

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
MOHANA FONSECA MARTINS

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA REPARAÇÃO À LUZ DA REFORMA
TRABALHISTA (LEI 13.467/17)

FORMIGA – MG
2020

MOHANA FONSECA MARTINS

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA REPARAÇÃO À LUZ DA REFORMA
TRABALHISTA (LEI 13.467/17)

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Ana Flávia Paulinelli
Rodrigues Nunes

FORMIGA – MG

2020

Mohana Fonseca Martins

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA REPARAÇÃO À LUZ DA REFORMA
TRABALHISTA (LEI 13.467/17)

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Ana Flávia Paulinelli
Rodrigues Nunes

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ana Flávia Paulinelli Nunes
Orientadora

Prof.
UNIFOR-MG

Prof.
UNIFOR-MG

Formiga, ____ de Novembro de 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelas bênçãos derramadas em minha vida, pela saúde, pelas oportunidades e por sempre me guiar e iluminar a fim de que viesse a concluir a trajetória acadêmica.

Aos meus pais Julia e Raimundo pelo amor incondicional e por sempre me apoiarem nas minhas escolhas e decisões. Em especial à minha mãe que nunca mediu esforços para que eu pudesse realizar meus sonhos e conquistar tudo que sempre almejei.

Agradeço à minha avó Lúcia pelo suporte, pelo amor, preocupação e cuidado. Obrigada por sempre acreditar em mim!

Agradeço ao meu tio, Luiz Claudio pelo apoio, suporte, carinho e todos os ensinamentos que foram fundamentais durante essa trajetória.

A minha irmã, Luara pela amizade, companheirismo e carinho que teve por mim durante toda vida.

Agradeço aos meus amigos pela amizade construída, e por terem compartilhado à vida acadêmica ao meu lado, amenizando as dificuldades que surgiram ao longo do caminho.

Ao escritório de advocacia na qual presto serviço LCFP por todo suporte, e ensinamentos que contribuíram para a construção e formação do meu conhecimento jurídico no tocante à vida profissional.

Aos meus professores que contribuíram para a construção do meu conhecimento jurídico. E em especial à minha orientadora Ana Flávia Paulinelli pela paciência, ensinamentos e pelo excelente direcionamento deste trabalho de conclusão de curso.

Enfim, sou grata e agradeço a todos vocês imensuravelmente, vocês foram fundamentais nessa caminhada!

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso consiste em uma pesquisa acerca dos Danos Extrapatrimoniais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial aos que foram introduzidos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), na Consolidação das Leis Trabalhista, os artigos dispostos no 223-A a 223-G. Assim, será feito um aparato geral acerca da evolução histórica da Responsabilidade Civil e sua reparação, trazendo os critérios de reparação, os tipos de danos morais, até que se chegue na seara trabalhista com a inovação do Título II-A, título próprio que foi criado com o intuito de versar sobre a matéria dos Danos Extrapatrimoniais, e à sua maior problemática, que gira em torno do tabelamento das indenizações, o qual impõe limites discricionários e conseqüentemente inconstitucionais em razão do estabelecimento de parâmetros indenizatórios que são aferidos com base no salário da vítima, violando princípios constitucionais como o da proporcionalidade e razoabilidade, isonomia e conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, este trabalho visa analisar todos os dispositivos que foram introduzidos com a Reforma Trabalhista acerca do dano extrapatrimonial, que geram discussões e controvérsias, mais especificamente sobre a tarifação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho, e sua inconstitucionalidade frente aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Indenização. Danos Extrapatrimoniais

ABSTRACT

The present work of conclusion of the course consists of a research about Off-balance-sheet Damages present in the Brazilian legal system, in particular those that were introduced by the Labor Reform (Law 13.467 / 20170), in the Consolidation of the Labor Laws, the articles provided in 223-A to 223-G. Thus, a general apparatus will be made about the historical evolution of Civil Liability and its reparation, bringing the criteria of reparation, the types of moral damages, until it arrives in the labor field with the innovation of Title II-A, the proper title that was created with the intention of dealing with the matter of Off-balance-sheet Damages, and its biggest problem, which revolves around the indemnity table, which imposes discretionary and consequently unconstitutional limits due to the establishment of indemnity parameters that are measured based on salary of the victim, violating constitutional principles such as proportionality and reasonableness, isonomy and consequently the principle of human dignity. Thus, this work aims to analyze all the devices that were introduced with the Labor Reform about off-balance sheet damage, which generate discussions and controversies, more specifically on the off-balance sheet tariff in Labor Law, and its unconstitutionality in face of constitutional principles.

Keywords: Civil Liability. Indemnity. Off-balance sheet damages

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E SUA REPARAÇÃO	10
3 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	14
3.1 Conceito	14
3.2 Espécies de danos extrapatrimoniais.....	15
3.2.1 Dano moral.....	16
3.2.2 Dano existencial	17
3.2.3 Dano estético	18
3.3 A regulamentação do dano extrapatrimonial e a reparação no ordenamento jurídico brasileiro	19
4 OS SISTEMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	21
4.1 Sistema tarifário.....	21
4.2 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro	22
4.2.1 A (Im) possibilidade de tarifação do valor do dano extrapatrimonial.....	23
4.3 Sistema aberto	24
4.3.1 Critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro	24
4.3.2 O “critério bifásico” sustentado pelo Min. Do STJ, Paulo Tarso Sanseverino	25
4.3.3 Princípio da Prevenção, da Investidura Fática e da Reparação Integral.....	27
4.3.3.1 Princípio da prevenção	27
4.3.3.2 Princípio da Investidura Fática.....	28
4.3.3.3 Princípio da reparação integral	28
5 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA.....	30

5.1 A reforma trabalhista: discursos e contradiscursos.....	31
5.2 A regulamentação do dano extrapatrimonial pela CLT.....	32
5.2.1 Da aplicação exclusiva.....	33
5.2.2 Da taxatividade	35
5.2.3 Da limitação dos titulares do direito à reparação	36
5.2.4 Da cumulação de indenizações.....	39
5.2.5 Dos critérios para a fixação de indenização por dano extrapatrimonial e a discrepância dos valores indenizatórios fixados.....	40
6 A ANÁLISE JURÍDICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.....	43
6.1 Princípio da isonomia	46
6.2 Princípio da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.....	48
6.3 Da ação direta de inconstitucionalidade nº 5870.....	49
7 CONCLUSÃO	50
REFERENCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

Em 11/11/2017 entrou em vigor a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que gerou inúmeras discussões, e houve diversos argumentos para que se chegasse à aprovação da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, dentre essas modificações e inovações trazidas pela Reforma Trabalhista à CLT, se encontram os artigos 223-A a 223-G, que versam sobre os danos extrapatrimoniais, dispendo acerca da aplicação exclusiva, taxatividade, cumulação de indenizações, limitação dos titulares ao direito de reparação e, por fim a emblemática da tarifação dos danos extrapatrimoniais.

As discussões acerca dos danos extrapatrimoniais são variadas, levando-se a diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Assim, existem controvérsias existentes acerca dano extrapatrimonial em relação à extensão de sua aplicabilidade, em relação aos bens juridicamente tutelados previstos no artigo 223-C da Consolidação das Leis Trabalhistas, se estes constituem um rol taxativo, ou não, em relação à tarifação da indenização dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, sendo esta última a maior problemática, o que leva a análise acerca de sua constitucionalidade.

Os métodos científicos adotados na presente pesquisa foram o dedutivo e o dialético, sendo de extrema relevância se fazer um aparato geral sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro e sua reparação, sua evolução histórica, os critérios utilizados pelo ordenamento jurídico, bem como as espécies de danos morais, que são englobados pelos danos extrapatrimoniais, para após, analisar os institutos do “Título II-A – Do Dano Extrapatrimonial” frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de comprovar a inconstitucionalidade de vários dispositivos inseridos desse tema, que foram uma afronta à ordem constitucional.

Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa foi histórica, bibliográfica e documental envolvendo a busca em doutrinas, jurisprudências, monografias e artigos a fim de compreender sobre a aplicabilidade dos novos dispositivos introduzidos pela Reforma trabalhista, bem como a evolução histórica da responsabilidade civil até os dias hodiernos.

Assim sendo, a pesquisa se operacionalizará em quatro grandes tópicos: a evolução da responsabilidade civil e sua reparação, o conceito dos danos extrapatrimoniais, bem como suas espécies. Em seguida se descreverá o sistema de

reparação dos danos extrapatrimoniais e os critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de compreender melhor a evolução de tal instituto no país.

Feito isso, se buscará estudar a aplicabilidade dos danos morais no Direito do Trabalho, fazendo-se uma análise acerca de todos os dispositivos introduzidos na Consolidação das Leis Trabalhistas, dispostos nos artigos 223-A ao 223-G, e suas alterações referentes ao instituto dos danos extrapatrimoniais, a fim de analisar suas características, hipóteses de aplicabilidade, e reflexos no ordenamento jurídico vigente.

E finalmente, se buscará discutir a proposta central do trabalho, referente à constitucionalidade da tarifação da indenização dos danos extrapatrimoniais frente aos princípios constitucionais, quais sejam, princípio da proporcionalidade e razoabilidade, da isonomia, e o da não discriminação, a fim de assegurar e garantir a observância das normas trabalhistas às disposições constitucionais, e demais diplomas legais.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E SUA REPARAÇÃO

A responsabilidade civil é um instituto do Direito, o qual tem por objetivo responsabilizar o agente causador da lesão, impondo-o uma reparação pelo dano causado. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho estabelecem que a responsabilidade civil:

[...] deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.53).

A responsabilidade civil tem suas origens no direito romano, e segundo Gonçalves (2009), a responsabilidade civil em seus primórdios correspondia a uma responsabilidade em que o ofendido punia o ofensor buscando a reparação do dano, através de uma vingança privada, pessoal, visto que, ainda não se cogitava no fator culpa. Assim, o dano causado a outrem provocava no ofendido uma reação instintiva e brutal, a fim de que o dano fosse reparado, o que posteriormente foi regulamentado na Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”).

Após, Gonçalves (2019) dispõe que o prejudicado passa a receber as vantagens da substituição da vindita, pela compensação econômica, sendo substituída pela composição, apesar de ainda não se cogitar no fator culpa.

Mais adiante, o legislador passou a vedar a justiça com as próprias mãos, e a compensação econômica que antes era facultativa, passa a ser obrigatória, e se caracteriza por ser a época do Código de Ur-Nammu, Código de Manu e as Leis das XII Tábuas.

Assim, sobreveio a diferenciação de pena e reparação no direito romano, qual seja:

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. (GONÇALVES, 2019, p.25)

Foi somente após a introdução da Lei de Aquilia, que apareceram os primeiros traços da responsabilidade civil. Segundo Gagliano e Pamplona Filho:

[...] um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.55).

Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2012), dizem que a inserção da culpa¹ como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações, inclusive, o Código Civil brasileiro de 1916.

Em se tratando do Direito Francês, houve um aperfeiçoamento das ideias dos povos romanos, que introduziram um princípio geral da responsabilidade civil, o que acabou por influenciar os povos, e de acordo com Gonçalves:

[...] direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência. (GONÇALVES, 2019, p.26)

Assim, Gonçalves (2019) prevê que a noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e contratual foram inseridas no Código Napoleão, com base na redação dos artigos 1382² e 1383³, sendo a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa.

Em relação ao Direito Português, Gonçalves descreve que:

Pouca notícia se tem do primitivo direito português. A mais antiga responsabiliza a invasão dos visigodos pela primitiva legislação soberana de Portugal, com acentuado cunho germânico, temperado pela influência do cristianismo. Nessa época, não se fazia diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal. (GONÇALVES, 2019, p. 27).

No entanto, segundo Carlos Gonçalves (2019, p.27): “foi após a invasão árabe que a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais”.

¹ Segundo Silvio de Salvo Venosa (2012, p.25): “culpa é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar”.

² Art. 1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* (“Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”).

³ Art. 1383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*. (Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência).

O Código Criminal de 1830 atendendo os anseios da Constituição do Império se tornou um código civil e criminal, fundado em ideais como a justiça e a equidade, e previa segundo Gonçalves:

[...] reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc. (GONÇALVES, 2019, p.27).

No início, a reparação era relacionada com a condenação criminal, mas posteriormente utilizou-se o princípio da independência, da jurisdição civil e criminal.

O Código Civil de 1916 do ordenamento brasileiro, conforme Gonçalves (2019) se filiou à teoria subjetiva, ou seja, era necessária a prova de culpa ou dolo para que houvesse a responsabilidade da reparação, sendo em alguns dos casos presumida a culpa.

O Código Civil de 1916 não continha em seu texto muitos dispositivos que disciplinavam sobre a responsabilidade civil, muito em decorrência do momento, pois o tema ainda não tinha sido muito difundido. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2019) foi após a Primeira Guerra Mundial, que desencadeou um surto industrial e conseqüentemente o aumento de máquinas e acidentes de trabalho, que motivou a difusão dos estudos acerca dos temas que já eram discutidos, e aumentou a proteção às vítimas.

Ultimamente, tem ganhado muita força a chamada teoria do risco, que segundo Carlos Roberto (2019): ainda que não substitui a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. E caracteriza-se por ser um direito o qual quem assume algum risco no exercício de determinada atividade, deve ser obrigado a reparar os prejuízos que determinadas lesões venham a resultar a terceiros, a não ser que se prove que tomou todas as medidas a fim de evitar a ocorrência do dano.

A responsabilidade civil se baseia na conduta ilícita culposa, dano e nexo de causalidade, e são classificadas como responsabilidade civil objetiva e subjetiva, e responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade civil objetiva é aquela em que não é necessária a identificação do elemento culpa, diferentemente do que ocorre na responsabilidade subjetiva.

Em relação à responsabilidade civil contratual e extracontratual, Carlos Roberto Gonçalves (2009), descreve que a responsabilidade extracontratual ocorre

devido a uma violação a um mandamento legal, por uma atuação ilícita do ofensor, ao contrário do que acontece na responsabilidade contratual, a qual existe uma norma contratual preexistente, e em razão do descumprimento dessa obrigação, gera conseqüentemente o dano.

Conclui-se que tem procurado utilizar a ideia de que a responsabilidade civil baseia-se na ideia de culpa, no entanto, em algumas situações excepcionais o legislador tem determinado a obrigação de reparar independente da culpa.

Verifica-se que em determinadas leis esparsas tem se adotado a responsabilidade objetiva, tais como o Código Brasileiro de Aeronáutica, Leis de Acidentes do Trabalho, dentre outros diplomas legais.

A responsabilidade civil encontra respaldo legal no Código Civil Brasileiro de 2002 que mantém a ideia de culpa, nos artigos 186 e 187 que descrevem o ato ilícito trazendo a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, e artigo 927 da parte geral, trazendo a cláusula geral de responsabilidade objetiva. Na parte especial no artigo 389, dedicaram-se também dois capítulos acerca da responsabilidade civil:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002).

Assim, a responsabilidade civil, fundada no princípio *neminem laedere*, recomenda a não agir de forma a lesar patrimônio de outrem, e caso ocorra que se repare o dano, de forma a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial, que o bem jurídico se encontrava antes da efetiva lesão. A responsabilidade civil no Código Civil de 2002 apresenta uma tendência à objetivação, o que não significa que a responsabilidade subjetiva tenha desaparecido, existindo hipóteses de responsabilidade civil que exigem culpa, e outras ainda maiores que não exigem culpa.

3 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Nesse capítulo, iniciaremos um estudo voltado ao dano extrapatrimonial e suas espécies. Os danos extrapatrimoniais foram introduzidos pela reforma trabalhista em título próprio na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), tratados no 223-A a 223-G.

Assim, com a alteração e inauguração dos dispositivos referentes à reparação dos danos, sobreveio grandes discussões e posicionamentos, doutrinários e jurisprudenciais.

No entanto, o instituto dos danos extrapatrimoniais não foi inaugurado recentemente no Direito do Trabalho, pois há muito já se falava no ordenamento jurídico sobre a denominação mais usual e comumente utilizada dos danos extrapatrimoniais, os chamados danos morais, que colecionam uma variedade de espécies que levam à reparação de um bem lesado.

3.1 Conceito

Os danos extrapatrimoniais, expressão adotada por ser mais ampla, abrange todos os danos que não são patrimoniais, inclusive os danos estéticos, e apesar da escolha do legislador em utilizar essa terminologia menos usual, os danos extrapatrimoniais se referem aos danos morais.

Segundo Cristiano Chaves, Felipe Netto, e Rosenvald em relação ao uso das expressões dano moral e dano extrapatrimonial:

Parece-nos indiferente, na experiência jurídica brasileira, o uso das expressões danos extrapatrimoniais e danos morais. A Constituição Federal de 1988, no art.5º, incisos V e X, bem como o art.186 do Código Civil, emprega a expressão danos morais para se referir a todas as espécies de danos não patrimoniais. A expressão danos morais, embora possa estar sujeita a críticas – algumas procedentes e razoáveis – incorporou-se à tradição jurídica brasileira, além de contar com referência constitucional. Dano moral dialoga com dignidade humana de modo conceitualmente forte. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p.938).

Nesse sentido, os danos extrapatrimoniais são aqueles que não possuem relação com o patrimônio do lesado, mas dizem respeito aos direitos que são inerentes ao ser humano. Assim, Sérgio Pinto Martins diz que:

É o dano moral que diz respeito à pessoa física, como à honra; à intimidade; à liberdade; à sexualidade; à integridade física etc.; o dano existencial; ou à pessoa jurídica: imagem, marca, nome, segredo de empresa, sigilo etc. (MARTINS, 2018, p. 57).

Desta forma, conclui-se que os danos extrapatrimoniais não se equivalem aos danos morais, podemos dizer que os danos extrapatrimoniais é um gênero, do qual se subdivide quatro espécies, quais sejam: dano moral, dano existencial, e o dano estético.

3.2 Espécies de danos extrapatrimoniais

A doutrina classificou os danos em danos patrimoniais, ou materiais quando os bens lesados de um titular possuem características econômicas, e em danos extrapatrimoniais, ou morais, que são aqueles que atingem não os bens da pessoa, mas a sua integridade, seu psíquico, sua moral.

Assim, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade). (GAGLIANO; FILHO, 2020, p.958).

No entanto, dentro do direito do trabalho segundo Mauricio Godinho (2019) o novo título inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas, pela Reforma Trabalhista observando a literalidade da lei descreve que:

[...] não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana. (DELGADO, 2019, p.785).

Contudo, Maurício Godinho (2019), preconiza que as regras fixadas nesse novo título que introduziu sobre os danos extrapatrimoniais não podem ser aplicadas de forma literalista, mas sim observando os métodos de interpretação lógico-racional, sistemático e o teleológico. As normas introduzidas pela reforma trabalhista poderão ser interpretadas com os preceitos de outros diplomas legais, tais como a Constituição da República, Código Civil, e outros que versam sobre os danos morais.

3.2.1 Dano moral

O dano moral, direito constitucionalmente previsto, é disposto no art.5º, inciso V, X da Constituição Federal de 1988, assegurando a todo cidadão direito a indenização por dano moral.

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. (BRASIL, 1988)

Além de sua previsão na Constituição Federal, o dano moral também encontra amparo em legislação infraconstitucional, tais como Código de Defesa do Consumidor, no art.6º, inciso VI; Código Civil de 2002, no art.186:

Art.6º, inciso VI: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Ademais, segundo Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga:

Não há, na ordem jurídica brasileira, um conceito legal de dano moral. O dano moral é categoria cuja construção é fundamentalmente jurisprudencial, apoiada nas contribuições, contínuas e cumulativa, dos juristas ao correr das gerações. Quem quiser conhece-lo deve ir à doutrina e aos julgados. Neste particular, as leis dizem pouco, e não poderiam, na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p.937).

De acordo com os ensinamentos de Flávio Tartuce:

A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais. (TARTUCE, 2019, p.456)

O dano moral, assim como os danos materiais, possui previsão para a respectiva reparação decorrente do prejuízo provocado. No entanto, segundo Cristiano Chaves; Nelson Rosenvald e Felipe Braga (2019) a indenização é caracterizada por trazer o bem lesado de volta ao seu *status quo*, ou seja, restaurar o dano, a fim de que volte ao seu estado antes da lesão, característica esta dos

danos materiais, já os danos morais a reparação terá caráter compensatório e não ressarcitório, tendo em vista que os danos morais atingem a honra, a moral, o psíquico, sendo impossível voltar ao seu estágio inicial, ou seja, antes da ofensa ao bem jurídico.

Conclui-se, que os danos morais atingem os direitos da personalidade do indivíduo, de forma a causar sentimentos como angústia, humilhação, dor, dentre outros, trazendo prejuízos ao psíquico, afetando tanto fisicamente quanto mentalmente, o que faz com que repercuta em várias áreas da vida, não sendo possível caracterizar o dano na lesão sofrida, mas sim na consequência que adveio com o bem lesado.

3.2.2 Dano existencial

O chamado dano existencial surgiu na jurisprudência italiana, e de acordo com Sergio Pinto Martins (2018) se originou de julgamentos referentes à questões biológicas ou de saúde da pessoa que causaram algum prejuízo a pessoa.

Assim, apesar de não ter previsão específica constitucional no ordenamento jurídico, o seu reconhecimento ocorre devido às manifestações jurisprudenciais, que fazem com que essa espécie de dano seja identificada no caso concreto, sendo cabível no direito brasileiro caso fique provado o prejuízo à pessoa, que deve ser indenizada de acordo a extensão do dano.

Segundo Sergio Martins, o dano existencial:

[...] é a conduta praticada por alguém que causa à vítima prejuízo à sua vida pessoal, familiar ou social. Não se trata de um dano patrimonial mas de uma privação que a pessoa sofre. A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar. (MARTINS, 2018, p.44).

De acordo com Maurício Godinho (2019) uma das hipóteses de caracterização do dano existencial é quando o empregado trabalha uma quantidade de horas acima dos limites permitidos pelo Direito do Trabalho, não possuindo a quantidade razoável de horas para o contato com sua família, amigos e uma vida social mínima que todo ser humano necessita.

No entanto, o fato do trabalhador prestar horas extras acima do limite permitido, não é suficiente por si só para a caracterização do dano existencial, é necessário demonstrar que esse trabalho prestado além de ter suprimido a

disponibilidade familiar, pessoal e social do empregado, é necessário que essa duração de trabalho ocorra de forma contínua, e durante um lapso de tempo significativo, para que seja apto a ensejar uma indenização prevista no art.5º, V e X, da Constituição Federal de 1988, e no art.186 do Código Civil.

Segundo Sergio Martins (2018) diferentemente do dano moral, o dano existencial é necessário que a pessoa que alega que sofreu o prejuízo prove suas alegações a fim de receber tal indenização.

Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), o legislador acabou por reconhecer essa outra modalidade de dano moral, o chamado dano existencial. Assim, agora não paira mais dúvidas e discussões a respeito da espécie de dano no ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora já tivesse sido admitido pela doutrina e jurisprudência nacional, essa modalidade de dano não havia sido recebido disciplina legal, o que acabou por acontecer com a inovação trazida pela Reforma Trabalhista.

3.2.3 Dano estético

O dano estético foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro com base nos ensinamentos do direito francês como uma espécie de dano autônomo em relação ao dano moral e material.

Nesse sentido podemos citar a Súmula 387, que prevê: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O dano estético de acordo com Cristiano Chaves; Nelson Rosenvald; Felipe Braga (2019) é uma lesão que de forma duradoura, afeta o corpo humano, transformando-o negativamente. Com isso, para que se possa caracterizar o dano estético deve perdurar o dano no corpo humano de forma duradoura, mesmo que sem o caráter de irreversibilidade.

No entanto, apesar da tecnologia avançada, e com os recursos utilizados por meio da cirurgia plástica, existem lesões irreversíveis, como é o caso de amputação de membros, cicatrizes profundas, dentre outras, que causam impacto na vida da pessoa, atingindo a integridade física perdurando durante toda sua vida.

O dano estético por ser autônomo, e passível de cumulação com o dano moral, com base no caso concreto, se estabelece a distinção em face dos pedidos, tendo em vista que o dano estético atinge a integridade física, a imagem da pessoa,

e o dano moral atinge o seu psíquico, sendo uma consequência da lesão que eventual dano estético tenha causado.

Assim, apesar de ausência de previsão constitucional acerca do dano estético, tal espécie se encaixa no preceito fundamental que disciplina o dano à imagem, assim como sua respectiva indenização, prevista no art.5º, inciso V da Constituição Federal de 1988 (“Art.5º,V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”).

3.3 A regulamentação do dano extrapatrimonial e a reparação no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil Colonial, não havia qualquer regra acerca da possibilidade de indenização do dano moral, foi com o advento do Código de 1916 que surgiram os primeiros dispositivos expressos que versaram sobre o dano moral.

Em passado recente, em um primeiro momento no ordenamento jurídico brasileiro, o dano moral não era indenizável. Após, evoluiu-se para uma reparação, desde que acompanhasse um dano material. No entanto, segundo Cristiano Chaves; Nelson Rosenvald; Felipe Braga (2019) ainda antes da promulgação da Constituição da República de 1988, certos julgados admitiam o chamado dano moral puro, que era separado do dano moral, mas quando feito o cálculo da indenização observava-se que estava sendo indenizado os danos materiais, e com isso havia uma sobreposição do patrimônio em detrimento da pessoa.

De tal modo, segundo o RE 11.786, STF: “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”.

Um dos argumentos que se usavam era que não se podia medir a dor, o sofrimento de uma pessoa, e com isso não era possível alguém ser indenizado. Não havia uma correlação entre o dinheiro e o sofrimento de determinado cidadão.

O Código Civil de 1916 restringia reparação das despesas do luto e do funeral, prevalecendo esse entendimento até meados do século 60. De acordo com Cristiano Chaves; Nelson Rosenvald; Felipe Braga (2019) a mudança no posicionamento do ordenamento jurídico tomou outro rumo quando em um

juízo de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, reconheceu em um recurso extraordinário que o dano moral era sim indenizável. O caso se referia a um acidente que ocorreu com duas crianças, cuja culpa foi atribuída à empresa de ônibus. Apesar, dos posicionamentos na época de que o dano moral puro não era indenizado se desacompanhado do dano material, não se visualizou no caso concreto, tendo em vista que o recurso foi provido e reconheceu a indenização do dano moral.

No entanto, a decisão foi relativizada, pois a indenização foi calculada com base no que os pais das crianças haviam pago até o momento com a criação e educação, ou seja, não se estava reparando o sofrimento e a dor pela perda dos pais, mas sim os gastos materiais que tiveram com eles até a data da morte.

Após, veio a Súmula 491 do STF, e preconizou que: “É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Assim, com essa Súmula passou-se a indenizar não apenas os gastos materiais passados, mas também os ganhos presumíveis frustrados em decorrência do prejuízo causado.

A mudança de fato ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que de forma expressa trouxe em seu texto a indenização do dano moral, no art.5º, inciso V e X. Apesar da existência de polêmicas acerca do dano moral e sua reparação, não há um modelo para que seja aplicado aos casos concretos e traduzam quais fatores e circunstâncias estão dentro ou não da caracterização do dano moral, e sua quantificação.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002 sistematizou a matéria, dedicando um capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa. (GONÇALVES, 2019, p.23)

Em relação aos danos extrapatrimoniais segundo André Araújo (2020) o sistema jurídico brasileiro evoluiu de forma rápida em se tratando dos danos extrapatrimoniais, que iniciou desde a sua negativa no início do século XX, posteriormente com a configuração autônoma dos danos materiais, mas ainda centrada no sentimentalismo da vítima com uma visão mais subjetiva do seu

conceito, até se chegar ao momento atual em que a Constituição de 1988 colocou a dignidade da pessoa humana e o solidarismo na centralidade do sistema. A partir daí passou-se a ter um conceito objetivo-constitucionalizado dos danos extrapatrimoniais, relacionados com a violação dos direitos mais conhecidos no Direito Civil como direitos da personalidade.

4 OS SISTEMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

O ordenamento jurídico brasileiro apesar da complexa fixação do valor da indenização em casos de danos extrapatrimoniais possui dois sistemas de fixação por dano moral: tarifário e aberto.

Não paira dúvidas de que a fixação e arbitramento dos danos morais é a maior emblemática, por se tratar de uma ofensa à moral, à sua honra, ao seu psíquico, de outra forma é a fixação da indenização dos danos materiais, que possui o condão de reparar a ofensa a um patrimônio da vítima que analisando o caso concreto e as informações devidas se retira o valor do montante devido ao lesionado.

4.1 Sistema tarifário

O sistema tarifário é aquele em que há uma predeterminação pela lei, um tabelamento estabelecendo determinados limites que são impostos, para que conforme tal parâmetro o juiz aplique de acordo com o caso concreto o valor estipulado para cada situação. Esse sistema é o adotado, por exemplo, nos Estados Unidos da América.

Em relação ao sistema tarifário, segundo Pablo Stolze, e Pamplona:

[...] entendemos não ser adequada a utilização do sistema legal de tarifamento, pelo qual a própria lei cuida de estabelecer parâmetros objetivos para identificação da quebra de equivalência entre as prestações (é o caso do Direito Romano, que reconhecia a lesão quando a vantagem desproporcional correspondesse à “metade do preço justo”). Não havendo solução ideal, mais conveniente é facultar ao julgador, à luz do caso concreto, reconhecer ou não a ocorrência do referido vício. (STOLZE, FILHO, 2019, p.186)

Nesse sentido, uma das críticas apontadas, diz respeito à prefixação do valor dos danos morais, que pode ser utilizadas de má-fé pelas pessoas que visam praticar o ilícito, com isso, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual 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. (GONÇALVES, 2019, p.422).

Deste modo, o sistema tarifário fere a Constituição Federal de 1988, de forma que contraria os princípios da igualdade (art. 5º, inc. I), da reparação integral (art. 5º, incisos V e X e art.7º, inc. XXVIII da CF/88), dentre outros. Com isso, a inserção da tarifação nos dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista, tema que será aprofundado posteriormente, é inconstitucional.

4.2 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro

Apesar da utilização na maioria das áreas do direito do ordenamento jurídico do sistema aberto de indenização pautada em critérios subjetivos, que serão analisados pelo magistrado de acordo com o caso concreto, a seara trabalhista excepcionalmente após a Reforma Trabalhista adotou o sistema tarifário.

Antes da Constituição de 1988, houve diversas tentativas para a adoção do sistema tarifário no Brasil, para que pudesse “facilitar” a reparação dos danos morais utilizando-se apenas de um parâmetro para o mesmo evento danoso, e podemos citar o Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), que foi um dos primeiros diplomas legais trazer alguns parâmetros a serem seguidos para a quantificação do dano moral, que de acordo com Gonçalves (2019) determinou a fixação entre cinco e cem salários mínimos, levando em consideração as circunstâncias e o grau de culpa do lesante.

No entanto, após a referida lei ter sido revogada pelo Decreto-Lei n. 236, de 28 de fevereiro de 1967, segundo Gonçalves (2019) a revogada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) elevou o teto da indenização para duzentos salários mínimos, e perdurou por muito tempo esse critério para a fixação do valor da indenização, até que em 2009 foi declarada a não recepção da lei por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130) pela Constituição Federal de 1988. Após, os tribunais passaram a se a se manifestar contrários a qualquer tarifação prevista em lei.

Com isso, de acordo com Gonçalves:

Algumas das recomendações da revogada Lei de Imprensa, feitas no art.53 continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos, por integrarem o repertório jurisprudencial, como a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. (GONÇALVES, 2019, p.245)

Por fim, como último exemplo, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986), que prevê:

Art. 257: A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN. (BRASIL, 1986)

A utilização do sistema tarifário para que se estabeleçam parâmetros de fixação de indenização para danos causados, levando em consideração, por exemplo, a morte de determinada pessoa, ou qualquer lesão a um dano extrapatrimonial não devem ser utilizados, de forma que ao estabelecer critérios para danos extrapatrimoniais que inevitavelmente possuem peculiaridades, é impossível se sujeitar a um critério de tarifação.

4.2.1 A (Im) possibilidade de tarifação do valor do dano extrapatrimonial

Com o advento da Constituição de 1988, a tarifação por dano extrapatrimonial não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, posteriores leis e tratados advindos após o referido diploma legal, deixaram de ser recepcionados, com base no art. 5º, incisos V e X, e art. 7º, inc. XXVIII, referente à seara trabalhista, que visam a reparação integral.

De acordo com Tartuce:

[...] qualquer tentativa de tarifação ou tabelamento dos danos morais, mesmo que por lei, é inconstitucional. Primeiro, por lesão à especialidade, segunda parte da isonomia constitucional (art. 5º, caput, da CF/1988). Ilustrando, imagine-se que uma lei preveja como valor de dano moral pela morte de pessoa da família o montante de cem salários mínimos. Ora, pela tabela, pessoas que têm sentimentos diferentes receberão mesma indenização. Segundo, o tabelamento por dano moral viola a cláusula geral de tutela da pessoa humana, retirada do art. 1º, inc. III, da CF/1988. Na esteira da melhor doutrina, diante da proteção da dignidade humana, não é recomendável sequer a estipulação de tetos pela legislação infraconstitucional para a referida indenização, o que deve ser tido como incompatível com o Texto Maior. (TARTUCE, 2019, p. 468)

No entanto, com o advento da Reforma Trabalhista, foram introduzidos dispositivos no tocante ao tabelamento dos danos extrapatrimoniais, sendo trazidos diversos critérios para a chegada do valor da indenização. Com isso, voltaram a surgir várias discussões e críticas referentes à tarifação no meio jurídico.

4.3 Sistema aberto

O sistema aberto foi o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e é caracterizado como sendo aquele em que o juiz fixa o valor da indenização analisando o caso concreto, de forma a fixar o *quantum* indenizatório de acordo com as particularidades do caso e da vítima, ou seja, analisando a extensão do dano, condição econômica do ofensor e da vítima. Assim, de acordo com Sergio Pinto (2018) para determinar o valor da indenização o magistrado no sistema aberto utiliza-se de critérios subjetivos.

4.3.1 Critérios adotados no ordenamento jurídico brasileiro

Fazendo-se um aparato geral no ordenamento jurídico brasileiro, podemos observar os critérios adotados por alguns dos doutrinadores acerca da fixação do dano moral, e a solução que cada um encontrou para tal problemática.

Para Tartuce (2019) a melhor forma de fixação de indenização, seria o magistrado agindo com equidade e analisar a extensão do dano; condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. No entanto, para Tartuce:

[...] deve-se ter ciência de que cabe um estudo caso a caso para a fixação da indenização por danos morais, não sendo tais limites considerados como parâmetros fixos. Fazendo uma análise crítica, muitas vezes os valores fixados pelos magistrados a título de indenização moral são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito aos direitos perante a sociedade. Fica o tema para a devida reflexão e para que o panorama de desrespeito seja alterado no futuro. (TARTUCE, 2019, p.469).

Para Sílvio Venosa (2020) por mais justa que seja a avaliação do magistrado, nunca atingirá a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, não

importando que existam ou não artigos de lei apontando parâmetros, devendo ser analisado caso a caso utilizando-se da razoabilidade. Assim, preconiza que embora possam ser fixados padrões ou parâmetros indenizatórios, como os danos morais representam um estado particular de cada vítima, os valores a serem fixados também deverão ser individuais, não podendo ser utilizados padrões de comportamento em pessoas diferentes, devendo o magistrado conhecer o perfil cultural, social, psicológico da vítima para que assim possa avaliar de forma correta a extensão do dano, aplicando conseqüentemente a correspondente indenização.

Da mesma forma, segundo Gonçalves:

Predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no art. 1.533 do Código Civil de 1916. O atual mantém a fórmula ao determinar, no art. 946, que se apurem as perdas e danos na forma que a lei processual determinar. Prevê esta, no art. 509, a liquidação pelo procedimento comum e por arbitramento, sendo a última forma a mais adequada para a quantificação do dano moral. (GONÇALVES, 2019, p.422)

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2019) o meio mais eficiente para a fixação do dano moral é o arbitramento judicial, cabendo ao magistrado de acordo com o seu arbítrio atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral. De acordo com o doutrinador o magistrado terá que se valer da razoabilidade para a tomada da decisão. E com isso:

Para que a decisão seja razoável, é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (FILHO, 2019, p.180).

Com isso, observam-se doutrinadores diversos, e os critérios que consideram adequados e mais eficientes para a aferição da indenização do dano moral, de forma a ser observado pelo magistrado para que se tenha um julgamento mais justo.

4.3.2 O “critério bifásico” sustentado pelo Min. Do STJ, Paulo Tarso Sanseverino

Ao longo dos anos, o número de casos e a diversidade de situações em que são cabíveis a reparação por dano moral aumentou significativamente, e com isso, muitos juristas e doutrinadores buscam meios ou fórmulas para que se objetivem a quantificação pecuniária dos danos morais.

Assim, apesar de não existir um critério uniforme para a fixação dos danos morais, foi criado o critério bifásico, que parte do princípio de uma quantificação da indenização do dano moral justa, proporcional ao agravo, levando em consideração critérios subjetivos do lesado, de forma a evitar indenizações desproporcionais ao agravo, e proibindo formas discriminatórias de indenização baseada na situação financeira da vítima, conforme veda o princípio do enriquecimento sem causa utilizado no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o critério bifásico para a quantificação do dano moral, e esse critério adotado pelo Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, utiliza-se de duas fases para a fixação da indenização dos danos morais. Na primeira fase o julgador irá de acordo com o caso concreto constatar a violação à um bem jurídico extrapatrimonial lesado, levando em consideração o fato lesivo, estabelecendo um valor básico para a lesão. Na segunda fase, o julgador irá considerar as condições subjetivas do lesado, ou seja, a extensão e o impacto que tal lesão teve em sua vida.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça esse método constitui o mais adequado para a valoração dos danos morais nos casos de morte.

Segundo Carlos Roberto:

A Quarta Turma da referida Corte também adotou o mencionado método bifásico para analisar a adequação de valores referentes a indenização por danos morais. A aplicação desse método – que já foi utilizado pela Terceira Turma, conforme mencionado – uniformiza o tratamento da questão nas duas turmas do tribunal especializadas em direito privado. O método em epígrafe, efetivamente, atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos dos julgados, além de afastar eventual tarifação do dano. (GONÇALVES, 2019, p. 471).

Assim, de acordo com Farias; Felipe Braga e Rosenvald (2019) a segunda fase do critério bifásico se busca uma individualização do dano moral, e a sentença do julgador irá levar em consideração não apenas o valor da condenação, mas também as particularidades da vítima.

Com base no disposto, de acordo com Farias; Felipe Braga e Rosenvald (2019, p.949): “Se de forma ordenada estes padrões forem disseminados, teremos maior objetividade na (difícil) definição do *quantum* reparatório para hipóteses de casos análogos, de ofensa ao mesmo bem jurídico da personalidade”.

No entanto, de acordo com Flavio Tartuce:

Com o devido respeito aos ilustres relatores – especialmente ao Ministro Sanseverino, grande estudioso da matéria de responsabilidade civil em nosso país e um dos principais julgadores do STJ na atualidade –, o citado *modelo* bifásico parece trazer um equívoco de redundância. Isso porque a concausalidade e os fatores circunstanciais citados já compõem a jurisprudência consolidada do STJ a respeito da quantificação. Em outras palavras, tais elementos acabam entrando tanto no primeiro quanto no segundo momento da atribuição do *quantum*. Em tom crítico, pode-se dizer que o modelo bifásico é, em suma, *unifásico*, e não de acordo com o que se propõe. (TARTUCE, Flavio, 2019, p.471)

Assim, para Tartuce (2019), a melhor escolha seria fixar uma indenização máxima, para após, de acordo com as particularidades de cada caso, considerar as circunstâncias subjetivas para eventual valoração da indenização, não sendo tais limites considerados parâmetros fixos para a valoração da indenização, sendo imprescindível a análise caso a caso, para melhor e mais justa aferição. Sendo esta conclusão, a alternativa escolhida para a previsão no Código Civil, conforme dispõe os artigos 944 e 945.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL, 2002)

Desta forma, de acordo com o “critério bifásico” sustentado pelo Ministro Paulo de Tarso, seriam considerados tantos os precedentes jurisprudenciais, quanto as particularidades de cada caso, e com isso se evitaria um tabelamento, e uma tarifação contrário ao princípio da reparação integral.

4.3.3 Princípio da Prevenção, da Investidura Fática e da Reparação Integral

4.3.3.1 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção é segundo Farias; Netto e Rosenvald (2019, p.890): “o cerne da responsabilidade civil contemporânea”. Todo indivíduo ostenta um dever de evitar causa um dano injusto a alguém, adotando comportamento a fim de que se

possa impedir a ocorrência de determinado ilícito. No entanto, caso não seja possível o impedimento, que se evite o seu agravamento. Assim, de acordo com o doutrinador:

Na sociedade de riscos, um ativo papel do ordenamento jurídico consistem em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança a evitar condutas danosas. A tutela inibitória se propaga no direito civil com uma série de instrumentos que permitem prevenir o ilícito antes que o mesmo se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 891).

Assim, tal princípio consiste em ter a cautela de se evitar o dano para que não seja necessária a reparação de eventual lesão. Com isso, primeiro busca-se a prevenção, para após, caso não se consiga efetivar tal princípio, utiliza-se do princípio da reparação integral.

4.3.3.2 Princípio da Investidura Fática

O princípio da investidura fática é entendido como a capacidade em se colocar no lugar da vítima, e é defendido por muitos autores como a melhor forma de se obter o valor da indenização. Assim, parte do pressuposto de se colocar no lugar da vítima, para que então se possa conseguir que se garanta a reparação integral.

Assim, segundo Dallegrave Filho:

Como se vê, o julgador deve seguir algumas diretivas oriundas da ordem jurídica, tendo como norte a lógica do razoável. Não há dúvida que o melhor critério para arbitrar o dano moral é aquele em que o magistrado se coloca no lugar da vítima, supondo que o acidente de trabalho tenha ocorrido com ele próprio ou, se isso não for possível (diante de circunstâncias relativas ao sexo e à idade da vítima), imagine que o acidente tenha se dado com alguém muito próximo como, por exemplo, o seu pai, filho ou cônjuge. Somente assim, aplicando-se o princípio da investidura fática, é que o valor arbitrado chegará próximo a de um “valor justo e razoável”. (FILHO, 2010, p.17)

Desta forma, o princípio da investidura fática constitui em compreender a perspectiva psicológica da vítima, de forma que o julgador se coloque no lugar da vítima no intuito de se imaginar que o caso concreto tenha acontecido com ele próprio, com familiares, ou amigos próximos, e com isso seria possível chegar a um valor justo e adequado, principalmente em relação à reparação dos danos morais.

4.3.3.3 Princípio da reparação integral

O princípio da reparação integral é o princípio que norteia a responsabilidade civil e tem como característica tentar restituir ao ofendido, levando-o o mais próximo de sua condição *a quo*, ou seja, a condição que detinha antes da ocorrência do evento danoso.

No entanto, raras são as situações em que há uma reparação integral na vida da vítima, e como dispõe o Código Civil em seu artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002), o que significa que há direta relação entre a indenização e a proporção que o dano causou no lesionado.

De acordo com Cristiano Chaves, Felipe Braga e Rosenvald:

O princípio se concretiza de duas formas: a priori a reparação será natural, mediante a restituição ao ofendido do mesmo bem em substituição ao outro – com a cessação dos efeitos danosos anteriores ao evento -, ou então a reparação se dará em pecúnia, mediante o pagamento de uma indenização que razoavelmente possa equivaler ao interesse lesado. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p.892).

Desta forma, com base no artigo 947 do Código Civil: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente” (BRASIL, 2002), pode-se concluir que quando a indenização for excessivamente onerosa para a vítima, prevalecerá o pagamento em pecúnia, observando-se a extensão do dano que será provada pelo ofendido.

Assim, apesar de raramente conseguir reparar integralmente a vítima, o princípio da reparação integral objetiva chegar o mais perto possível da condição anterior possuía, antes da ofensa ao bem jurídico.

No entanto, no Código Civil exceções foram impostas em relação ao princípio da reparação integral, tais como o artigo 928, 944, parágrafo único:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL, 2002)

Conclui-se que o princípio da reparação integral é de extrema relevância para a proteção à vítima, e para que seja buscado uma indenização próxima ao estado de origem em que o bem jurídico violado se encontrava.

5 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA

Depois de muitos debates e posicionamentos contrários, a Reforma Trabalhista foi aprovada pelo Congresso Nacional, Projeto de Lei nº 6.787/2016, advindo da Câmara dos Deputados que recebeu no Senado Federal o nº 38/2017, sendo sancionado pelo Presidente na época Michel Temer, convertendo-se na Lei 13.467/17.

Assim, dentre as matérias que foram introduzidas pela nova lei, se encontra a matéria referente os danos extrapatrimoniais das relações de trabalho e sua respectiva tarifação da indenização, sendo uma das maiores problemáticas do referido tema, por ser incompatível com princípios advindos do Texto Maior.

Vale lembrar que com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ter a competência para julgar as ações de indenização por dano moral decorrente das relações de trabalho. Após, vindo reiterar depois de várias discussões a Súmula Vinculante 22 dispôs:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

Com isso, de acordo com Francisco Filho; Paulo Lima e Heitor Barbosa:

As ações envolvendo esse tipo de reparação, talvez em consequência da alteração do modelo de produção e de trabalho decorrente da implementação de novas tecnologias com maior propensão a produzir danos ao trabalhador, aumentaram sobremaneira a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, especialmente aquelas nas quais se pede reparação por danos morais, a ponto de hoje quase toda reclamatória conter um item a esse título, e isso é reconhecido na Justificativa do Projeto de Lei nº 6.787/2027, que deu origem à Lei nº 13.467/2017. (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019, p. 15)

Antes da entrada em vigor da Lei 13.467/17, o dano extrapatrimonial era regulado tal somente pelo Direito Civil. E diante disso, surgiram controvérsias se seria a Justiça Comum, ou a Justiça do Trabalho a competente para regular o julgamento de ações de indenizações por dano moral decorrentes da relação de trabalho. No entanto, a Emenda Constitucional 45/2004 sanou as dúvidas acerca desse tema.

5.1 A reforma trabalhista: discursos e contradiscursos

Por trás da aprovação da Reforma Trabalhista, existiram variados discursos e contradiscursos que serviram como fundamento para a aprovação da reforma na seara trabalhista e para a introdução de tais dispositivos na CLT.

Assim, de acordo com Mauricio Godinho:

Acolhendo as teses ultraliberalistas do Estado Mínimo e do império genérico e incontestável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas, a nova legislação, de maneira célere e compulsiva, deflagrou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, completado por severas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador brasileiro. (DELGADO, 2019, p.157).

De acordo com Ana Flavia Paulinelli e Letícia Souto (2019) em um primeiro momento inviabilizaram qualquer tipo de resistência a um debate democrático alegando que seria de interesse geral, utilizando da necessidade e finalidade da reforma trabalhista, tendo em vista o atual cenário de crise estrutural que o capitalismo se encontrava.

Em relação ao âmbito histórico-cultural utilizaram do discurso de que a CLT era “velha” e precisavam-se modificar seus dispositivos, para que houvesse uma “modernização”, apesar da CLT já ter sido alterada diversas vezes em seu conteúdo.

Outro fundamento a favor da Reforma Trabalhista, conforme Ana Flavia Paulinelli e Letícia Souto:

[...] muitas profissões surgiram após a Consolidação das Leis trabalhistas, e com isso, não foi possível se adaptar à aplicação das leis às dinâmicas sociais, bem como, às diversas formas de se relacionar aos métodos inovadores de produção. (NUNES; SOUTO, “no prelo”).

Contudo, o principal fundamento que levou à sua aprovação foi o contexto econômico, tendo em vista a situação de crise em que o país se encontrava. Assim, muitas das vezes a seara trabalhista levava a culpa pelo aumento de desemprego, mercado informal, fazendo com que milhares de brasileiros acreditassem nesse discurso e na Reforma Trabalhista. No entanto, tal fundamento não é válido, pois não existe relação entre a alteração da reforma trabalhista e a crise econômica, ou o aumento de desempregos.

De outra forma, outro argumento é a “rigidez” da Consolidação das Leis Trabalhistas, e com isso não estava satisfazendo os anseios da sociedade moderna.

Ademais, também trouxeram críticas em razão da superlotação de processos distribuídos na Justiça do Trabalho.

Em resumo, os fundamentos da Reforma Trabalhista conforme Sergio Pinto (2018) foram vários, tais como redução dos excessos legislativos na Justiça do Trabalho; bem como reduzir o número de ações; considerar o empregado como uma pessoa capaz de direitos e ações e não hipossuficiente; prestigiar a negociação coletiva; incentivar o diálogo entre empregados e empregadores; permitir que os sindicatos possam negociar, acelerar o andamento do processo trabalhista; responsabilidade processual; tendência em adotar a flexibilização dos direitos trabalhistas; racionalização processual e utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

No entanto no âmbito sindical de acordo com Sergio Pinto:

[...] seria melhor ter sido feita uma reforma do art.8º da Constituição, prevendo a liberdade sindical, tal qual preconiza na Convenção de 87 da OIT, permitindo a livre constituição de sindicatos; não se estabelecendo sindicatos por categorias; não se exigindo contribuições compulsórias de associados e não associados à agremiação. (MARTINS, 2019, p.23)

Noutro giro, tiveram os contradiscursos que buscaram por denunciar a real intenção da Reforma Trabalhista:

Buscaram demonstrar que o objetivo da reforma era o aumento da exploração da mão de obra do trabalhador sem necessidade de apresentação de efetiva compensação por parte do empregador e que as consequências seriam nefastas para o ser humano, aumentando-se o desequilíbrio na sociedade e a precarização do ser humano que trabalha em escala global, com a degradação contínua de sua condição social atingida pelo desemprego, precariedade e exclusão. (NUNES; SOUTO, “no prelo”).

Desta forma, conclui-se que a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), dividiu opiniões, contendo não somente aspectos positivos, como também negativos, tendo em vista que trouxe alterações prejudiciais à classe trabalhadora.

5.2 A regulamentação do dano extrapatrimonial pela CLT

A reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), vigente a partir de 11/11/2017, buscou por regular o instituto dos danos extrapatrimoniais e sua reparação, introduzindo título próprio para sua disposição na Consolidação das Leis Trabalhistas. Assim, o novo Título II-A (“Do Dano Extrapatrimonial”), é composto pelos artigos 223-A até 223-G.

De acordo com os dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista na CLT referentes aos danos extrapatrimoniais, no artigo 223-B o legislador cuidou por conceituar o dano extrapatrimonial, tanto à pessoa física, quanto jurídica, que são as titulares exclusivas do direito de reparação. Destarte, Sérgio Pinto Martins (2018, p.57): “O dano pode ser moral ou existencial, tanto em relação a pessoa física, como a jurídica”.

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. (BRASIL, 2017).

De acordo com Delgado, a Reforma Trabalhista como se pode perceber pelos dispositivos inseridos com a mudança:

[...] parece buscar a descaracterização de um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, consistente no princípio da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, social, econômica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. (DELGADO, 2019, p.785)

De acordo com Francisco Filho, Paulo Lima e Heitor Barbosa:

[...] o juiz não pode se limitar a aplicar, de forma literal ou autômata, as normas contidas nos arts. 223-A a 223-G da CLT, devendo ao contrário, valer-se de outras normas e princípios constantes do ordenamento jurídico, especialmente aqueles contidas no Texto Maior e do direito civil, adotando, assim, a teoria do diálogo das fontes. (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019, p.27)

Assim, a introdução dos danos extrapatrimoniais no texto da CLT, acabou por violar princípios constitucionais, sendo possível observar a inconstitucionalidade da maioria dos dispositivos previstos no Título II-A da CLT. Ressalta-se que a aplicação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho é cada vez mais recorrente no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.1 Da aplicação exclusiva

No que concerne aos artigos introduzidos na CLT sobre os danos extrapatrimoniais, de início, o artigo 223-A dispõe que: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

De acordo com Francisco Filho, Paulo Lima e Heitor Barbosa:

[...] a norma contida no art.223-A alberga não apenas os danos originários da relação de trabalho subordinado, mas também aqueles decorrentes do trabalho humano não dependente ou autônomo. Assim não se entender, não teria sentido o uso do termo “relação de trabalho”, e, se o fez o legislador, o foi intencionalmente. Portanto, o dano extrapatrimonial previsto pela Lei 13.467/2017 é aquele decorrente da violação à dignidade do trabalhador na relação de trabalho (gênero), e não apenas o originário da relação de emprego (espécie). (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019, p. 27)

Em relação à problemática acerca da aplicação exclusiva ou não dos dispositivos do Título II-A referente à reparação de natureza extrapatrimonial nas relações de trabalho, Maurício Godinho Delgado (2019) descreve que as normas introduzidas pela reforma trabalhista poderão ser interpretadas de acordo com os preceitos de outros diplomas legais, tais como a Constituição da República, Código Civil, e outros que versam sobre os danos morais. Assim, não prevalece o isolamento jurídico dessa matéria, e as omissões desse Título II-A não traduzem uma omissão, ou ausência de proteção pelo ordenamento jurídico, mas sim mera atecnia legislativa⁴, que deve ser corrigida com a hermenêutica.

Vislumbra-se que a interpretação literal do dispositivo, em relação a terminologia “apenas” utilizada pelo legislador, afasta a incidência de normas, como a Constituição da República e o Código Civil, de forma a limitar a abrangência da reparação dos danos extrapatrimoniais, exclusivamente aos preceitos dispostos no artigo 223-A do Título II-A da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Com isso, Maurício Godinho Delgado (2019) dispõe que não se pode interpretar as regras contidas no Título II-A composto pelos artigos 223-A a 223-G de forma literal, devendo-se observar, os métodos científicos de interpretação jurídica, tais como o lógico-racional, o sistemático e o método teleológico, sendo sempre possível harmonizar os preceitos inseridos com a Reforma Trabalhista com o conjunto jurídico mais amplo, como a Constituição da República, diplomas internacionais sobre Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, demais diplomas normativos que regulam a matéria dentro e fora do Direito do Trabalho aplicáveis à regência dos danos morais às relações trabalhistas.

Nesse sentido, Carlos Bezerra Leite (2018) também preceitua que os artigos 223-A a 223-G devem ser interpretados conforme valores, princípios e regras da Constituição da República e do Código Civil, sempre que implicarem melhoria na condição socioambiental dos trabalhadores, de acordo com artigos 1º, 5º, 7º caput,

⁴ Consiste na falta de técnica do legislador.

200, VIII, e 225 da Constituição da República. Além de que, o próprio § 1º do art. 8º da CLT já admite a aplicação subsidiária do Código Civil, razão pela qual é perfeitamente aplicável *in casu*, os artigos 927 e seguintes do CC, desde que propiciem, concretamente, a melhoria da condição social dos trabalhadores (CF, art. 7º, caput).

Diante do exposto, resta claro que a aplicação exclusiva dos dispositivos referentes ao dano extrapatrimonial é inconstitucional, tendo em vista a evidente violação frente ao disposto no Texto Maior de 1988, ao restringir a proteção à dignidade humana limitando o âmbito de proteção dos trabalhadores.

5.2.2 Da taxatividade

Em relação aos artigos introduzidos pela Reforma Trabalhista na CLT 223-C e 223-D, apresentam um rol taxativo, visto que o legislador previu os bens juridicamente tutelados correspondentes à pessoa física, e a pessoa jurídica, respectivamente:

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

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. (BRASIL, 2017)

Com isso, o rol apresentado nos artigos 223-C e 223-D trouxeram diversas discussões, em razão que tais dispositivos não determinaram se o rol seria taxativo ou exemplificativo, no entanto, a maioria dos doutrinadores entende que o rol é exemplificativo, tendo em vista que a Lei 13.467/2017 deixou de elencar diversos direitos da personalidade que estão previsto na Constituição de 1988.

O dano extrapatrimonial é mais abrangente que o dano moral por englobar não somente este, mas outras espécies de dano como já exposto acima. Assim, a Medida Provisória 808/2017 tentou modificar o artigo 223-C que passou a ter a seguinte redação:

A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer, e a integridade física são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

No entanto, essa modificação não prosperou, vez que a Medida Provisória perdeu sua eficácia, não chegando a ser aprovada pelo Congresso Nacional. Com isso, conforme Francisco Filho, Paulo Lima e Heitor Barbosa (2019) a enumeração da norma é apenas um norte para o intérprete, que deve analisar de acordo com o caso concreto as possíveis violações aos bens e valores que afrontam a dignidade humana do trabalhador, vem que existem outros bens e valores que não foram incluídos no rol, passíveis de tutela contra eventual agressão.

De acordo com Delgado:

[...] o rol de “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural” fixado no art.223-C da Constituição não é, de forma alguma, exaustivo, porém apenas exemplificativo. É que os elencos de fatores antidiscriminatórios são, regra geral, meramente ilustrativos, por força da própria Constituição de 1988 (art.3º, IV, *in fine*, CF). A interpretação literalista conduziria à absoluta conclusão de que o art. 223-C não respeitaria o fator “deficiência”, embora seja expressamente enfatizado pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 1º) e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.186/2008 – e que ostenta status de emenda constitucional (art.5º, § 3º, CF). (DELGADO, 2019, p. 787)

Não obstante, Carlos Henrique Bezerra Leite leciona que:

O art.223-C deve ser interpretado sistemática, ampliativa e teleologicamente, de modo a se considerar também outros bens, como a integridade psíquica, a autoestima, o nome, a boa fama, a vida digna de ser vivida, a orientação sexual, a etnia, a idade, a nacionalidade, o gênero, a saúde, o lazer, etc. (LEITE, 2018, p.66).

Diante do exposto, no que se refere à discussão acerca do rol disposto no artigo 223-C e 223-D sobre os bens juridicamente tutelados passíveis de reparação, uma interpretação literal do dispositivo induziria a um entendimento exaustivo dos bens elencados no rol.

Assim, o rol em comento, seria exemplificativo, cabendo ao aplicador da lei zelar pelo melhor sentido na interpretação do texto legal, buscando uma sintetização com o texto constitucional, para que possa alcançar outros direitos da personalidade previstos, evitando que ficassem sem respaldo jurídico na seara trabalhista. Caso tais artigos sejam interpretados de forma taxativa, restringindo tais direitos, deveria ser declarado a sua inconstitucionalidade, levando em consideração que ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2.3 Da limitação dos titulares do direito à reparação

O artigo 223-B introduzido pela Reforma Trabalhista também acabou por gerar discussões acerca do disposto em seu conteúdo, tendo em vista que limita à pessoa física ou jurídica a titularidade exclusiva.

De acordo com Francisco Filho, Paulo Lima e Heitor Barbosa:

[...] parece evidente que a limitação constante do art. 223-B quanto à legitimidade para postulação da indenização apenas pelo ofendido ou em caso de óbito, pelo cônjuge, companheiro ou sucessores não pode ser aceita, considerando que, nos termos do art. 12 do Código Civil, essa legitimidade também se estende a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (parágrafo único do art. 12 combinado com o estabelecido no art.943 do Código Civil). (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019, p.21)

Assim, com a inovação desse dispositivo na Consolidação das Leis Trabalhistas, reacendeu a discussão acerca da transmissibilidade e a possibilidade da configuração de danos em ricochete ou danos reflexos.

Diante do exposto, André Araújo dispõe que:

A objetivação do conceito de dano moral propiciou a admissão do dano extrapatrimonial sofrido pela vítima nos casos de morte fulminante, como na hipótese de óbito do trabalhador em acidente do trabalho, derivando daí para o reconhecimento de que os danos morais próprios da vítima transmitem-se aos seus herdeiros, independente do dano moral sofrido, indiretamente e propriamente, pelos herdeiros individualmente considerados. (MOLINA, 2020, p.26)

Nesse contexto, se analisado o artigo 223-B de forma literal se extrai do dispositivo que os titulares de direitos dos danos extrapatrimoniais são apenas as pessoas físicas ou jurídicas, ou seja, os direitos fundamentais concedidos às vítimas são irrenunciáveis, imprescritíveis e intransmissíveis. Assim, Molina (2020) preconiza que não será suscetível a transmissão contratual ou *inter vivos*, e muito menos cessão de crédito oriundo de ação judicial, no entanto: “[...] suas projeções econômicas enquanto direito autônomo e patrimonial serão transmitidas em caso de morte do seu titular”.

Assim, conforme exposto por André:

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

bloqueio, antes mesmo de ser ingênua, seria materialmente inconstitucional. (MOLINA, 2020, p.35)

Conclui-se, que a leitura do artigo 223-B combinada com a evolução histórica, teoria do direito, direito comparado (art.8º, CLT), e posição dos Tribunais Superiores deve ser lida no contexto dos artigos 11 e 943 do Código Civil, reconhecendo que a “exclusividade” dos direitos fundamentais dos trabalhadores (que desaparecem com a morte, apesar da possibilidade de reclamação pelos herdeiros, como prevê o art. 12, CC) não se confunde com a autônoma relação jurídica de responsabilidade civil que nasce imediatamente aos herdeiros com a violação ou lesão a direitos, cujos créditos de natureza jurídica patrimonial se transmitem com a herança de acordo com o art.1º da Lei 6.858/80, de forma que os herdeiros ajuízem ações de competência da Justiça do Trabalho para a cobrança devida em relação aos danos extrapatrimoniais de titularidade do de *cujus*, que foram objeto de sucessão com o seu falecimento, simultâneo (“dano-morte”) ou posterior, sem prejuízo das respectivas ações próprias dos herdeiros de danos morais (danos reflexos, indiretos ou em ricochete), que com base no art. V e X da Constituição visa a proteção dos direitos “exclusivos” dos herdeiros que tiveram o seu psicológico afetado em razão do falecimento de seu ente familiar (MOLINA, 2020).

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Lei 6.858/80: Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. (BRASIL, 1980)

Assim, observa-se que mais uma vez a redação trazida pela Reforma Trabalhista foi infeliz ao limitar a proteção do trabalhador e seus dependentes, sendo uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e aos

dispositivos constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, e 7º.

5.2.4 Da cumulação de indenizações

É clarividente que ao ocorrer eventual ato ilícito, surge em decorrência um dever de indenização, e é possível na ocorrência desse ato ilícito ocasionar mais de um dano, ainda que na esfera extrapatrimonial, e até o advento da Lei 13.467/2017 era lícito à vítima pleitear na seara trabalhista a indenização correspondente à cada dano de forma isolada.

Com isso, o artigo introduzido pela Reforma Trabalhista 223-F dispõe que:

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

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

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

No que diz respeito aos artigos 223-E e 223-F, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite:

[...]devem ser interpretados à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a se fixar valores indenizatórios conforme o grau de participação de cada ofensor no ato lesivo aos direitos da personalidade das vítimas, sendo permitida – como já vem decidindo os tribunais – a cumulação dos danos morais e materiais oriundos do mesmo ato – omissivo ou comissivo – lesivo. (LEITE, 2018, p.66).

De acordo com Sergio Pinto (2018) a Súmula 37 do STJ já previa a possibilidade de cumulação da indenização por danos materiais com danos morais oriundos do mesmo fato, pois são danos distintos, enquanto o primeiro diz respeito ao valor de quanto a pessoa gastou, e o segundo é o valor da indenização por dano moral. Assim, a Súmula do STJ dispõe: “São Cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Da mesma forma a Súmula 387 do STJ também preceitua que: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Assim, de acordo com Sergio Pinto (2018) o juiz ao fixar a sentença irá discriminar o valor da indenização a título de danos patrimoniais e o valor da indenização por danos morais.

No entanto, o artigo 223-G §1º, da CLT, apresenta um retrocesso na legislação trabalhista ao vedar a cumulação de indenizações por dano moral, conforme entendimento de diversos doutrinadores, entre eles Delgado:

O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos. Segundo a nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada e, 1988 em benefício da pessoa humana. (DELGADO, 2019, p.785)

Assim, ao tentar vedar a cumulação de indenizações por dano extrapatrimonial decorrente do mesmo fato, tal dispositivo infringe pressupostos da responsabilidade civil, que dispõem que deverá ser reparado todo dano causado a outrem, e não somente parte como tenta dispor no âmbito trabalhista. E também infringe o disposto no artigo 5º, V da Constituição de 1988 ao prever que é assegurado a todo cidadão o direito à indenização proporcional ao agravo, ou seja, relativo a todos os danos que foram causados, demonstrando clara violação ao Texto Maior, sendo visível sua inconstitucionalidade, violando também o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2.5 Dos critérios para a fixação de indenização por dano extrapatrimonial e a discrepância dos valores indenizatórios fixados

Por fim, a maior problemática acerca dos danos extrapatrimoniais introduzidos pela Lei 13.467/17, é referente à tarifação da indenização dos danos de natureza extrapatrimonial nas relações de trabalho, utilizando como base para a fixação e o cálculo, o salário contratual do ofendido. Tal tabelamento e parâmetro disposto pelo legislador violam princípios constitucionais, gerando desigualdade e provocando discriminações entre trabalhadores com salários contratuais de renda diversas, como já foi dito, violando o disposto no art. 1º, 3º e 5º da Constituição e art. 927, 942, e 944 do Código Civil.

Assim, o aplicador do direito deverá tomar por base a razoabilidade e a proporcionalidade, afim de que seja assegurada a justa indenização de acordo com o caso concreto.

Desta forma, o artigo 223-G introduzido pela Lei 13.467/17, na CLT, dispõe:

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.

Com base nisso, se o pedido for julgado procedente, o julgador deverá se basear para o cálculo do dano moral, no último salário contratual do ofendido, contrariando o que os aplicadores do direito se utilizam para a fixação da indenização dos danos morais, que é em relação a gravidade do dano e os prejuízos sofridos, previstos nos artigos 5º da CF/88, incisos V e X, artigos 12, 186, 187 e 944 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Na sociedade moderna, por sua dinamicidade e evolução, nunca haverá uma legislação capaz de versar sobre todos os casos existentes referentes ao dano moral, devendo o magistrado julgar caso a caso, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, o tabelamento da indenização por danos morais em contratos de trabalho, com base o salário contratual do ofendido ferem os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade. Carlos Bezerra H. Leite (2018) descreve que utilizar como parâmetro o salário contratual do ofendido, gera discriminação entre os trabalhadores no que diz respeito aos valores a serem fixados a título de danos morais.

Ademais, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite:

O novo art. 223-G da CLT revela a intenção do legislador ao impor verdadeira *capitis diminutio* na competência dos magistrados do trabalho em fixar o valor dos danos morais. Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, aliás, o STF afastou do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de “tarifação” legal do dano moral (ADPF 130/DF), tal como estava previsto na chamada Lei de Imprensa (que, segundo o STF, não foi recepcionada pela CF), sob o fundamento de que a Constituição Federal não permite que a lei possa, a priori, estabelecer o valor tarifado dos danos morais.

De outro giro, o art. 223-G, criado pela Lei 13.467/2017, estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação. (LEITE, 2018, p.67).

Da mesma forma, segundo Sérgio Pinto Martins:

A fixação da indenização com base no valor do último salário contratual do empregado toma por base um salário já atualizado. Entretanto, se o salário do empregado for de um salário mínimo, o valor fixado poderá ser diferente do fixado em relação a outro empregado que ganha salário superior. Haveria desigualdade na fixação de tais critérios. Pelo mesmo fato, dois empregados poderão receber indenizações diferentes, em razão de que percebem salários diferentes. (MARTINS, 2018, p.147).

Assim, Maurício Godinho Delgado descreve que:

Se não bastasse a incompatibilidade desse critério de fixação da indenização com a Constituição de 1988 [...], o diploma legal agregou fator adicional de incompatibilidade, ou seja, parâmetro do salário contratual do ofendido como regra geral para cômputo da indenização. Tal parâmetro propicia injusta diferenciação entre o patrimônio moral de seres humanos com renda diversa – circunstância que acentua o desajuste da lei nova à matriz humanista e social da Constituição e da ordem jurídica internacional regente dos Direitos Humanos no País. (DELGADO, 2019, p.788).

Logo, tendo em vista o parâmetro utilizado para a fixação dessas indenizações, Mauricio Godinho Delgado (2019), considera, em vista do critério constitucional da proporcionalidade claramente enfatizado pela Constituição quanto à fixação dessas reparações, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica de tais preceitos normativos, sem impedimento de recomendar a rejeição do caráter absoluto do tarifamento efetuado pela nova lei, podendo considerar a tabela exposta pelo legislador basicamente como um parâmetro inicial para a fixação indenizatória pelo Magistrado, ainda que sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, Luciano Martinez (2018), descreve que o dano extrapatrimonial deveria como qualquer outro dano medir por sua extensão, de acordo com artigo 944 do Código Civil de 2002. Isto posto, a base de cálculo introduzida pela

legislação trabalhista viola disposições constitucionais, e de acordo com o artigo 5º da Constituição da República são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-lhes o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e se a indenização decorre da violação, não há falar-se em tabelas fechadas ou em parâmetros circunscritos.

A Medida Provisória n.808/2017 (Projeto de Lei n.6.787, de 2016) foi proposta pelo à época Presidente da República Michel Temer e tramitou perante o Congresso Nacional, sendo aprovado por 296 Deputados no Plenário da Câmara dos Deputados, seguindo para a apreciação do Senado Federal onde também foi aprovado, vindo o texto a ser sancionado em 13 de julho de 2017.

O doutrinador Luciano Martinez preceitua que:

Durante todo o trajeto de construção da Lei n. 13.467/2017, falava-se na edição de medida provisória para aparar arestas que não foram desbastadas nas Casas legislativas. Muito se falou sobre o conteúdo dos textos das medidas provisórias, e sobre eventuais mudanças que seriam realizadas. Passados quatro dias do início de vigência da Lei (11-11-2017) eis que surge, em 14-11-2017, a Medida Provisória tão prometida, falada e contestada até mesmo dentro do Parlamento brasileiro [...] (MARTINEZ, 2018, p.268).

Assim, a Medida Provisória 808/2017 veio em face às mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, e alterou alguns dispositivos, dentre eles o artigo 223-G, dispondo meios menos discriminatórios. Com isso, ao se fixar a indenização por dano extrapatrimonial, o legislador deveria levar em consideração o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e não o salário da vítima.

No entanto, a Medida Provisória não prosperou e acabou sua vigência antes que se tornasse lei, acabando então por prevalecer o critério anteriormente disposto que seria o da tarificação, levando em conta para a aferição do valor da reparação o salário da vítima, sendo este considerado um critério inconstitucional com base no exposto.

6 A ANÁLISE JURÍDICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

Os danos extrapatrimoniais incorporados pela Reforma Trabalhista ao trazerem como critério para a fixação dos danos o salário da vítima ou contracheque do trabalhador como parâmetro para a quantificação, acaba por violar o princípio da

isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, e proibitivo da discriminação, afrontando o disposto nos artigos 3º e 5º da Constituição de 1988.

Em relação ao princípio da igualdade segundo Karina Jaques (2019) o direito a igualdade está previsto no artigo 5º, caput⁵, da Constituição de 1988, e o preâmbulo da Constituição já traz a igualdade como um dos valores supremos do Estado brasileiro, não se admitindo assim, a discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos, de forma que, todos devem ser tratados de igual maneira perante a lei, nascendo e vivendo com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado.

Em relação ao princípio da razoabilidade, segundo Wander Garcia (2017), o princípio da razoabilidade é aquele que impõe o dever de agir dentro de um padrão normal, evitando-se com isso a negligência e o excesso, de forma a atuar de forma compatível entre os meios e fins previstos na lei. Esse princípio não está expresso na Constituição de 1988, mas continua implícito de modo geral na mesma.

E também em relação ao princípio da proporcionalidade, segundo Giuliano Menezes Campos (2019, p.13): “o princípio da proporcionalidade é indispensável a correta interpretação constitucional”.

Assim, reconhecer esse critério seria uma evidente situação de inconstitucionalidade, tendo em vista que o trabalhador que percebe uma remuneração maior, receberá uma indenização superior mesmo que tenha sofrido o mesmo evento danoso que o outro trabalhador que percebe um salário de menor valor. Com isso, mesmo que os trabalhadores estejam nas mesmas condições e tenham sofrido violação nos mesmos danos, o que percebe salário maior receberá uma indenização superior ao que percebe o menor salário, sendo perceptível a violação ao princípio da isonomia.

Da mesma forma, caso haja a ocorrência de uma dano a um trabalhador com vínculo de emprego e um autônomo, este receberá a indenização com base no art.944 do Código Civil, e aquele com base no art.223-G da CLT, sendo também uma violação à garantia da indenização integral. (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019)

Destarte, o que se retira do art.223-G da CLT é que:

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

[...] a Lei nº 13.467/2017, ao estabelecer o salário do trabalhador ou o valor do benefício previdenciária como critério para o arbitramento do dano extrapatrimonial, porque atentatória contra esses valores fundamentais da República, pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, efetivamente sofre da mácula da inconstitucionalidade material, pois manifestamente incompatível com o conteúdo essencial do princípio da dignidade do trabalhador, o que desobriga o julgador a aplicá-la [...]. (FILHO; LIMA; BARBOSA, 2019, p.31)

No entanto, segundo Godinho:

A nova lei, contudo, não observou na integralidade a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do tarifamento do valor da reparação – critério tido como incompatível com o princípio da proporcionalidade sufragado pela Constituição de 1988 (art.5º, V e X, CF). (DELGADO, 2019, p.788).

Ademais, de acordo com Carlos Bezerra:

O novo art. 223-G da CLT revela a intenção do legislador ao impor verdadeira *capitis diminutio* na competência dos magistrados do trabalho em fixar o valor dos danos morais. Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, aliás, o STF afastou do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de “tarifação” legal do dano moral (ADPF 130/DF), tal como estava previsto na chamada Lei de Imprensa (que, segundo o STF, não foi recepcionada pela CF), sob o fundamento de que a Constituição Federal não permite que a lei possa, a priori, estabelecer o valor tarifado dos danos morais (LEITE, 2018, p.65).

E acrescenta:

De outro giro, o art. 223-G, criado pela Lei 13.467/2017, estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação (LEITE, 2018, p.65).

Dessa forma, Alexandre de Moraes preceitua que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (MORAES, 2017, p.36)

Ademais, de acordo com Luciano Martinez (2018) a maior problemática da Lei 13.467/17 reside na tentativa de tarifar a dimensão ao patrimônio imaterial, que como qualquer outro dano, deveria se medir por sua extensão, de acordo com o artigo 944 do Código Civil. Além disso, a tarifação imposta se utiliza como base o “último salário contratual do ofendido”, faz com que um mesmo bem jurídico ofendido venha a merecer indenizações em dimensões extremamente diferentes.

Por conseguinte, Godinho (2019) preceitua que:

[...] em vista do critério constitucional da proporcionalidade claramente enfatizado pela Constituição quanto à fixação dessas indenizações, o fato é que a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica de tais preceitos normativos – sem embargo de recomendar a rejeição do caráter absoluto do tarifamento efetuado pela nova lei – pode considerar a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro inicial para a fixação indenizatória pelo Magistrado, ainda que sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade. (DELGADO, 2019, p.788)

Assim, a introdução de tais dispositivos, em especial o artigo 223-G foi uma afronta aos princípios constitucionais, tais como o princípio da isonomia, e o da não discriminação.

6.1 Princípio da isonomia

Com a introdução dos dispositivos referentes à tarifação do dano extrapatrimonial na CLT, surgiu a indagação se tais dispositivos violariam o princípio da igualdade, previsto no art.5º da Constituição de 1988, se haveria conformidade entre a norma legal e o princípio constitucional.

De tal forma, os motivos que levaram ao estabelecimento de parâmetros para a indenização dos danos extrapatrimoniais podem ser extraídos do parecer do projeto de lei da Reforma Trabalhista, materializada na Lei 13.367/17, que previu que as demandas por ações de danos morais crescem cada dia mais na seara trabalhista, inclusive as ações de danos existenciais.

Além disso, dispuseram que com a ausência de leis do trabalho para tratar a matéria, os pedidos eram feitos utilizando-se a legislação civil, que por sua vez também não continha critérios objetivos (BRASIL, 2017a).

Assim, no parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados:

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns

indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento. (BRASIL, 2017a).

Assim, tem-se que o art.223-G trouxe parâmetros para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais, levando em consideração a natureza da ofensa (leve, média, grave ou gravíssima) conforme já demonstrado em tópico anterior, e o salário contratual do ofendido, ou seja, quanto maior o salário do trabalhador, maior será o valor da indenização. Ao juiz cabe também observar parâmetros na análise do pedido de indenização por dano extrapatrimonial trabalhista, que estão presentes como exposto anteriormente nos incisos do art. 223-G.

Ressalta-se que os limites impostos para a indenização, se aplicam somente à reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho. Assim, a maior afronta ao princípio da isonomia paira acerca da fixação da indenização por dano extrapatrimonial, tendo como parâmetro o último salário contratual do ofendido.

Assim, de acordo com Max Emiliano Sena:

O tarifamento do valor de indenização por dano extrapatrimonial, exclusivamente aplicável às relações de trabalho, atende a uma demanda empresarial, no sentido de estabelecer limites para a fixação de indenizações deferidas pelo Judiciário trabalhista, pautando-se, assim, no princípio constitucional da livre iniciativa (SENA, 2020).

Assim, um primeiro ponto a ser discutido é que há uma inferiorização do empregado no ordenamento jurídico, tendo em vista que esses limites para a valoração da indenização são impostos apenas para as relações de trabalho, enquanto que em relação a outras pessoas ofendidas que não participam da relação de trabalho o critério utilizado não é o tabelamento da indenização. Com isso, a Constituição de 1988 preza e dispõe o princípio da igualdade em seu art.5º, caput, e art.170:

Art. 5º, caput. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. (BRASIL, 1988).

Em segundo ponto, ao se utilizar como base o último salário contratual do ofendido, significa que quem auferir maior valor em seu salário, receberá maior valor em sua indenização a ser fixada pelo juiz.

Segundo Max Emiliano Sena:

Esse critério fundado no valor contratual do salário importa em desarrazoada discriminação em desfavor do empregado que recebe um salário menor, o que não se encontra em consonância com o princípio da igualdade, além de malferir da mesma forma os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (SENA, 2020).

Com isso, observa-se que não há conformidade com o disposto no art.223-G inserido na CLT pela Reforma Trabalhista com a Constituição Federal de 1988, de forma que o parâmetro fixado em lei para a indenização dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho é uma afronta ao princípio da igualdade, e conseqüentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando a sua inconstitucionalidade.

6.2 Princípio da não discriminação e da dignidade da pessoa humana

A Lei 13.467/17 ao introduzir o artigo 223-G na CLT acabou por violar o princípio da não discriminação, em razão do estabelecimento como base para a quantificação do dano extrapatrimonial, o salário contratual do ofendido. Com isso, conferiu tratamento diferenciado para o que auferir maior salário em relação ao que recebe menor valor, consistindo na discriminação, e na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art.1º, III da Constituição Federal.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito constitucional e uma qualidade intrínseca reconhecida a cada ser humano, independente do valor salarial que possam perceber, sendo inadmissível segundo Francisco das Chagas, Paulo Henrique e Heitor Oliveira (2018) que esse valor supremo seja medido pelo salário que eventualmente se receba daquele que é vítima de uma lesão a um dano.

Assim, segundo Francisco Chagas, Paulo Henrique e Heitor Oliveira:

[...] a Lei 13.467/2017 ao estabelecer o salário do trabalhador como critério para o arbitramento do dano extrapatrimonial, porque atentatória contra a esses valores fundamentais da República, pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, efetivamente sofre da mácula da inconstitucionalidade material, pois manifestamente incompatível com o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana do trabalhador, o que desobriga o julgador a aplicá-la no particular [...] (FILHO; LIMA; BARBOSA; 2018)

Ademais, tal preceito legal viola o princípio da não discriminação, pois permite que o trabalhador que auferir renda salarial maior receba o valor da indenização superior em relação a um trabalhador que se encontre nas mesmas condições, mas que percebe salário menor.

Assim, esse preceito é uma afronta aos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, além de violar o disposto na Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, que proíbe essa discriminação nas relações laborais. Com isso, pode-se afirmar que o art.223-G é uma afronta ao Texto Maior de 1988, devendo ser interpretado à luz das disposições constitucionais.

6.3 Da ação direta de inconstitucionalidade nº 5870

A ação direta de inconstitucionalidade nº 5870 foi proposta pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho com base no art. 102, inc. I, alínea “a” da CF/88 e no art. 10 da lei n. 9.868/99, em face dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei n. 13.467, de 13/07/2017 e modificada pelo art. 1º da Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017.

Essa ação tinha como fundamento a suspensão imediata da tarifação para que fosse interpretada de acordo com o disposto na Constituição, a fim de que os magistrados de acordo com a livre convicção tivessem independência para julgar e aplicar as causas para a fixação da indenização que achassem cabíveis.

Assim, a principal discussão da ADIn nº 5870 gira em torno do artigo 223-G e parágrafos da CLT, e de acordo com Orlando Almeida e Bernardo Furman (2019) a maior tese defendida diz respeito ao limite do exercício da jurisdição que é imposto ao magistrado, o que faz com que um mesmo evento lesivo, decorrente do mesmo dano moral percebem indenizações diferentes em decorrência do salário da vítima, e com isso, é uma afronta direta ao princípio da isonomia. Com isso, o objetivo dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade é declarar a nulidade desse critério de tarifação, com base nos arts. 5º, incs. V,X, e 7º, inc. XXVIII da CF/88.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho possui uma relevância de cunho social, visto que afeta milhares de trabalhadores, que são vítimas de danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, e que em decorrência de um dispositivo introduzido às normas trabalhistas, os trata de forma desigual, apenas levando em consideração no momento da aferição da indenização, o salário contratual do ofendido, violando por conseguinte princípios e normas constitucionais, que disciplinam em sentido contrário.

Assim, os artigos 223-A a 223-C foram introduzidos pela Reforma Trabalhista na CLT regulando acerca dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, com isso, demonstrou-se as inconstitucionalidades presentes nas disposições, tais como a aplicação exclusiva, a taxatividade dos artigos, a limitação dos titulares do direito à reparação, a possibilidade de cumulação de indenizações, e a maior emblemática, que é a questão da tarifação da indenização dos danos extrapatrimoniais.

Com efeito, o presente trabalho de conclusão de curso é de grande relevância no meio jurídico e também contribuirá para a discussão no meio acadêmico, vez que o tema exposto é exaustivamente debatido pela doutrina e jurisprudência no país, devido ao fato de que é questão recorrente nos tribunais do país, a situação da tarifação dos danos extrapatrimoniais, introduzida na CLT, pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), que gerou e ainda gera grande repercussão no meio jurídico brasileiro.

Por fim, conclui-se que é necessário garantir a aplicação dos princípios fundamentais constitucionais na fixação das indenizações dos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, direito este garantido constitucionalmente ao trabalhador, aplicando-se aos ofendidos, de acordo com o caso concreto, a indenização correspondente ao agravo, e não o disposto no artigo 223-G da Consolidação das Leis Trabalhista, que prevê um tabelamento, utilizando como parâmetro, o salário contratual do ofendido.

Assim, esses dispositivos introduzidos deverão ser analisados à luz de outros diplomas legais, tais como a Constituição Federal de 1988, Código Civil, e outros que disciplinam sobre os danos extrapatrimoniais, tendo em vista que uma interpretação literal acaba por afastar a incidência de tais normas, uma vez que

violam preceitos legais, desencadeando na inconstitucionalidade dos artigos 223-A a 223-C.

O Brasil não adotou o sistema tarifário como o sistema de reparação dos danos morais, tendo em vista que a prefixação dos danos morais é contrária ao disposto em nosso ordenamento jurídico, sendo inconstitucional.

Desta forma, diante do exposto, a introdução pela legislação trabalhista dos dispositivos referentes aos danos extrapatrimoniais em título próprio (Título II-A), foram e ainda são alvos de diversas discussões, sendo de extrema relevância a análise dos dispositivos ora em comento, de forma a assegurar e garantir a observância frente aos princípios constitucionais, não devendo adotar uma interpretação literal de tais dispositivos, a fim de que não haja tal incompatibilidade com a Constituição de 1988, e demais diplomas legais, e conseqüentemente seja declarada sua inconstitucionalidade frente ao ordenamento jurídico brasileiro vigente.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Orlando José de; FURMAN, Bernardo Gasparini. **Reforma Trabalhista – ADIn e ADC – Lei 13.467/17**. 2019. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/310236/reforma-trabalhista-adin-e-adc-lei-13467-17>>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Editora Saraiva, 1999.

_____. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03//_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudencias posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de. **A valoração do Dano Moral**. 2001. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_10_51.pdf>.

Acesso em 02 de setembro de 2020.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FILHO, Wagson Lindolfo José. **Princípio da investidura fática**. 2014. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/10/principio-da-investidura-fatica.html>>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

FILHO, Francisco das Chagas Lima Filho; LIMA, Paulo Henrique Costa; BARBOSA, Heitor Oliveira. **O equívoco da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais pela Lei 13.467/17**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/63186/o-equivoco-da-tarifacao-da-indenizacao-por-danos-extrapatrimoniais-pela-lei-n-13-467-2017/2>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil – volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil volume III: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, v.3: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Carolina Torquato Maia. A reforma trabalhista e a precificação das indenizações por danos extrapatrimoniais. **Revista magister de direito do trabalho**, Porto Alegre, v. 15, n. 86, p. 93-113, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume IV: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA FILHO, Francisco das C. Tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais. Lei nº 13467/2017. Inconstitucionalidade. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 355, p. 9-35, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada / Luciano Martinez**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 5ªed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Sergio Pinto. **Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n.13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n.808/2017**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOLINA, André Araújo. A configuração e a transmissibilidade dos danos extrapatrimoniais no contexto da reforma trabalhista. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 30, n. 369, p. 14-38, 2020.

NAZAR, Fábio Murilo; OLIVEIRA, Jackson Queiroz de. **A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO**. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Estagio/Downloads/20956-Texto%20do%20artigo-75511-3-10-20190929.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

NETO, José Affonso Dallegre. **A indenização do dano acidentário na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRTRJ/049/14_REVTRT49_WEB_JOSEAFFONSO.PDF>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; SOUTO, Letícia de Paula. **A Reforma Trabalhista Brasileira entre a Mídia e a Precariedade**. Formiga: No prelo, 2019.

PIPEK, Arnaldo; DUTRA, Alexandre Lauria; MAGANO, Isabella Renwick. **Reforma Trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TEIXEIRA, Fernanda Rodrigues. **O Dano Extrapatrimonial no Direito do Trabalho**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/26450/1/DanoExtrapatrimonialDireito.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2020> Acesso em 02 de setembro de 2020.

UNIFOR/MG. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 7ª Edição Revista e Atualizada. Formiga: Ed. UNIFOR/MG, 2019. Disponível em: <https://www.uniformg.edu.br/images/Biblioteca/ManualNormalizacao_2019.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

SENA, Max Emiliano da Silva. **O tarifamento do dano moral trabalhista na perspectiva do princípio da igualdade**. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/nossos-autores/artigos/3798-o-tarifamento-do-dano-moral-trabalhista-na-perspectiva-do-principio-da-igualdade>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.