem negue a semelhança uma vez que danos extrapatrimoniais são o gênero onde há dentro deste gênero a espécie “dano moral”, assim como encontramos a espécie dano estético, aqui utilizado apenas como figura de exemplo, uma vez que encontra-se outras espécies que serão ainda estudadas.

Tratando-se de conceituação propriamente dita, observa-se que muitas vezes passava essa conceituação pela característica negativa, onde se chega ao que é dano extrapatrimonial (ou moral muitas vezes denominado) por plena exclusão. Para Pontes de Miranda: “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. (MIRANDA, 1959.)

Wilson Mello da Silva definia os danos morais como sendo: “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.(MELLO DA SILVA, 1999)

Observa-se que a conceituação de modo negativo engloba tão somente a questão “moral” em um gênero de dano muito mais amplo do que a moral, e não levar estes aspectos em consideração é cometer erro e não conceituar de maneira correta os danos tidos como “extrapatrimoniais. Desde modo, assiste razão a crítica de Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti à conceituação negativa:

Diz-se que dano moral é o prejuízo que não atinge de modo algum o patrimônio e causa tão somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão somente uma dor moral, repete a idéia com uma troca de palavras.(STIGLITZ, ECHEVESTI, 1993).

Adentrando-se mais na esfera da conceituação do dano moral propriamente dito, observa-se os ensinamento de Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, onde demonstra que deve-se compreendê-lo em seu conteúdo “...não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado. (AGUIAR

DIAS,2011).

Porém há de se ressaltar que mesmo adentrando melhor na conceituação do que é dano moral e já trazendo boas distinções entre o dano moral e o dano extrapatrimonial (como gênero de dano) há um equívoco nessa conceituação pois é plenamente possível que perdas patrimoniais também possam causar padecimentos ou sofrimento no indivíduo. Cita-se aqui como exemplo elucidativo a situação do empreiteiro que não efetua a entrega da obra no prazo previsto, causando grande irritação ou até mesmo frustração ao contratante do serviço. Mas essa dor, por si só não configura o dano moral, mas sim é consequência do próprio dano.

Roberto Brebbia, com propriedade, já assinalara que mesmo uma ofensa a um direito patrimonial pode ocasionar no titular do direito ofendido uma comoção ou perturbação psíquica: um atentado contra o direito de propriedade pode trazer como consequência, a par da lesão patrimonial, uma dor moral produzida pelo desprezo alheio ao seu direito (BREBBIA, 2006 .)

Então daí surge a conceituação de dano extrapatrimonial positiva, que passa a ser entendida não como a exclusão dos direitos materiais para caracterizar o dano extrapatrimonial, mas sim como direito de ter reparado (indenizável) os danos causados aos bens personalíssimos do ser humano. Neste sentido ensina Cavalieri Filho (2012):

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO,2012. p. 90)

Observa-se que há uma modernização e uma melhor conceituação do que é dano moral, porém, ainda assim, diz-se “dano moral” como gênero, quando na verdade é espécie de dano extrapatrimonial. Com o entendimento sobre dano extrapatrimonial reconhecendo que é um dano a dignidade humana e aos direitos da personalidade e não mais se limitando a dizer que é dano que causa um sofrimento e/ou um abalo psíquico, tem-se uma adequação ao conceito de dano extrapatrimonial os danos de natureza estética, psíquica, moral, a imagem, a intimidade, dentre tantos outros passíveis de reparação extrapatrimonial.

Porém, mesmo após anos da evolução conceitual e de reconhecido o direito a reparabilidade de danos decorrentes de atos que venham à ferir o dignidade do Homem, o legislador adotou um conceito minoritário e restritivo a Lei n. 13.467/2017, precisamente nos arts. 223-A ao 223-G, como se observa na transcrição do art. 223-B: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”, ficando assim e desconformidade do conceito de dano extrapatrimonial amplo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.3.1 Espécies de danos extrapatrimoniais

Neste tópico, abordaremos as diferentes espécies de dano extrapatrimonial, cabendo aqui ressaltar que será objeto de análise os quatro tipos de danos extrapatrimoniais mais relevantes no ordenamento, mesmo que existindo outras espécies de dano extrapatrimonial. Tal limitação também se dá para que não haja fuga da temática objetiva do presente trabalho.

2.3.1.1 Dano moral

Como já mencionado, mesmo que rapidamente em alguns momentos no presente trabalho, o conceito de dano moral sofreu mudanças significativas ao longo do tempo. Quando pesquisamos sobre a conceituação, doutrinadores mais antigos ainda se prendiam ao sentido de que dano moral possuíam seu conceito por negação, ou seja, tudo que não é de natureza patrimonial é moral. Mas com a atualização do conceito identificamos que vai muito além disso.

Segundo Pontes de Miranda, “Nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não-patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio” (apud Rui Stoco, Responsabilidade Civil e sua interpretação Jurisprudencial, Ed.RT,p.395)

Para o doutrinador Antonio Chaves, “Dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja física – dor-sensação, como a denominava Carpenter -, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material” (In Tratado de Direito Civil, p.607)

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006,) afirmam que:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. É o dano que lesiona a esfera

personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO. PAMPLONA FILHO ,2013, p.64).

Carlos Alberto Bittar (1993) o descreve como:

Em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais, aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal) ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração pessoal (BITTAR, 1993,p.41).

Para Bittar (1993), a reparação do dano moral deve-se atentar para a situação da vítima, a posição do lesante, seu patrimônio, a gravidade do fato e além do mais, deve ter efeito inibitório de repetição de práticas semelhantes (deve haver caráter punitivo/didático).

O Doutrinador Wilson Melo da Silva define dano moral como sendo:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material como saliente *Demogue*. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a da dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos. Danos morais, pois, seriam, exemplificada-mente, os decorrentes das ofensas a honra, decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, a liberdade, à vida, à integridade corporal (SILVA, 1983, p.1).

Observa-se que a definição de dano moral é definição muito ampla e possibilita a extensão deste dano a objetos muito subjetivos e pessoais. Observa-se que quando se diz que o dano é extrapatrimonial, quer-se dizer que aquele dano causou não um prejuízo financeiro por perecimento de algum objeto cujo valor é determinável, mas sim, um dano na intimidade da pessoa, que vem a ferir sua honra ou seu sentimento, sendo capaz de retirar a paz interior ou então de o reduzir no seu íntimo.

Com essas definições e explicações, observa-se que o dano moral é, pelo texto constitucional vigente, passível de reparação, previsto no seu art. 5, X “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

2.3.1.2 Dano existencial

No “rol” de danos extrapatrimoniais, aparece o dano existencial como sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial, que ao longo do tempo ganhou força e chegou a espécie de dano extrapatrimonial indenizável.

Observa-se que o liame que separa o dano moral do dano existencial é muito próximo um do outro, muitas vezes sendo tratados até mesmo como uma única coisa.

O dano existencial surge na Itália, nas mãos de Paolo Cendon e seus discípulos, no ano de 1993. (LOPES, 2014,) O dano existencial segundo LOPES (2014) “É aquela lesão que compromete as várias atividades através das quais a pessoa atua para plena realização na esfera individual”.

Em uma das obras pioneiras em relação ao tema, Flaviana Rampazzo Soares assim o conceitua:

É a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, seja um conjunto de atividades que a vítima do dano normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina. (SOARES, 2009, p.44.)

Keila Pacheco, apud Amaro Alves de Almeida Neto assim o define:

O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer” (FERREIRA, Apud ALMEIDA NETO. RDPriv 24/21 e ss)

Como dito anteriormente, é muito tênue a linha que separa o dano existencial com o dano moral em si. Deste modo e tentando buscar uma maior objetividade para tratar do tema é que a doutrina/jurisprudência passou a adotar que ao contrário do dano moral onde o dano é no íntimo da vítima, o dano existencial passa a ser visto como um “dano-consequência”. Ele só existirá se ocorrer algum fato danoso anteriormente. (LOPES, 2014)

Para melhor visualização do dano existencial observa-se exemplos atuais que trazem o dano a pessoa no seu plano existencial. Como exemplo cita-se o *Bullying*, tal conduta, que se caracteriza pela prática dolosa de aterrorizar ou discriminar terceiro, por se achar superior, mais comum de ser observado nos ambientes escolares, onde os chamados “valentões” (*bulls*) praticam tais condutas contra outros alunos. Os

danos causados por tal pratica podem ter consequências permanentes no futuro daquela criança que sofre com a conduta.

O Min. Raul Araujo, do STJ no AgIn 1.426.086/RJ assim o define: fenômeno denominado de *bullying* se caracteriza pelo conjunto de comportamentos agressivos, intencionais e repetitivos, desvestidos de motivação aparente, praticando no seio escolar por um ou mais alunos contra outro, causando-lhe dor, angústia e sofrimento”

Observa-se que aqui não se trata de reparar a dor moral causada pelo bullying, mas sim reparar o dano que possa a vir a causar, como por exemplo o aluno vitima de tal dano, passe a não querer ir mais a escola, ou pare de ter relações interpessoais com as demais pessoas.

E nesse sentido o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul condenou uma grande rede de supermercados em dever de indenizar, por dano existencial, um ex-empregado por obriga-lo a cumprir longas jornadas de trabalho. O Juiz Raul Zoratto San-Vicente assim proferiu: “há dano existencial quando a prática de jornada excessiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar”. (fonte: Jornal Valor Economico,2013)

2.3.1.3 Dano estético

Antes de trazermos a conceituação do dano estético, há de se ressaltar que ele pode derivar de atos ilícitos, fatos de terceiros, danos decorrentes de cirurgias (responsabilidade civil do medico) dentre outros fatores.

Yussef Said Cahali (1980) assim traz o tema:

Analisando o direito do individuo sobre o seu corpo, direito de cuja existência é reconhecida na Doutrina, Griot inclui na integralidade corporal, a integridade da aparência, da imagem, principalmente os traços da face e os movimentos habituais a uma pessoa e observa que haverá atentado à existência física, não somente em caso de ferimento, de secção ou fratura de uma parte do corpo, como também, quando o gravame é feito à aparência física” (CAHALIY,1980. p.70.)

Em relação a conceituação de dano estético em si, observa-se uma primeira dificuldade para definir o que seria tal dano, primeiro pela origem da palavra “estético” segundo por se tratar de um dano de natureza extrapatrimonial.

Ao se analisar a etimologia da palavra, nota-se que “estética” se refere diretamente ao “belo”, porem o que é belo e para quem é tal conceito? Hegel faz

breves comentários em sua obra dando o conceito de que belo “é a perfeição que pode atingir ou atinge um objeto visto, ouvido ou imaginado”(HEGEL,2005,p.75).

Porém esta conceituação filosófica causaria arbitramentos e injustiças, uma vez que ela não diferencia o “belo” do “bonito”, fazendo com que se chegasse a conclusão de que alguém que não seja bonito não fizesse jus a reparação do dano estético.

Pode-se então depreender que dano estético ocorre como resultante de ato lesivo que aflige alterações nas medidas e na harmonia física e mental das pessoas, afetando sua integridade psicossomática com consequentes mudanças para pior na sua aparência extrema e sensação de bem-estar (ARRAES, 2010, p.987)

Deste modo o dano estético é qualquer modificação permanente ou duradoura na aparência externa de uma pessoa, modificação que acarreta um “enfeamento” e lhe causa um tipo de humilhação ou desgosto, dando origem também a uma dor moral. Por este motivo, muitas vezes se confunde com o dano moral em si, pois o dano estético causa uma dor moral a vítima.

Assim nas palavras de FILHO (1993) conclui:

O dano estético pode derivar de ato ilícito e dos contratos. Na primeira hipótese, a responsabilidade funda-se na culpa. Devem, pois, ser provados os seus requisitos de admissibilidade. Na segunda hipótese, a culpa poderá ser presumida ou não. Será presumida quando o contrato envolver obrigação de resultado. Se se cuidar de obrigação de meio, em que não se persegue o resultado objetivo, definido, aplica-se a teoria subjetiva (FILHO, 2015, p. 939.)

Ainda conclui o referido autor sobre a reparação:

A maior dificuldade em tema de reparação do dano moral puro, e, assim, do dano estético, relaciona-se a apuração do seu montante, principalmente, pela impossibilidade de ajustar-se o equivalente pela dor moral. Certo é que o Código Civil, nos arts. 1.538 e 1539, indicam certos critérios. Em face do art. 1533, do mesmo Codex, tem-se atribuído ao juiz certa discricionariedade na apuração da indenização. Mas, a doutrina e a jurisprudência vêm indicando que sempre deve ser considerado: o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. A solução do problema da estimação do quantum deve ser casuística. E, em matéria de dano estético, deve haver, no arbítrio judicial, uma reparação satisfatória. (FILHO,2015, p. 939.)

2.4 Dano extrapatrimonial do trabalhador

Como visto em tópicos anteriores, a responsabilidade civil surge para regular as relações civis, porém passa-se a adotar um estudo e investigação sobre se há ou

não a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil nas relações de emprego. Porém com o passar do tempo, observou-se que nas relações de emprego há condutas que podem ser consideradas tanto um ato ilícito civil, penal e trabalhista dando ensejo a reparabilidade.

Por conseguinte, empregado e empregador podem, como tais – isto é, nesta qualidade jurídica – causar um ao outro, dolosa ou culposamente, dano patrimonial, ou dano moral. Vale dizer: ilícito civil, que decorre a obrigação de ressarcir o dano (DALAZEN, 1992, p. 699).

No Direito do Trabalho, geralmente temos o surgimento de danos morais por parte do empregador em relação ao empregado, tida a relação de subordinação entre patrão e empregado. Uma das situações que ensejam danos morais na esfera trabalhista é a ocorrência de assédio moral no ambiente de trabalho, apresentado como exemplo neste momento.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE. [...]. No caso, a moldura fática delineada no acórdão regional revela a existência de conduta reiterada na empresa **em submeter o empregado a tratamento vexatório e humilhante, em razão da cobrança excessiva para o cumprimento de metas impossíveis**. Conforme registrado pelo TRT, a testemunha patronal confirmou que havia cobrança por metas impossíveis, o **que gerava, inclusive ansiedade**. Relatou, inclusive, consequências negativas para o empregado que não as cumprisse. Definitivamente, constitui clara conduta assediadora e ofensiva à personalidade e aos direitos fundamentais assegurados ao autor. **O que está em jogo é o menosprezo, o descaso com a condição humana. Submeter o empregado a vexame, ainda que restrito ao ambiente de trabalho, mostra comportamento típico de assédio moral, perfeitamente indenizável. É dano moral direto, na medida em que atinge em cheio os valores imateriais componentes do patrimônio humano e que, por isso mesmo, deve merecer a mais veemente repulsa do Judiciário**. O assédio moral se caracteriza pela exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, oriundas de condutas abusivas atentatórias à dignidade psíquica do indivíduo. Na mesma linha do que afirmou o acórdão regional, o tratamento dispensado no intuito de humilhar e constranger o reclamante, praticado por superior hierárquico (assédio moral vertical descendente), torna o ato ainda mais grave, especialmente porque revela abuso do poder diretivo. Assim, não há que ser relativizado o comportamento habitual do superior hierárquico e, menos ainda, visto como normal às organizações empresariais ou a detentores de cargos de confiança. Para ser líder não é necessário desprezar a condição humana dos seus liderados. Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexos causal entre ambos, deve ser mantido o acórdão regional que condenou o reclamado a indenizá-lo. Recurso de revista de que não se conhece. [...]

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 000204-86.2013.5.15.0150**. Relator: BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 17/11/2017, p. 2616.)

Temos que o assédio moral no ambiente de trabalho se dá na maioria das vezes por perseguição de um agente ou de um grupo de agentes que em grande parte dos casos, buscam forçar um pedido de demissão da vítima do abuso. Há ainda a título de exemplo, o assédio sexual nas relações trabalhistas, este tipo de assédio também dá ensejo para a reparação por danos extrapatrimoniais uma vez que atinge a moral da vítima. “gracejo e insinuações feitas à mulher no ambiente de trabalho, seguidas de chantagem, insistência ou importunação para fins sexuais causam constrangimento, dor e vergonha, a impor indenização por dano moral”. (GONÇALVES, 2009, p. 399)

"DANO MORAL. ASSEDIO SEXUAL. CONVITE REJEITADO SEGUIDO DE DESPEDIDA.

Comprovado nos autos o assédio sexual por testemunha conduzida pela reclamante sem contraprova que pudesse ter produzido a reclamada, ter sido convidada para sair à noite, no posto de trabalho, por preposto da empresa, responsável por conduzi-la ao local em que prestaria seus serviços e fiscalizar-lhe as tarefas realizadas, sob alegação de que se recusando seria dispensada, tendo se negado e, no dia seguinte, após esse preposto ter brigado com a autora, sido dispensada pelo supervisor. Faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio perpetrado por superior hierárquico, constrangendo a autora porque detinha o poder de manter íntegro o pacto laboral, o poder de lhe possibilitar prosseguir trabalhando e percebendo salários, dos quais necessitava para fazer frente às suas despesas. Recurso provido.

Há também a possibilidade da reparação por danos estéticos resultantes da relação de trabalho, para ilustrar tal possibilidade temos:

RECURSO ORDINÁRIO. O dano moral e o dano estético não se confundem. Possuem causas e consequências diversas. **A estética está intimamente ligada à beleza física; à plástica. A estética atua sobre as emoções e os sentimentos, que desperta no ser humano.** Na sociedade pós-moderna, estimuladora do culto ao belo, a estética imprime nas pessoas verdadeira adoração ao corpo, e delas exige um padrão mínimo de beleza, bem como os traços médios de harmoniosas feições, como se esses atributos fizessem parte da própria personalidade da pessoa humana. Existe, portanto, um gosto, um senso e uma emoção estéticos, cujas sensações estão ligadas às características do belo e do harmonioso, que trazem um sentimento de alegria natural, de auto-estima aos que com elas foram aquinhoados. Pressuposto mínimo para o alcance de uma aceitação social é que a pessoa não tenha pelo menos uma deformação física, embora isso não seja definitivamente condição para a felicidade e para a beleza interior de quem quer que seja. **Todavia, quando este equilíbrio é rompido por qualquer deformidade física, plástica ou corporal, emerge o dano estético ou ob deformitatem, que deve ser reparado, independentemente, do dano moral, já que este envolve os diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada** (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil). Estética é a arte do bem e do belo. Para Aristóteles, o belo consiste na ordem, na simetria e numa grandeza que se preste a ser facilmente abarcada pela visão em seu conjunto. Dano estético, segundo Wilson Melo da Silva, não é

apenas o aleijão. É, também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, um afeamento da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante, ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes (*sic*) complexos. (O Dano Moral e sua Reparação). Logo, ambas as lesões, vale dizer, a agressão moral e o arranhão estético desafiam reparações independentes, porque possuem causas diferentes, efeitos diversos, ainda que a existência de uma possa agravar a intensidade da outra. (BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 0011272-66.2013.5.03.0053**. Relator: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Publicado no Diário Oficial Eletrônico do TRT 3ª em 20/07/2015)

RECURSO ORDINÁRIO. Dano moral e dano estético não se confundem. Enquanto o primeiro consiste na lesão à dignidade, honra, ou ofensa que cause um mal ou dor (sentimental ou física), provocando abalo na personalidade ou psiquismo do ofendido, **o dano estético é conceituado como qualquer alteração morfológica do paciente (acidentado/vítima), de que resulte mudança corpórea facilmente perceptível que provoque repulsa, enfeamento (*sic*) ou, ainda, chame a atenção em público, por ser diferente** (Sebastião Geraldo de Oliveira). Ensina Maria Helena Diniz, que o dano estético é toda a alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. São, pois, títulos diversos, e sua análise jurídica e consequências, no que concerne à obrigação de reparar, são igualmente, distintas, ainda que originários do mesmo fato gerador (acidente de trabalho), sendo descabida estipulação condenatória complexiva, amalgamando ambos os títulos num só importe. In casu, a deformação física permanente advinda de doença associada ao trabalho (síndrome do túnel do carpo), tornou o reclamante um deficiente, com impacto direto em sua imagem e harmonia física. Nesse sentido afigura-se devida, também, **reparação indenizatória específica pelo dano estético, além daquela fixada na origem pelo dano moral**. [...]. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento (BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 0161000- 19.2005.5.02.0433**. Relator: TRIGUEIROS, Ricardo Artur Costa e. Publicado no Diário Oficial Eletrônico do TRT)

Verifica-se que nas presentes jurisprudências que nas ações de indenizações por danos extrapatrimoniais na seara trabalhista, está presente as ideias e os mesmo conceitos do direito Civil, fazendo concluir-se que estamos diante do mesmo dano, mas com exemplos e locais diferentes, pois aqui ocorre na relação trabalhista.

A relação de subordinação nas relações de emprego se torna um elemento que faz com que haja uma maior preocupação na proteção do trabalhador, conforme traz Gonçalves (2009):

O empregador responde pela indenização por dano moral causado ao empregado, porquanto a honra e a imagem de qualquer pessoa são invioláveis (art. 5º, X, da CF). Esta disposição assume maior relevo no âmbito do contrato laboral, porque o empregado depende de sua força de trabalho para sobreviver.(GONÇALVES, (2009, p.397):

Para dar maior proteção ao trabalhador e positivar o caráter humanitário da

Constituição, o legislador constitucional ainda previu no art. 7º, Inc. XXVIII, que em relação aos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, vigora o princípio da reparação integral.

Art.7º [...]: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que este está obrigado**, quando incorrer em dolo ou culpa; [...].

Como analisado, é pacificado a aplicação da responsabilidade civil nas relações de emprego e há diversos casos possíveis de sua utilização na Justiça do Trabalho. Após a confirmação da possibilidade da indenização, passamos a analisar as formas que se tem de chegar a efetiva reparação dos danos.

3 SISTEMA DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Observa-se que após a análise da incorporação da possibilidade de reparação por dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, chegou-se a duas correntes muito destoantes em relação a quantificação desta reparação.

A primeira corrente é a que defende o sistema tarifário, onde parte-se do pressuposto de que deve se ter uma quantificação exata, um parametro pre-fixado para a indenização. A segunda corrente é a do sistema aberto, onde não se tem valores predefinidos, onde a quantificação será atribuída ao Juiz que fixará os valores com base em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade, por exemplo.

Sobre o tema, escreve Gonçalves (2009):

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucro cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. (GONÇALVES,2009 p. 378-379.)

3.1 Sistema tarifário

O sistema tarifário já foi adotado no Brasil por algumas ocasiões, quase todas antes da CR/88. Porém ainda se vê discussões a respeito da adoção deste sistema.

Tal sistema consiste em admitir que se faça uma tarifação para que o valor da indenização por dano extrapatrimonial seja predeterminado, ficando a cargo do Magistrado aplicar-lhe ao caso concreto, porém se atentando ao limite máximo e mínimo definido em lei.

“O sistema tarifário admite que o valor da indenização se encontra predeterminado. Cabe ao Magistrado aplicá-lo ao caso concreto, atentando para os limites fixados em lei, considerando as peculiaridades de cada situação.” (KUMODE, 2002, p. 39)

A doutrina que defende tal teoria, parte da ideia de que com tal tarifação, não haveria insegurança jurídica, uma vez que não seria mais baseada em critérios genéricos e também haveria a redução do poder do magistrado em decidir sobre tal valoração, neste sentido, escreve SANTOS (2017)

Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados

emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles **a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial**, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente (grifou-se) (SANTOS,2017,p.69).

Deste modo, apesar de haver quem defenda a sistemática, não merece prosperar tal sistema, uma vez que a adoção do sistema de tarifação fere a Constituição Federal, já que vai em desencontro com o princípio da reparação integral, previsto no Art. 5º, incisos V e X e Art. 7º, inciso XXVIII, com o princípio da igualdade do Art. 5º, inciso I além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos fundamentais da pessoa humana assim escreve DELGADO (2017)

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivo”) do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título I (DELGADO,2017.p.32).

E conclui sobre a vedação de se ceifar tais direitos:

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformados (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada... (DELGADO, 2017.p.35)

Além da proteção Constitucional em relação ao direito fundamental da Pessoa Humana e sua Dignidade, outra crítica que se encontra na doutrina civilista é em relação a possibilidade de uma tarifação trazer uma premeditação, fazendo com que, quem tem a intenção de praticar um ato ilícito, poderá previamente valorar o valor do dano extrapatrimonial, podendo acreditar que o valor futuramente pago é irrisório em relação ao seu ato ilícito. Deste modo assevera Gonçalves (2009):

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. **O inconveniente desse critério é que**

conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei. (grifou-se).(GONÇALVES, 2009, p 372)

3.1.1 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro

A Lei de Imprensa continha em seu artigo 51 a tarifação máxima possível em relação ao dano moral, que era a de 50 salários mínimos para as hipóteses que provinham de dano com culpa.

O Código de Telecomunicações, em seu art. 84, § 1, prevê que as indenizações serão de 05 a 100 salários mínimos conforme fosse a posição política ou social do ofensor, o ânimo de ofender, a gravidade da referida ofensa bem como a repercussão do dano.

“O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), [...] foi o primeiro diploma legal a estabelecer margens para os valores das indenizações por danos morais.” (GONÇALVES, 2009, p. 379). Em relação ainda ao referido código, acrescenta Batista (2014):

Havia diversas leis especiais que previam a tarifação legal. O artigo 84, §1º, Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962 (posteriormente revogado pelo Dec. Lei 236, de 28/02/1967), determinava que o juiz estimasse o dano moral no valor entre 5 a 100 salários mínimos. (grifou-se).(BATISTA, 2014, p.154)

Após o Código de Telecomunicações, surgiu o Código eleitoral, (lei 4.737 de 1965), código este que fazia remissão ao Código de Telecomunicações para estabelecer os parâmetros para que haja a fixação da reparação. Assim trata da matéria Santana (2007,).

O Código Eleitoral [...], por intermédio do artigo 243, §2º, [...], ao regular a propaganda partidária, determina que, nos casos de calúnia, injúria ou difamação, o ofendido pode buscar a reparação civil do dano moral, nos moldes disciplinados pelos artigos 81 a 88 do Código Brasileiro de Telecomunicações – [...], inclusive a tarifação prevista no artigo 84, §§ 1º a 3º, cujo valor máximo correspondia a cem (100) vezes o maior salário mínimo vigente no país. (grifou-se) (SANTANA.2007.p.23).

Logo após surgiu a já citada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250 de 1967) onde observa-se que em vários de seus artigos, tarifava os limites das indenizações correspondentes a toda espécie de dano, englobando assim, os danos morais. Tal lei trazia burocrática discussão se seria possível essa tarifação, até que em 2009 foi declarado, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130), a sua não recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro a luz da

Constituição de 1988.

3.2 Sistema aberto

O sistema aberto é o sistema que defende a não tarifação do dano por valores predeterminados pelo legislador. Defende que a definição do *quantum* indenizatório por danos morais seja adotado por um critério subjetivo que será atribuído ao Juiz da causa. Caberá ao Juiz a fixação dos valores, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de observar as questões peculiares de cada caso, devendo sempre ser levado em consideração as condições econômicas da vítima e do agressor, decidindo observando o critério da equidade.

Desenvolve Kumode (2002)

No sistema aberto, é atribuída ao juiz a competência de estabelecer o valor indenizatório, de forma subjetiva e correspondente à satisfação da lesão experimentada pela parte. O magistrado utilizará seu raciocínio e bom senso ao estabelecer o quantum indenizatório, avaliando a extensão do dano e sua repercussão no meio social, bem como a situação econômica do ofensor e da vítima. Verifica-se que são critérios subjetivos a serem levados em consideração. Os adeptos do sistema aberto, tais como Maria Helena Diniz, José de Aguiar DIAS, Carlos MAXIMILIANO, Yussef CAHALI, acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, **justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste**. Não existe a possibilidade de tarifar a dor, segundo esses autores, razão esta pela qual, a fixação do quantum indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua consequente reparação. (KUMODE,2002.p.38)

Este é o sistema adotado pelo Direito Brasileiro após a Constituição de 1988.

3.2.1 Critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro

SANTOS (2015) assim ensina:

Considerando-se a prevalência dos direitos humanos fundamentais como núcleo basilar de todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, bem como espelha a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), fato que foi acompanhado pela Constituição Federal de 1988 que erigiu a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, em seus incisos III e IV do Ar. 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil, alicerçado pela declaração do art. 3º, IV, da Norma Ápice como objetivos fundamentais da República Federativa “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” não temos como deixar de declarar que os direitos extrapatrimoniais e sua correlata proteção transcendem, perpassam a posição ou enquadramento das partes nos negócios jurídicos, sejam eles de índole civil ou trabalhista, elevando-os à dignidade ou status de norma de amparo ou proteção constitucional. (SANTOS, 2015, p. 643).

O ordenamento jurídico pátrio, em seu texto Constitucional prevê no art. 5º, X, que é permitido a possibilidade de indenização por danos morais. O Código Civil prevê em seu art. 186 a definição de ato ilícito, abrangendo toda conduta que, violando determinado direito, cause dano a outrem. Trazendo assim no seu art. 927 a possibilidade de reparação por referidos danos.

No Brasil, o sistema que se adota para quantificar o valor da reparação do dano moral é o que chama-se de “sistema aberto” que constitui em uma atribuição de poderes ao magistrado, a fim de que, a partir de uma análise subjetiva, seja liquidado o valor compensatório do dano moral. (BAGGENSTON, 2013, p. 626)

E com relação a fixação do *quantum* Santos (2015) escreve:

A justa indenização do dano moral deverá compensar, com a justa indenização, o constrangimento, o estresse, a dor, a tristeza, a profunda humilhação, a vergonha pela injustiça sofrida, o dilaceramento no recôndito do espírito ofendido, resultante do ato ilícito perpetrado pelo empresário ou seus prepostos, em se tratando de relação de emprego.

A indenização deverá reparar o dano da forma mais completa possível e o magistrado deverá ter como parâmetros os seguintes elementos objetivos e subjetivos:

- As condições econômicas, sociais e culturais de quem cometeu o dano e principalmente de quem sofreu
- A intensidade do sofrimento do ofendido
- A gravidade da repercussão da ofensa
- A posição do ofendido na sociedade
- A intensidade do dano ou a gradação da culpa do responsável
- Um possível arrependimento evidenciado por fatos concretos
- Uma possível retratação espontânea e cabal
- A equidade
- As máximas da experiência e do bom senso, como preconiza o art. 335 do CPC
- A situação econômica do País e dos litigantes e;
- O discernimento de quem sofreu e de quem provocou (SANTOS, 2015, p. 543)

Devido a esta subjetividade, caberá ao Juiz analisar e fixar o valor do dano extrapatrimonial, conforme leciona Batista (2014)

Apesar dessas dificuldades, o valor da indenização deve ser fixado na sentença, e o juiz ao fixar o valor, deve agir com prudência, com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme as especificidades de cada situação, de modo a não fixar valores ínfimos ou que importem em enriquecimento sem causa. (BATISTA, 2014, p. 154)

Por causa de tamanha dificuldade, a doutrina e a jurisprudência busca ao longo dos anos adotar e construir teorias através da observação de princípios e critérios dos mais variados para que seja dado um direcionamento ao Magistrado, como por exemplo a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, o bom senso do Juiz bem como os outros critérios citados no paragrafo acima. Com relação aos critérios de um modo geral, assim leciona Diniz (2001):

Evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido alegando que sua fortuna permitia suportar o excedente do menoscabo; Não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização e evitar porcentagem do dano patrimonial; Diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; Verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; Atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social (*sic*) da conduta lesiva; Averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; Apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima; Levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para a fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos; Verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante; Basear-se em prova firme e convincente de dolo; Analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura; Procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; Aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade”. [...] Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine* (DINIZ, 2001. , pp. 266-267).

Com isso a forma com que é feita a definição dos valores das indenizações no Brasil se dá:

Diante do exposto percebe-se que não há no ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo na jurisprudência e na doutrina um critério objetivo e uniforme a ser utilizado pelo juiz no arbitramento do dano moral. Mas é unânime que nessa ponderação, o juiz deve levar em consideração a condição social e econômica do ofendido e do ofensor. Não porque a dor dos economicamente desfavorecidos tenha medos valor, ou porque tal indenização deva figurar como oportunidade de enriquecimento, mas sim ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram’ (GONÇALVES, 2009, p. 385).

Ou como assegura Theodoro Júnior (2007)

O juiz em cujas mãos o sistema jurídico brasileiro deposita a responsabilidade pela fixação do valor da reparação do dano moral, deverá fazê-lo de modo impositivo, levando-se em conta o binômio “possibilidade do lesante” – “condições do lesado”, cotejado sempre com as particularidades circunstanciais do fato [...] Dentro dessa ótica, não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. [...] Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato, e principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá que ser equilibrado por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, [...] pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa. [...] ao juiz não é dado arbitrá-la em quantia maior. Pode reduzi a indenização, mas não ampliá-la, diante da regra da adstrição da sentença ao pedido [...] (THEODORO JUNIOR, 2007. pp. 49-51).

3.2.1.1 Critério Bifásico

Como observado, a fixação do valor a ser indenizado a vítima do dano moral é uma das mais difíceis tarefas do Magistrado e o tema que levanta maior questionamento. As decisões judiciais baseiam-se na proporcionalidade e buscam evitar o enriquecimento sem causa. Foi pautado nesta dificuldade que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino adotou em decisão do STJ, uma definição racional e objetiva da quantificação do dano moral. É a adoção do sistema “bifásico”.

Neste critério, na primeira fase, utiliza-se jurisprudências anteriores que possuam o mesmo interesse jurídico e lesões semelhantes, chegando-se a um valor base de fixação do dano. Após a fixação do valor base, chega-se a segunda fase, onde o montante será ajustado para mais ou para menos a depender das circunstâncias de cada caso individualizado, observando-se a extensão do dano mencionada no artigo 944 do Código Civil de 2002.

Assim define a teoria o Min. do STJ Paulo de Tarso Sanseverino (2010):

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo (*sic*), que respeita as peculiaridades do caso. (SANSEVERINO, 2010, p.275)

Com isso, conforme aduz o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, assegura-se “uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes”, função essa dos precedentes e da realidade jurídica atual brasileira (justiça + segurança jurídica aplicada, numa relação *diretamente* proporcional). (PEREIRA, 2014).

3.2.1.2 Na Justiça do Trabalho: precedentes anteriores à Reforma Trabalhista

Antes da entrada em vigor da Lei 13.467/17 e a inserção do Título II-A, a base legal para fundamentar as indenizações por danos morais eram os artigos do Código Civil de 2002 e os artigos 5º e 7º da CF/88.

Com isso observa-se os precedentes anteriores a reforma nas ementas abaixo

ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS À MÃE DO DE CUJUS. CABIMENTO.

Provado que o obreiro, no exercício de sua função, sofreu acidente de trabalho que lhe causou a morte, fica claro o dever inarredável da empresa de indenizar a mãe do trabalhador que com ele residia, pelos danos morais e materiais sofridos. Nestas circunstâncias e em face da responsabilidade objetiva consagrada no art. 927, parágrafo único, do CCB, que prescinde da comprovação do dolo ou da culpa, a obrigação do empregador de reparar o dano decorre do mero implemento ou incremento do risco pelo exercício da atividade econômica (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Recurso ordinário n. 0001524-28.2015.5.11.0017**. Relator: ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. Publicado no Diário Oficial da Justiça do Trabalho do Amazonas de 13/03/2017, p. 168

FUNASA. DOENÇA OCUPACIONAL. APLICAÇÃO DE DDT (DICLORO DEFENIL TRICLOROETANO). NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL.

Consoante o disposto nos art. 7º, XXVIII, DA CF/88 c/c art. 186, do CC/02, comprovada a existência de nexo de causalidade entre o labor desempenhado pelo obreiro e a patologia que atualmente lhe acomete, impõe-se o dever de indenizá-lo. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Proc. 0000066-23.2017.5.14.0081. Relator: BARNEZE, Osmar João. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico 05/10/2018)

DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS. Nos termos dos art. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, a indenização de prejuízo sofrido por ato ilícito reclama a concomitância de dano, nexo causal e culpa. E a caracterização do dano existencial, espécie de dano moral, pressupõe violação à dignidade pessoal do trabalhador (art. 1º, III, da CF), com vulneração da sua integridade psíquica ou física, o que não foi comprovado nos autos. Não há nos autos qualquer comprovação de que o autor tenha sofrido restrição ao convívio familiar e social ou frustrados seus projetos de vida. A prestação de serviços em sobrejornada, nos contornos aferidos no presente caso, resolve-se no pagamento das horas extras correspondente ao trabalho excedente, dada a natureza patrimonial da lesão de direito constatada

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso ordinário n. 0012424-58.2015.5.03.0093**. Relator: CAMPOS, Maria Stela Álvares da Silva. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de Minas Gerais de 16/10/2017

Tem-se então que a jurisprudência na seara trabalhista utilizava-se dos critérios adotados pela justiça comum, em especial a seara cível, tanto para fundamentar a base legal, quanto para fundamentar as hipóteses de ocorrência do dano sofrido.

3.2.1.2.1 Princípio da reparação integral

Somente pode-se dizer que o dano foi integralmente reparado quando é garantida uma indenização baseada na extensão do dano. Tal princípio tem fundamentação no art. 5º, inciso V e X e no art. 7º, inciso XXVIII, onde em síntese, dispõe que a indenização deverá ser proporcional a extensão do dano sofrido pela vítima. Tem-se que este também é o princípio que demonstra que o sistema tarifário vai contra o ordenamento jurídico brasileiro (FREITAS, 2017, pag. 40)

O princípio da reparação integral está previsto no art. 944 do Código Civil e também no art. 6º, VI, do C.D.C. Sergio Cavalieri Filho, ensina que “*o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça [...]*”, fazendo com que surja a necessidade de se buscar o reestabelecimento do equilíbrio jurídico-econômico que tinha-se antes do cometimento da prática ilícita. Daí surge o princípio da reparação integral ou da *restitutio in integrum*, visando colocar a vítima no status quo ante, por meio da indenização com base na reparação proporcional ao dano. (CAVALIERI FILHO, 2014. p. 26.)

A função do princípio da reparação integral segundo Paulo de Tarso Sanseverino, consiste em: “a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação ao enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos”, esta última denominada de função concretizadora.

O princípio da reparação integral possui duas funções em relação a responsabilidade civil que é de estabelecer um piso indenizatório que irá consistir em todo o dano, bem como de instituir um teto indenizatório que limita que tal indenização não será maior que o dano

3.3 Impossibilidade de utilização da tarifação do valor do dano extrapatrimonial

O Código Civil de 2002, determina que em casos de injúria, calúnia, difamação ou ofensa a liberdade pessoal, seja indenizável todos os prejuízos patrimoniais e equitativamente os morais, não prevendo qualquer valor fixo para que haja esta indenização, apenas o juízo da equidade.

A Constituição Federal de 1988, com seu caráter humanitário e adotando o princípio da dignidade humana como basilar ao ordenamento jurídico, não recepcionou as leis e tratados que tarifavam o dano moral. Tal entendimento era pacificado pela jurisprudência, inclusive sendo objeto de súmula do STF e do STJ que

consideraram este sistema incompatível com a Constituição.

Ocorre que o Legislativo ao redigir a lei 13.467 de 2017 trouxe a discussão em relação a tarifação mais uma vez para o meio jurídico.

Tal tarifação se dá em uma tentativa atrapalhada do legislador em tentar garantir algo a classe empresária que vai em desencontro com o todo o ordenamento jurídico e mais ainda, vai contra os princípios constitucionais.

DINIZ (2001) ensina:

Tarifar não seria a solução ideal para encontrar o justo equilíbrio na indenização do dano moral; deverse-ia, ensina Zavala de Gonzalez, considerar a teoria da regulação normativa do quantum indenizatório, que indicasse critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa, uma vez que não se fixam pisos máximos ou mínimos, deixando-se uma margem de avaliação judicial, que possibilite transpor os reguladores indicativos estabelecidos em lei.(DINIZ 2001. , p. 245)

Em relação a fixação do valor da indenização resultante de danos extrapatrimoniais e conseqüentemente a indenização por danos morais deve ser objeto de criação doutrinária e jurisprudencial. Sobre o tema Neto, Mota e Cavalcante (2017)

Dispõe o art. 944 do Código Civil que a indenização é medida pela extensão do dano.

Assim, de acordo com a extensão do dano sofrido pelo Autor, sopesando-se a gravidade das lesões morais sofridas, os seus desdobramentos quanto às vidas (profissional, afetiva, social e cultural) da vítima, além da continuidade destas, tem-se que o caráter preventivo e retributivo da sanção à Reclamada deverá se refletir em condenação ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ [indicar o valor].(Cavalcante; 2017. p. 527)

Alves assim diz, a respeito da tarifação:

[...]verifica-se que o dano existencial, assim como o dano moral, não comporta a tarifação nas indenizações, prevalecendo o sistema aberto, por meio do qual o julgador possui a prerrogativa de fixar o valor da indenização de forma subjetiva, sem deixar, no entanto, de considerar critérios objetivos²⁸⁶, obedecendo a contornos preestabelecidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. (ALVES, 2016. P. 39-40)

Antônio Jeová Santos (2003, p. 169 apud DECNOP, 2016) assim expõe sobre a tarifação do dano.

Em verdade, o discurso favorável ao tarifamento da indenização, apenas para a atividade de informação, sem generalizar toda e qualquer indenização por danos morais, esconde o lado mais obscuro do que realmente pretendem: pagar pírias indenizações e continuarem assacando contra a honra alheia.

Sem tergiversar. Paga, mas como desembolsou pequena quantia, simbólica até, nada impedirá que atuem com prudência antes de noticiarem fato que pode ser uma catarata de inexatidões e inverdades.

Em sua obra, Rodrigo Trindade (2017) defende que qualquer espécie de tarifação não merece prosperar, devendo ficar a cargo do Juiz a análise do caso concreto e ter sensibilidade sobre a equivalência do entre os prejuízos e o ressarcimento justo e possível. (TRINDADE, 2017)

Ledur (2016) em sua obra defende que a reparação do dano deve adotar o sistema aberto, ficando a cargo do Juiz deliberar em relação ao *quantum*, observando que a condenação deve surtir efeito pedagógico e econômico, fazendo com que se desestime a reincidência.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO DA LEI 13.467/2017

Quando se questiona a constitucionalidade de qualquer diploma legal, deve-se ocorrer uma análise do referido diploma com relação a Constituição Federal de 1988, pois é dela que se extrai a estrutura e os princípios que devem ser seguidos e que garantem o Estado Democrático de Direito.

A inconstitucionalidade do sistema adotado na no Título II-A da Lei 13.467/2017, defendida no presente trabalho, passa por analisar os princípios constitucionais e assegurar que as previsões constitucionais não foram respeitadas pela presente lei.

4.1 Da Constituição Federal De 1988

Ao chegar ao fim os governos militares anteriores a 1987, surge no Brasil o movimento de redemocratização, fazendo com que se vislumbre a necessidade de uma nova Constituição. Com isso há a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adota como modelo o *Constitucionalismo Humanitário*, que faz com que se rompa com o Constitucionalismo Liberal, e que dê a continuidade necessária para as evoluções e direitos alcançados pelo Constitucionalismo Social.

Com esse caráter humanitário a CF/88 se consolida em três pilares fundamentais para o desenvolvimento do país e de sua sociedade: “a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana.” (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017, P 21)

A análise da Lei 13.467/2017 com relação a Constituição se pautará nesses pilares, mais precisamente nos direitos fundamentais e no princípios da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e fundamental do estado democrático de direito.

O Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, traz em seu texto o princípio que rege o Estado Democrático Brasileiro que é o da dignidade da pessoa humana, devendo todas as relações entre particulares e entre o Estado com o povo, serem pautadas por tal princípio:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana; (*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988*)

Sobre o referido princípio o Advogado Márcio Belloni(2009) ensina em seu artigo:

Dignidade da pessoa humana é a condição que torna humano o próprio ser humano. Está intimamente ligada aos princípios fundamentais da Constituição de 1988, onde seria ideal o constituinte tratar da dignidade da pessoa humana no corpo constitucional. (BELLONI, 2009, pág. 679).

Enoque Ribeiro dos Santos, traz em seu artigo publicado uma citação de Kant que diz que a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza ou duplo patrimônio, um de índole material e outro imaterial ou extrapatrimonial. (SANTOS, 2017.p.561)

O texto constitucional traz nos títulos I (“Dos Princípios Fundamentais”) e título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) normas, princípios e regras que vão regular os direitos fundamentais da pessoa humana. Tais direitos dizem respeito àqueles que fazem parte do universo de sua personalidade e de seu valor moral, bem como se correlacionam com os direitos mínimos civilizatórios para a vivência do Homem na sociedade socioeconômica e coletiva.

Note-se que a Constituição de 1988 tem o zelo de explicitar o caráter de essencialidade que emana desses direitos fundamentais da pessoa humana, ao estatuir, em seu art. 60, § 4º, IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir:

"IV - os direitos e garantias individuais"

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos - tal como acontece, a propósito, com diversos direitos individuais arrolados no Capítulo I do Título II da Constituição da República. (DELGADO, 2017, p. 33)

Ainda pode-se notar que a Constituição de 1988 traz o Direito como mecanismo não mais de exclusão ou segregação como tínhamos antes de 1988, com a atual Constituição, o Direito passa a ser instrumento civilizatório, onde insere o indivíduo no meio social e o coloca no centro do ordenamento jurídico Constitucional (e infraconstitucional).

Com isso, o Direito do Trabalho também realiza um importante papel de política pública de distribuição de renda no mundo da economia e da sociedade capitalistas, diminuindo, em alguma medida, as tendências concentradoras de renda e de poder que são características do capitalismo.

A Lei n. 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma legal no campo laborativo do Direito. (DELGADO, 2017, p. 41).

4.2 A inconstitucionalidade da adoção do sistema tarifário na CLT

Começa-se o estudo da inconstitucionalidade do sistema adotada pela Lei 13.467/2017, trazendo alguns pontos mais críticos que se revela ao analisa-la em relação a Constituição de 1988, são eles:

- 1- Desprezo à noção de pessoa humana e sua centralidade na ordem jurídica e na vida social.

O texto normativo da lei 13.467/17, traz diversas rupturas com os mais variados princípios constitucionais, dentre eles temos os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e emprego, da igualdade, da dignidade da pessoa humana. Ao não respeitar todos esses patamares já consolidado, a nova CLT faz emergir parâmetros jurídicos que já haviam sido superados há décadas no Direito, trazendo a prevalência do poder econômico na relação de emprego.

- 2- Desprezo ao principio constitucional da igualdade, tanto no sentido material, quanto nas relações empregatícias.

Na Democracia, o campo do Direito Social tornou-se um segmento de afirmação a nova interpretação constitucional do principio da igualdade. Passa-se a analise por este principio que, será tratado juridicamente diferente os indivíduos, na medida de sua desigualdade, fazendo com que se tenha uma maneira de proporcionar maior igualdade entre eles. A partir do principio da Igualdade, o ramo do Direito do Trabalho foi o que mais se desenvolveu durante o tempo.

Porém a lei 13.467/17, despreza o princípio constitucional da igualdade, e tal desprezo se dá tanto pela desregulamentação do Direito do Trabalho trazida pela nova lei, seja pela acentuação do poder unilateral do empregador ou pelas severas restrições do acesso ao judiciário pelo trabalhador.

Tem-se também a tentativa de desproteger o trabalhador em relação a saúde e segurança do trabalhador, conforme escreve DELGADO (2017):

Uma estratégia de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas.

A Constituição Federal, como se conhece, afirma inequivocamente o princípio da inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º da CF), corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF) e da centralidade dessa pessoa na ordem jurídica e na vida socioeconômica (art. 1º, II, III e IV; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, caput, III e XXII; art. 7º, XXII; art. 170, caput, III, VII e VIII; art. 193; art. 196; art. 200, caput e VIII, todos da CF).

A estratégia da nova lei no sentido de buscar desconstruir direta e/ou indiretamente o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhista se realiza por meio de regras explícitas nessa direção, que diminuem a

incidência das normas redutoras dos riscos inerentes à saúde e segurança no trabalho, tal como a regra, por exemplo, que tenta desconectar a duração do trabalho do campo da saúde laborativa (parágrafo único do art. 6º I -B, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017).

Essa estratégia de desconstrução se concretiza também por intermédio de regras que pulverizam o ambiente relaciona! dos vínculos empregatícios e trabalhistas no campo socioeconômico, induzindo a que tais vínculos se realizem por intermédio de múltiplas empresas supostamente desconexas, de maneira a tornar ineficazes os instrumentos jurídicos clássicos de controle dos aspectos relacionados à saúde e segurança da pessoa humana trabalhadora no mercado de trabalho. (GODINHO, 2017, p. 42)

Após analisar os princípios que norteiam o direito brasileiro, previstos na Constituição Federal de 1988, observa-se que a chamada “Reforma Trabalhista” deixou de seguir em alguns artigos estes princípios constitucionais e com isso trouxe em seu texto vários pontos que pode-se sustentar a inconstitucionalidade desta norma. O presente trabalho se atém a análise do Título II – A da CLT que trata da tarifação do dano extrapatrimonial no art. 223-G, cuja tarifação dos danos extrapatrimoniais fere diretamente a Constituição Federal de 1988.

4.2.1 Análise do artigo 223 – G inserido pela Lei n. 13.467/2017 (Título II-A da CLT) com base na CF/88

Como já analisado, por meio de referencial teórico e revisão bibliográfica, prevê o ordenamento jurídico brasileiro, quase que na sua totalidade, que o princípio da reparação integral vigora sobre as indenizações de natureza moral e extrapatrimonial. Porém com a redação da Lei 13.467/2017, ressurgiu um entendimento arcaico e que a muito tempo já havia sido superado. Traz em seu texto sobre a reparação dos danos de natureza extrapatrimonial.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

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

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

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

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

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

A própria leitura do artigo, seus incisos e parágrafos demonstra que há algo que não está coerente com o ordenamento jurídico pátrio.

Este artigo é o que institui propriamente a tarifação das indenizações, nesse momento baseada em um critério que fere diretamente o princípio da igualdade, como se o valor do dano moral dos menos favorecidos financeiramente possuísse menos valor.

No Brasil, a fundamentação legal que normatiza o instituto da reparação por dano extrapatrimonial encontra-se nos arts. 1º, Inciso III, 5º V e X da CR/88, onde consagra-se o princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico Brasileiro. Tem-se também no Código Civil a positivação da reparabilidade do dano extrapatrimonial, nos arts. 12, 186 e 927.

O Art. 5º da Constituição Federal trata da proporcionalidade da indenização por dano moral, de acordo com a violação sofrida pela vítima. A Tarifação, portanto, afronta flagrantemente tal dispositivo (DELGADO, 2017, p. 146)

Barba Filho (2017) traz duras críticas ao conteúdo do art. 223-G da CLT, iniciando-as pela afirmação de que os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana possuem uma pretensão de universalidade, devendo serem tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos.

Logo após, o autor escreve que a indenização deve-se basear segundo o pedido e não com relação a causa de pedir

Não coincidem, nem há litispendência entre demandas, quando embora o pedido seja o mesmo (e.g. indenização por danos morais), a causa de pedir seja distinta (i.e. um pedido de danos morais em razão de humilhações e um pedido de danos morais decorrente de violência física). Se um trabalhador, em determinada situação, foi ofendido verbalmente ou humilhado por ato do seu empregador. É nesse sentido que deve ser interpretada a vedação da acumulação, e não como nos leva a interpretação literal do artigo. (BARBA FILHO, 2017, p. 188)

Finalizando sua crítica Barba Filho (2017) deixa claro que a tarifação do dano levando-se em conta a gravidade da ofensa é um sistema adotado pelo legislador que na verdade cria diversas dificuldades, uma vez que não existe como definir em caráter objetivo, o que seriam as lesões de natureza leve, média, grave e gravíssima.

Se o próprio ordenamento jurídico Brasileiro não foi possível limitar a extensão da ofensa sofrida pela vítima, não pode ele, querer limitar a sua reparação, já que deve ser proporcional a sua extensão.

Sem dúvida, a tarifação do sofrimento é representativa do processo de desumanização e viola o princípio da reparação integral, além de desprezar a capacidade de pagamento, a necessidade de se afirmar efeito pedagógico à medida, sendo, outrossim, impeditiva da análise pertinente à extensão e à gravidade do dano. Da mesma forma, é inviável vedar-se a acumulação, porque essa se encontra prevista na própria Constituição. A reparação deve ser integral considerando-se a extensão do dano e é possível, e até previsível, que da mesma relação de trabalho, tipicamente de trato sucessivo, sobrevenham, em desfavor da mesma vítima, atos ou omissões diferentes, que devem ser considerados ilícitos, a gerar o direito às reparações. [...] Qualquer lógica de tarifação que imponha como critério e como limite à reparação fere o princípio da isonomia, a plena realização dos direitos fundamentais e a independência judicial. (TUPINAMBÁ, 2017. p. 143)

Tem-se que o sistema adotado na redação da “nova” CLT não é se quer razoável se levar-se em consideração que o presente normativo legal resolveu adotar como parâmetro para a indenização o salário do lesado pelo dano. É inimaginável que

se aceite que a dignidade do Gerente de uma empresa seja maior e por isso mais valorizada do que a do auxiliar de serviços gerais da mesma empresa.

Para Noemia Porto:

Evidentemente, observada a supremacia da Constituição, é inviável que a lei infraconstitucional impeça que a análise de questões que envolvam danos extrapatrimoniais tenha como referência a estrutura normativa dedicada à prevalência dos direitos fundamentais. Portanto, a regulação especial voltada às relações de trabalho deve ser interpretada, necessariamente, sob a melhor luz da Constituição, o que concretamente significa o compromisso reiterado com a realização de direitos fundamentais, percebendo-se no direito à reparação uma forma de garantia a esses direitos. (PORTO, 2017,p.139.)

4.3 Precedentes

4.3.1 Precedente LEI DE IMPRENSA

Pode-se dizer que é o maior precedente relativo ao tema da tarifação do dano moral presente no ordenamento jurídico brasileiro. A chamada lei de imprensa foi criada e passou a vigorar em um momento histórico do país em que estava-se diante de um governo constituído por um golpe militar.

Com isso, tinha-se um Estado Autoritário, que em nada se parece com o que é hoje, o Estado Democrático de Direito, pois este, possui a dignidade da pessoa humana como centro de proteção e um dos seus principais princípios.

Com a nova ordem constitucional, de centralidade do Homem, como ser dotado de direitos e garantias fundamentais, direitos e garantias que assumem condições de cláusulas pétreas, assegura-se o direito a reparação integral do dano sofrido. É a partir deste momento que observa-se que a antiga Lei de Imprensa passa a ter em seu texto, uma imposição inconstitucional, uma vez que está, tarifava a reparação por dano moral.

Pela morosidade do judiciário, apenas em 2009 foi declarada a não recepção da lei de imprensa pela Constituição de 1988, porém os tribunais já vinham decidindo que a tarifação do dano moral da lei de imprensa era inconstitucional e não se sobrepunha ao art. 5, incs. V e X da CR\88, que garantiu a reparação integral do dano. E para provar tal cenário, em 2004 o STJ aditou a súmula n. 281 que positiva: “A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 281 da jurisprudência dominante. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200.)

Em Fevereiro de 2008 o Partido Democrata Trabalhista apresentou a ADPF n. 130 que defendia que a Lei de Imprensa (Lei 5.250\67) violava, dentre outros, o art. 5º, incs. V e X da CR\88. Então em Abril de 2009, a referida ADPF foi julgada procedente, declarando-se que a Lei 5.250\67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição em sua totalidade.

Assim leciona Honório (2017):

Observa-se que a Jurisprudência na sua grande maioria defende a não possibilidade da tarifação do dano moral feita, observa-se ainda que o próprio STF entende que não é possível tal tarifação conforme se verifica no julgamento da ADPF n.º 130, que julgou em prol da liberdade de imprensa, pela não recepção dos artigos da Lei n.º 5.250/1967 (Lei de Imprensa) que dispunham sobre a tarifação da indenização por danos morais, por completa incompatibilidade com o texto constitucional. (HONÓRIO, 2017)

A título elucidativo, traz-se aqui um fraguimento do voto dos Ministros do STF Carlos Ayres Britto (*relator*) e Ricardo Lewandovski:

[...] Seja como for, quer o ofendido esteja na condição de agente privado, quer na condição de agente público, o que importa para o intérprete e aplicador do Direito é revelar a vontade objetiva da Constituição na matéria. E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (**quanto maior o dano, maior a indenização**) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa.[...] [...]É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. [...] Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia (*sic*), os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, **de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição**, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha dentre outras seguintes decisões: **RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE**

447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.[...] (grifou-se) (Votos do Min. Ricardo Lewandowsk. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 06 de novembro de 2009)

Tem-se então que com a declaração da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição deu-se em razão da nova ordem Constitucional, onde garante que será adotado o princípio da reparação integral do dano, não sendo possível assim, tarifá-lo.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5870

Diante do cenário instalado e a latente inconstitucionalidade na adoção do sistema tarifário das indenizações por danos extrapatrimoniais na lei 13.467\17, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, exercendo sua legitimidade ativa, propôs ação direta de inconstitucionalidade em razão dos incisos I, II, III E IV do § 1º do art. 223 – G da “nova CLT”, requerendo a suspensão da eficácia da tarifação do dano moral. Procurou-se evitar que a utilização dos parâmetros fixados na nova redação fosse adotados como limites inflexíveis, o que ocasionaria um grave prejuízo ao lesado e a sua reparação.

Ainda combate o referido texto, por este afrontar diretamente o Art. 5º, incisos V e X, que garantem a reparação integral do dano extrapatrimonial. A interpretação constitucional permite concluir que esta garantido a todos um meio de trabalho equilibrado, devendo sempre proteger-se este meio ambiente, sobretudo, proteção para as ocorrências de atividade consideradas lesivas. Deste modo ao ajuíza a ADI, entende a ANAMATRA que o texto constitucional conferiu sem qualquer dúvida a reparação integral ao trabalhador. É o que entende o TST:

A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos, como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela

defesa da saúde do trabalhador e melhoria das condições de trabalho. Cita-se, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal (Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017) (PIRES, 2018, p. 41,42.)

Deste modo, observa-se que o assunto é complexo e já permeia as discussões de vários organismos jurídicos a fim de solucionar esse grande problema trazido pelo novo texto da CLT.

4.3 Panorama geral da inconstitucionalidade

Observado e estudado, pode-se notar que o precedente relativo a ADPF n. 130 de 2009, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa no ordenamento jurídico constitucional trazido pela CR\88, uma vez que a referida tarifação do dano moral é incompatível com um Estado Democrático de Direito e não respeita o princípio da reparação integral, na esfera trabalhista, o legislador, de maneira desesperada e ilegal, deixou de observar toda esse precedente e ainda mais grave, deixou de observar princípios constitucionais que regulam o ordenamento jurídico constitucional do país.

Os incisos I e IV do § 1º do art. 223-A da CLT trás uma enorme afronta ao princípio da isonomia, uma vez que permite que haja indenizações com o mesmo fato gerador, podendo assim existir indenizações discrepantes entre partes se estas possuírem salario diferentes, mesmo que o dano tenha ocorrido pelo mesmo fato gerador.

Comunga-se com o entendimento da ANAMATRA, na essência da ADI n. 55870, que o caso mereça ser analisado com no mínimo, “uma interpretação conforme a Constituição’ caso por motivos políticos ou interesses próprios os STF não declare sua inconstitucionalidade.

A divergência levantada pelos Min, do STF Marco Aurélio e Gilmar Mendes merece ser trazida aqui, os referidos ministros entenderam em sede da ADPF n. 130\2009, que o sistema de não tarifação será de melhor interesse ao Judiciário do que o sistema aberto, uma vez que este deixa ao arbítrio do Juiz a estipulação dos valores referentes a indenizações.

Por fim, esta claro que a tarifação não resolverá esse problema, que poderá continuar ocorrendo uma vez que o Homem é falho, e com isso, exige-se que sejam feitos juízos de valores, pois a reforma deixou de definir o que deve ser inserido como lesões de natureza leve, média, grave ou gravíssima.

4.4 Utilização do sistema de precedentes do código de processo civil

Após todo o conteúdo estudado até aqui, observa-se que pode-se dizer que a maior problemática, e por que não dizer deficiência, do modelo de reparação civil é a ocorrência de indenizações discrepantes mas em casos concretos muito semelhantes.

Assim, buscando-se uma solução para a problemática apresentada e utilizando-se do direito comparado, observa-se que o CPC\2015, adotando características de um sistema *common law* da força a criação de precedentes judiciais. Sobre o tema, escreve Braghini (2017):

A respeito da nova modelagem assumida pela jurisprudência no sistema jurídico pátrio é imprescindível destacar o **novo marco jurídico que decorre da disciplina do Código de Processo Civil de 2015**, independentemente da remodelação a ser proposta a ser proposta na teoria geral do direito ao lado passar a utilizá-la como fonte primária do direito, como ato regra capaz de regulamentar as relações sociais, fonte normativa dotada de coercibilidade diante do seu flagrante do seu descumprimento. Ainda que categoricamente não seja possível responder afirmativamente esta indagação, **não há dúvidas quanto a aproximação entre o sistema da *civil law* com o da *common law* intencionalmente e de forma deliberada a partir do Código de Processo Civil de 2015**, reservando um papel de destaque para os precedentes judiciais. Pela primeira vez passamos a ter no sistema um regime jurídico próprio para a regulamentação do que venha a ser um precedente, uma vez que o art. 926 do CPC passa a exigir do tribunais o dever jurídico de uniformizar a sua própria jurisprudência e mantê-la “**estável, íntegra e coerente**”, requisitos objetivos da própria validade, sem estar atrelada à análise de um caso concreto (§2º). (BRAGHINI, 2017.p 37)

Os artigos do CPC que melhor elucidam o sistema de precedentes:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Deste modo, entende-se que a melhor solução para tal problemática referente a indenização por dano moral esta no próprio ordenamento jurídico, ressaltando-se aqui, que para a utilização da presente solução regular-se-ia o Direito do Trabalho referente ao art. 15 da IN n. 36\16 do TST. A adaptação no referido artigo se daria pelo fato de este, em seu texto trazer que apenas devem ser considerados precedente do STF, STJ e TRT caso não contrarie os dois primeiros.

A utilização dos precedentes jurisdicionais apresenta-se como uma resposta mais coerente e legalmente possível com base no ordenamento jurídico brasileiro, sendo certa a possibilidade de inconstitucionalidade da tarifação do dano moral trazida pela lei 13.467\2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que a lei 13.467\2017 teve como discurso a modernização e a flexibilização das relações de trabalho, com supostos objetivos de acelerar a economia e garantir pleno emprego para toda a população, visando diminuir o trabalho informal. Porém, atrás deste discurso esconde-se os reais objetivos que são de favorecer a classe empresaria em detrimento de direitos dos operários.

Conseqüentemente, ocorreu um retrocesso e uma desvalorização de vários direitos históricos conquistados pela classe trabalhadora. Conquistas que contribuíram de maneira significativa para a construção da nova classe Constitucional.

Por isso, qualquer retrocesso e normatização em desacordo com os pilares fundamentais da Constituição Federal de 1988, que adotou o caráter Humanitário e instituiu o Estado Democrático de Direito, normal que acarreta em uma inconstitucionalidade.

Deste modo, após o estudo das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, amparado pelo precedente do STF, o qual, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela nova constituição, sendo um dos motivos, a incompatibilidade do sistema tarifário de danos morais com o ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 223-G da lei 13.467\2017.

Diante da Inconstitucionalidade da aplicação do sistema de tarifação do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, ofereceu-se como contraponto a disposição sobre as decisões discrepantes ocasionadas pelo sistema aberto, Em vista das falhas e valores humanitários diferentes, a problemática trazida não se solucionará com a adoção do sistema de tarifação inserido pela Reforma Trabalhista, uma vez que esta também depende de critérios subjetivos a serem aplicados pelos magistrados, através de um juízo de valor.

Ante o exposto, através de uma análise utilizando-se do Código de Processo Civil, conclui-se pela continuidade da adoção do sistema aberto de indenização dos danos extrapatrimoniais, amparando tal conclusão nos preceitos da Constituição Federal de 1988 onde assegura-se a reparação integral do dano.

Entretanto, apresenta-se como solução de aperfeiçoamento do sistema aberto de indenização, a adoção do sistema de Precedentes regulamentados pelo Código de Processo Civil de 2015, com adaptações pela IN n. 39\16 do TST. A adoção do Sistema de Precedentes modernizaria e traria a garantia do princípio da segurança jurídica, evitando-se então o normativo inconstitucional hoje presente na Consolidação das Leis Trabalhistas.

REFERENCIAS

AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 852.) Disponível em: >http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298< Acessado em: 04 de Setembro de 2018

ALVES, Julia Araújo de Melo. O reconhecimento do dano existencial na justiça do trabalho: a dignidade da pessoa humana tutelada sob a perspectiva do projeto de vida e da vida de relação frente às atividades laborais. 2016. P. 39-40 Disponível em:<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12698/1/2016_JuliaAraujoDeMeloAlves.pdf>. Acesso em: 27 outubro. 2018

ARRAES, Roberto Batista Montefusco, **Dano estético: Conceito e Incidencia a luz das novas perspectivas doutrinarias e jurisprudenciais**, Doutrinas Essenciais, Dano Moral. Org. Rui Stoco, vl. I

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra, A Responsabilidade por Danos Morais em Processos Trabalhistas : **Exame dos Critérios de Ponderação, Dano Moral ao meio ambiente, no direito de familia e nas relações de trabalho/** org. Rui Stoco, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Coleção doutrinas essenciais vl. III,

BARBA FILHO, Roberto Dala. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho**. Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.7, n. 63, p. 187-193, nov./2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=63&edicao=10505>. Acesso em: 02 de janeiro de 2018.

BELLONI, Marcio, 2009, **O dano moral no Direito do Trabalho**, pág. 679, Doutrinas Essenciais DANO MORAL, Org. Rui Stoco, vl. III,

BITTAR, Carlos Alberto, **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993,

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281 da jurisprudência dominante**. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 28 de Outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 0161000-19.2005.5.02.0433**. Relator: TRIGUEIROS, Ricardo Artur Costa e. Publicado no Diário Oficial Eletrônico do TRT 2ª Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/ConsultaDOE/ConsultaTipo.do>.< Acesso em: 07 de Outubro de 2018

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 0011272-66.2013.5.03.0053**. Relator: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Publicado no Diário Oficial Eletrônico do TRT 3ª em 20/07/2015. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/servicos/sistemas-externos/dejt>.< Acesso em: 07 de Outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Recurso ordinário n. 0001524-28.2015.5.11.0017**. Relator: ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. Publicado no Diário Oficial da Justiça do Trabalho do Amazonas de 13/03/2017, p. 168. Disponível em: <http://liber.advisebrasil.com.br/Jurisprudencia/Detalhes>.< Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. **Recurso ordinário n. 0001524-28.2015.5.11.0017**. Relator: ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. Publicado no Diário Oficial da Justiça do Trabalho do Amazonas de 13/03/2017, p. 168. Disponível em: <http://liber.advisebrasil.com.br/Jurisprudencia/Detalhes>.< Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Proc. 0000066-23.2017.5.14.0081**. Relator: BARNEZE, Osmar João. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico 05/10/2018. Disponível em: <https://appserver1.trt14.jus.br/pesquisa/down.php?q=db/rac->

scan/INDEX_ACORSENTMONO_GSA_PJE/azE9MiwzODE3NDMzMTUzOTI4NjMy
MTI3OTAwMDA0< Acesso em: 12 de Outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso ordinário n. 0012424-58.2015.5.03.0093**. Relator: CAMPOS, Maria Stela Álvares da Silva. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de Minas Gerais de 16/10/2017, s.p. Disponível em: ><http://liber.advisebrasil.com.br/Jurisprudencia/Detalhes><. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 0000204-86.2013.5.15.0150**. Relator: BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 17/11/2017, p. 2616. Disponível em: ><https://dej.t.jus.br/dejt/f/n/diariocon><. Acesso em: 15 de Outubro de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 06 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 01 de novembro de 2017

CAHALIY, Yussef Said. **Dano e Indenização**: Ed. RT, 1980.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012

DALZEN, João Oreste, **Indenização Civil de Empregado Empregador**, Doutrinas Essenciais, Danos

MORAES, Alexandre de, **dano moral ao meio ambiente**, no direito de família e nas relações de trabalho. Org. Rui Stoco, vl III. Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho , **A reforma trabalhista no Brasil : com os comentários à Lei n. 13.467/2017 I**, Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo : LTr, 2017.

DINIZ, M. H. **O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório**. In: Atualidades jurídicas 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Keila Pacheco, BIZELLI, Rafael Ferreira, **A Cláusula Geral de Tutela da pessoa humana**: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. Apud ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.

FILHO, Artur Marques da Silva, **A Responsabilidade Civil e o Dano Estético**. Doutrinas Essenciais, Danos Morais, Org. Rui Stoco, vl 1. Ed. Revista dos Tribunais. 2015,

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.) Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-conceito-e-evolucao-historica,55906.html>, acessado em 28 de Setembro de 2018

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEGEL, Georg W. Friedrich. **Georg Wilhelm Friedrich Hegel – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultura, 2005, coleção Os Pensadores..

HONÓRIO, 2017, disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma-trabalhista-e-os-danos-extrapatrimoniais/> consultado em 29/10/2018

KUMODE, Ciro. **A quantificação do dano moral**. 2002. 67p. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2002. Disponível em:

><http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44877/M115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>< Acesso em: 02 de Outubro de 2018.

LOPES, Tereza Ancona, **Dano Existencial, Teoria do Dano Moral e Direitos da Personalidade**/Org. Rui Stoco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO DA SILVA, Wilson. 3ª ed. **O Dano Moral e a sua Reparação**. 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1959. Tomo XXVI.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes, **O DANO MORAL, O MÉTODO BIFÁSICO DE QUANTIFICAÇÃO DO STJ E O EFEITO DESCARGA DE ALEXY NOS PRECEDENTES JUDICIAIS**. 2014, disponível em ><https://jus.com.br/artigos/35021/o-dano-moral-o-metodo-bifasico-de-quantificacao-do-stj-e-o-efeito-descarga-de-alexynos-precedentes-judiciais>< Consultado em 10 de Setembro 2018

PIRES, Mariana Silva. **Reforma trabalhista e tarifação do dano moral**: Uma análise à luz dos princípios constitucionais e do direito do trabalho / Mariana Silva Pires. - João Pessoa, 2018.

PORTO, Noemia. **Dano extrapatrimonial e reforma trabalhista**: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães e outros (organizadores). Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

REIS, C. **Dano moral**. 4. ed. Forense, 1995

REIS, C. **O dano moral**. 4. ed. atual. e ampl. Forense, p. 9. C/C SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 175, p p.23, jul.-set./2017. Disponível em: . >https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p21.pdf<. Acesso em:

02 de janeiro de 2018.

SANTOS, 2017, disponível em ><http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista>< consultado em 25 de Outubro de 2018

SANTOS, 2017, p. 80 apud CÍCERO, M. T. As catilíneas. In: CALDWELL, Taylor. **O pilar de ferro**. São Paulo: Editora Record, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos, **Contribuição à fixação da indenização do dano moral trabalhista**, Dano Moral ao meio ambiente, no direito de família e nas relações de trabalho/ org. Rui Stoco, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Coleção doutrinas essenciais vl. III,

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista**. Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista II. Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, V.7, n. 62, p. 62-69, setembro/outubro de 2017. Disponível em: ><http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468>.< Acesso em: 02 de Outubro de 2018.

SILVA, W.M. Da. **O dano moral e sua reparação**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983

SOARES, Flaviana Rampazzo, **Responsabilidade Civil por dano existencial**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STIGLITZ, Gabriel A. / ECHEVESTI. Carlos A. **Responsabilidad Civil**. 1993, p. 237.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 5.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

TRINDADE, Rodrigo. **Reforma trabalhista** – 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho. Disponível em: < <http://www.amatra4.org.br/79-70>

uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>. Acesso em: 05 de Outubro de 2017.

TUPINAMBÁ, Corolina, apud PORTO, Noemia. **Dano extrapatrimonial trabalhista:** análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Mersiglia e outro (orgs.) Reforma trabalhista: Visão compreensão e crítica. São Paulo: Ltr, 2017.