

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MATEUS COSTA MEZZARI

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO DANO
EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA LEI 13.467/2017**

CRICIÚMA

2018

MATEUS COSTA MEZZARI

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO DANO
EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA LEI 13.467/2017**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Orientadora: Prof. Ma. Patrícia Farias dos Santos

CRICIÚMA

2018

MATEUS COSTA MEZZARI

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO DANO
EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA LEI 13.467/2017**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito do Trabalho.

Criciúma, 30 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Patrícia Farias dos Santos - UNESC – Orientadora

Prof. Me. Evaldo Lourenço de Lima – UNESC

Prof. Ma. Raquel de Souza Felício - UNESC

AGRADECIMENTOS

A gratidão compreende-se não somente na satisfação e orgulho de ter compartilhado determinado momento com uma pessoa, mas em reconhecer a importância que esta tem em sua vida e também para sociedade.

Inicialmente, agradeço a Deus, ser divino de infinito amor e compaixão, na qual me iluminou por toda essa minha vida e derramou bênçãos durante a trajetória acadêmica a fim de que viesse concluí-la.

Aos meus Pais, razão do meu viver e de todo o conhecimento moral obtido ao longo de minha vida, em especial pelo incentivo e auxílio incondicional que lhe prestaram durante estes cinco anos de graduação, e que, sem dúvidas, ainda prestarão para a iniciação da vida profissional.

A todo o corpo docente do Curso de Direito da UNESC, no qual tive a honra de compartilhar momentos maravilhosos e que restarão inesquecíveis em minha memória, bem como por todo o conhecimento técnico e humano transmitido, em especial a minha Orientadora, Me. Patrícia Farias dos Santos, na qual abraçou em me auxiliar na elucidação da problemática envolvendo o tema, e por toda atenção e auxílio prestado.

Ao Escritório de Advocacia na qual presto serviço, na pessoa de Cíntia da Luz Buzzanello, que indiscutivelmente me deu suporte para a realização de atividades externas relacionadas à graduação, e a toda atenção e paciência em transmitir conhecimentos técnicos no tocante à vida profissional, sejam estes teóricos ou práticos.

Por fim, a todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão da minha graduação e que não foram mencionadas acima, o meu mais profundo obrigado.

O bom juiz não deve ser jovem, mas ancião, alguém que aprendeu tarde o que é a injustiça, sem tê-la sentido como experiência pessoal e ínsita na sua alma; mas por tê-la estudado, como uma qualidade alheia, nas almas alheias.

Platão (427 a.C. // 347 a.C.)

RESUMO

Este trabalho consiste em uma apresentação acerca da ocorrência dos danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico pátrio, em especial quando oriundos das relações de trabalho, a sua evolução histórica, suas subespécies e a sua forma de reparação civil. A problemática envolvendo o tema gira a partir do tabelamento das indenizações pecuniárias, instituídas por legislações infraconstitucionais, de modo a impor limites econômicos padronizados que se diferenciam por indexadores absolutamente discriminatórios, em especial aquele imposto pela Lei 13.467/2017, ao acrescentar na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a partir do Art. 223-G, parâmetros indenizatórios de acordo com o salário contratual do empregado. Desse modo, se averiguará se os respectivos comandos objetivos são constitucionais ou não, haja vista que o Supremo Tribunal Federal – STF, inclusive, já se posicionou a respeito do tema em determinada ocasião envolvendo outra legislação, para isso, foi utilizado para análise do estudo materiais doutrinários e jurisprudenciais pertinentes. Concluiu-se, no entanto, que os dispositivos da lei em comento afrontam o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal de 1988, bem como são incompatíveis com os preceitos que ela dispôs, haja vista que a reparabilidade do dano extrapatrimonial não deve estar condicionada a parâmetros restritivos, de modo a mitigar o princípio da reparação integral.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Reparação Civil. Arbitramento. Tabelamento. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper consists of a presentation on the occurrence of off-balance sheet damage in the country's legal system, especially when it comes from labor relations, its historical evolution, its subspecies and its form of civil reparation. The problematic of the subject revolves from the table of pecuniary indemnifications, instituted by infraconstitutional legislations, in order to impose standardized economic limits that are differentiated by absolutely discriminatory indexers, especially that imposed by Law 13467/2017, when adding in the Consolidation of Laws of Labor (CLT), based on Article 223-G, indemnity parameters according to the contractual salary of the employee. In this way, it will be verified if the respective objective commands are constitutional or not, since the Supreme Federal Court - STF, inclusively, has already positioned itself on the subject in a certain occasion involving other legislation, for that, was used to analyze the study relevant doctrinal and jurisprudential materials. It was concluded, however, that the provisions of the law in question confront the principle of isonomy provided for in the Federal Constitution of 1988, and are incompatible with the precepts that it disposed, since the reparability of the off-balance-sheet damage should not be conditioned to parameters, in order to mitigate the principle of full reparation.

Keywords: Off-balance damage. Civil Repair. Arbitration. Tiling. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: CONCEITO, SURGIMENTO, ESPÉCIES E SUA ACEPÇÃO JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	10
2.1. SURGIMENTO E CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL	10
2.2. ESPÉCIES DE DANO EXTRAPATRIMONIAL: DANO MORTE, ESTÉTICO, DANO PSÍQUICO E DANO MORAL	14
2.3. ACEPÇÃO JURÍDICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO	20
3. A REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	25
3.1. HISTÓRICO ACERCA DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SEU CONCEITO NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA	25
3.2. O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O ARBITRAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA	29
3.3. OS BENS JURIDICAMENTE TUTELADOS NA CLT E A SUA REPARAÇÃO ANTES DO ADVENTO DA LEI 13.467/2017	35
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	41
4.1. OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA FORMA DE ARBITRAMENTO A PARTIR DA LEI 13.467/2017	41
4.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO <i>QUANTUM DEBEATUR</i> CONFORME O SALÁRIO CONTRATUAL DO EMPREGADO	48
4.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	52
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017, ora intitulada, como Reforma Trabalhista, entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, há exatos 120 dias após sua publicação oficial. Entre as alterações significantes trazidas pela referida legislação, uma diz a respeito de um tema regulamentado, inclusive, pelo Direito Comum, e está sendo objeto de muita discussão pela doutrina ante o argumento de que é inconstitucional e é objeto deste trabalho.

Trata-se do tabelamento do *quantum debeatur* no tocante a indenização por danos extrapatrimoniais, oriundos exclusivamente das relações de trabalho, que foi introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a partir do Art. 223-A e seguintes, porém, o dispositivo de maior embate é o § 1º, do Art. 223-G, que restringiu a indenização pecuniária de acordo com a natureza da ofensa e de acordo com o salário contratual do empregado.

A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que o tabelamento dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho possui caráter absolutamente discriminatório, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade já se posicionou a respeito, ao julgar o tabelamento das indenizações nos crimes de Imprensa, julgando incompatível o respectivo tabelamento com os preceitos da Carta Magna de 1988.

Os materiais utilizados para a elucidação da problemática envolvendo o tema foram à pesquisa doutrinária e a pesquisa documental. A primeira fonte material baseou-se na análise de livros de renomados doutrinadores, artigos científicos, dissertações, teses e monografias, por outro lado, a fonte documental se restringiu na análise jurisprudencial firmada pela Suprema Corte, em especial os entendimentos firmados com os julgados da Lei de Imprensa, haja vista que a novel legislação trabalhista não foi ainda objeto de análise.

O trabalho foi estruturado em seis partes, a iniciar com esta introdução, seguido de três capítulos, compostos respectivamente por três subcapítulos cada, conclusão e referência.

O primeiro capítulo expõe o surgimento do dano extrapatrimonial nas civilizações humanas, bem como a sua evolução conceitual diante os escritos humanos antepassados até o conceito atual dado pela doutrina. Serão abordadas, também, as novas espécies de danos extrapatrimoniais que foram desmembradas

do entendimento consolidado pela jurisprudência como dano moral, como o dano estético, dano morte e, atualmente, até dano psíquico. Por fim, irá se verificar a recepção dos danos extrapatrimoniais na legislação pátria, em especial no Direito do Trabalho.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará como será a reparação do dano extrapatrimonial ocasionado à vítima, porém, para isso foi necessário explicitar as teorias que envolverão o tema ao longo do tempo, passando pela teoria negativista, pela teoria condicionada, até chegar-se, então, pela possibilidade de haver o dano moral puro. Estudará o princípio da reparação integral, preceito norte para guiar o magistrado a indenizar a vítima, e os critérios subjetivos criados e reconhecidos pela doutrina para arbitrar o *quantum debeatur*. Por fim, estudará determinados critérios de arbitramento utilizados na Justiça do Trabalho para indenizar, via de regra, o empregado quando seus direitos vierem a ser violados.

Por fim, o terceiro capítulo abordará o tabelamento da indenização por dano extrapatrimonial, nas relações do trabalho, de acordo com o salário contratual do empregado, dada a nova redação trazida pela Lei 13.467/2017. Analisaram-se os fundamentos doutrinários que sustentam a inconstitucionalidade de se tariffar o dano extrapatrimonial, em especial utilizando como indexador o salário contratual do empregado. Por fim, será analisado o entendimento firmado pela Suprema Corte quanto ao tabelamento da indenização por dano extrapatrimonial, utilizando-se como paradigma, a Lei de 5.250/67.

2 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: CONCEITO, SURGIMENTO, ESPÉCIES E SUA ACEPÇÃO JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 SURGIMENTO E CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL

Os danos existem desde os períodos mais arcaicos da civilização humana, na qual gerava ao ofendido um sentimento de vingança e revolta, mas a forma de como era realizada a punição era exclusivamente privada, não havendo a figura até então de um poder estatal incumbido de condenar o ofensor pelo ato ensejador do dano, basicamente era o chamado sistema da Lei de Talião (REIS, 2007, p. 43).

A Lei de Talião é considerada um sistema de vingança privada, uma vez que o ofendido perpetrava o mesmo ato pelo qual havia sido lesado no corpo do ofensor (olho por olho, dente por dente), sendo compreendido como um sistema penal privado em que o indivíduo é penalizado a fim de que não venha novamente a cometer determinado ato, não possuindo tal sistema natureza de reparação ou satisfação para o ofendido.

O primeiro códex de normas na qual dispôs sobre a reparabilidade do dano surgiu na Mesopotâmia (1792/1750 a.C.), com o denominado código Hamurabi, e tinha como fundamento conferir ao mais fraco a possibilidade de se ver ressarcido pela ofensa na qual lhe foi acometido, mais especificamente se denomina como “o forte não prejudicará o fraco”. Nos parágrafos 196, 197 e 200 estavam previstos situações reais que exemplificavam a forma de punição do sistema pretérito de talião.

O Código de Hamurabi manteve como uma das formas de punição a perpetração da idêntica ofensa ao ofensor, mas inovou ao possibilitar a reparação do dano com o pagamento pecuniário (naquele período por meio da prata), desde que havendo acordo entre as partes envolvidas. O objetivo da reparação era de compensar pecuniariamente a vítima pelo sofrimento causado, como é atualmente (REIS, 2007, p. 44).

O sistema de Hamurabi, embora ainda prevendo a punição física no ofensor e subsidiariamente o pagamento pecuniário à vítima como forma de reparação, foi imprescindível para a chamada “teoria da compensação econômica”,

atual sistema em vigor no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, conforme nos ensina Silva (1983, p. 15).

Após o Código de Hamurabi, criou-se o Código Manu, cuja sua existência histórica é ainda discutível, mas que em tese foi durante o período abarcado pelo Direito Romano. O sistema adotado pelo Código de Manu para a reparação do dano era somente mediante o pagamento pecuniário, bem como trouxe uma conceituação, ainda que mínima, sobre o dano extrapatrimonial, pois não havia a distinção entre dano patrimonial ou extrapatrimonial (AZEVEDO, 1999, p. 19).

Conclui-se que o pagamento pecuniário passou a ter maior efetividade na compensação dos danos às vítimas, conforme ensina Reis (1995, p. 12):

Suprimiu-se a violência física, que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso, por um valor pecuniário. Ora, a alusão júciosa, mas que retrata uma realidade na história do homem, onde o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz o efeito de obstar eficazmente o *animus* do delinquente.

Os registros acerca do dano extrapatrimonial são marcantes ainda em determinados países, em especial na China, Egito e Grécia, na qual havia dispositivos legais que disciplinavam acerca das condutas sociais a fim de que determinada pessoa não causasse dano a terceiro e ficasse sujeita a ser responsabilizada (AZEVEDO, 1999, p. 19).

Há também em importantes escritas sagradas, como no Alcorão (livro do Islã), e na Bíblia Sagrada (livro dos cristãos), situações que refletem a violação de direitos personalíssimos (em especial a honra), e que também trazem a sanção cabível ao ofensor, conforme se verifica no item “V” do Alcorão: “V. O adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra. Tais uniões estão vedadas aos crentes”.

Tal regramento estabelece uma total proteção à honra das pessoas que não haviam praticado adultério, tornando-o inadmissível a união daqueles que haviam praticados com estes, uma vez que poderia haver uma conclusão maléfica para ambas as pessoas da relação (FILHO, 2002, p. 56-57).

Contudo, de acordo com Azevedo (1999, p. 20), a Lei de Aquília (250 a.C.) é considerada como marco teórico para o surgimento dos danos extrapatrimoniais como instituto jurídico, pois nessa lei há capítulos específicos que

versam acerca de condutas reprováveis capazes de gerarem a reparação extrapatrimonial em favor da vítima.

Assim, conclui-se que quanto ao surgimento do dano extrapatrimonial, este teve maiores reflexos no direito romano, com o Código de Hamurabi e Manu, mas desde o primórdio já havia resquícios acerca da existência do dano extrapatrimonial, mas que não era positivado.

Transcorrida a contextualização do surgimento e evolução do dano extrapatrimonial, outra problematização gira em torno da conceituação do respectivo instituto jurídico, que é constantemente equiparado pelos profissionais do direito como dano moral.

Os dois institutos jurídicos ainda que possuam conceitos semelhantes, não se confundem, conforme se observa na lição de Severo:

[...] o fundamental é que a designação dano moral está bastante ligada à ideia de dor, mas, como já se pôde observar, a dor pode estar presente ou não. Portanto, a designação dano extrapatrimonial é mais ampla, é o gênero de que o dano moral é espécie (1996, p. 36).

Nas palavras do autor supramencionado, o mesmo afirma que o dano extrapatrimonial é gênero, e o dano moral é uma subespécie deste, ou seja, ainda que haja semelhanças entre os dois institutos, até pela forte ligação existente, ambos não se confundem. Tanto é, que ao afirmar que a ideia de dor, estritamente ligada ao dano moral, pode ou não estar caracterizada em eventual indenização.

Corroborando com o entendimento do autor supra, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental n. 100877 RJ, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, em 03/09/1996, que foi fruto da edição da súmula 387, despreendeu a dependência do dano estético com o dano moral, confirmando a ideia de que ambos são espécies de dano extrapatrimonial, conforme o seguinte entendimento extraído da ementa:

Conforme a jurisprudência da Corte, é possível cumular as parcelas relativas a danos morais e estéticos decorrentes do mesmo fato. [...] Conforme mencionei na decisão agravada a jurisprudência atual desta Corte está consolidada no sentido de que cabível a cobrança e a condenação das duas espécies de danos, moral e estético, pelo mesmo fato. Sobre o tema, ao votar no REsp nº 156.453/SP, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter (DJ de 17/05/99), embora vencido à época, adiantei que, 'tecnicamente, é possível que a indenização decorrente da lesão deformante alcance verbas independentes de dano material, dano moral e dano estético. **Na realidade, com essa perspectiva o dano**

estético perde a sua característica inaugural de espécie do gênero dano moral, à medida que comporta ressarcimento diverso daquele, mesmo que, em alguns casos, haja o seu cômputo dentro da rubrica dano moral.

(Grifos acrescentados).

O dano moral ainda que por muito tempo foi equiparado a gênero, atualmente com o intenso estudo dos doutrinadores e com a novos fatos do cotidiano, novas espécies de danos foram ressurgindo, podendo em muitos casos haver o dano imaterial mais inexistir a dor, o que não poderia ser considerado pelo Tribunais como dano moral.

Nesta linha de raciocínio, entende-se também que os danos extrapatrimoniais possuem a capacidade de abarcar uma maior gama de danos bens imateriais, não suscetíveis de avaliação pecuniária, conforme ensina Costa (2001, p. 194):

Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão "danos extrapatrimoniais" inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os "danos ao projeto de vida", e ao "livre desenvolvimento da personalidade", os danos à vida de relação, inclusive o "prejuízo de afeição" e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.

Para a autora, há uma série de danos imateriais, repita-se: aqueles insuscetíveis de avaliação pecuniária, e que não podem ser classificados como espécies de dano moral. Desta forma, conclui-se que o dano extrapatrimonial é todo o bem lesado do indivíduo que não integra o seu patrimônio físico, mas que pode ser neutralizado mediante o ressarcimento pecuniário (SOUSA, 2002, p. 122).

Os valores subjetivos do ser humano não podem ser mensurados economicamente, o que por sinal, nos casos em que há a violação destes, não será o seu patrimônio que será lesado, mas as suas próprias virtudes que o identificam como ser humano, que por muito bem é chamada de extrapatrimonialidade, conforme se vê nas palavras de Brincas (1998, p. 105):

A violação a qualquer dos direitos da personalidade, evidentemente gera prejuízo ao seu titular. Entretanto, o prejuízo de que se trata tem uma característica própria, herdada do próprio direito violado, consistente justamente na sua extrapatrimonialidade. Como se viu, em regra, os direitos da personalidade têm como característica a extrapatrimonialidade, ou seja, não são redutíveis a valores econômicos, não se pode avaliá-los

economicamente. Como decorrência direta e necessária dessa característica, o dano resultante da sua violação também não pode ser aferido economicamente. Significa dizer que o pagamento de um valor em dinheiro não tem o condão de ressarcir o prejuízo, de trazer a situação ao *status quo ante*.

Ainda que a compensação do dano extrapatrimonial seja com o pagamento em pecúnia, os valores violados não são suscetíveis de mensuração financeira, até porque em determinadas situações aquela situação não pode ser novamente vivenciada, como é o caso onde ocorre o óbito. Desta forma, o objetivo do pagamento em pecúnia é de certa forma possibilitar a vítima, meios para que ela busque amenizar ou extinguir seu sofrimento.

Conclui-se assim, que os danos extrapatrimoniais são aqueles que afetam diretamente e estritamente os direitos subjetivos do indivíduo, trazendo consequências negativas para sua vida em sociedade e privada.

2.2 ESPÉCIES DE DANO EXTRAPATRIMONIAL: DANO MORTE, ESTÉTICO, DANO PSÍQUICO E DANO MORAL

Por ser considerado gênero e possuir subespécies, o dano extrapatrimonial se subdivide em: dano morte, dano estético, dano psíquico e dano moral, onde se passará a partir de então, a estudar suas contextualizações na doutrina e jurisprudência.

Antes de se estudar o dano morte imprescritível não mencionar o direito a vida, na qual sempre foi tratado pela sociedade (até as mais remotas) como fundamental e inviolável, sendo repudiada toda forma de ofensa a ele, o mesmo estava presente, inclusive, nos mandamentos sagrados (“não matarás”), bem como no período abarcado pelo Jusnaturalismo, na qual considera a existência do homem como um já direito adquirido (CAVALCANTI, 2017, p. 121).

Ainda que mandamentos sagrados ou ideologias passadas tratem o direito à vida como inviolável e fundamental, o mesmo preexistiu e foi encontrado pelo homem e não criado, ainda que posteriormente foi positivado em diversas Constituições e textos internacionais, como em tratados, convenções e cartas (CAVALCANTI, 2017, p. 122).

Conclui-se então, que o direito a vida possui caráter inconcebível e indissociável a todo texto normativo emanado de um Estado Democrático de Direito. No ordenamento pátrio está previsto no caput do Art. 5º, *caput*, da Constituição

Federal, e é utilizado como pilar para toda e qualquer norma infraconstitucional ou infralegal, sendo minuciosamente respeitado para regular as mais diversas relações (extracontratual ou contratual) ou fatos jurídicos, até quando se trata de direito penal, proibindo expressamente a pena de morte (Art. 5º, inciso XLVII), admitida somente em um caso excepcional.

Sendo o direito a vida fundamental, intransferível e inviolável, o mesmo se caracterizará quando houver a violação ao direito de viver, significa dizer que a oportunidade de viver foi interrompida/cessada por ato alheio a sua vontade, e, obviamente, irreversível, pois restará inviabilizada a restauração da situação *status quo ante* (REIS, 2007, p. 57).

Por tal motivo, o ato ou omissão que causar a cessação do direito de viver, ocasionará a violação também de todos os demais direitos subjetivos inerentes a ele, explica-se, a existência de valores subjetivos faz com que a vida de uma pessoa torna-se inviolável, conforme explica Campos (1995, p. 49): “[...] vida, auto-organização, que se exprime e se prolonga em múltiplas funções, de caráter físico e espiritual. Este ser humano, entendido como conjunto, é protegido contra a ingerência de terceiros por um direito geral de personalidade [...]”.

Desta forma, conforme a obra supramencionada, aquele que dolosamente ou negligentemente cometa ato ilícito causando a morte de determinado indivíduo será processado penalmente e responsabilizado civilmente, inclusive, pelo fato do Estado ter a função de garantidor dos direitos fundamentais previstos em sua carta constituidora, sob pena de flagrante niilismo (CAVALCANTI, 2017, p. 127).

Observa-se ainda que o dano morte, não será satisfeito pela vítima, por motivos óbvios, mas os valores pecuniários recebidos na ação indenizatória integrarão o espólio do *de cuius*, uma vez que o valor pecuniário é devido pela perda da sua própria vida e não pelo fato do sofrimento ocasionado a seus familiares. Desta forma, conclui-se que o fato gerador indenizatório é autônomo, ou seja, a perda da vida e de sua continuidade, podendo, a partir daí, resultar outras espécies de danos, mas não a si, diante a sua inexistência jurídica, mas a seus herdeiros (REIS, 2007, p. 64-65).

Contudo o que foi dito, verifica-se que o dano morte não está previsto expressamente no ordenamento jurídico, mas está disposto de forma genérica no Art. 186, do Código Civil, como também assim está em outras legislações estrangeiras, como na França, Espanha e Inglaterra. Todavia, os Tribunais de

Justiças do Brasil admitem o dano morte, porém o trata como dano moral fosse, ainda que a doutrina faça essa diferenciação (CAVALCANTI, 2017, p. 127).

Cavalcanti (2017, p. 127), em obra acerca do dano morte, explanou acerca de eventual inacolhimento do dano morte nos Tribunais:

Esta indenizabilidade baseia-se, neste sentido, levadas em consideração as funções do instituto da responsabilidade civil, em sanção pelo ilícito de ofensa físicopsíquica máxima cometida a um bem constitucionalmente reconhecido e protegido e não lhe indenizar significa afronta, a *contrario sensu*, à sua proteção. cremos, com isto, em equívoco quanto ao não reconhecimento da proteção da vida no sentido da sanção direcionada ao agente lesante que deu causa ao decesso de alguém, servindo o direito português, por analogia, à aceitabilidade deste dano no Brasil.

Ou seja, a partir do momento que o Estado se omite em prestar a tutela do dano morte aos sucessores da vítima, estar-se menosprezando a proteção a vida que está consubstanciada na Carta Magna, presumindo basicamente uma impunidade a futuras condutas que venham afrontar esse direito.

O dano estético, por sua vez, é compreendido pelo majoritário entendimento doutrinário como toda alteração física no corpo humano, visível ou não, que implique o afeamento da vítima, em especial perante o âmbito social. Tais aleijões causam sempre um permanente constrangimento e incômodo ao ofendido.

O dano estético é compreensível também pelo afloramento de sentimentos negativos à vítima, conforme ensina Souza (2003, p. 79-80):

[...] o dano estético é aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo, denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que se caracterize a seqüela física como dano estético.

Extrai-se das palavras do eminente doutrinador, que o dano estético além de restar configurado pela existência de uma alteração deformável no corpo humano da vítima, gerando seu afeamento, gerará para si os sentimentos de constrangimento, desgraça física, desgosto e, sobretudo, dizimará com sua autoestima que antes da deformidade o possuía.

Além da alteração fisionômica da vítima, para a configuração do dano estético, e, por conseguinte, para ter direito a indenização pecuniária, a deformidade, lesão ou ferida tem que possuir natureza duradoura e permanente, conforme lição de Lopes (2004, p. 48):

Portanto, para que exista dano estético, é necessário que a lesão que tornou mais feia determinada pessoa seja duradoura, caso contrário, não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais, incluindo, se for o caso, verba para danos morais.

Seguindo ainda, os ensinamentos da eminente doutrinadora, as alterações físicas que possuem natureza transitória não constituem espécie de dano estético, pois a caracterização do respectivo dano depende da irreversibilidade da deformidade, lesão ou ferida. No caso, havendo a indenização por dano estético por equívoco do *expert*, ao determinar que a alteração física era permanente, sendo que não o era, haverá um enriquecimento ilícito, e portanto, a vítima estará obrigada a restituir (2004, p. 48-49).

A visibilidade da lesão deformante no corpo da vítima é prescindível para a caracterização do dano estético, podendo a mesma restar configurada ainda que localizada em regiões íntimas. Tanto a jurisprudência como a doutrina, afirmam que atualmente com a apoucada utilização de roupas, em especial quando tratar-se de indivíduos jovens, bem como na relação afetiva entre dois indivíduos, inevitável será a não visibilidade da lesão deformante, e, portanto, devida será a indenização (LOPEZ, 2004, p. 52).

A configuração do dano estético também poderá ser compreendida nas situações em que as lesões se manifestarem com o corpo em movimento, como o andar claudicante, distorções na fala e mastigação etc. Nestes casos, o afeamento afetará diretamente os movimentos habituais da vítima e sua postura física, causando-lhe à anormalidade perante o público, restando, assim, configurado o dano estético (LOPEZ, 2004, p. 52-53).

Por fim, no que tange à configuração do dano estético, seria se a utilização de artifícios ou disfarces é capaz de suprimir a responsabilidade do ofensor. De acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, ainda que o artifício utilizado pela vítima (neste caso custeado pelo ofensor em forma de dano material) fique perfeito, a ponto de concluir que se trata do membro ou órgão natural da vítima, eles não se equiparam para a vítima como natural fosse, até porque em alguns casos, tais artifícios demandam cuidados higiênicos (LOPEZ, 2004, p. 49-50).

A terceira espécie de dano extrapatrimonial é o dano psíquico, no qual se diferencia do dano moral, mas que ainda é generalizado como se assim fosse.

Trata-se de um dano que afeta diretamente o seu saber agir e comportar-se, limitando ou impedido o seu estado pleno de saúde psíquica, afetando, claramente, as relações cotidianas nas quais anteriormente o realizava normalmente (REIS, 2007, p. 80).

O fato gerador do dano psíquico, mormente ocorre pelas seguintes situações:

Geralmente ocorre um dano psíquico por consequência de um abalo psíquico quando um indivíduo apresenta uma deteriorização, disfunção, distúrbio ou transtorno ou desenvolvimento psicogênico ou psico-orgânico que, afetando suas esferas afetiva e/ou intelectual e/ou volitiva, limita sua capacidade de gozo individual, familiar, atividade laborativa, social e/ou recreativa (REIS, 2007, p. 80).

O dano psíquico, portanto, é uma alteração psicogênica ou psico-orgânica, causando-lhe ao indivíduo lesado limitação parcial ou total nas relações sociais, sempre advindo de um ato deliberado e culposos de alguém (contínuo ou não). Esta espécie de dano não se confunde com o transtorno mental, tendo em vista que este último é natural a sua causa, ou seja, o indivíduo já nasce com o transtorno/distúrbio (FRANÇA, 2005 p. 1).

O dano psíquico, então, é basicamente uma limitação ou impedimento de do estado psíquico, capaz de ocasionar o desequilíbrio nas suas relações necessárias comuns ao convívio social, podendo em determinados casos, inclusive, desencadear um desequilíbrio anterior que estava curado e não estava mais afetando a sua saúde psíquica.

Por outro lado, a quarta espécie de dano extrapatrimonial a ser estudada é o dano moral, e por que não dizer o dano mais reclamado nas ações judiciais. Por tal motivo, torna-o como instituto jurídico de importantíssima relevância ao direito, tendo em vista o indeterminável número de pleitos que o exigem, bem como pelo fato de impedir a banalização das indenizações, e, por conseguinte, o enriquecimento ilícito.

Verifica-se também que o dano moral possui uma ampla contextualização na doutrina e jurisprudência, sendo, não raras vezes, confundido com o dano extrapatrimonial, haja vista que a forma de fixar-se a indenização de ambos os danos não são por critérios pecuniários, como é o dano material (FILHO, 2002, p. 53).

Ao analisar o regramento jurídico Italiano acerca do dano moral, a autora Costa (2001, p. 189) concluiu pela inexistência de limitação contextual acerca dano moral no ordenamento pátrio, corroborando com o que foi afirmado acima:

Assim, embora não seja tecnicamente a melhor expressão, como adiante examinarei, seu emprego vem legitimado pelo uso, podendo-se afirmar que, no Brasil, as expressões "dano moral" e "dano não-patrimonial" são sinônimas. Entendida latamente a expressão "dano moral", os "danos à pessoa" constituem uma de suas espécies.

Em que pese a legislação não definiu o conceito de dano moral, a doutrina concluiu que se trata da violação que gere prejuízo ou lesão a direitos personalíssimos do indivíduo, conforme nos ensina Filho (2002, p. 52):

[...] o dano moral consiste no prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

De modo geral, o conceito de dano moral se restringe à violação aos direitos personalíssimos, ora especialmente previstos no Art. 5º do texto constitucional, bem como consubstanciados pela construção doutrinária ao longo do tempo, podendo ser compreendidos também como: a intimidade ou o "direito de estar só, consigo mesmo", a dor, os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem social, autoestima, a estética, as criações do intelecto em seus aspectos não-patrimoniais, a honra e o nome (COSTA, 2001, p. 187).

Semelhante lição é a de Levada (1995, p. 23-24), na qual o conceitua o respectivo dano da seguinte forma:

[...] a ofensa injusta a todo e qualquer atributo da pessoa física como individuo integrado à sociedade ou que cerceie sua liberdade, fira sua imagem ou sua intimidade, bem como a ofensa à imagem e à reputação da pessoa jurídica, em ambos os casos, desde que a ofensa não apresente quaisquer reflexos de ordem patrimonial ao ofendido.

Nesse contexto, pode-se concluir que o dano moral está restrito a ofensa de direitos personalíssimos intransferíveis e irrenunciáveis a própria pessoa humana, que quando violados maculam a sua reputação e boa fama perante o âmbito social no qual lhe integra, ou, que venha suprimir liberdades que possuía antes da violação, como a intimidade.

Além disso, a doutrina subdividiu o dano moral em espécies, utilizando como critério para tanto, os direitos nos quais foram violados e os efeitos que estes causam ao lesado, sendo o primeiro denominado como objetivo ou puro, e o segundo como subjetivo ou indireto, conforme se vislumbra na lição de Lopez (2004, p. 28-29):

Danos morais objetivos são aqueles que ofendem os direitos da pessoa tanto no seu aspecto privado, ou seja, nos seus direitos da personalidade (direito a integridade física, ao corpo, ao nome, à honra, ao segredo, à intimidade, à própria imagem), quanto no seu aspecto público (como direito à vida, à liberdade, ao trabalho), assim como nos direitos de família.

[...]

Dano moral subjetivo é *pretium doloris* propriamente dito, o sofrimento d'alma, pois a pessoa foi ofendida em seus valores íntimos, nas suas afeições. É o caso do sofrimento dos pais pela perda de um filho amado, ou da mulher que se vê abandonada pelo marido. Este sofrimento integra e é absorvido pelos danos morais à pessoa, mas podem se constituir em dano autônomo, quando somente a dor está sendo objeto de reparação.

O dano moral não somente será devido ao indivíduo titular do direito violado (dano objetivo), mas também poderá ser estendido à pessoa com quem o lesado possuía laços afetivos, pois os danos transcenderão a órbita do ofendido a ponto de causar sentimentos de dor, saudade e tristeza ao indivíduo até então não lesado (dano subjetivo), como, por exemplo, a dor de uma mãe que perde seu filho por um ato ilícito.

Poderá ainda, o dano moral indireto ocorrer quando a violação for referente a um bem material de propriedade do lesado, mas que os efeitos do dano extrapolarão a esfera patrimonial a ponto de violar seus direitos personalíssimos (FILHO, 2002, p. 75).

Desta forma, conclui-se que o dano moral objetivo ou subjetivo, será a violação de direitos personalíssimos inerentes à pessoa humana, seja maculando, inferiorizando ou trazendo sentimentos de dor ao indivíduo, se distinguindo somente pelos efeitos que perdurarão após o dano efetivamente consumado.

2.3 ACEPÇÃO JURÍDICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para uma análise da acepção jurídica do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, imprescindível será expor antes, a importância do direito privado, na qual está estritamente ligada ao conceito de pessoa. A

reconstrução do conceito de pessoa como possuidor de direitos e não objeto destes, fez com que o indivíduo fosse inserido no centro de princípios jurídicos e direitos fundamentais previstos constitucionalmente (COSTA, 2001, p.182).

Trata-se, portanto, de um sistema amplo e protecionista que visa à tutela de direitos fundamentais nas relações privadas, a fim de salvaguardar seus direitos e, por consequência, dar respaldo legal para haver a reparação em caso de dano a integridade física, moral, e psíquica da pessoa, dado isso, a figura da dignidade da pessoa humana, onde se conceitua o ser humano como um ser digno de direitos e proteção (COSTA, 2001, 184).

Neste contexto, os danos extrapatrimoniais surgem como aqueles estritamente existentes a vida privada do indivíduo, como a sua imagem, sua autoestima, o nome, honra, estética e suas expectativas de vida, que são preservados pela Constituição Federal de 1988, e que em inúmeras hipóteses de violação podem ser sujeitas de serem indenizados, graças à flexibilização do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Contudo, os danos extrapatrimoniais e suas subespécies não surgiram apenas por conta da construção doutrinária e jurisprudencial, mas especialmente pelo avanço das pesquisas médicas, com ênfase na psicanálise, na qual expôs e comprovou nas claras a importância da saúde psíquica, da sexualidade e da afetividade que atualmente são espécies de danos suscetíveis de indenização, bem como na área da genética, com o estudo dos cromossomos (COSTA, 2001, p.182).

Atualmente, com todos estes avanços tecnológicos, a abrangência do dano extrapatrimonial, isto é, aqueles pré-existentes à figura da pessoa, estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro em cláusulas gerais, começando pela Constituição Federal, no Art. 5º incisos V e X, no Art. 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor, nas relações que envolvam crianças e adolescentes na Lei 8.069/90 e, por fim, pelo Art. 186, 187 e 927 seguintes do Código Civil, que disciplinam o arbitramento da indenização (COSTA, 2001, p. 189).

O legislador ao editar as disposições legais supramencionadas, optou por uma norma que abrangesse inúmeras situações e hipóteses que eventualmente pudessem violar os direitos personalíssimos da pessoa, deixando para a doutrina e jurisprudência de acordo com o caso concreto, averiguar a incidência ou não do dano, analisando também a relação em que as partes estavam vinculadas, seja extracontratual ou contratual.

Tal pensamento vem em consonância com o texto constitucional previsto no Art. 5º, inciso V, na qual prevê o direito de resposta, proporcional ao agravo suportado pela conduta ofensiva, ou seja, a resposta seria a indenização que o ofensor teria que arcar para o ressarcimento dos danos causados a vítima (BRASIL, 2018).

Conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou os danos extrapatrimoniais no sentido de lhe dar uma abrangência ampla, a ponto de não caber a lei, impor hipóteses para a ocorrência do dano, outorgando-lhe para o poder jurisdicional a discricionariedade, e claro, com a ajuda de outras ciências, a existência ou não de danos extrapatrimoniais na vida íntima e pessoal do indivíduo.

O dano extrapatrimonial por ser caracterizado em inúmeras situações fáticas do cotidiano, seja nas relações contratuais ou extracontratuais reguladas pela legislação civil ou nas relações contratuais reguladas pelo Direito do Trabalho, ramo autônomo do Direito, incumbido de regulamentar as relações entre empregado e empregador, cujo contrato de trabalho o denomina de relação de emprego mediante a subordinação, não eventualidade, pessoalidade e onerosidade (FILHO, 2002, p. 92-93).

Nesta relação é sabido pelo ordenamento jurídico e pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial que há uma desproporcionalidade de interesses, tendo em vista que o empregado por ser dependente economicamente e hierarquicamente do empregador, isto é, ser submisso contratualmente, estará sujeito de ser vitimizado por atos do seu superior com maior probabilidade caso estivesse resguardado por uma relação contratual cível, pois neste caso ambos os interesses estão em pé de igualdade, diante a livre pactuação contratual emergida pela autonomia privada (FILHO, 2002, p. 93).

Não quer dizer que havendo a submissão contratual do empregado perante o empregador, somente aquele poderá sofrer a violação de seus direitos materiais ou imateriais, tendo em vista que na relação de emprego há obrigações e deveres mútuos, sendo que o empregador também poderá sofrer o dano, como, por exemplo, uma informação sigilosa repassada pelo empregado de forma desleal, conforme entendimento de Florindo (1995, p. 570-571):

[...] a vida em sociedade, estamos sempre sujeitos a causar um dano ou a sofrê-lo. Na relação de emprego, a questão não é diferente, pois empregado e empregador, até pela convivência habitual, estão sempre sujeitos a sofrer

danos ou então a causar um dano (um a outro), seja ele moral ou material, e nem por isso estão imunes à devida reparação, hoje elevada em nível constitucional.

Podendo o dano ser cometido tanto pelo empregado como pelo empregador, cumpre observar que o dano poderá advir na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, conforme ensina Pedreira (1991, p. 552).

A fase pré-contratual é aquela que abrangem todos os atos anteriores à constituição do vínculo de emprego, especificamente pode-se dizer, que são atos meramente negociais, de cunho investigatório para a contratação do indivíduo que o empregador deseja, mas que em muitas situações podem extrapolar os limites legais de forma a externar o preconceito e invadir a vida privada do candidato ao cargo (FILHO, 2002, p. 95-96).

Já na fase contratual incontestável será a probabilidade dos sujeitos do contrato virem a sofrerem dano extrapatrimonial, pois é exatamente nesta fase que todas as obrigações e deveres estão em absoluta vigência, bem como as características da relação de emprego, em especial a subordinação, podendo ocorrer o rebaixamento funcional, assédio sexual, revistas pessoais e acidentes de trabalhos, todos estes suscetíveis de reparação (FILHO, 2002, p. 98-105).

Quanto à fase pós-contratual, como o próprio nome diz, após a extinção do contrato de trabalho, momento este de maior tensão entre os ex-contratantes, poderá sobrevir determinado dano imaterial, na prática observa-se muito quando após a extinção do vínculo empregatício o empregado pleiteia determinadas verbas que entende devida junto ao Poder Judiciário, e o empregador ao ser questionado por eventuais empregadores acerca de referências do antigo funcionário, acaba-o que desqualificando como má-empregado (FILHO, 2002, p. 113-114).

Assim, como em toda e qualquer relação contratual suscetível de sobrevir danos extrapatrimoniais, nas relações empregatícias a Justiça do Trabalho é a jurisdição competente para julgar as ações envolvendo estas, inclusive as de cunho indenizatório, conforme prevê o Art. 114, VI, da Constituição Federal.

A Justiça do Trabalho será competente para julgar os litígios em que se pleiteia o dano extrapatrimonial advindo do vínculo existente entre o empregado e empregador, seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, conforme visto supra.

O fato gerador do dano extrapatrimonial deve estar vinculado com a atividade pela qual o empregado está subordinado como atividade fim da empresa, como, por exemplo, a queda de um empregado que estava realizando a pintura de um edifício, ou, nos danos pós-contrato, quando o ex-empregador repassar informações desabonadoras do seu ex-funcionário, estas devem refletir as características profissionais, caso contrário estaremos diante um relação cível extracontratual (FILHO, 2002, p. 114).

Assim, conclui-se que para haver a caracterização de um dano extrapatrimonial oriundo de uma relação de trabalho, imprescindível que haja a existência de um vínculo jurídico (ainda que inexistente um contrato escrito), caso contrário, a lide será competência da justiça comum.

3 A REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

3.1 HISTÓRICO ACERCA DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SEU CONCEITO NA LEGISLAÇÃO E DOCTRINA

O dano extrapatrimonial, ainda que existente desde os períodos mais remotos da humanidade, não possuía parâmetros normativos de reparação a vítima, salvo pela aplicação de penas a integridade física do ofensor, ou seja, aquela prevista na Lei de Talião “olho por olho dente por dente” (SILVA, 2005, p. 376). Como já estudado, somente no Código de Manu se obteve a supressão absoluta da violência idêntica à sofrida, prevendo, a partir daí, o pagamento pecuniário como forma de reparação.

A compensação econômica realizada pelo agente causador do dano, por muito tempo foi considerado pelos legisladores e doutrinadores, como meio de aplacar o sentimento natural do homem chamado “vingança”, pois ainda que reconhecido o avanço social do homem, isto é, aquele modernamente civilizado, a vingança ainda seria seu único meio de satisfação ao dano sofrido (SILVA, 2005, p. 377).

Tal sentimento de vingança é ainda reconhecido e percebido atualmente, porém, a ordem jurídica precisou suprimir e punir definitivamente tais condutas a fim de visar o interesse da coletividade, conforme ensina Silva (2005, p. 379):

No decorrer da evolução das civilizações o Direito vem se socializando. De forma que as soluções adotadas pelos antigos romanos são incompatíveis com os níveis a que atingiram as normas de coexistência social. Assim, o direito de vindita ou direito de vingança da vítima como pena para o dano moral a ela causado foi, forçosamente, sendo canalizado juridicamente para outras formas de compensação mais condizentes com as práticas sociais, ou seja, o direito de satisfação do aplacamento foi sendo moldado de acordo com as conveniências sociais.

Ou seja, é totalmente incompreensível adotar as medidas reparativas empregadas nos períodos abarcados pelas penas corporais, diante o ordenamento jurídico atual, que foi modulado pelo avanço do pensamento social, visar o bem estar e a ordem social, e que necessariamente adotou a compensação econômica como única forma de reparação.

A maior parte das legislações adotou o pagamento pecuniário como forma de reparação a vítima, sendo que em algumas houve plena receptividade, sendo que em outras disfarçadamente, como neste último caso, a legislação brasileira, que

percorreu árduo período de discussão acerca da possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais mediante o pagamento pecuniário, até a promulgação da Constituição Federal em 1988 (BONATTO, 2011, p. 136).

Antes e depois do advento do Código Civil de 1916, havia doutrinas que admitiam a reparabilidade do dano extrapatrimonial, porém, a outra parcela doutrinária e também o Poder Judiciário não aderiram a esta ideia, cuja resistência era sustentada por argumentos de ordem imoral e também pragmática (BONATTO, 2011, p. 136).

A corrente de pensamentos que não reconheceu o pagamento pecuniário como forma de reparação dos danos extrapatrimoniais, foi chamada de “não-indenizabilidade”, cujo um dos argumentos utilizados seria a inexistência de parâmetros a fim de averiguar a existência ou não do efetivo dano extrapatrimonial, pois sendo este imperceptível a olho nu, bem como pelo fato de cada indivíduo ter reações diversas a determinados fatos, poderia estar, em determinadas situações indenizando alguém que supostamente não experimentou qualquer mal (MATIELO, 2001, p. 52).

Além da ausência de parâmetros capazes de apreciar a ocorrência do dano, argumentava-se no sentido de também não ser possível quantificar a dor de um indivíduo pecuniariamente, de modo que, se havendo a reparação mediante compensação econômica, a pessoa lesada estaria avaliando e alienando a sua própria dor, tornando por consequência a dor um objeto de venda (MATIELO, 2001, p. 51).

Nesta senda, chegou-se a conclusão de que a melhor medida a ser tomada era de não ser possível reparar o dano extrapatrimonial, pois estaria assim evitando criar um artifício sem critérios objetivos delineados, acarretando a insegurança jurídica ao proferir decisões condenatórias, pois seria incerta a ocorrência do dano.

Porém, em torno da década de 1960, houve uma importante mudança de pensamento acerca da reparabilidade do dano extrapatrimonial, deixando de lado a teoria negativista e admitindo a reparação, desde que condicionada à existência de um dano material, ou seja, para o indivíduo ser ressarcido pecuniariamente pelos danos extrapatrimoniais sofridos, o seu patrimônio material teria que vir a ser atingido, conforme lição de Matielo (2001, p. 54):

[...] houve a superação da teoria negativista, totalmente avessa a noção de reposição, passando-se para uma concepção mais abrandada e condizente com a realidade fática. Nasceu a teoria da indenizabilidade condicionada, cujo requisito nuclear consistia na concreta constatação da ocorrência de dano material como derivação da lesão moral. Necessário, destarte, que o campo patrimonial material fosse objetivamente atingido, com o que se admitiria a recomposição desses danos ditos reflexos, porque repercussões de uma irregular ingerência na área psíquica.

A reparação dos danos extrapatrimoniais era reflexa ao dos danos patrimoniais, uma vez que não havendo a ocorrência deste último, não haveria a do primeiro. Porém, a indenizabilidade condicionada não foi bruscamente aceita pela jurisprudência de forma imediata, mas foi recepcionada lentamente a situações inquestionáveis, sendo que a partir daí, passou a ser admitida em todos os casos que houvesse o duplo dano (MATIELO, 2001, p. 55).

A fim de romper o marco da indenizabilidade condicionada, o Supremo Tribunal Federal, em 03 de dezembro de 1969, editou a Súmula 491, na qual possibilitou indenizar os pais pela perda do filho que não exercia atividade remunerada. Naquela oportunidade a Suprema Corte afirmou que não se tratava de decisão que admitia a reparação pura do dano extrapatrimonial (sem atingir o patrimônio), mas pouco tempo depois, reconheceu que a súmula visava preferencialmente compensar a perda do filho menor (BONATTO, 2011, p. 137).

A partir daí, inúmeros foram às decisões em âmbito nacional que reconheceram a reparação sem a necessidade da violação ao patrimônio do lesado, mas foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que a discussão definitivamente foi encerrada, pois no Art. 5º, incisos V e X, expressamente possibilitou a reparação por dano extrapatrimoniais eventualmente sofridos (BONATTO, 2011, p. 137).

Tal teoria foi acatada pela doutrina como “responsabilidade civil por dano moral puro”, ou seja, sendo prescindível a violação do patrimônio material do lesado para o mesmo ser indenizado, bastando somente à violação de seus direitos subjetivos para lhe dar ensejo à indenização, ainda que a comprovação do dano fosse de difícil constatação.

Ainda que com a promulgação da Constituição Federal em 1988 possibilitando a reparação do dano extrapatrimonial “puro”, não havia lei infraconstitucional possibilitando tal, haja vista que o tão vigente Código Civil de 1916 nada se referia a respeito, mas, o Poder Judiciário não deixou de indenizar os

jurisdicionados quando o era acionado, sobretudo, em máximo respeito à norma superior (BONATTO, 2011, p. 137). Porém, com o advento do Código Civil de 2002, ficou expressamente reconhecido a indenizabilidade do respectivo dano (Art. 186), inclusive, dispôs de um capítulo específico de direitos personalíssimos respaldados de tutela jurídica.

Assim, superada as correntes que sustentavam a total irreparabilidade do dano extrapatrimonial e, posteriormente, a reparabilidade condicionada, onde foi recepcionando definitivamente a indenizabilidade do dano extrapatrimonial puro, haja vista a previsão constitucional e infraconstitucional, começou-se a discutir qual seria o caráter e de que modo à indenização seria conferida ao lesado.

Nas palavras de Silva, a reparação civil é (2006, p. 365):

[...] fazer reparo no que foi danificado, fazer concerto, fazer restauração, etc. A reparação constitui o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante*; é restabelecer as coisas conforme o seu estado original (*restitutio in integro* – restituição integral – deve ser quem lesa a outrem de reparar o dano). Todavia, muitas vezes é impossível se restabelecer as coisas ou as pessoas ao *status quo ante* (reparação natural ou *in natura*). Em tais hipóteses se diz que reparação deve ser entendida como o ato de indenizar, compensar ou ressarcir.

Por outro lado, Matielo (2001, p. 57) destaca as finalidades em que a reparação/indenizabilidade terá à vítima:

Tem entre nós hoje, portanto, duas finalidades a reparação dos danos morais:

- 1ª) indenizar pecuniariamente o ofendido, alcançando-lhe a oportunidade de obter meios de amenizar a dor experimentada em função da agressão moral, em um misto de compensação e satisfação;
- 2ª) punir o causador do dano moral, inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

O primeiro conceito transcrito traz uma ideia de restaurar a situação pré-dano (*status quo ante*), remetendo a ideia de que a indenização tem como caráter recompor a vítima pelo dano a que foi acometido, ainda que, em inúmeras hipóteses a restauração torna-se impossível, o que nos remete ao segundo conceito transcrito, onde a “satisfação/compensação” é característica da reparação, isto é, havendo o dano irreparável, a indenização terá a natureza de satisfazer a vítima, a ponto de possibilitar a mesma a obter meios capazes de atenuar ou neutralizar seu sofrimento.

Neste último caso, a indenização pecuniária não paga a dor ou o sofrimento, mas possibilita a vítima a oportunidade de se buscar tratamentos psíquicos, emocionais ou físicos que o recuperam do mal sofrido (MATIELO, 2001, p.58). Além disso, a indenização possui um caráter punitivo ao ofensor, servindo para inibir o opressor de praticar ou deixar de atuar quando devido, e consequentemente causar lhe lesão a terceiros.

A reparação pecuniária não possui conceituação expressa na legislação brasileira em vigor, porém, no Art. 944, do Código Civil, explicita de que forma a vítima será indenizada, dispondo que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A partir desse dispositivo, reforçou-se a corrente da reparação integral, trazida então doutrina francesa e lá conhecida como “*tout le dommage, mais rien que le damage* – todo o dano, mas não mais que o dano” (FILHO, 2014, p. 27-28).

A reparação integral é o princípio norteador da responsabilidade civil no Brasil, sendo que é, a partir dele, que inúmeros critérios e parâmetros são utilizados pela doutrina e jurisprudência para quantificar o *quantum* indenizatório a vítima, tendo em vista a grande problemática que envolve o tema, e que será estudado minuciosamente no próximo tópico.

3.2 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O ARBITRAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA

Superada a discussão acerca da possibilidade de indenizar pecuniariamente determinado indivíduo quando lesado seus direitos personalíssimos, tanto a doutrina como a jurisprudência pátria passaram a então, discutir como chegar-se ao *quantum debeat* devido à vítima, haja vista inexistir critérios rígidos na legislação para tanto, de modo que, tal indenização não pudesse significar fonte de vantagem econômica ao lesado, e de outro lado, não ocasionasse a ruína do ofensor.

A partir desta indefinição legal, doutrina e jurisprudência iniciaram o processo de quantificação da indenização, assegurados pelo princípio da reparação integral, este que foi e vem sendo utilizado até hoje em todos os ordenamentos jurídicos, mas que foi modernizado na França (Art. 149, do *Code Civil*) e recepcionado no Brasil com a promulgação da Carta Magna em 1988, ao dispor que a dignidade da pessoa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito,

impondo a reparação íntegra ao indivíduo lesado, conforme previsão no Art. 5º, inciso V e X (FILHO, 2014, p. 27).

Nas palavras de Cavalieri Filho, a reparação integral do dano se traduz em:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior a lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano (2014, p. 26).

O princípio da reparação integral do dano basicamente conceitua-se em reparar integralmente a vítima pecuniariamente, e não havendo a possibilidade de restaurar a situação pretérita a lesão, o que ocorrerá na maioria das situações que houver dano extrapatrimonial, a indenização terá o caráter compensatório, possibilitando de forma mais ampla a vítima buscar os meios capazes de neutralizar ou atenuar o sofrimento.

Reparar-se integralmente o dano causado à vítima passa-se longe ser tarefa compreensível aos magistrados, motivo pelo qual tal princípio foi desmembrado em três funções, a compensatória: visa reparar a totalidade dos danos sofridos; indenitária: a indenização está limitada a extensão dos danos, não podendo, de forma alguma, caracterizar fonte de vantagem pecuniária ao lesado; e, por fim, concretizadora: é atribuir correspondência entre o dano e a indenização conferida pelo magistrado, utilizando-se, a partir daí, de critérios pedagógicos para fixar o *quantum debeat* (FILHO, 2014, p. 28).

Tais critérios pedagógicos foram elaborados principalmente com o advento do Código Civil de 2002, por conta da nova concepção de reparar o dano prevista no Art. 944, na qual dispôs que a indenização seria medida pela extensão do dano. Na visão de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 28), a obrigatoriedade imposta pelo respectivo dispositivo é de: “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade”.

A regra prevista no *caput* do Art. 944, do Código Civil, é a externalização do princípio da reparação integral no ordenamento infraconstitucional brasileiro, sendo que tal regra não possui qualquer relação com nenhum dispositivo do código de

1916. O critério da extensão do dano depende necessariamente da análise de provas, o que é motivo de intensa problemática em nossas decisões judiciais, diante a não análise de matéria de fato nos Tribunais Superiores (Sumula 07 do STJ), o que se exige uma averiguação com maior cautela em nossos tribunais de primeiro grau, mas que inevitavelmente, julgados venham a divergir (BONATTO, 2011, p. 145).

A extensão do dano é caracterizada pela natureza do direito usurpado da vítima e quais os reflexos que tal dano ocasionará em sua vida social, profissional ou estritamente íntima. É basicamente objetivar tal direito a ponto de concluir a gravidade em sua violação, na qual Aquino exemplificou de forma muito compreensível:

A medida da extensão do dano poderá ser estabelecida sob a análise de diversos aspectos. O primeiro e mais evidente é o aspecto da dignidade humana atingido. Ou seja, a lesão à vida tem uma extensão maior que lesão à liberdade sexual (v.g. estupro), que, por sua vez, supera uma lesão à honra objetiva (v.g. um protesto indevido de título).

Embora esta gradação possa experimentar variações conforme a cultura do local, devido às proporções continentais de nosso país, no geral, haverá uniformidade nessa avaliação, sendo a experiência comum, a sensibilidade do magistrado suficientes para aquilatar e estabelecer as distinções (2006, p. 26).

O direito a vida irá se sobrepuser a todos os demais direitos inerentes ao homem, motivo pelo qual sua violação refletirá em uma indenização mais significativa a vítima ou à sua família, e assim sucessivamente. É verdade também que diante a diversidade de culturas em nosso território nacional, haverá situações isoladas em que determinado direito para uma comunidade é mais relevante para outra, o que terá que ser apreciado de acordo com o caso concreto.

O critério da extensão do dano vem assegurado pelo texto constitucional (Art. 5º, *caput*), na qual prevê o direito de resposta (indenização) proporcional ao agravo acometido (ação ou omissão ilícita), demonstrando de forma evidente que o vigente Código Civil, elucidou o princípio da reparação integral em seu texto infraconstitucional, de forma a possibilitar a vítima a mais ampla reparação pecuniária possível, desde que, observada a sua limitação indenitária (BRASIL, 1988).

Por fim, quanto à extensão do dano, a doutrina majoritária e posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, adotaram o entendimento de que a

indenização arbitrada pelo respectivo critério, além de possuir o caráter ressarcitório ou compensatório possuirá o caráter também punitivo ao ofensor, em que pese inexistir na legislação tal previsão, motivo pelo qual é utilizada como argumento pela doutrina opositora a esta ideia (FILHO, 2014, p. 125-127).

Há importantes funções de a indenização possuir o caráter punitivo, conforme ensina Pereira (2007, p. 315-316):

Como tenho sustentado em minhas *Instituições de Direito Civil* (v. II, nº 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos ou duas concausas: I – *punição ao infrator* pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – *pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, sejam mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.

Conclui-se que além de a indenização arbitrada pelo critério da extensão do dano, que tem o caráter preferencialmente compensatório, visa também punir o ofensor a não praticar ou deixar de praticar determinadas ações lesivas.

Por outro lado, o parágrafo único, do Art. 944, prevê que havendo desproporcionalidade entre a gravidade da culpa e o efetivo dano, o juiz reduzirá a indenização equitativamente, isto é, o grau de culpa tornou-se um dos critérios para fixação do *quantum debeatur*, cujo entendimento foi chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 403940, em 02 de maio de 2002, em plena *vacatio legis* do vigente código civil (BONATTO, 2011, p. 142).

Trata-se, portanto, de incumbência do magistrado analisar de forma minuciosa as provas carreadas nos autos, e averiguar se houve desproporção entre o grau de culpa do lesante com o efetivo dano experimentado pelo lesado, hipótese esta em que o magistrado terá que arbitrar o *quantum debeatur* equitativamente de acordo com o grau de culpa do lesante, e menosprezando o efetivo dano extraordinário que experimentou o lesado.

A fim de exemplificar a aplicação deste critério estabelecido pelo Código Civil de 2002, antes mesmo, em 1998, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já havia reproduzido hipóteses para fundamentar seu julgado (Apelação Cível nº 00598053924), ao dispor de um atropelamento em grau de culpa leve, mas que teve consequências graves para a vítima, bem como um indivíduo que pratica uma

tentativa de homicídio, mas que apenas cause lesões leves à vítima (BONATTO, 2011, p. 142).

Porém, algumas doutrinas adotaram o tom de que tal comando abalou o princípio da reparação integral, cujo determinou quantificar o grau de culpa do lesante com o efetivo dano, cravando sua inconstitucionalidade inclusive, porém, firmou-se entendimento que o dispositivo obstará a ocorrência do excesso na condenação (FILHO, 2014, p. 28).

Além da desproporcionalidade do grau de culpa com o efetivo dano, há ainda a concorrência de culpa ou concorrência de causas, na qual é definida por Cavalieri Filho quando: “paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos” (2014, p. 58).

Entende-se por concorrência de culpa ou concorrência de causas quando duas ações negligentes ou imprudentes resultam em um único dano, sendo que ambas as condutas contribuíram para tanto. Neste caso, a regra a ser aplicada é a contida no Art. 945, do Código Civil, cuja doutrina entende ser devida a divisão da indenização, não pela metade, porém mais em consonância com o grau de culpabilidade de cada agente (FILHO, 2014, p. 59).

Os critérios estudados acima são oriundos puramente da legislação, nas quais constantemente vêm sendo debatidos pela doutrina e jurisprudência a fim de não desvirtua-los. Há de ressaltar também que, em que pese encontrar determinadas doutrinas criticando tais critérios como mecanismos que abalam o princípio da reparação integral na responsabilidade civil, os julgados nacionais unanimemente os aplicam argumentando ser essencial para o equilíbrio da indenização.

A condição socioeconômica das partes é outro critério uniforme utilizado pela jurisprudência, em que pese ser também criticada por alguns doutrinadores, tendo em vista o argumento de que estaria violando o princípio da isonomia consubstanciado na Constituição Federal (Art. 5º, *caput*), mas, na verdade, o majoritário entendimento é no sentido de que o dano irá refletir na órbita pessoal de cada indivíduo de forma desigual, conforme leciona Bento de Freitas (2009, p. 20-21):

Muito embora a própria Constituição da República Federativa do Brasil tenha por máxima que todos seriam iguais perante a lei, o que se verifica é

que cada ser humano é uno, distinto dos demais, reflexo de todo um conjunto social que implicou a formação daquele indivíduo específico, com toda uma bagagem educacional, moral, econômica, social, política, religiosa. Assim sendo, como cada ser é único, inigualável, todo e qualquer evento que venha a ocorrer na esfera de uma determinada pessoa, pode ter repercussões diferentes para um, da que teria para outro indivíduo, com toda uma bagagem sócio-afetiva distinta.

Apesar de todos os indivíduos receberem tratamento igualitário por força do texto constitucional, com a aplicação do critério socioeconômico das partes ao momento de condenar alguém a indenizar *outrem*, tal princípio (igualdade) deverá ser mitigado, haja vista a clarividente existência de desigualdade social, educacional e especialmente, econômica, fazendo com que um determinado dano possa causar efeitos dissemelhantes a depender da vítima.

Em grande parte dos recursos interpostos ao Superior Tribunal de Justiça, que buscam a majoração ou minoração do *quantum* indenizatório, é unânime à apreciação da condição socioeconômica do ofensor e da vítima, tendo em vista que quase sempre há desproporcionalidade na condição socioeconômica, é o exemplo do Recurso Especial nº 214053, em que a Corte assim entendeu:

[...] observo que, conquanto tenha a recorrida sofrido o desconforto anunciado, a quantia fixada é desproporcional ao padrão econômico da recorrida e da recorrente, sendo quatro vezes superior à sua folha de pagamento e várias vezes mais o salário percebido pela recorrida no seu honrado labor de empregada doméstica. Esses elementos devem ser considerados pois não podem ser desprezadas as condições pessoais dos envolvidos, adequando-se o valor indenizatório à situação de cada um deles, conjugadamente, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que a indenização não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado (2001).

No julgado supra, entendeu-se ser excelso o *quantum* fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (R\$ 50.000,00), ante a não análise das reais condições econômicas dos envolvidos, sendo que a indenização era consideravelmente superior à remuneração percebida pela vítima e também quatro vezes superior ao do empresário (ofensor). Tal obrigatoriedade visa proteger, inclusive, o não enriquecimento ilícito à vítima, e também de não prejudicar a própria subsistência do ofensor, de modo a tornar a indenização limitada à compensação do dano.

Outro critério utilizado nas decisões judiciais é o da intensidade do sofrimento da vítima, na qual visa avaliar o período temporal em que o dano se

perdurou e as consequências para sua vida social por conta dessa situação, ou, o período futuro de sofrimento estimado em decorrência do ato lesivo. Trata-se, na verdade, de uma desfragmentação do critério da extensão do dano, pois o grau e intensidade do sofrimento a vítima é imprescindível para arbitrar uma indenizatória capaz de compensar e satisfazer a vítima, correspondendo assim, com o critério da extensão do dano (BONATTO, 2011, p. 146).

O grau de sofrimento e sua duração são na maioria das vezes utilizados para arbitramento do dano morte, tendo em vista que a perda de um ente próximo gera indiscutivelmente dor e sofrimento por longo lapso temporal. Tal critério não está interligado ao caráter punitivo, mas sim a função satisfatória, cuja indenização terá caráter de compensar uma situação pretérita ou presente, neste último caso o dano se perdurará por longo período (BONATTO, 2011, p. 147).

Observa-se que a doutrina e jurisprudência construíram uma forma de arbitrar o dano extrapatrimonial, ainda que inexistente a maioria dos critérios na legislação, pode-se observar também que o constituinte pretendeu proporcionar ao indivíduo lesado a mais ampla reparação, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho:

Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que em seu nome indevidamente lançado no rol dos mal pagadores (SPC) – o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais (2014, p. 127).

O magistrado ao arbitrar o *quantum debeatur* deve antes de tudo ter prudência e bom-senso, tendo ainda em mente basicamente dois marcos, que a indenização seja completa ao indivíduo lesado, pois caso contrário, estaria deixando de compensar ou restaurar o dano, bem como deve estar limitada a reparação ou compensação do dano, sob pena de estar enriquecendo a vítima ilicitamente.

3.3 OS BENS JURIDICAMENTE TUTELADOS NA CLT E A SUA REPARAÇÃO ANTES DO ADVENTO DA LEI 13.467/2017

Os danos extrapatrimoniais não estão restritos somente na seara civil, porém, mas do que nunca, existentes nas relações de trabalho (quase sempre empregatícia), tendo em vista a desigualdade hierárquica que os contratantes se encontram, em especial a econômica, bem como por que o empregado está internamente subordinado ao empregador no que tange ao poder de direção, organização e disciplina, e diante o pressuposto da personalidade que a relação empregatícia exige, o obreiro estará sujeito a todos os riscos da atividade, colocando em cheque seus bens pessoais tutelados (CARMO, 1995, p. 62).

Havendo a ocorrência de danos extrapatrimoniais na relação de emprego, poderá o empregado ou empregador pleitear judicialmente a reparabilidade destes danos, como ocorre nas relações privadas reguladas pelo Código Civil. A reparabilidade dos danos extrapatrimoniais oriundos das relações de trabalho seguiu o mesmo trilho daqueles regulados pelo Códex Civil, inicialmente inadmitindo a ideia de reparação (teoria negativista), posteriormente a indenizabilidade condicionada, e por fim, com a promulgação da Carta Magna, admitindo indiscutivelmente a indenizabilidade plena (FILHO, 2017 p. 221).

Contudo, somente com a Emenda Constitucional n. 45/2004, determinou a competência a Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações indenizatórias de dano extrapatrimonial ou material decorrentes da relação de trabalho (Art. 114, inciso VI, CFRB/88), que por sua vez, tinham e tem como fundamento o Art. 5º, incisos V e X, bem como por determinados direitos sociais amparados no Art. 7º, ambos da Constituição Federal.

Neste horizonte, verifica-se que o Tribunal Superior do Trabalho já se deparou com pleito recursal em sede de Recurso de Revista (PROC. Nº TST-RR-791.324/2001.2), pugnando pela incompetência da justiça do trabalho para processar e julgar ações de cunho indenizatório. Todavia, se posicionou no sentido de que existe controvérsia acerca do fato gerador do dano, ou seja, se o mesmo possui nexos de causalidade com a relação de emprego ou não, motivo pelo qual a justiça competente é a do Trabalho.

Registra-se que a discussão acerca da reparabilidade do dano extrapatrimonial em que pese restar superada com a promulgação da Carta Política, continuou-se a discutir na doutrina e no Poder Legislativo, com os projetos de leis que lá chegavam, acerca dos critérios da quantificação do dano, tendo em vista o

excessivo número de pleitos indenizatórios em que os empregadores passaram a denominar da famosa “indústria do dano moral” (FILHO, 2017, p. 222).

Os projetos de leis que tramitaram na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal estabeleciam que a reparação dos danos extrapatrimoniais devesse ser de forma tarifada, ou seja, com a imposição de limites pecuniários para fixar a indenização que quase sempre alterna de acordo com a natureza da lesão, como, por exemplo, o projeto de lei 155/1999 (Art. 7º). Todavia, obteve-se desfecho positivo acerca do tarifamento da indenização por dano extrapatrimonial, com o advento da Lei 13.467/2017, que alterou substancialmente a reparação civil na CLT, ao dispor no Art. 223-A, e seguintes, comandos indicativos e taxativos acerca da reparação, tratando-o com um sistema puramente hermético, e que será estudado no tópico seguinte deste trabalho.

Sendo possível a reparação por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho por força do texto constitucional, o direito do trabalho incansavelmente buscou auxílio no Código Civil no que tange aos direitos de personalidade, tendo em vista que na consolidação inexistia um capítulo prevendo tais direitos aos trabalhadores. O Código Civil de 2002, no livro I, capítulo II, dispôs sobre os direitos personalíssimos dos indivíduos, cujo prevê a regulamentação ao nome, pseudônimo, imagem, honra e vida (FILHO, 2017, p. 222).

Com o advento da Lei 13.467/2017, somente no Art. 223-C, estão previsto os direitos personalíssimos dos trabalhadores, que foi denominado pela legislação como bens juridicamente tutelados. Ocorre que ao observar a posição do eminente doutrinador, Boucinhas Filho posicionou-se no sentido de que o rol de bens é limitado, até pelo número de direitos fundamentais que os trabalhadores passaram a adquirir após 1988. Na obra apresentada pelo autor¹, corroborada pela lição do professor Romita, são conceituados como direitos fundamentais:

Apresenta como direitos fundamentais do trabalhador o respeito à intimidade; o respeito à vida privada; o respeito a honra; o respeito à imagem; o direito à Livre manifestação do Pensamento; à Liberdade de Consciência e de Crença; à Liberdade de expressão e de informação; o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; o direito a igualdade, à proibição de discriminação, os chamados direitos de Solidariedade. (sindicalização,

¹ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017). São Paulo: LTr, 2017, p. 221-227.

negociação coletiva e greve), a representação dos trabalhadores e dos sindicatos na empresa, a proteção contra a despedida injustificada; o direito ao repouso; a saúde e segurança do trabalho; o meio ambiente do trabalho (2017, p. 223).

Conclui-se que a legislação de direito material do trabalho ainda peca quanto aos direitos fundamentais, em especial aos personalíssimos, pois ainda que com a vigência da Lei 13.467/2017 será necessário buscar subsídio em outras legislações, tendo em vista que o seu rol de bens tutelados é estritamente limitado.

Todavia, há autores que argumentam no sentido de que os direitos personalíssimos, por estarem previstos no texto constitucional, não são direitos exclusivamente dos trabalhadores, ou seja, tais direitos transcendem a relação existente entre empregado e empregador, sendo incorreto, portanto, afirmar que se trata de direitos trabalhistas (FONSECA, 2006, p. 3).

Não bastasse a escassez de direitos fundamentais dos trabalhadores nas legislações pertinentes, em especial na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), não há também normas que regulamentam a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, ou seja, não há qualquer válvula de escape para o problema do *quantum satis*, fazendo-se necessário subsidiar ao Código Civil, que por sinal, também não soluciona integralmente o problema, conforme anteriormente estudado (SANTOS, 2002, p. 189).

Em que pese à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais oriundos das relações de trabalho seja semelhante ao das outras relações reguladas pelo Código Civil, na Justiça do Trabalho o magistrado além de utilizar-se dos critérios da extensão do dano, grau de culpa, intensidade do dano sofrido e condição socioeconômica dos envolvidos, deve acrescentar a 'posição do ofendido' e o '*status* social do ofendido', que nas palavras de Santos merecem referência (2002 p. 189):

Deve-se acrescentar ao elenco acima, em se tratando de Dano Moral Trabalhista, a personalidade do empregado lesado, em especial a sua notoriedade, como fator de revelo na determinação da reparação competente, diante da repercussão que produz o Dano Moral experimentado. Com efeito, a popularidade amplia a esfera da exposição da pessoa, tornando mais acentuada a repercussão, e, como consequência, o vulto da reparação.

Neste sentido, a análise da reparação por Dano Moral Trabalhista também deve se pautar pelo *status* social do empregado e sua imagem perante a sociedade no mercado (clientes e empresas concorrentes). Portanto, um diretor de uma empresa multinacional que tenha um relacionamento amplo e, por conseguinte, uma grande exposição na sociedade, tem que ser

analisado à luz desses aspectos, diferentemente do que ocorre com um operário desconhecido que milita no interior de uma empresa.

A primeira situação ilustra bem a posição de inferioridade que o trabalhador está diante de seu empregador, submisso ao poder diretivo e disciplinar deste último, estará evidentemente mais vulnerável a situações que causem dano do que seu empregador. Com isso, a importância de se reconhecer a posição de inferioridade que se encontra o trabalhador na respectiva relação empregatícia, e que por sinal, é notoriamente reconhecida pela sociedade, e inclusive, pela legislação trabalhista que é pró-trabalhador.

Por outro lado, o segundo critério específico da reparabilidade do dano extrapatrimonial na relação do trabalho, diz a respeito à importância que o empregado ou empregador lesado tem com a sociedade externa, quer dizer, a amplitude de seu quadro de clientes, a dimensão de sua credibilidade perante a sociedade, bem como a mensagem que o ofendido a passava a título de conhecimento para terceiros. Havendo o efetivo dano extrapatrimonial, o magistrado terá que averiguar o grau de exposição perante o corpo social, sendo que, quanto maior for o grau, superior terá que ser a indenização, conforme brilhantíssimo exemplo exposto pelo autor supra.

Nesta seara, além dos critérios de arbitramento criados utilizados pela doutrina e legislação civil, a Justiça do Trabalho irá fazer uso também dos preceitos da posição do ofendido e do seu *status* social, mas de modo que tais critérios não o desvirtuem o objetivo da indenização que é de compensar a vítima e não de enriquecê-la ilicitamente.

Por fim, quanto à reparabilidade do dano extrapatrimonial decorrentes das relações de trabalho, a jurisprudencial brasileira vem recepcionando de forma significativa o caráter “*Exemplary*” ou “*Punitive Damages*”, nas indenizações pecuniárias, em especial quando é em prol do empregado. Tal teoria foi desenvolvida nos Estados Unidos e se caracteriza por possuir tanto a natureza compensatória como a de inibir o empregador a adotar ou deixar de adotar tais condutas.

A teoria do *Punitive Damage* é imprescindível para Porto (1994, p. 124-127):

[...] como o seu próprio nome indica, de uma indenização tão elevada que possa servir de exemplo aos outros membros da sociedade, no sentido de

que o comportamento do autor do dano é de tal ponto condenável que ele merece uma sanção complementar.

Nesta mesma linha de raciocínio o autor aduz que o fundamento da punição é de obstar que o ofensor venha novamente a praticar ato ou omissão lesiva a direitos socialmente tutelados, ainda mais quando o ofensor se tratar de indivíduo “empregador”, ou seja, o direito que está sendo violado não reflete somente na órbita do lesado, mas na de milhares de indivíduos que estão submetidos ou sujeitos a tais ações/omissões (1994, p. 126-127).

Todavia, o autor adverte que apesar da obrigatoriedade de estar presente o caráter inibidor, a princípio da proporcionalidade deve ser sempre respeitado, pois tal caráter ainda que importante na reprimenda de futuras ações, pautado no objetivo do respeito aos direitos personalíssimos, em especial a vida, não é elemento núcleo nas indenizações (1994, p. 126-127).

Para Santos (2002, p. 188-189), o caráter punitivo é mecanismo capaz de evitar o retrocesso a todos os direitos adquiridos até hoje pelos trabalhadores, em especial, ao concluir que:

Já se foi a época da escravidão, da brutalidade, do desrespeito à dignidade alheia, da prevalência da lei do mais forte sobre o mais fraco ou hipossuficiente, o que deve imperar nas relações entre nós, cidadãos, que já estamos prestes a adentrar no terceiro milênio, é o respeito mútuo, a compreensão, o enaltecimento dos valores morais mais elevados, pois no fundo estamos todos íntima e inexoravelmente ligados pelas forças invisíveis que regem a Natureza (2002, p 188-189).

Conclui-se que a indenização além do caráter compensatório à vítima, terá que ter a finalidade de reprimenda a não violação dos direitos e valores sociais adquiridos ao longo do tempo, interligada à ideia de respeito e humanidade, inibindo por sua vez, o estigma capitalista (empregador, neste caso) de apropriar-se de indivíduos dotados de direitos, com o objetivo de almejar unicamente lucro.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

4.1 OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E SUA FORMA DE ARBITRAMENTO A PARTIR DA LEI 13.467/2017

Como já estudado no capítulo anterior, o Direito do Trabalho sempre buscou subsídio em outras legislações no tocante ao tema de responsabilidade civil, em especial na Constituição Federal e no Código Civil, tanto é que havia a previsão desta subsidiariedade ao direito comum, no parágrafo único, do Art. 8º da CLT, ao prever que: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” (BRASIL, 1943).

Com a reforma trabalhista, dada com o advento da Lei 13.467/2017, em que pese manteve-se o caráter subsidiário do direito comum, o reformista suprimiu o filtro de compatibilidade que possibilitava a aplicação de outras legislações, desde que condicionada à ideia de harmonia com os princípios e preceitos fundamentais do direito do trabalho, uma vez que em uma análise restrita do modificado dispositivo, conclui-se pela aplicação imediata do direito comum, independentemente se este é ou não compatível com os princípios e preceitos fundamentais do direito do trabalho (OLIVEIRA, 2017, p. 339).

A controvérsia que gira em torno da reforma trabalhista, se dá em razão de que ao acrescentar o título II-A, na seção XVI, do capítulo V, da CLT, que regulamenta exclusivamente a reparabilidade do dano extrapatrimonial nas relações empregatícias, o Art. 223-A, dispõe que: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”, ou seja, unicamente neste tema o legislador desejou a não interferência do direito comum para a resolução da lide, estando o magistrado impossibilitado de socorrer-se a outras legislações.

Trata-se de um sistema hermético, indo na contramão, inclusive, da teoria do diálogo das fontes, na qual Boucinhas Filho (2017, p. 222) descreve como:

Ela representa um importante passo no caminho de uma visão mais integrada, sistêmica do direito. Não trata apenas de considerar o sistema no qual se integra a norma, relacionando-a com outras que tratem do mesmo objeto, o que ademais já era feito pela interpretação sistemática. Trata, efetivamente, de considerar o ordenamento jurídico como um todo, capaz de apresentar soluções para os mais diversos e inusitados temas a partir do estudo conjunto de seus mais diversos ramos.

Portanto, a novel legislação trabalhista tornou a reparação dos danos extrapatrimoniais incomunicável com o restante do sistema jurídico, mas apesar desta nítida afronta a teoria do diálogo das fontes, há ainda a precariedade de dispositivos capazes de solucionar todas as situações indenizáveis, e, aliás, todo o novo sistema de reparação apresenta ilegalidades com o restante do ordenamento jurídico, em especial à Lei Maior, mas que será estudada mais adiante.

Seguindo às inovações trazidas pela legislação reformista, nos Arts. 223-C e 223-D, estão previstos os bens juridicamente tutelados nas relações do trabalho, tanto da pessoa física (empregado), como da jurídica (empregador) respectivamente. Já foi estudado no capítulo anterior que o legislador equivocou-se ao criar um rol taxativo e bem escasso de direitos, porém, com o intuito de tutelar uma maior gama de bens, a medida provisória n. 808/2017, acrescentou também como bens juridicamente tutelados a etnia, a nacionalidade, o gênero e a saúde, mas diante a sua não conversão em lei, nos termos da norma constitucional, perdeu a sua vigência e voltou-se ao *status quo ante*.

Não que com a alteração dada pela medida provisória em comento, solucionou-se a quietação da lei reformista, ao contrário disso, caso se fosse seguir unicamente a referida legislação, ainda são bens não indenizáveis o nome do trabalhador, integridade psíquica e a integridade funcional, isto é, bens jurídicos respaldados de tutela jurisdicional e que habitualmente são violáveis nas relações empregatícias (FILHO, 2017, p. 223).

O Art. 223-B apresenta clara ilegalidade no tocante à legitimidade para propor à ação indenizatória, ao dispor que: “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”, em simples análise conclui-se que somente a vítima é legítima para a propositura da ação, excluindo neste contexto os danos morais indiretos e/ou reflexos ou em ricochete, nas qual seria ajuizada pela vítima que sofreu o dano indiretamente (OLIVEIRA, 2017, p. 343).

Para Oliveira (2017, p. 344), trata-se de afronta ao texto constitucional, ante o obstáculo criado por lei ordinária em obstar o indivíduo que sofreu o dano indiretamente a pugnar pela compensação econômica cabível:

Neste ponto, entendemos que a previsão viola diretamente o altissonante princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso

XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, ao tentar, de forma subreptícia, excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões sofridas pelas vítimas indiretas.

[...]

Se o dano reflexo é uma realidade fática incontestável e é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e jurisprudência, como deixar os lesados ao desamparo concedendo uma isenção ou assegurando indiretamente impunidade ao ofensor?

Assim, chega-se a conclusão de que o dispositivo viola o texto constitucional, pois se o ordenamento jurídico possibilita que todo ato lesivo que venha a causar danos a terceiros, é suscetível de reparação (Art. 5º, inciso V), independentemente se o dano é direto ou indireto, não pode a legislação reformista abolir a reparação civil com relação à última hipótese, ou, então, criar uma regra processual para impossibilitar e/ou dificultar que àquele que foi acometido pelo dano, pleiteie a tutela jurisdicional.

Tais inovações no tocante a responsabilidade civil nas relações de trabalho são de suma importante, assim como a previsão da responsabilidade solidária de todos os indivíduos que contribuíram para o dano, na proporção de sua culpa ou dolo (Art. 223-E), bem como a previsão da cumulatividade do pedido com dano material (Art. 223-F), porém, o ponto de maior crítica e relevância beira acerca da tarifação ou tabelamento (denominação preferível por determinadas doutrinas) do dano extrapatrimonial (BRASIL, 2017).

O Art. 223-G, § 1º, classifica os danos extrapatrimoniais em quatro modalidades, os de natureza leve, média, grave e gravíssima, todos com valores pecuniários diferenciados, respectivamente de forma crescente. Ocorre que o magistrado ao entender que o empregador ou empregado possuem responsabilidade civil com relação ao dano causado, o único norte que possui para arbitramento, respeitando o limite da natureza do dano, é o rol exaustivo previsto nos incisos I a XII, do mesmo dispositivo supramencionado (FILHO, 2017, p. 226), cujos critérios são:

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.

Para Boucinhas Filho (2017, p. 226) e Oliveira (2017, p. 356), o rol é bastante didático para o magistrado averiguar a natureza do dano e o arbitrar, porém sua previsão expressa na legislação poderá acarretar determinada onerosidade para à ação judicial, conforme brilhantíssimas lições:

Não é descabido ressaltar que esse rol serve doravante apenas de parâmetro para categorizar o dano como leve, médio, grave ou gravíssimo. Já não servira para deixar o magistrado livre de arbitrar o valor que melhor convier. É possível – e será bastante ruim para a duração do processo se essa hipótese se concretizar – que esses parâmetros sejam utilizados em embargos de declaração e recursos ordinários em que alguma das partes reivindicará maior ou menor indenização em razão da falta de menção expressa a um deles (2017, p. 226).

Não se nega que a elaboração de um roteiro para o juízo apreciar o dano extrapatrimonial é positiva, porque indica para o julgador e para as partes os fatos mais importantes que deverão ser considerados, bem como as principais provas que serão priorizadas. Na realidade, o julgador já fazia subjetivamente essa apreciação considerando os pontos indicados ou outros também relevantes, mas agora, ao positivar o rol, pelo menos esses quesitos não podem deixar de ser apreciados (2017, p. 356).

Em que pese o rol irá auxiliar o magistrado a identificar a natureza do dano, por outro lado, exigirá do mesmo que fundamente a sua decisão mencionando todos os critérios pormenorizadamente, sob pena de cerceamento de defesa da parte vencida. Entende-se também que tais critérios devem ser analisados *in casu* com acautelamento, tendo em vista que inexiste na relação empregatícia uma igualdade de interesses, sendo que o empregado é o mais necessitado e está subordinado ao poder diretor e disciplinar do seu empregador (OLIVEIRA, 2017, p. 356).

Imperioso é identificar cada critério e como o mesmo deverá ser avaliado pelo magistrado no caso em concreto, a começar pela “natureza do bem tutelado” (inciso I), na qual se trata de um fragmento do critério da extensão do dano previsto no Art. 944, do Código Civil, e que já foi devidamente abordado no capítulo anterior. No ordenamento jurídico há uma hierarquia de bens tutelados, sendo que alguns possuem um tratamento mais intenso do que outro, e quando violado, a sua indenização deverá ser superior.

Os direitos humanos, por exemplo, em razão de sua extensa abrangência, se sobrepõe aos direitos fundamentais, normas constitucionais e infraconstitucionais, e assim sucessivamente se segue a ordem citada (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 135), motivo pelo qual o valor da indenização deverá ser mais rígido, e, portanto, demasiado, para compensar a extensão do dano e intentar um caráter repreensor.

O segundo critério é o da “intensidade do sofrimento ou da humilhação” (inciso II), cujo entendimento exarado na obra de Goldschmidt, é de que inúmeras situações devem ser observadas neste caso, seja com relação à repercussão que o dano teve, isto é, se houve a divulgação do ato lesivo que causou constrangimento e vergonha à vítima, se foi um ato eivado de discriminação (sexo, etnia, raça ou cor), bem como se o mesmo é contínuo ou foi isolado (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 135).

Todas estas ponderações poderão aclarar o magistrado a chegar-se ao grau de intensidade e de humilhação do ofendido, possibilitando arbitrar o montante indenizatório devido e, que por ocasião, guarda certa correspondência com o quarto critério (inciso IV), na qual está exposto como “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”, tendo em vista que este é consequência da análise daquele primeiro.

O terceiro critério diz a respeito à “possibilidade de superação física ou psicológica” (inciso III), isto é, tem haver sobre a durabilidade do dano, na qual deverá ser averiguada se o mesmo é permanente ou temporário, motivo pelo qual o magistrado, via de regra, necessitará de uma prova técnica, elaborada por profissional competente para tanto, uma vez que sendo atestada a natureza permanente da lesão, maior será a indenização (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 135).

O quinto critério dispõe acerca da “extensão e a duração dos efeitos da ofensa”, na qual está expressamente previsto no códex civil, no Art. 944, e que vem respaldado pelo Art. 5º, inciso V, da Constituição Federal. É fruto do princípio da reparação integral, na qual a indenização deverá ser concedida a fim de pôr a vítima ao status quo ante, e não sendo possível, possibilitar que a mesma busque meios para cessar ou neutralizar o sofrimento.

Para Goldschmidt o critério da extensão do dano será avaliado pelo magistrado de acordo com o aparato probante constante nos autos, levando também, em conta, sua experiência comum a análogas ou semelhantes situações que já presenciou, isto é, cada situação deverá ser averiguada pormenorizadamente

o conteúdo probatório (2018, p. 136). Por outro lado, a duração dos efeitos da ofensa diz a respeito ao lapso temporal que a ofensa se perdurou, seja no caso dela vir a ser praticada reiteradamente ou ela ser divulgada ao público por tempo consideravelmente longo, mas, que dependerá se provas para tanto.

O sexto critério diz a respeito a “as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral”, cujo objetivo é impulsionar o julgador a adentrar de que forma ocorreu a ofensa ao ofendido, isto é, se este dispôs de meios para repreender o ato lesivo ou este ocorreu de forma indefensável e injusta, se a ofensa ocorreu publicamente (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 136), bem como ousou a afirmar se a ofensa foi realizada com o auxílio de terceiros.

O sétimo critério diz a respeito “o grau de dolo ou culpa”, porquanto, é depreendido do parágrafo único, do Art. 944, do Código Civil, cujo magistrado deverá tanto analisar o grau de culpa do ofensor, como o do ofendido, neste caso reduzindo a indenização caso este último tiver contribuindo. Todavia, inovou o legislador ao prever o grau de dolo, pois ou este será deliberado ou inexistente, somente podendo avaliar-se sua intensidade (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 136).

Os critérios previstos nos incisos VIII, IX e X, dizem a respeito a avaliações pós-ofensa, sendo a “ocorrência de retratação espontânea”, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “o perdão, tácito ou expresso”, respectivamente. A retratação espontânea do ato lesivo por parte do ofensor, obviamente, poderá auxiliar a reduzir a indenização caso significativamente houver à atenuação do dano a vítima, a ser ponderado pelo magistrado no caso concreto (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 136).

O esforço efetivo para minimizar a ofensa, dependerá do arcabouço probatório juntado nos autos pelo ofensor, a fim de comprovar a utilização dos meios necessários para minorar ou neutralizar o sofrimento da vítima, caso contrário, evidentemente, não possibilitará ao magistrado reduzir o montante indenizatório (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 137). No que tange ao perdão, seja este tácito ou expresso, a doutrina entende que deve ser averiguado com cautela, principalmente no que diz a respeito ao perdão tácito, pois diante a inexistência de autonomia e total subordinação do empregado ao seu empregador, a inércia em resposta pela ofensa não pode ser considerada absolutamente como perdão (OLIVEIRA, 2017, p. 356).

O décimo primeiro parâmetro é o da “situação social e econômica das partes envolvidas”, na qual já vem sendo adotada pela Jurisprudência, e constitui mecanismo essencial para resvalar no princípio da proporcionalidade, isto é, a indenização não poderá mostrar-se excessivamente onerosa ao ofensor, a ponto de dificultar sua subsistência ou de não poder pagá-la, tampouco, poderá ser inexpressiva a ponto de não possuir um caráter repreensivo a este (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 137).

Por fim, quanto aos parâmetros adotados pela legislação reformista, temos o “grau de publicidade da ofensa”, prevista no inciso XII, na qual Goldschmidt (2018, p. 137), entende que o parâmetro guarda relação com outros critérios antecedentes do mesmo rol, conforme lição:

Esse parâmetro parece estar embutido no inc. IV (reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão) e também no inc. VI (condições em que ocorreu a ofensa ou prejuízo moral), posto que, em ambos, deve-se analisar, como um das variantes, o "grau da publicidade da ofensa". Até porque, quando mais ampla a divulgação, quanto mais pessoas tomam conhecimento da ofensa, maior é o dano experimentado pelo ofendido, gerando reflexos em suas relações pessoais e sociais, por vezes irreversíveis.

Os critérios/parâmetros ora estudados, em que pese auxiliem o magistrado a identificar a natureza da ofensa, a indenização estará limitada aos limites previstos no § 1º, do Art. 223-G, que assim está exposto:

§ 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.

A indenização estará limitada ao último salário contratual percebido pelo ofendido, diferenciando-se a depender da natureza da ofensa acometida (leve, média, grave ou gravíssima), entende-se, aliás, por último salário, a remuneração base do empregado, compreendendo também as gratificações legais e comissões pagas, conforme se depreende do Art. 457, § 1º, da CLT (BRASIL, 2017).

A doutrina majoritária se posiciona no sentido da referida tarifação ser eivada de inconstitucionalidade, e por inúmeros motivos, nas quais serão abordados no tópico a seguir, mas que por sinal, em estrita observação aos dispositivos, observa-se um caráter absolutamente discriminatório entre empregados com salários dessemelhantes (SÁ, 2018, p. 38).

Em que pese o tratamento discriminatório no tocante a empregados com salários distintos foi abolido temporariamente com a vigência da Medida Provisória n. 808/2017, cujo se substituiu o salário contratual pelo valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, mas ainda assim, manteve-se discriminação no tocante a indenização por danos extrapatrimoniais a não empregados (SÁ, 2018, p. 38).

Assim, conclui-se que a novel forma de reparação dos danos extrapatrimoniais, dada com o advento da Lei 13.467/2017, e que inovou a Consolidação das Leis Trabalhistas ao acrescentar o título II-A, insurge de um sistema tarifário, abolicionista do sistema arbitral que até hoje vinha sendo discutido para aprimorá-lo, diante a dificuldade histórica que é mensurar o dano imaterial, retirou do magistrado a sua ponderação e análise equitativa de mensurar o *quantum* indenizatório, e pior, foi na contramão do que a Constituição Federal pretendeu adotar que é a reparação integral.

4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* CONFORME O SALÁRIO CONTRATUAL DO EMPREGADO

A tarifação ou tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais evidentemente se mostra o oposto do arbitramento judicial que foi estudado no decorrer deste trabalho, tendo em vista que na primeira hipótese o magistrado estará restrito a um limite legal para fixar o *quantum debeatur*.

O tabelamento, como determinadas doutrinas aderiram em denominar, em que pese ser eivado de inconstitucionalidade, o poder legislativo não se cansa de pôr em pauta projetos de leis com este objetivo, por exemplo, a Lei 5.250/67, que, inclusive, a Suprema Corte já decidiu sob sua inconstitucionalidade; o projeto de lei n. 7.124/2002, que restou arquivado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da Câmara dos Deputados; e, por fim, a PL 38/2017, protocolado no Senado Federal, e que restou convertida na Lei 13.467/2017, ora denominada reforma trabalhista (FILHO, 2002, p.185).

A indenização dos danos extrapatrimoniais nas relações do trabalho, ora seguindo os parâmetros da Lei 13.467/2017, será mensurada pelo magistrado somente pelos parâmetros do Art. 223-G, nas quais já foram estudados, e que no entender de Filho (2017), para nada servem, conforme lição:

Não existe como definir em caráter objetivo o que seria uma ofensa moral de natureza "leve" e uma ofensa de natureza "média", e, rigorosamente falando, tampouco a norma procura as fixar, sabendo que isso seria inócuo. Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser sopeados pelo magistrado, cada um com sua respectiva influência na formação do convencimento do magistrado a respeito dos agravantes, atenuantes e gravidade do caso, parece indene de dúvidas que a fixação do valor (e, por conseguinte, da gravidade da lesão), deveria ser deixada ao razoável arbítrio judicial, não auxiliando em nada a tarifação segundo a suposta natureza da lesão exceto para estabelecer um limite total que o magistrado deve observar, e criar uma discussão deveras inócua e vazia de conteúdo a respeito do fato da ofensa ser leve ou média, por exemplo.

Para o autor, a natureza da lesão não pode ser definitiva por um teto legal pré-definido, e ainda, os parâmetros lá dispostos não auxiliam a identificar a natureza da lesão, mas somente quando o magistrado sopesa todos estes e chega ao *quantum debeat*, ou seja, o legítimo arbitramento judicial.

Para o doutrinador Dallegre Neto, a legislação pátria é omissa quanto a positivar limites para fixar-se a indenização, e o assim age corretamente, inicialmente por se tratar de bem imaterial, insuscetível de avaliação pecuniária, e secundamente, porque constantemente inúmeras situações vêm sendo surgindo como passíveis de serem indenizáveis, não podendo as tratar indiscriminadamente (2014, p. 185).

A omissão do ordenamento jurídico pátrio quanto à limitação da indenização, guarda absoluta relação com o princípio da indenizabilidade irrestrita consubstanciada na Constituição Federal, na qual é a possibilidade de se requerer a reparação por danos a inúmeras situações fáticas, ou seja, a indenização não estará restrita a somente situações e valores pré-positivados na legislação. No entendimento do então Min. Cezar Peluso, na ocasião em que julgou o RE 447584-RJ, o mesmo assim assinalou: “toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República”.

A Lei 13.467/2017, ao tarifar a indenização por danos extrapatrimoniais, tragicamente os limitou de acordo com o teto do último salário contratual percebido pelo empregado ofendido, não somente indo na contramão da doutrina e legislação, como também afrontando o Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao prever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ou seja, o texto legal afronta nitidamente o referido preceito constitucional, pois é proporcionado para aquele trabalhador que possui um cargo hierarquicamente superior, uma indenização mais expressiva do que aquele que labora em cargo inferior, ainda que a ofensa seja a mesma (OLIVEIRA, 2017, p. 359).

A tarifação do dano extrapatrimonial além de afrontar o *caput*, do Art. 5º, ultraja o princípio da isonomia consubstanciado na Constituição Federal como um dos preceitos fundamentais, ao dispor no Art. 3º, inciso IV, que caberá a República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, ou seja, não se admitirá qualquer forma de diferenciação de tratamento no tocante a direitos positivados em nosso ordenamento jurídico, todavia, a Lei 13.467/17, ao tabelar a indenização com base no salário contratual do empregado ofendido, estar-se-á discriminando aqueles que recebem salário inferior (OLIVEIRA, 2017, p. 359).

Conforme já abordado no tópico anterior, na reparação por danos extrapatrimoniais oriundos das relações do trabalho, aplicam-se somente os dispositivos do “TÍTULO II-A”, da CLT, partindo-se então, desta premissa, exemplifica-se a hipótese de um empregado que recebe um salário de R\$ 1.500,00, e está realizando a pintura externa de um edifício, por meio de um andaime que é sustentado por cabos de segurança de baixa qualidade e não indicados para esta espécie de atividade, mas que seu empregador ainda assim o adquire. Em caso de desabamento que venha a levar a óbito o trabalhador e também o pedestre que estava passando no momento, haverá inúmeras situações divergentes e discriminatórias na reparação pelos danos.

Inicialmente porque no caso do empregado, os seus sucessores ajuizariam a ação no Justiça do Trabalho, já os do pedestre na Justiça Comum, o que divergirá, inicialmente, na forma de reparação, uma vez que a Justiça do Trabalho aplicará o tabelamento, e no máximo a indenização do empregado chegaria a R\$ 75.000,00, indenização esta bem abaixo do que vem sendo fixado

pelo Superior Tribunal de Justiça² em caso de indenizações por dano morte, sendo que esta indenização será realizada por meio de arbitramento conforme os critérios da extensão do dano, grau de culpa, a condição socioeconômica das partes e a duração e grau de sofrimento da vítima (SÁ, 2018, p. 41).

A tarifação dos danos extrapatrimoniais de acordo com o salário contratual do empregado ofendido, além de mostrar-se inconstitucional por lesionar o princípio da isonomia, retirará uma das principais finalidades da reparação pecuniária, que é o caráter repressivo, explica-se, o empregador já sabendo o *quantum* máximo que poderá ser condenado a pagar em eventual condenação, pouco ou quase nada adotará em medidas para prevenir-se de riscos em sua atividade prestada, e, por conseguinte, proporcionando um número maior de pleitos.

Este entendimento vem corroborado pelo entendimento aprovado pela 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho³, ao aprovar a Súmula 51 que dispõe “O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo”, ou seja, não se pode retirar da indenização o seu caráter repressivo, caso contrário, a indenização em pouco ajudará para inibir a deliberação de atitudes lesivas (JUNIOR, 2018, p. 61).

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou também a respeito da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais ao editar a Súmula 281, dispondo que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Tal entendimento emerge-se de inúmeros julgados quanto a pleitos de indenização com base na Lei de Imprensa, afirmando que com a promulgação da Constituição Federal em 1988, aboliu-se o sistema fechado e estanque da responsabilidade civil.

A doutrina entende que os dispositivos da Lei 13.467/17 que versam acerca do tabelamento da indenização, não devem ser interpretados de forma literal, mas sim adotando técnicas da Hermenêutica Jurídica, conforme ensina Delgado (2017, p. 147):

² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp 976.872/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012.

³ BRASIL, Súmula n. 51, In: 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. Disponível em: <https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>

Sem tais adequações interpretativas, propiciadas pelas técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, o resultado atingido pela interpretação literalista será inevitavelmente absurdo, tal como: a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1º, I, II, III e IV); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, lembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3º do art. 223-G).

Para o autor a não aplicação das técnicas da Hermenêutica Jurídica levará ao absurdo, tendo em vista que o referido critério adotado pela novel legislação (salário contratual do ofendido) desvirtuará a finalidade que é atribuída para a indenização, pois ao ser concedida para o empregado que recebe um salário mínimo e a outro que recebe dez vezes mais, estar-se-ia dizendo que o sofrimento daquele primeiro é inferior ao do segundo, ainda que idêntico o bem jurídico violado, a extensão do mesmo e o grau de culpa para o evento (JUNIOR, 2018, p. 64).

Neste mesmo condão, conclui-se também que o legislador logrou-se em forte equívoco em manter os parâmetros da indenização devida ao empregador, de acordo com o salário contratual do ofensor (Art. 223-G, § 2º), ou seja, do empregado, pois havendo a condenação do obreiro conforme os parâmetros do § 1º, do artigo em comento, e na pior das hipóteses, em cinquenta vezes o seu salário contratual, estar-se-ia mitigando o critério da condição socioeconômica das partes, colocando em cheque, inclusive, a própria condição de subsistência do empregado (JUNIOR, 2018, p. 64).

Assim, conclui-se que o tabelamento do dano extrapatrimonial conforme o salário contratual do ofendido/ofensor é absolutamente afronte ao princípio isonômico previsto na Constituição Federal, além do mais, ainda que o indexador da indenização não seja a própria remuneração, o ordenamento jurídico é totalmente omisso quanto a tabelamentos indenizatórios, sendo inadmissível diante o princípio da indenizabilidade restrita a imposição de limites prévios e abstratos a situações, sendo que tal tarefa é incumbida ao próprio magistrado que sopesa os critérios do arbitramento judicial e define o *quantum debeatur* devido a vítima.

4.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O tabelamento do dano extrapatrimonial já foi objeto de discussão e de problemática no Supremo Tribunal Federal em 2009, quando o Partido Democrático Trabalhista – PDT, protocolou na Corte um pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Legal, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade dos Art. 51, e seguintes, da Lei 5.250/67, famosa Lei de Imprensa, na qual tarifou a indenização por dano moral pelo salário mínimo regional.

Naquela ocasião, a Suprema Corte entendeu que os respectivos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal, sendo incompatíveis com a finalidade que a reparação do dano extrapatrimonial lhe foi atribuída, cuja mesma deve ser arbitrada a depender das circunstâncias de cada caso, cabendo ao magistrado sopesar os critérios criados pela doutrina e jurisprudência a fim de chegar ao *quantum debeatur*, conforme é possível observar em um julgado precedente, *in verbis*:

[...] II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Ta., DJ 13-08-2004) (Grifos acrescidos).

Verifica-se que a Lei de Imprensa é pretérita a Constituição Federal, motivo pelo qual ficou prejudicada declarar sua inconstitucionalidade diante a aplicação da teoria Kelseniana, nas quais as normas infraconstitucionais incompatíveis com a Constituição, não são por esta recepcionadas. Ocorre que restou confirmado pela Suprema Corte ser àqueles dispositivos incompatíveis com o atual sistema de reparação civil disposto na Carta, sendo, inadmissível o tabelamento dos danos extrapatrimoniais.

Em uma aplicação análoga daquela legislação com a atual forma de reparação instituída pela Lei 13.467/17, pode-se deduzir que neste caso a inconstitucionalidade da referida norma será brevemente declarada pelo Supremo

Tribunal Federal, haja vista que em ambas as situações há o tabelamento discriminatório do dano extrapatrimonial.

A Constituição Federal em nada dispôs acerca de como seria a reparabilidade do dano extrapatrimonial, o que por certo entende-se que não pode a legislação infraconstitucional inovar neste aspecto, em especial a ponto de restringir a possibilidade de se indenizar integralmente o dano a vítima, conforme entendimento do Ministro Cezar Peluso, extraído do RE 447584/RJ:

Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela.

Extrai-se do entendimento do eminente Ministro e relator do recurso extraordinário supramencionado, é de que se não há expressamente previsto no texto constitucional a denominada cláusula de reserva de lei restritiva, não podendo legislação subalterna delimitar direitos e garantias constitucionais (neste caso o direito a resposta proporcional ao agravo), visto que a Constituição já delimitou quais os direitos e garantias constitucionais estarão sujeitos à denominada cláusula em comento, não podendo, neste caso, admitir-se nem de forma indireta a aplicação no tocante ao instituto da reparação civil.

De outro modo, havendo a possibilidade de determinado direito ou garantia constitucional ser regulado por lei infraconstitucional, a mesma deverá acondicionar a característica da necessidade para a manutenção daqueles, ser adequada e proporcional. Para o autor, ainda que hipoteticamente houvesse a previsão da referida cláusula para a reparação civil, a mesma não seria necessária, haja vista que o bem que se almeja tutelar (bens subjetivos individuais) se sobrepõem a todos os demais bens juridicamente tutelados pelo texto Constitucional, conforme ainda merece destaque o posicionamento do Ministro Cezar Peluso:

Ora, abstraindo-se que o grau das restrições à inviolabilidade pessoal sobrepuja o fim normativo de tutela da liberdade da imprensa, parece evidente que, pelo menos, não seria nem necessária (a indenização fixa-se por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma ficção reparatória, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo, estaria sempre a independer dos critérios concretos, próprios da

valoração equitativa, cujo resultado, neste caso exemplar, bem demonstra toda a inconsistência da tese do ora recorrente. (2006, p. 5-6).

Naquela ocasião o que se estava em cheque era a tutela de direitos individuais invioláveis frente ao direito da liberdade de imprensa, porém, com a tarifação do dano extrapatrimonial na Lei 13.467/17, o que estará frente aos direitos individuais invioláveis, será a valorização do trabalho humano, consubstanciado no Art. 170, *caput*, do texto constitucional, que indubitavelmente é essencial para atividade econômica, conforme o próprio nome do título que lhe disciplina denomina, mas também estará sobrepujado a aqueles primeiros.

Para concluir o entendimento do autor acerca da restrição do dever de reparação, a imposição de regras prévias e abstratas, ocasionaria a perda do núcleo essencial do direito ou garantia constitucional restringido (direito a resposta), ao entender que a finalidade primordial da reparação civil, conforme já abordado em outra oportunidade neste trabalho, é de satisfazer a vítima pelos danos sofridos e inibir o ofensor a praticar novos episódios lesivos, conforme se vislumbra em seu parecer:

[...] na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a função satisfativa e dissuasória que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito (2006, p. 6).

De modo mais resolutivo, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir o seu voto na ADPF n. 130, entendeu que o instituto da reparação civil não pode constituir-se em um modelo abstrato que se restringe em indenizar determinadas situações ou de fixar limites indenizatórios, muito menos, caberá à norma infraconstitucional tal competência, conforme brilhantíssima lição:

Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto

que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução.

Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos.

Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal (2009).

O Ministro ainda afirmou que a melhor maneira de reparar o dano é por meio do arbitramento judicial, diante a aplicação de critérios desenvolvidos pela doutrina e que são capazes de chegar-se ao adequado *quantum* indenizatório devido para a vítima para compensar o sofrimento, preservando-se assim, as funções que o Ministro Cezar Peluso havia mencionado no julgado anteriormente citado.

Seguindo o entendimento de Moraes⁴, a Suprema Corte consolidou-se o entendimento de que os bens imateriais da pessoa humana e o seu instituto de reparação não são passíveis de serem regulados com critérios objetivos e em especial por proporções econômicas padronizadas, sendo que o prudente arbítrio do magistrado é o mais adequado para reparar-se o dano, conforme elucidou o jurista:

Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiá-la' em alguma parte o sofrimento impingido... A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimação prudencial.

Para o Supremo Tribunal Federal firmar entendimento acerca do tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais, utilizou julgados do Superior Tribunal de Justiça, que afirmavam que a Constituição adotou tratamento específico para a reparação dos danos extrapatrimoniais (Art. 5º, incisos V e X), ou seja, estes quando violados não estarão sujeitos a regras objetivas, como se dá no

⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em apelação nº 113.190-1, Rel. Des. Walter Moraes.

tabelamento da indenização, mas sim a critérios subjetivos, como ocorre no arbitramento judicial mediante a adoção de parâmetros que conduzem a chegar-se a um *quantum*, conforme se observa do julgamento do REsp 52.842-RJ:

A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o 'perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional' (Direito Constitucional, Liv. Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição de 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela lei de imprensa.

Extrai-se do entendimento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ora relator do julgado supra, que a Constituição Federal adotou para o sistema da reparação civil um sistema claramente irrestrito, absolutamente suscetível de buscar subsídio em legislações esparsas, de modo que a reparação/compensação do dano possa ser a mais completa possível, não admitindo-se, todavia, que lei especial regulamente a maneira de como se dará a reparabilidade do dano, seja esta legislação pretérita ao texto constitucional, quando se declarará a não receptividade da norma, ou posterior, declarando a inconstitucionalidade.

Os julgados pela Corte Superior em que pese tratam-se de pleitos cujo se arguia a inconstitucionalidade do tabelamento na Lei 5.250/67, a tarifação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, dada com o advento da Lei 13.467/17, somente se diferencia com relação ao indexador da indenização, sendo que na primeira ocasião utilizava-se o salário mínimo regional, e com a novel legislação o

salário contratual do ofendido. Ambas as legislações determinavam que a aplicação da norma fosse exclusivamente restrita, bem como instituíram proporções econômicas padronizadas.

As Instituições representam a classe dos empregados, em especial, já acionaram a Suprema Corte para se posicionar acerca da novel tarifação, como, por exemplo, a ANAMATRA - Associação Nacional dos magistrados da Justiça do Trabalho, na qual protocolou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (autuada pelo n. 5870), arguindo os fundamentos ora colacionados no julgamento da ADPF n. 130.

Evidentemente, a Lei 13.467/17 trouxe contornos ainda mais discriminatórios do que restringir a aplicabilidade da reparação civil, afrontou clarivamente o *caput*, do Art. 5º, da Constituição Federal, ao diferenciar a indenização pelo idêntico dano sofrido pela vítima somente porque percebe um salário inferior. Resta saber agora, como os Tribunais Regionais e Superiores, irão proceder ao deparar-se com lides indenizatórias por dano extrapatrimonial até ulterior decisão da Suprema Corte acerca do tema.

5 CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 13.467/2017 inúmeros debates foram iniciados acerca da constitucionalidade ou não de determinados dispositivos alterados, alguns sustentam a necessidade de atualização da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, haja vista estar defasada diante o novo cenário presenciado em nossos Tribunais, por outro lado, outros sustentam que houve uma alteração significativa que retirou direitos fundamentais e sociais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, arguindo sua inconstitucionalidade.

Inegavelmente a tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais foi um dos temas de maior repercussão e problemática envolvendo a reforma trabalhista, tendo em vista que aboliu o sistema de arbitramento aparatado pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo, restringido o direito do obreiro, ora parte mais vulnerável no contrato de trabalho, a pleitear a reparação de eventual dano extrapatrimonial sofrido.

Em que pese o tema da tarifação foi aventado como inconstitucional pela majoritária doutrina e também por louváveis instituições, como a ANAMATRA e OAB, a verdade é que não foi analisado pela Suprema Corte, todavia, é de suma importância que os Juízes e Tribunais tenham uma interpretação lógico-racional, aplicando-lhe ao caso concreto a legislação que se coaduna com o que previsto na Constituição Federal, em respeito aos direitos concernentes ao trabalhador.

Ficou evidente que a tarifação/tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais, dada com a Lei 13.467/17, violou o princípio sustentador dos preceitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico, o da isonomia, na qual prevê o tratamento isonômico a todos os indivíduos independentemente de cor, raça, etnia, sexo etc, não se confundindo, portanto, com conceito de Justiça. A novel tarifação criou parâmetros econômicos padronizados com base no salário contratual do empregado, fazendo com que determinados indivíduos venham a ser indenizados em quantia inferior, somente porque sua remuneração também é inferior.

Não obstante o caráter discriminatório do tabelamento com base no salário contratual, o legislador suprimiu a possibilidade de o magistrado buscar subsídio ao Direito Comum, tendo em vista a previsão expressa no Art. 223-A, de que a reparação por danos extrapatrimoniais será tratada exclusivamente pelos dispositivos daquela seção, criando-se um sistema estanque a somente aos critérios

objetivos lá previstos, o que, aliás, afronta o próprio texto Constitucional, haja vista vedar à adoção de critérios objetivos no tocante a reparação a bens imateriais.

Em que pese haver no Art. 223-G parâmetros para auxiliar o magistrado a chegar-se ao *quantum debeatur*, o mesmo ainda estará limitado no máximo a cinquenta salários contratuais do empregado, aliás, tal rol se mostra exaustivo se comparado ao que a doutrina e jurisprudencial vem aplicando no arbitramento judicial.

Por fim, concluiu-se que não compete a norma infraconstitucional regulamentar a reparação por danos extrapatrimoniais, pois a Constituição Federal, no Art. 5º, inciso V e X, dispôs que a indenização deverá possuir o caráter mais amplo possível, ante o princípio da indenizabilidade restrita, bem como porque não há previsão na norma constitucional a chamada cláusula de reserva de lei restritiva, no tocante a reparação.

Assim, chega-se a conclusão que a inovação no tocante ao tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais nas relações do trabalho, não foi previamente discutido com as instituições competentes e com a iniciativa popular, aliás, todo o conteúdo contido na legislação reformista, deixando evidente que a mesma visa beneficiar unicamente o interesse econômico, isto é, dos empregadores.

6 REFERÊNCIAS

AQUINO, Renato David Clark de. **Critério de fixação do valor da indenização nas ações onde se postula apenas dano moral: Brasil 1998-2006.** Revista eletrônica Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18747>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

AZEVEDO, Magnólia Ribeiro. **O DANO MORAL: A violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho.** Florianópolis: 1999. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/80605/161578.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BONATTO, Fernanda Muraro. **A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do quantum debeat.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 37, n. 2, 2011, p. 136-154. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8935>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília/DF, out. 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 nov. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 03 de nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Agravo Regimental n. 100877-RJ**. Transporte Oriental LTDA e Luiz Carlos Xavier Batista. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ, 29 out. 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial n. 214053-SP**. Maria do Carmo Mariano e Peralta Comercial e Importadora LTDA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ, 19 mar. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial n. 52.842-RJ**. Editora o Dia S/A e Eduardo Mayr. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ, 27 out. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 12 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário n. 396386-SP**. Empresa Jornalística Diário Popular LTDA e Penexpress Viagens e Turismo LTDA. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 05 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário n. 447584-RJ**. Jornal do Brasil S/A e José Paulo Bisol. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 16 mar. 2007.

BRINCAS, Paulo Marcondes. **Reflexões sobre a responsabilidade e a natureza jurídica do dano moral**. Florianópolis: 1998. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77836/151197.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Personalidade**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 49.

CARMO, Júlio Bernardo do. **O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, v. 25, n. 54, 1995. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27134>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **A responsabilidade civil por dano da morte: uma análise do Direito português e sua (in) aplicabilidade no Brasil.** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil , v. 13, 2017, p. 119-138. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume_13/0005_a-responsabilidade-civil.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

COSTA, Judith Martins. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da Reparação.** Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, 2001, p. 180-207. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71527/40589>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

D'AMBROSO, Marcelo (Org.); FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. **Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017).** São Paulo: LTr, 2017, p. 221-227.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.47/2017.** São Paulo: LTr, 2017, p. 147.

FILHO, Roberto Dala Barba. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.amatra9.org.br/opiniao-a-inconstitucionalidade-da-tarifacao-da-indenizacao-por-dano-extrapatrimonial-no-direito-do-trabalho/>>. Acesso em 17 de outubro de 2018.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11^o ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

FLORINDO, Valdir. **A proximidade da Justiça do Trabalho com o dano moral.** 42^a ed. Belo Horizonte: Informativo Dinâmico, IOB, 1995, p. 570-571.

FONSECA, Rodrigo Dias da. **Danos morais e materiais na Justiça do Trabalho: prazo prescricional.** Santa Catarina: 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23108-23110-1-PB.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Avaliação e valoração médico-legal do dano psíquico**. 2005. Disponível em: <<http://www.pbnet.com.br/online/gvfranca/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

JUNIOR, Daniel Oliveira Lima. **O dano extrapatrimonial no direito do trabalho: Na forma da Lei 13.467/2017**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2018, 76 p.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de Danos Morais**. São Paulo: Copola, 1995, p. 23-24.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José (Org.); GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Reforma Trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2018, p. 134-139.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparação**. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001.

NETO, José Affonso Dallegre. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 185.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 novembro de 2017**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3º Região, 2017, p. 333-369. Disponível em: <https://moodle.trt3.jus.br/ej_revistas/revista_especial_reforma_trabalhista/#p=22>. Acesso em: 04 nov. 2018.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. **A reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista LTr, vol. 55, 1991, p. 552-559.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Sérgio José. **Da Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 126-127.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 12.

REIS, Suely Pereira. **Dignidade humana e danos extrapatrimoniais**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007, p. 43-99.
Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acessoConteudo.php?nrseqoco=40056>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SÁ, Fabrício Lago. **Da (in)constitucionalidade do novo Art. 223-G da nova CLT**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, 51 p.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. 3ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: LTr, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão em apelação nº 113.190-1**, Rel. Des. Walter Moraes. DJ 27 out. 1997.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 36.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 15.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas: LZN, 2003.