

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**MAX ANTÔNIO SILVA VIEIRA**

**DANO EXTRAPATRIMONIAL NO SISTEMA TARIFÁRIO TRABALHISTA  
BRASILEIRO: CRÍTICA SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA**

**CRICIÚMA  
2022**

**MAX ANTÔNIO SILVA VIEIRA**

**DANO EXTRAPATRIMONIAL NO SISTEMA TARIFÁRIO TRABALHISTA  
BRASILEIRO: CRÍTICA SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt.

**CRICIÚMA  
2022**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

V658d Vieira, Max Antônio Silva.

Dano extrapatrimonial no sistema tarifário trabalhista brasileiro : crítica sob a luz do direito fundamental à isonomia / Max Antônio Silva Vieira. - 2022.

178 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2022.

Orientação: Rodrigo Goldschmidt.

1. Reforma trabalhista. 2. Direitos fundamentais. 3. Dignidade humana. 4. Dano moral - Tarifação. 5. Isonomia. I. Título.

CDD 23. ed. 341.6

**MAX ANTÔNIO SILVA VIEIRA**

**“DANO EXTRAPATRIMONIAL NO SISTEMA TARIFÁRIO TRABALHISTA  
BRASILEIRO: CRÍTICA SOB A LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA”**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 02 de março de 2022

**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt  
(Membro - PPGD/UNESC)



Prof. Dr. Yduan de Oliveira May  
(Membro - PPGD/UNESC)



Prof.ª Dra. Suzéte da Silva Reis  
(Membro externo - UNISC)



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Coordenador do PPGD

## **AGRADECIMENTOS**

Várias foram as pessoas que ao longo do mestrado contribuíram para a realização de mais uma etapa na minha formação acadêmica e, por essa razão, não poderia deixar de lhes fazer o devido e merecido agradecimento.

Ao Professor Doutor Rodrigo Goldschmidt, orientador da dissertação, agradeço pelas oportunas correções e sugestões relevantes feitas durante a orientação, as quais muito contribuíram para o meu enriquecimento acadêmico. Acima de tudo, obrigado por estimular o meu interesse pelo conhecimento e pela generosidade com que leciona, sempre zeloso e incentivador da pesquisa.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, em especial, os Professores Doutores Antônio Carlos Wolkmer, Ismael Francisco de Souza, Yduan May que contribuíram com sugestões e materiais para a realização da presente dissertação.

Aos meus colegas de escritório, em particular à minha estagiária Jennifer Pereira Silva, por me auxiliar na coleta e organização de materiais, textos e livros imprescindíveis para a realização desta dissertação.

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a elaboração do presente trabalho.

Um especial agradecimento à minha esposa Letícia Vieira, pelo constante e incondicional apoio e incentivo em todos os objetivos que pretendo alcançar, e aos meus filhos Arthur e Laís por todo amor, carinho e compreensão ao longo de toda esta trajetória.

Ao final, à memória da minha mãe Celicia dos Santos Silva, uma trabalhadora (faxineira e cozinheira) falecida em 2020 durante o primeiro ano do mestrado, por todos valores e exemplo de vida e por ter me oportunizado mesmo diante de todas as dificuldades a compreensão e a certeza de que sempre vale a luta por dignidade.

“É o indivíduo que não está interessado em seu semelhante, quem tem as maiores dificuldades na vida e causa os maiores males a outros. É entre os tais indivíduos que se verificam todos os fracassos humanos.”

Alfred Adler

## RESUMO

Em julho de 2017 foi sancionada a Lei 13.467, conhecida como Reforma Trabalhista, que alterou dispositivos da Consolidação das leis do Trabalho (CLT), dentre estes dispositivos destaca-se o novel Título II-A, o qual se dedica a regulamentar o sistema de reparação de danos extrapatrimoniais aplicável às relações trabalhistas. O §1º do art. 223-G, integrante do referido título, dispôs verdadeira tarifação das indenizações por danos extrapatrimoniais ocorridos em situação de vínculo empregatício, classificando a ofensa extrapatrimonial em quatro níveis, de leve à gravíssima, fixando o cálculo da indenização em múltiplos do último salário contratual do trabalhador ofendido. Questiona-se como a tarifação, o tabelamento, do dano extrapatrimonial estabelecida no art. 223-G da CLT é recebida pelo sistema jurídico protetivo de direitos fundamentais do trabalhador, vez que tal disposição aparenta dissonância com a Constituição Federal de 1988, em especial considerando-se o direito fundamental à isonomia, previsto no *caput* do art. 5º. Diante deste cenário, o objetivo principal do presente trabalho foi averiguar a possível inconstitucionalidade do dispositivo estudado. Nessa linha, aplicou-se o método dedutivo, partindo-se da teoria basilar dos direitos fundamentais para analisar a nova responsabilidade civil do direito do trabalho, estabelecida pela Reforma Trabalhista propondo ao final uma análise crítica acerca das recentes alterações na CLT, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial. Ao fim, conclui-se pela confirmação da hipótese de inconstitucionalidade da tarifação imposta através das inovações inseridas pela Reforma Trabalhista na CLT, frente ao Direito Fundamental à Isonomia, vez que, embora tenha fundado espaço próprio no âmbito da legislação trabalhista para tratamento dos danos extrapatrimoniais, fere o direito fundamental de isonomia, pois cria tratamento diferenciado ao trabalhador em relação aos demais papéis sociais, sendo tal tratamento injustificadamente limitador de direitos, e também estabelece patamares de indenização através do salário contratual do ofendido, empregando indenizações diferentes com base no patrimônio da vítima, critério diferenciador inadequado à luz da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chaves:** Direitos fundamentais. Dignidade Humana. Isonomia. Danos Extrapatrimoniais. Sistema tarifário.

## ABSTRACT

In July 2017, Law 13,467, known as Labor Reform, was enacted, which amended provisions of the Consolidation of Labor Laws (CLT), among these provisions stands out the novel Title II-A, which is dedicated to regulating the labor system. reparation of off-balance sheet damages applicable to labor relations. Paragraph 1 of art. 223-G, part of the aforementioned title, provided for a true pricing of indemnities for off-balance sheet damages occurred in a situation of employment relationship, classifying the off-balance-sheet offense into four levels, from mild to very serious, setting the compensation calculation in multiples of the worker's last contractual salary offended. It is questioned how the pricing, the pricing, of the off-balance sheet damage established in art. 223-G of the CLT is received by the legal system protecting the fundamental rights of the worker, since such a provision appears to be dissonant with the Federal Constitution of 1988, especially considering the fundamental right to isonomy, provided for in the caput of art. 5th. Given this scenario, the main objective of the present work was to investigate the possible unconstitutionality of the device studied. In this line, the deductive method was applied, starting from the basic theory of fundamental rights to analyze the new civil liability of labor law, established by the Labor Reform, proposing at the end a critical analysis of the recent changes in the CLT, through doctrinal and jurisprudential analysis. In the end, it is concluded by the confirmation of the hypothesis of unconstitutionality of the tariff imposed through the innovations inserted by the Labor Reform in the CLT, against the Fundamental Right to Isonomy, since, although it has founded its own space within the scope of labor legislation for the treatment of off-balance sheet damages , violates the fundamental right of isonomy, as it creates differentiated treatment for the worker in relation to other social roles, such treatment being unjustifiably limiting of rights, and also establishes indemnification levels through the contractual salary of the injured party, employing different indemnities based on the equity of the victim, an inappropriate differentiating criterion in light of the dignity of the human person.

**Keywords:** Fundamental rights. Human dignity. Isonomy. Off-balance sheet damages. Tariff system.

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>17</b>
1.1. HISTÓRICO, CONCEITO E CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.2. DIMENSÕES SUBJETIVA, OBJETIVA E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
1.3. ISONOMIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	45
1.4. VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A TUTELA DA PESSOA HUMANA	54
1.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	63
<b>2. O NOVO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INTRODUZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA – ARTIGOS 223-A À 223-G.</b>	<b>76</b>
2.1. PANORAMA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA	76
2.2. ISONOMIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	89
2.3. EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	100
2.4. O DANO EXTRAPATRIMONIAL E A SUA NORMATIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	107
2.5. O TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE ENQUANTO TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL	117
<b>3. CRÍTICA À PRÉ-TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL SOB AS LENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS</b>	<b>128</b>
3.1. ASPECTOS GERAIS DA REFORMA TRABALHISTA: À TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	128
3.2. CASO BRUMADINHO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO AO DIREITO DO TRABALHO	141
3.3. A POTENCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO AMBITO DA CLT.	152

<b>4. CONCLUSÃO</b>	<b>165</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>169</b>

## INTRODUÇÃO

Com o alvorecer do Estado Moderno e a retomada do papel central da organização social pelo indivíduo, este passou a ocupar o ponto de foco do interesse do direito.

Como decorrência, surgiram os direitos humanos, tidos como direitos mínimos e essenciais para que se possa ter uma vida digna. No período pós-guerra, tais direitos se firmaram como o cerne do sistema jurídico, de forma a adquirir notoriedade e força nos ordenamentos jurídicos nacionais, passando a ostentar o título de direitos fundamentais.

Tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais possuem como base e fundamento principal a dignidade humana, compreendida como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor de respeito e consideração do Estado e da comunidade.

O princípio da dignidade humana implica no complexo conjunto de direitos e deveres, que incorporados ao ordenamento jurídico passam a ter natureza de direitos fundamentais, assegurando garantias à pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, seja esse oriundo do Estado ou de relações com outros indivíduos e entes particulares.

Para que alcancem sua máxima eficácia, os Direitos Fundamentais necessitam estar em um patamar hierarquicamente superior e, ao mesmo tempo, interligados com as demais áreas do Direito de um país. Por este motivo, é importante que todas as áreas do Direito estejam de acordo com as premissas dos direitos humanos e fundamentais constantes em tratados internacionais e no ordenamento constitucional pátrio.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal, dedica a sua parte introdutória aos Direitos Fundamentais, devendo esses serem a fonte e base interpretativa do sistema jurídico nacional.

Este sistema jurídico protetivo de direitos fundamentais e de direitos de personalidade, alcançou também o Direito Civil, sendo exemplo disto o instituto da

reparação dos danos extrapatrimoniais como parte do conteúdo da responsabilidade civil. A reparação dos danos extrapatrimoniais pode ser compreendida como o direito de ver ressarcidos os danos cujas características não se compreendem na esfera patrimonial.

Apesar de ter sua origem no direito civil, com base nos princípios constitucionais, a reparação de danos extrapatrimoniais ganhou importância em outros ramos do direito. No que se refere ao direito do trabalho, o tema tornou-se ainda mais relevante a partir da reforma constitucional introduzida pela Emenda 45 de 2004, que aumentou a competência da Justiça do Trabalho.

Ao longo dos anos que daí seguiram, a Justiça do Trabalho construiu uma jurisprudência protetiva acerca de eventuais violações de direitos extrapatrimoniais ocorridos em decorrência da relação laboral. Considerando a ausência de dispositivos específicos na Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT), a aludida jurisprudência, em grande parte, foi norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelas disposições de outros ramos jurídicos, como o civil e o constitucional.

Com a alteração do cenário econômico e social, acentuada a partir da troca do comando do governo brasileiro em 2016, a legislação trabalhista passou por reforma impulsionada pelo enfraquecimento do Estado Social e o fortalecimento dos movimentos liberais. Neste contexto, a controversa Lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, veio a flexibilizar e reduzir uma gama de direitos dos obreiros. Dentre esses direitos mitigados, encontra-se o direito à reparação de danos extrapatrimoniais dos trabalhadores empregados, que passaram a constituir uma categoria única no Brasil, submetida a um sistema legal de pré-tarifação do *quantum* indenizatório, a depender da intensidade do dano imaterial sofrido.

Isso porque, ao inovar, incluindo a previsão do dano extrapatrimonial na CLT, o legislador foi além, optando pela imposição de diversas balizas legais para as indenizações devidas aos trabalhadores por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho. As peculiaridades do diploma legal são, no mínimo, questionáveis quando se pensa em nível de dignidade humana e proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores, especialmente quando se analisa o tema sob a perspectiva da isonomia.

Nesse sentido, o Título II-A da CLT, que trata dos danos extrapatrimoniais e é composto pelos artigos 223-A ao 223-G, possui diversos pontos polêmicos, por apresentar discrepância com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio.

Os artigos introduzidos na CLT pela reforma trabalhista e que tratam da reparação de danos extrapatrimoniais buscam isolar a pretensão da reparação de danos sofridos pelo trabalhador das demais normas do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que delimitam as modalidades de danos indenizáveis e impõem critérios e parâmetros que o magistrado deva utilizar para quantificar a extensão do dano, efetuando, ainda, o tabelamento dos patamares indenizatórios com base em múltiplos do último salário contratual do trabalhador, levando em conta, ainda, o grau de dolo ou culpa do agente causador do dano imaterial.

A presente pesquisa, então, propõe-se a analisar o sistema de tarifação atribuído às indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de emprego e as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 quando apreciada sob o enfoque da proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente sob o viés da isonomia ou igualdade, afim de responder como a tarifação (tabelamento) do dano extrapatrimonial estabelecida no artigo 223-G da CLT é recebida pelo sistema jurídico protetivo de direitos fundamentais do trabalhador.

A hipótese que se levanta é a de que o texto legal da reparação de danos extrapatrimoniais trazido pela reforma trabalhista, em juízo preliminar, fere esses preceitos (o regime de direitos fundamentais trabalhistas, em especial o direito fundamental à isonomia) uma vez que estabelece tratamento diferente a empregados em comparação com os demais atores sociais, entre empregados e trabalhadores em geral, e ainda entre empregados em cargos distintos, sem que haja justificativa plausível que leve a crer que tal diferenciação compense de forma positiva uma hipotética desigualdade fática.

Assim, no que tange aos objetivos específicos desta dissertação, buscar-se-á inicialmente situar o debate acerca dos direitos fundamentais laborais desde seu histórico, conceito, dimensões e eficácia, investigando a isonomia como direito fundamental e considerando os valores sociais do trabalho e a tutela da pessoa humana, na busca da reafirmação dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores frente ao movimento precarizante contemporâneo e em face da vedação do retrocesso

social.

Na sequência, o segundo capítulo buscará identificar os contornos da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais na esfera laboral após a inclusão dos artigos 223-A à 223-G da CLT promovida através da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), abordando o panorama geral da responsabilidade civil brasileira e o sistema proposto especificamente pela legislação trabalhista.

O último capítulo, por sua vez, analisará a potencial ofensa a direitos fundamentais decorrentes da aplicação literal dos dispositivos previstos no Título II-A da CLT, com ênfase no artigo 223-G, abordando de forma crítica, sob a luz dos direitos fundamentais laborais, e especialmente sob o prisma da igualdade, a chamada “tarifação do dano extrapatrimonial” no cenário anterior ao julgamento das ADIs 5870 e 6069, com aporte de decisões judiciais que apreciaram a matéria.

Ao final, por meio desta dissertação, pretende-se demonstrar que, a tarifação da reparação dos danos extrapatrimoniais prevista no artigo 223-G da CLT pode criar distorções, discriminar o trabalhador frente a outros papéis sociais, entre trabalhadores empregados e não empregados e, ainda, entre trabalhadores em cargos distintos, além de limitar o julgador ao ser taxativa quanto aos bens jurídicos e sujeitos de reparação.

Nesse contexto, a adoção integral e literal das novas disposições sobre danos extrapatrimoniais incluídas na CLT a partir da reforma trabalhista não se prestaria a estabelecer uma reparação na exata extensão do dano extrapatrimonial sofrido pelo obreiro. Como decorrência, a aplicação literal do dispositivo legal pode ferir o direito fundamental à isonomia, resultando em prejuízos aos direitos fundamentais de personalidade do indivíduo investido da qualidade de empregado.

O debate proposto, vai muito além do direito individual, pois sob o enfoque do direito do trabalho enquanto direito social, a violação de direitos fundamentais invariavelmente alcança efeitos aos interesses coletivos da classe trabalhadora, especialmente quando cria distinções injustificadas.

A relevância do tema reside na pertinência do estudo dos Direitos Fundamentais e do Trabalho Digno, enquanto busca identificar nos processos sociais o avanço dos interesses patronais conduzidos pela reforma trabalhista, a qual foi

aprovada com pouco debate junto à sociedade e forte adesão da classe política brasileira, repercutindo no ponto de estudo no aviltamento dos direitos sociais e da própria Constituição Federal.

O referido tema coaduna-se com o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sociedade da UNESCO, bem como com a linha de pesquisa “Direito, Sociedade e Estado”, que aborda os processos de transformação social no Brasil e na América Latina, observando-se aquelas relacionadas aos Direitos Fundamentais e nas dinâmicas que envolvem o Trabalho Digno, dentro de uma análise crítica dissonante do modelo hegemônico de “proteção social” que ora se estabelece, o que também é objeto das pesquisas do orientador Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt.

Para a execução do presente estudo, o método de abordagem adotado é do tipo dedutivo, partindo-se da teoria de base de proteção dos direitos fundamentais laborais para analisar o novo sistema de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais aplicável ao Direito do Trabalho desde a lei 13.467/2017, propondo ao final uma análise crítica acerca das recentes alterações na CLT, considerando o princípio da isonomia.

O método de procedimento utilizado é o monográfico, segundo o qual deve-se examinar o tema escolhido, considerando-se múltiplos fatores e seus aspectos. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica e jurisprudencial, pautadas na coleta de dados e pesquisa à jurisprudência, obras clássicas e contemporâneas, artigos de revistas jurídicas, dissertações e teses, conferências, documentos oficiais, tais como leis, súmulas e a páginas de *web sites* relacionados ao tema objeto da pesquisa.

## **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **1.1. HISTÓRICO, CONCEITO E CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ao iniciar o estudo dos direitos fundamentais, a primeira questão a ser esclarecida é o embate terminológico quanto a utilização dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos.

Em verdade, a doutrina e o direito positivo, principalmente a Constituição Federal, utilizam destes termos, e de outros como “direitos do homem”, “liberdades constitucionais” e “direitos individuais”, para exprimir ideias semelhantes. Contudo, a ausência de consenso no plano conceitual e terminológico exige que, ao menos para cumprir com os objetivos deste estudo, seja definido um critério semântico.

Sarlet (2009), leciona que o uso da expressão “direitos fundamentais” mostra-se mais adequado, pois, em estudos cujos objetos sejam a análise dogmático-jurídica destes direitos à luz do direito constitucional positivo, há que se considerar que o legislador constituinte, inspirado principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompeu com a tradição nacional ao optar por se referir à “Direitos e Garantias Fundamentais” na epígrafe do Título II. A expressão empregada possui cunho genérico e abrange todas as demais categorias e espécies de direitos fundamentais.

O autor indica, ainda, que é excepcionalmente relevante a distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, seja pela larga discussão doutrinária ou pelas consequências práticas que podem ser extraídas da questão, especialmente na interpretação e aplicação das normas.

Nesse sentido, apesar de todo direito fundamental ser um direito humano, em virtude de seu titular sempre ser o ser humano, mesmo quando representado por entes coletivos, nem todo direito humano possui status de fundamental.

A distinção conceitual dos dois termos reside na positivação e vinculação com determinado Estado. Assim, os direitos humanos guardam relação com documentos de caráter internacional, e se referem às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, e que, por aspirarem validade universal, assumem caráter supranacional, enquanto que, os direitos fundamentais se restringem aos direitos do homem positivados e reconhecidos na esfera constitucional de determinado Estado. (SARLET, 2009).

Já Bonavides (2020), utiliza da teoria de Carl Schmitt para caracterizar os direitos fundamentais. Essa teoria aponta para dois critérios, o primeiro abarca as questões formais e o segundo os aspectos materiais. De acordo com o critério formal, pode-se deduzir que são direitos fundamentais todos aqueles que se encontram positivados na esfera constitucional. Enquanto o critério material estabelece que os direitos fundamentais são aqueles que ocupam a posição mais elevada de garantia e segurança, sendo imutáveis de difícil alteração. Neste segundo critério, cada Estado elenca seus direitos fundamentais, de acordo com sua ideologia, valores e princípios.

Do exposto, direitos fundamentais e direitos humanos não são sinônimos, o primeiro designa aqueles direitos positivados e vinculados a um determinado Estado na esfera constitucional, alcançando posição mais elevada de garantia e segurança, ao passo que o segundo guarda relação com documentos de caráter internacional, e se referem às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, e que, por aspirarem validade universal, assumem caráter que ultrapassa os limites nacionais.

Superada a questão inicialmente apresentada, faz-se imperiosa a análise, ainda que breve, das raízes históricas dos direitos fundamentais, com o cuidado de não transbordar os objetivos mais específicos desta dissertação, delineados no problema e na hipótese de pesquisa. Esta abordagem histórica buscará destacar alguns dos momentos que antecederam e influenciaram a positivação dos direitos fundamentais da forma em que se apresentam na atualidade.

A busca pela afirmação dos direitos fundamentais caracterizou-se como uma conquista lenta, e na história da formação das declarações de direitos Norberto Bobbio (2004) aponta para três fases:

A primeira compreende teorias filosóficas, e remonta até a ideia estóica da sociedade universal dos homens racionais, isso é, a concepção de que o homem enquanto tal, possui direitos por natureza, e sendo assim, ninguém, nem mesmo o Estado, pode infringi-los. Essa teoria é base do jusnaturalismo moderno. Bobbio (2004) entende que:

[...] o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais.

A hipótese do estado de natureza foi abandonada, porque os homens, de fato, não nascem livres e iguais. Conservam estas características apenas em um nascimento ideal, que era exatamente o que tinham em mente os naturalistas quando falavam em estado de natureza. Na realidade fática não há igualdade e liberdade dos homens, tais preceitos se assemelham mais a um ideal a ser perseguido.

Enquanto teorias filosóficas, as primeiras declarações de direitos fundamentais (aqui direitos do homem, para utilizar o termo mencionado pelos autores da época) constituem unicamente um pensamento individual. São universais em relação ao conteúdo, na proporção em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas se limitam tratando-se de sua eficácia, na medida em que, no cenário mais positivo, constituem meras recomendações a um legislador futuro.

O segundo momento descrito por Bobbio (2004) representa a passagem da teoria à prática. Neste momento é que as teorias filosóficas foram recebidas pela primeira vez por um instrumento legal, alcançando as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e, um pouco depois, na Revolução Francesa. A afirmação neste contexto dos direitos do homem deixava de ser mera expressão e passava a exercer o papel de ponto de partida para a fundação de um verdadeiro sistema de direitos positivos e efetivos. Apesar de os direitos fundamentais terem ganhado concretude nesta etapa, perderam sua universalidade. Os direitos então passam a ser doravante protegidos, mas passaram a possuir validade apenas no âmbito do Estado que os reconhece.

A terceira, e última fase, inicia-se com a Declaração Universal de Direitos

Humanos, de 1948, com a qual os direitos humanos retomam sua característica de universalidade. Isso porque os destinatários desta declaração não são apenas os cidadãos de determinado Estado, mas sim todos os homens.

Sarlet (2009), para sintetizar a trajetória dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras constituições se vale da sintetização realizada por K. Stern, o qual aponta três fases: a) pré-história, que se estende até o século XVI; b) intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e tese de afirmação de direitos naturais do homem; e c) constitucionalização, iniciada em 1776, marcada pelas sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Na fase compreendida como pré-história encontram-se a religião e a filosofia. Ainda que consagrada a ideia de que não foi na antiguidade que surgira os primeiros direitos fundamentais, inegável que os legados deixados pelos preceitos religiosos e filosóficos são as ideias-chaves que viriam a influenciar as correntes de pensamento baseadas na concepção de que o ser humano, apenas por existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis. A filosofia clássica, em especial greco-romana, e as dogmáticas cristãs são bases primeiras dos valores de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

A partir do séc. XVI, já na Idade Média, a ideia de existência de direitos suprapositivos se desenvolveu. Destaca-se no período o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que superavam a concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, na medida em que aludia a existência de duas ordens distintas, o direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e o direito positivo. O pensamento tomista sustentava que a desobediência ao direito natural pelo governante poderia, em casos extremos, justificar o exercício de resistência da população (SARLET, 2009).

Nos séculos seguintes, especialmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, principalmente por meio das teorias contratualistas, atingiu seu ápice. Paralelamente a esse desenvolvimento filosófico, a sociedade presenciou um processo de laicização do direito natural, que atingiu seu apogeu no iluminismo. Nesse sentido, Hugo Grocio (2005), divulgou seu apelo à razão como fundamento último do

Direito, afirmando a sua validade universal, uma vez que comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas (SARLET, 2009).

Por sua vez, John Locke (1632-1704), foi o primeiro a dotar os direitos fundamentais inalienáveis do homem de uma eficácia oponível. Todavia, para ele, tais direitos compreendem a vida, liberdade, propriedade e resistência, e apenas os cidadãos, neste contexto proprietários, poderiam se valer do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos ao invés de meros objetos do governo (SARLET, 2009).

Cabe salientar que Locke, assim como Hobbes, desenvolveu sua teoria com base numa concepção contratualista. Assim, sua teoria afirma que o Estado é formado por um contrato social, onde a relação autoridade-liberdade encontra seu fundamento no auto vinculação dos governados. Nesse contexto, os homens, por sua razão e vontade, são os únicos capazes de organizar o Estado e a sociedade. Pode-se citar como outros pensadores do movimento contratualista o francês Rousseau, o americano Tomas Paine e o alemão Immanuel Kant (APOLINÁRIO; BICCA, 2021).

O marco inicial da constitucionalização dos direitos fundamentais é tema de debate doutrinário. Há quem aponte para a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e quem atribua o título à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França, em 1789 (APOLINÁRIO; BICCA, 2021).

A declaração americana reconhecia direitos que anteriormente já eram incorporados em documentos ingleses e reconhecidos aos súditos das colônias americanas, vez que o Direito Americano, no Período Colonial, reconheceu valores pregados pelas correntes iluministas inglesas. Porém, foi nos Estados Unidos a universalidade e supremacia dos direitos naturais foi reconhecida e documentada de forma a vincular todos os poderes públicos (APOLINÁRIO; BICCA, 2021).

Não obstante, o caráter constitucional e a garantia de jurisdição só foram reconhecidos em 1791, com a instituição da Suprema Corte Americana (SARLET, 2009). Inegável que a declaração americana inspirou em algum nível a de 1789, da mesma forma que a doutrina iluminista francesa, em especial Rousseau e Montesquieu, influenciou os revolucionários americanos. Assim, inequívoca a relação de reciprocidade no que refere a influência de uma declaração sobre a outra. Desta forma, inviável a análise da graduação de intensidade de influência de cada uma das

declarações e nos processos constitucionais que se seguiram.

Desde o seu reconhecimento constitucional, os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações, não apenas em seu conteúdo, mas também no que se refere a sua titularidade, eficácia e efetivação. No que se refere aos direitos fundamentais que amparam o trabalhador não foi e não está sendo diferente. Mendes e Branco (2017, p. 127) aduzem que:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Quanto à gradativa inserção constitucional dos direitos fundamentais, grande parte dos doutrinadores se valem do termo gerações. Porém, apesar de ser utilizada pela doutrina majoritária, o termo “gerações” vem sofrendo críticas. Os críticos preferem termos como “dimensões”, pois apontam que o uso de “gerações” pode provocar a falsa compreensão de que o surgimento de um novo grupo de direitos fundamentais substituí os direitos anteriormente estabelecidos, dados por ultrapassados. Não é dificultoso perceber que tal entendimento não corresponde à realidade, tendo em conta que as diferentes coleções de direitos fundamentais possuem relação de concomitância, e não de sucessão (MARANHÃO, 2009).

A nomenclatura “dimensões” também é alvo de críticas uma vez que indica que a expressão faz referência a dois ou mais componentes de um único fenômeno (MARANHÃO, 2009). Os grupos de direitos fundamentais, ao contrário desse preceito, revelam conformações demasiadamente discrepantes.

Longe de qualquer embaraço intelectual, Bonavides (2020) utiliza do termo geração, quando aponta que o lema revolucionário francês do séc. XVIII, “liberdade, igualdade e fraternidade”, exprimiu de forma profética todo o conteúdo dos direitos fundamentais e sua sequência sucessiva e cumulativa de implementação. Nas palavras de Bonavides (2020, p. 577):

Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentisse inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais

referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII

Nesse sentido, a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais emerge em um contexto histórico onde o poder encontrava-se concentrado nas mãos da monarquia, que o utilizava de tal sorte a sufocar a emergente classe social burguesa, uma vez que a privou das dádivas e dos privilégios reservados à nobreza.

O descontentamento burguês desencadeou os movimentos iluministas, que apelavam pela ampla liberdade às pessoas, em especial aos proprietários que compunham a classe burguesa, que apenas seria conquistada através do contingenciamento da intervenção estatal na vida privada (MARANHÃO, 2009)

Nos sécs. XVII e XVIII, incentivadas pelo contexto de reivindicações burguesas frente ao poder absoluto da monarquia, as teorias contratualistas enfatizavam a submissão da autoridade política ao indivíduo, uma vez que este é quem lhe concede o poder. A defesa de que certos direitos ultrapassam o próprio Estado, por advirem da natureza humana, desemboca na concepção de que o Estado serve aos cidadãos, sendo sua função primeira garantir tais direitos considerados básicos (MENDES; BRANCO, 2017)

Nesse contexto, surgiram os direitos de liberdade, os primeiros a integrarem instrumentos normativos de teor constitucional. Sendo eles os direitos civis e políticos. Esses direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, compreendem faculdade da pessoa e estampam uma subjetividade como seu traço mais característico (BONAVIDES, 2020). Configuram-se assim como direitos de resistência e oposição frente ao Estado.

Os direitos compreendidos na primeira geração ou dimensão são classificados na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek. Tal teoria versa sobre as funções exercidas pelos direitos fundamentais entre os indivíduos e o Estado. Ela se baseia em quatro status (*negativus, positivus, activus e passivus*) relacionados a posição ocupada pelo indivíduo frente ao Estado (JELLINEK, 2015), sendo que a compreensão de tais perspectivas é base para a crítica que esta pesquisa se propõe.

Sob a perspectiva negativa, os direitos fundamentais entregam ao indivíduo o direito subjetivo público de defender seus espaços vitais, de liberdade ou outro bem jurídico, contra intervenções, restrições ou violações advindas do Estado (JELLINEK, 2015).

Do ponto de vista da função positiva dos direitos fundamentais, eles asseguram determinadas prestações que devem ser providenciadas pelo Estado. (JELLINEK, 2015). Dentre essas prestações encontram-se o fornecimento de estruturas que objetivam a segurança do exercício de determinado direito, como as prestações sociais que hoje são identificadas como direitos sociais.

O terceiro status (*status activus*) se vincula aos direitos que possibilitam ao indivíduo a participação da vida política (JELLINEK, 2015). A exemplo do direito ao voto e de candidatura. Por fim, o *status passivus* contempla deveres que o indivíduo possui na sociedade (JELLINEK, 2015).

A ascensão dos direitos civis e políticos, conhecidos como direitos de liberdade, ocorreu através de um processo dinâmico no âmbito constitucional de cada país. Apesar de não raros os momentos de recuo, averiguados conforme os modelos sociais vivenciados em cada território, o processo como um todo permite observar um percurso que normalmente parte do simples reconhecimento formal em direção à máxima amplitude de efetivação democrática do poder (BONAVIDES, 2020).

Atualmente os direitos de primeira geração ou dimensão parecem razoavelmente pacificados e com estabilidade frente as alterações políticas. Todavia, os movimentos políticos e sociais que questionam os “direitos humanos” tem crescido bastante nos últimos anos, especialmente no Brasil, representados por forças que buscam na verdade o enfraquecimento do Estado Social, e que por vezes avançam sobre todos os prismas dos direitos fundamentais, em todas suas dimensões.

É neste cenário que se torna ainda mais importante compreender e reafirmar os direitos fundamentais como garantias inarredáveis do cidadão, mesmo diante das constantes mudanças no mundo do trabalho, alterações legislativas açodadas e trocas de governo.

Voltando ao contexto histórico, a liberdade formal, apoiada ao Estado Liberal,

ao desconsiderar a realidade e tratar de forma igualitária todos os indivíduos, independentemente de suas desigualdades, tencionou o tecido social. O novo embate se localizou entre a burguesia, com seus privilégios oriundos da propriedade e potencial financeiro, e o proletariado, que ofertavam sua força de trabalho como meio de subsistência. A liberdade irrestrita e os anseios capitalistas levaram a sociedade a um cenário de exploração da classe trabalhadora, que, para possuir finanças mínimas se submetia a labor de longos períodos diários em locais insalubres (MARANHÃO, 2009).

Paralelamente ao crescente anseio por liberdade, especialmente econômica, advindo em grande parte de interesses capitalistas, grupos que defendem a redução de direitos sociais são cada vez mais numerosos na sociedade nos dias atuais.

Mendes e Branco (2017) apontam que o descaso com os problemas sociais, que foi característica marcante do período que seguiu o reconhecimento dos direitos de liberdade, somado às pressões decorrentes da industrialização, o impacto do crescimento populacional e o agravamento das diferenças entre as classes sociais, foram fatores decisivos para a reivindicação de uma nova gama de direitos, impondo ao Estado um papel ativo quanto à justiça social e iniciando a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais.

Nessa geração ou dimensão encontram-se os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Para suprir tais demandas, os Estados vivenciaram um movimento progressivo de estabelecimento de seguros sociais variados, importando em uma intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Os direitos de segunda geração ou dimensão, em maioria, não correspondem a uma abstenção do Estado, mas obrigam a prestações positivas por parte dele. Assim se enquadram no *status positivus da classificação de Jellinek* (2015).

Porém, não apenas de direitos prestacionais essa geração ou dimensão é composta, encontram-se nela também as denominadas “liberdades sociais”, a exemplo da liberdade de sindicalização e reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores (SARLET, 2009).

Os direitos positivados na segunda geração ou dimensão foram conhecidos

como direitos sociais. Contudo, salienta-se que, assim como averiguado nos direitos de primeira geração ou dimensão, os direitos sociais também se reportam a uma pessoa individualizada, não podendo ser confundidos com direitos de teor coletivo ou difuso. O termo “sociais” aqui empregado advém da relação que tais direitos mantêm com a justiça social (MENDES; BRANCO, 2017).

Assim como na primeira geração ou dimensão, os direitos integrantes da segunda foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de forte cunho ideológico. A positivação dos direitos sociais iniciou na sua inclusão nas declarações solenes das Constituições Marxistas e, de maneira clássica, no constitucionalismo da social-democracia, a exemplo da constituição de Weimar (1919), e atingiu seu ápice nas Constituições do segundo período pós-guerra (BONAVIDES, 2020).

Ao fazerem referência à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, e outras necessidades sociais, os direitos de segunda geração ou dimensão buscam estabelecer uma liberdade real através da igualdade. Nas palavras de Bonavides (2020, p. 578), tais direitos “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Em compasso com o lema revolucionário francês, “liberdade, igualdade e fraternidade”, após as duas primeiras gerações, com direitos baseados na liberdade e igualdade, emerge a terceira geração ou dimensão, que possui como marca a afirmação de fraternidade. Os direitos desta dimensão ou geração surgem da reflexão sobre temas como o desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônios comuns da humanidade, em um contexto de tomada de consciência do abismo entre as sociedades de países desenvolvidos e subdesenvolvidas (BONAVIDES, 2020).

Para alguns autores, a terceira dimensão ou geração é uma resposta ao fenômeno denominado de “poluição das liberdades”, isso é, o processo de erosão e degradação dos direitos e liberdades fundamentais, em especial, pelo uso de novas tecnologias. Deste ponto de vista, assumem a mais alta relevância os direitos relacionados ao meio ambiente e à qualidade de vida (SARLET, 2009).

Os direitos de terceira dimensão ou geração, por buscarem defender bens de proporção global, possuem titularidade difusa ou coletiva, e ainda indefinida ou indeterminável. Seu destinatário último é o ser humano, como valor supremo, independente de fronteiras ou economias. Em decorrência destas características, a efetivação desses direitos exige do Estado um posicionamento condizente com o Estado Democrático de Direito, que ultrapassa as concepções estatais exigidas pelas gerações anteriores, Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito. Depois do desenvolvimento dos direitos fundamentais difusos, em especial, no fim do séc. XX, o Estado deve, em todos os seus níveis, buscar instigar seus cidadãos a concretização da solidariedade social (MARANHÃO, 2009).

Os direitos desta dimensão ou geração ainda carecem de positivação no âmbito do direito constitucional (SARLET, 2009). Entretanto seu reconhecimento no direito internacional é amplo, estando presentes e em um grande número de tratados e outros documentos transnacionais.

A doutrina majoritária aduz que essa é última dimensão ou geração de direitos fundamentais formada, posição esta que concordamos eis que o catálogo de direitos fundamentais é aberto e a conceituação de três dimensões não limita o reconhecimento de novos direitos que se enquadrem dentre uma delas. Contudo, autores como Bonavides e Bobbio defendem a existência de uma quarta, e mais recentemente de uma quinta geração ou dimensão.

Para Bobbio (2004), do ponto de vista teórico, os direitos fundamentais, como direitos do homem, são direitos históricos, nascidos em circunstâncias de lutas em defesa de liberdades contra poderes estabelecidos anteriormente. Assim, eles nascem de forma gradual, não de uma única vez.

A quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais como resposta à globalização política neoliberal é a proposta apresentada por Bonavides (2020), ao afirmar que o neoliberalismo cria mais problemas do que se dispõem resolver, na medida em que sua filosofia de poder é negativa e se move em direção a dissolução do Estado nacional, afrouxando os laços de soberania enquanto doutrina a sociedade para uma despolitização. Apesar do avanço da ideologia neoliberal ocorrer sem referência de valores, faz-se perceptível a primazia pela permanência das

hegemonias supranacionais (Bonavides, 2020).

Nesta senda, outra globalização corre sem a jurisdição da ideologia neoliberal, fundando-se na teoria dos direitos fundamentais, e se tornando mais relevante aos povos que ocupam as periferias econômicas. A globalização dos direitos fundamentais e da política na esfera da normatividade jurídica introduzem os direitos de quarta dimensão ou geração, de forma a corresponderem como derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Assim, seriam direitos dessa geração ou dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Bonavides (2020) afirma ainda que, assim como outrora a liberdade fora representante da primeira dimensão ou geração de direitos fundamentais, a igualdade da segunda, o desenvolvimento da terceira e a democracia da quarta, a paz será o epicentro da quinta geração ou dimensão de direitos fundamentais.

Em última análise, os direitos de limitação a modificação genética, indicados por Bobbio, nada mais são senão um simples desdobramento de direitos individuais já situados na primeira geração ou dimensão (MARANHÃO, 2009). Enquanto os direitos retratados na construção teórica feita por Bonavides, ainda que sujeitos a contundentes oposições, parecem montar um novo horizonte paradigmático dos direitos fundamentais. Contudo, averigua-se uma tendência de relacionar os desdobramentos técnicos e éticos dos estrondosos avanços científicos, em especial nas ciências biológicas e tecnologia.

Se antes, a Europa e a América do século XIX testemunharam a abertura da era constitucional, em termos de universalismo, hoje o ocidente vivencia o nascimento inevitável de outro constitucionalismo, o da normatividade, de características dinâmica e evolutiva ao mesmo tempo em que princípio lógico e fértil para novos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2020). Nesse cenário, a dignidade jurídica da paz advém do reconhecimento que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, necessário à conservação da espécie e âmbito de segurança dos direitos. Para atingir seu potencial o direito à paz, segundo este pensamento, precisa ser elevado a termos constitucionais e ao paradigma de direito de quinta geração ou dimensão.

Apesar das discussões acerca da terminologia adequada e da quantidade de

gerações, certo é que o desenvolvimento dos direitos fundamentais está atrelado ao processo de constitucionalização dos Estados.

Embora o constitucionalismo possa ser compreendido como movimento único, baseado na ideia de limites ao poder e garantia da livre autonomia do indivíduo, é possível perceber diferentes nuances no decorrer de seu desenvolvimento. Após o fim da Primeira Guerra Mundial, as constituições passaram por um processo de abertura, para abrigar uma maior gama de direitos. Neste momento, o Estado deixou de se preocupar apenas com as garantias de liberdade, e passa a se preocupar com questões de igualdade material e justiça social. Ao fim da Segunda Guerra Mundial as constituições passam a ocupar papel central no sistema jurídico (PILLA; ROSSI, 2018).

Em uma análise mais contundente, é viável afirmar que, dentro de seu papel de protagonismo, as constituições guardam no próprio texto um papel de centralidade para os direitos fundamentais. A exemplo, a redação da Constituição Federal brasileira de 1988, acolhe com centralidade uma gama de direitos humanos fundamentais, sendo que a base de todo o ordenamento jurídico constitucional é estabelecida sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 62):

[...] além da íntima vinculação entre as noções de estado de direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto da concretização do princípio da dignidade humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico estado democrático e social de direito, tal qual como consagrado também o nosso direito constitucional positivo vigente.

O alicerce normativo aqui destacado evidencia a essência do Estado Democrático de Direito, que deve observar o homem como um fim em si mesmo. Para tanto, funda-se em um tripé de conceitos, primeiramente a pessoa humana, com sua dignidade, após a sociedade política e a sociedade civil, que devem ser democráticas e inclusivas.

A escolha do constituinte brasileiro de 1988, em organizar a Lei Maior de forma que os direitos fundamentais sejam explicitados antes da estrutura estatal, destaca a centralidade da pessoa humana.

A inversão, em comparação com os textos constitucionais anteriores, não é apenas figurativa, indica absoluta prioridade dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico. Tal prioridade é reforçada na medida em que tais direitos são alçados a qualidade de cláusulas pétreas, pois assim, encontram-se protegidos da variação política (GOLDSCHMIDT; SIQUEIRA, 2019).

Os Direitos Fundamentais possuem dimensões objetiva e subjetiva, as quais não se confundem com as dimensões tratadas pela doutrina como termos que designam o conceito próximo ao de gerações. Contudo, o estudo da eficácia dos direitos fundamentais necessariamente contempla ambas as categorias dimensionais referidas, sendo base para o debate que esta dissertação se propõe, temática essa que será melhor desenvolvida no próximo tópico deste estudo.

## 1.2. DIMENSÕES SUBJETIVA, OBJETIVA E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As reivindicações por liberdade, igualdade e fraternidade, efetuadas por movimentos sociais distintos, modificaram a estrutura estatal de tal sorte que as funções e encargos do Estado se moldaram às demandas, através da inserção de direitos tidos como fundamentais.

O Estado passou por diversas configurações, coerentes com as necessidades observadas em determinado contexto histórico, até chegar ao mais próximo do conceito de Estado Social de Direito. Se nas configurações anteriores, o simples dever geral de abstenção era suficiente para garantir as liberdades individuais, na atual conjuntura ele deve prover uma gama variadas de direitos, inclusive prestacionais, para promover a igualdade material, em face de um novo prisma social dos direitos individuais fundamentais.

Nesse sentido, se outrora direitos fundamentais bastantes para o Estado Liberal podiam ser analisados de uma única perspectiva, através de sua dimensão subjetiva, agora, para a efetivação do Estado Social de Direito, exige-se uma análise multifacetada destes direitos, sendo preciso considerar uma dimensão objetiva, sem desprezar o papel originalmente subjetivo. Nas palavras de Ingo Sarlet (2009, p.151)

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de direito objetivo, enquadra-se, de outra banda, naquilo que denominamos de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (Grundrechiswandel) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal. [...]

A constatação de que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva, na medida em que podem, em análise geral, ser considerados como direitos subjetivos individuais e como elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui uma das mais importantes elaborações do direito constitucional contemporâneo.

A despeito de todas as discussões que permeiam a temática da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, inclusive no tocante a diversidade de significados inseridos no termo “subjetivo”, esta pesquisa intentará apenas traçar linhas gerais limitadas ao terreno de consenso doutrinário sobre essa matéria, com o objetivo de nortear e fundamentar a crítica ao estabelecimento de tarifação ou tabelamento de danos extrapatrimoniais na esfera laboral.

A priori, cumpre destacar a escolha por abster ao uso da expressão “direito público subjetivo”, demasiadamente difundida na doutrina nacional. Isso por que essa denominação não se encontra alinhada com a realidade constitucional brasileira, iniciada na Constituição Federal de 1988, uma vez que vinculada à concepção positivista e estatista dos direitos fundamentais. Nesta concepção clássica de Estados Liberais, os direitos fundamentais assumem apenas o papel de defesa do indivíduo frente ao Estado. Basta aqui, para comprovar a incompletude abrangida pela expressão, mencionar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, de forma geral, às relações privadas.

Para Mendes e Branco (2017), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde a característica que esses direitos possuem de, em diferentes níveis, demandarem um dado comportamento, ou de produzir efeitos sobre determinadas relações jurídicas. Nesse viés, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem.

Sarlet (2009) aponta que, de modo geral, quando analisados da ótica de direitos

subjetivos, induzem a noção de que o titular de um direito fundamental possui o poder de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados a um destinatário (aquele que se encontra obrigado).

Deste modo, o direito fundamental, configurado como norma subjetiva, se manifesta através de uma relação trilateral, onde se encontram o titular, o objeto e o destinatário. Estando desta forma, atrelado a proteção de delimitada esfera de direitos de auto-regulamentação, isso é, de um espaço de decisão individual, assim como, associado ao poder de exigir comportamentos ou de produzir, de forma autônoma, efeitos jurídicos.

Todavia, o estudo dos direitos fundamentais pela sua perspectiva jurídico-subjetiva é excepcionalmente complexo por se referir a um conjunto heterogêneo de estruturas jurídicas, que se diferenciam não apenas no tocante a sua positivação, conteúdo e alcance, mas também quanto às diferentes funções, sendo necessária sua compreensão para fins de melhor analisar, mais a diante, a responsabilidade civil tabelada proposta pela norma trabalhista enquanto potencial violadora de tais direitos.

Robert Alexy (2008), efetuou proposta de um sistema de posições jurídicas fundamentais, para classificar os direitos fundamentais a partir da dimensão subjetiva. Na sua teoria, Alexy, baseado na distinção feita anteriormente por Bentham (rights to services, liberties and powers<sup>1</sup>), discrimina três posições fundamentais, sendo elas, a) direito a algo; b) liberdades e c) competências ou poderes.

A primeira posição engloba os direitos clássicos de defesa e prestação, isso é, direitos a ações positivas ou negativas. O direito a algo é entendido como relação de três polos, na qual, o primeiro integrante é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro o objeto do direito.

A segunda posição faz referência ao poder de negar exigências ou proibições. Alexy (2008) divide as liberdades jurídicas em protegidas e não protegidas. As duas categorias se referem a liberdade de fazer ou deixar de fazer, e se diferenciam pela garantia normativa de proteção dessa liberdade.

Para a última posição, Alexy (2008) distingue o conceito de competência e de

---

<sup>1</sup> Em tradução livre: direitos aos serviços, liberdades e poderes.

permissão. Isso pois, apesar de o cumprimento de uma competência seja, normalmente, o exercício de uma permissão, a mera realização de algo permitido não configura, necessariamente, uma competência, uma vez que pode não alterar uma situação jurídica. Ao indivíduo é entregue a faculdade de realizar a ação que bem entender pela liberdade natural, ainda que essa ação não seja permitida na ordem jurídica. Contudo, a realização dessa ação só acarretará alteração de uma situação jurídica quando possuir capacidade jurídica.

Nesses moldes, as competências permeiam todos os níveis de atos jurídicos, da assinatura de um contrato à edição de um ato normativo.

De outra banda, a dimensão objetiva surge na doutrina constitucional no primeiro pós-guerra de forma tímida, ganhando maior densidade após o advento da Constituição Alemã de 1949. Desde então, é estabelecido o entendimento que os direitos fundamentais não se limitam a sua função subjetiva de defesa do indivíduo contra os atos do poder público, mas, indo além disso, configuram decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia no ordenamento jurídico como um todo (SARLET, 2009). Em outros termos, os direitos fundamentais transpassaram-se para um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos

As constituições democráticas estabelecem um sistema de valores, onde os direitos fundamentais ocupam papel central no Estado de Direito Democrático, atuando como limite do poder e como diretriz para a ação do Estado, sendo que para Mendes e Branco (2017, p.153):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Contudo, salienta-se que o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não significa que qualquer posição jurídica subjetiva pressuponha, obrigatoriamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.

A premissa da dimensão objetiva não é considerada meramente o “reverso da moeda” da dimensão subjetiva. Em verdade, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, significa que as normas que estabelecem direitos subjetivos possuem função autônoma que transborda a alçada da perspectiva subjetiva (SARLET, 2009).

Há também diversos aspectos relevantes para a completa compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, primeiramente, partindo do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais e as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, podem possuir a natureza tanto de princípios quanto de regras (SARLET, 2009).

Portanto, considerando a constituição como um sistema aberto de regras e princípios, é possível afirmar a existência de regras e princípios objetivos e subjetivos.

A dimensão objetiva produz consequências merecedoras de apreciação. Uma destas consequências que requer destaque é a apreciação dos direitos fundamentais como bem tutelado, possuindo valor em si, a ser apreciado e fomentado de forma coletiva, não apenas sob perspectiva individualista (MENDES; BRANCO, 2017).

Outra consequência relevante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se encontra no dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais frente a atentados provenientes dos Poderes Públicos, de particulares ou de outros Estados. No que se refere nas relações entre particulares, também conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se mostra relevante que o Estado atue de forma a proporcionar a reparação integral dos danos causados nas relações entre particulares, tais como na relação de emprego, razão pela qual se questiona a legislação que prevê indenização tabelada ou vinculada ao salário contratual do trabalhador.

Para Mendes e Branco (2017), o dever desta prestação está associado, de forma especial, mas não exclusiva, aos direitos à vida, à liberdade e a integridade física.

À vista disso, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, posto que a dimensão objetiva postula a adoção de medidas,

sejam materiais ou jurídicas, que visem resguardar os bens protegidos por direitos fundamentais.

Não obstante, é necessário respeitar a liberdade de conformação do legislador, a quem é outorgada a discricionariedade normativa, isso é, a decisão quanto à melhor forma de proteção aos direitos fundamentais. Assim, salienta-se que é de competência dos órgãos políticos indicar a melhor medida a ser adotada nessa proteção, e não do judiciário.

Todavia, quando os órgãos políticos atuam de forma a não proteger os direitos constitucionalmente assegurados, ou criam normas que os limitam, como no caso da tarifação a reparação de danos extrapatrimoniais trazida pela reforma trabalhista, entende-se ser não apenas possível, mas necessária, a intervenção do judiciário para defesa e garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa trabalhadora.

Ingo Sarlet (2009), aduz que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui terreno fértil para desenvolvimento de novas possibilidades. Desta maneira, não pode ser considerada meramente como uma nova função desses direitos, mas sim, como base para outras funções, cujas delimitações e importância específica ainda não podem ser avaliadas. A descoberta, ou análise, dessa dimensão propicia o desenvolvimento de novos conteúdos, os quais assumem papel relevante na construção de um sistema eficaz e racional para a efetivação dos direitos fundamentais.

A tarefa de traçar uma distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva que seja suficientemente precisa, sem prejudicar a possibilidade de subjetivação das posições que em um primeiro momento se limitavam a juridicidade meramente objetiva, é especialmente dificultada pela necessária compreensão da exigibilidade intrínseca aos direitos subjetivos.

Nesse sentido, faz-se indispensável a elucidação do significado desta exigibilidade, uma vez que a simples possibilidade de solicitar de forma judicial a análise de constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob a ótica da efetivação via judicial, uma faceta da subjetividade inerente a totalidade das previsões constitucionais de direito objetivo (SARLET, 2009).

Assim, quando se trata de direitos fundamentais subjetivos, isso é, no contexto da perspectiva subjetiva, refere-se à faculdade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, liberdades ou direitos de ação (negativas ou positivas) que lhe foram outorgadas pela norma de direito fundamental.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais apresenta certa predominância frente a dimensão objetiva. A doutrina majoritária aponta para uma subjetivação das diversas funções inerentes a teoria objetiva dos direitos fundamentais. Robert Alexy (2008) leciona que a prevalência da interpretação jurídico-subjetiva se deve a dois argumentos.

O primeiro diz respeito a finalidade dos direitos fundamentais, mesmo os de caráter coletivo, residir na proteção do indivíduo, e não do coletivo. Nessa senda, a perspectiva objetiva, em um primeiro plano, apenas reforça a proteção jurídica de direitos subjetivos.

O segundo argumento é denominado pelo autor como “argumento da otimização”, refere-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais. Conclui-se por esses argumentos, que os direitos fundamentais são direitos individuais que se encontram constitucionalmente protegidos, e esta proteção correrá na forma de direito subjetivo (SARLET, 2009).

Sarlet (2009), aponta ainda outros dois argumentos para a presunção em favor da perspectiva subjetiva. Para o autor, tal predominância encontra justificativa no valor imposto à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, ainda que considerando esta posição, cabe salientar que não são nulas as possibilidades de atribuir-se a titularidade dos direitos fundamentais subjetivos a grupos ou entes coletivos, estando, inclusive, previstas na Constituição Federal, onde os “direitos coletivos e difusos” são identificáveis nos artigos 5º, XXXII (proteção ao consumidor); 24, XIV (proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV (proteção à infância e à juventude) e 225 (proteção ao meio ambiente).

Superada a problemática das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos

fundamentais, torna-se relevante a análise da eficácia desses direitos no plano fático.

Considerando que a temática engloba uma gama considerável de controvérsias, inclusive no que tange o próprio termo eficácia, aqui serão destacados os pontos com mais relevância, concentrando-se nos problemas de eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, em especial, no debate acerca do dispositivo do art. 5º, §1º, que determina eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Contudo faz-se importante realizar análise de posições sobre a temática da eficácia, buscando certa uniformização quanto a terminologia e conceitos aplicados.

Primeiramente, importa salientar que a doutrina nacional distingue as noções de vigência e eficácia. A vigência se refere a característica das normas que as garante existência jurídica, importando que esta norma passou pelo processo legislativo necessário para sua promulgação e publicação. A vigência dota a norma de observância obrigatória. Assim, a vigência é real pressuposto de eficácia, uma vez que, normas sem vigência não podem possuir eficácia (SARLET, 2009).

Apesar de ser possível auferir consenso doutrinário no tocante a distinção entre os termos elencados anteriormente, faz-se imperioso esclarecer o sentido empregado a expressão “eficácia” neste estudo. Para tanto, cumpre distinguir a eficácia jurídica e a eficácia social.

Não obstante a íntima conexão entre os dois conceitos, é necessário esclarecer que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir efeitos jurídicos, e se refere a sua aplicabilidade, exigibilidade e executividade; e a eficácia social da norma se refere a sua verdadeira aplicação no plano fático, confundindo-se assim com a efetividade da norma (SARLET, 2009).

Estabelecidas estas premissas, doravante as noções das expressões de “eficácia jurídica” e “eficácia social” seguirão, para os fins desta pesquisa, a definição efetuada por Ingo Sarlet (2009, p.240):

[...] podemos definir a eficácia jurídica como uma possibilidade (um sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada nos casos concretos e de - à medida de sua portabilidade - gerar efeitos

jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerado como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), enquanto o resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação. Não obstante reconhecermos a pertinência das críticas tecidas por Eros Roberto Grau, optamos pela adesão à concepção clássica de eficácia jurídica, já que não se pode esquecer que, independentemente de uma decisão em favor da aplicação do Direito - apenas irá ocorrer em face dos casos concretos e na medida em que estes forem surgindo -, a norma jurídica vigente sempre será potencialmente aplicável e, por via de consequência, apta (ainda que em tese) a gerar efeitos. Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do direito engloba tanto eficácia jurídica, quanto à social. Ambas - a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade - constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

Ainda, antes de adentrar especificamente às questões de eficácia dos direitos fundamentais, faz-se oportuno destacar as mais relevantes posições adotadas na doutrina no que se refere a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.

Sarlet (2009) leciona que por um longo período a doutrina de Ruy Barbosa dominou os estudos nacionais voltados a eficácia das normas constitucionais, e este, na posição de entusiasta do modelo norte-americano, baseou-se nas obras estadunidenses para distinguir na Constituição de 1891 normas autoaplicáveis, ou auto executáveis, e normas não auto-aplicáveis, ou não auto executáveis.

O primeiro grupo corresponde às normas que, por terem seu conteúdo devidamente determinado, se encontram aptas a gerar seus efeitos independentemente da atuação do legislador. Enquanto que o segundo é formado por normas que exigem ação do legislador para possuir efeitos, isso porque seu texto não abarca os preceitos essenciais para sua aplicabilidade. Assim, as normas auto executáveis estabelecem regras, sendo objetos de aplicação do Poder Judiciário, de outra ponta, as não auto executáveis apenas indicam princípios e se dirigem ao legislador.

A partir da década de 50 a doutrina de Rui Barbosa passou a ser amplamente criticada. Além de não corresponder mais à posição doutrinária majoritária, as premissas da distinção realizada pelo autor não eram compatíveis com o texto constitucional de 1914. Enquanto a concepção de Barbosa assegurava que apenas a minoria das normas constitucionais apresentasse aplicabilidade sem a ação legislativa

infraconstitucional, atualmente entende-se que a maioria das normas constitucionais configuram direito plenamente aplicável, inclusive de maneira direta (SARLET, 2009).

Após, José Afonso da Silva propôs uma teoria tricotômica sobre a eficácia das normas constitucionais, classificando as normas constitucionais em: a) normas de eficácia plena, aquelas que, por possuírem aplicabilidade direta, imediata ou integral, não exigem ação do legislador, possuindo efeitos desde o momento em que entram em vigor; b) normas de eficácia contida, correspondem as normas que, apesar de possuírem aplicabilidade direta, não permitem a eficácia integral de seus dispositivos; e c) normas de eficácia limitada possuem apenas a capacidade de serem aplicadas de forma indireta e reduzida por não terem recebido do constituinte a normatividade mínima necessária, assim pugnam por intervenção do legislador (SILVA, 2020).

Seguindo critério diferente, Luís Roberto Barroso, propôs sua classificação com base na situação dos indivíduos em fase dos preceitos constitucionais, assim, sua tipologia segue as funções das normas constitucionais no âmbito da carta magna. Desta forma, as normas constitucionais são divididas por ele em: a) normas constitucionais de organização, que objetivam organizar o exercício do poder público, e se subdividem em quatro espécies, as que vinculam decisões políticas fundamentais, as que definem competências dos órgãos constitucionais, as que criam órgãos públicos e as que definem normas processuais ou procedimentais; b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que buscam estabelecer os direitos fundamentais do indivíduo, e podem, por sua vez, ser subclassificadas em três grupos, o primeiro de situações prontamente desfrutáveis, o segundo de situações que suscitam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e o último referente a normas cuja realização depende de ação do legislador infraconstitucional; e c) normas constitucionais programáticas, que compreendem os dispositivos que buscam traçar os fins e objetivos do Estado (BARROSO, 2009).

Maria Helena Diniz, em teoria construída após a vigência da CF/88, propôs uma classificação em quatro grupos: a) normas com eficácia absoluta, compreendendo aquelas que não podem ser alteradas pelo legislador ordinário, e por isso com maior eficácia em comparação com demais dispositivos constitucionais; b) normas com eficácia plena, são aquelas que independem da atuação do legislador infraconstitucional para atingirem eficácia; c) normas de eficácia relativa restringível, correspondem as normas que possuem aplicação direta ou imediata, com capacidade

para gerar todos os efeitos jurídicos cabíveis, porém, que estão sujeitas a restrições previstas na legislação ordinária; e d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, as quais possuem apenas aplicabilidade mediata, pois dependem de complementação legislativa em virtude de sua baixa normatividade, assim não produzem seus efeitos desde a promulgação (DINIZ, 2013).

Todas as propostas apresentadas possuem pelo menos dois aspectos nos quais compartilham o mesmo entendimento, sendo que, estes aspectos encontram-se vinculados ao problema da eficácia jurídica das normas constitucionais.

Em primeiro plano, todos os autores compreendem que inexistente norma constitucional completamente esvaziada de eficácia. Contudo, todas as propostas sustentam que certas normas constitucionais, em decorrência de não apresentarem normatividade mínima suficiente, não podem gerar, de forma imediata, seus efeitos, exigindo para isso a intervenção do legislador ordinário.

Faz-se necessário, também, atingir um consenso quanto a terminologia mais adequada. Considerando-se que, em todas as classificações propostas, encontra-se a premissa de que uma norma é capaz de gerar seus efeitos essenciais quando dotada de normatividade suficiente, é inevitável traçar um paralelo entre a densidade normativa e eficácia. Desta forma, Ingo Sarlet (2009) advoga ser possível falar-se em “normas constitucionais de alta densidade normativa” e em “normas de baixa densidade normativa”. Para o autor, a terminologia apresentada circunda as críticas tecidas às concepções clássicas, bem como ressalta o critério da densidade normativa para a graduação a eficácia das normas.

O segundo ponto de congruência das propostas quanto à eficácia das normas constitucionais é a falta de destaque aos direitos fundamentais. De fato, a consistente maioria das propostas foi efetuada anteriormente à Constituição Cidadã, sendo que, apenas Maria Helena Diniz e Luiz Roberto Barroso elaboraram suas teses sob a vigência desta carta magna. Contudo, enquanto a primeira jurista se restringiu a incluir os direitos fundamentais na classe de normas de eficácia absoluta, o segundo dedicou-se a analisar a inovação da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, apesar de demonstrar tendência a estender este preceito a todas as normas constitucionais.

Em virtude do exposto, constata-se que a doutrina nacional não se debruçou de forma consistente sobre o estudo da aplicação imediata dos direitos fundamentais, não possuindo assim consensualidade no tocante ao alcance deste preceito. Nesse sentido, Sarlet (2009), aduz que a localização textual da norma aqui mencionada, isso é, no primeiro parágrafo do artigo quinto, pode induzir a entendimento diverso do adequado, levando a crer que se aplica apenas aos direitos individuais e coletivos. Entretanto, a compreensão literal do dispositivo, emprega a expressão genérica “direitos e garantias fundamentais”, de tal sorte que inviável restringir seu alcance a poucas gamas de direitos fundamentais.

Necessário compreender o debate em tela sob a perspectiva de que a norma infraconstitucional denominada de “reforma trabalhista”, que alterou o texto da CLT e incluiu um título sobre danos extrapatrimoniais que limitou a reparação de danos do trabalhador conflita com direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, defendemos que a eficácia dos direitos individuais é plena, de aplicabilidade imediata e, portanto, não se submete às disposições infraconstitucionais reformistas que versem de maneira diversa.

Com relação à força da norma de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a questão circunda na possibilidade de atribuir tal aplicabilidade e eficácia a normas que não foram preenchidas de efetiva normatividade. A existência de normas de direito fundamental de caráter meramente programático impede a compreensão de que todos os direitos fundamentais podem, sem nenhuma exceção, serem dotados de auto aplicabilidade.

Ainda assim, não se pode olvidar que toda norma constitucional, mesmo programática<sup>2</sup>, possuem algum nível de eficácia.

No que concerne este ponto, conclui-se que tanto posições restritivas à norma analisada, quanto posições demasiadamente extensivas, incorrerem em erro.

A melhor hermenêutica a ser aplicada é a que define a norma prevista no parágrafo primeiro, do art. 5º, como um inequívoco princípio, cujo objetivo circunda

---

<sup>2</sup> Para Medes e Branco (2017), as normas programáticas são uma subespécie de norma constitucional, que possui eficácia limitada. Essas normas impõem uma tarefa aos poderes públicos, dirigem-lhe tarefa certa ou prescrevem ação futura, isso é, estabelecem programas e diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais. Sua eficácia depende não apenas de fatores jurídicos, mas também de fatores econômicos e sociais.

em um mandado de otimização e maximização do alcance dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009)

A problemática da eficácia das normas de direitos fundamentais, de forma mais específica, está estreitamente interligada às questões de vinculação dos poderes públicos e dos particulares. Isso pois, a vinculação dos direitos fundamentais é a premissa maior de sua eficácia.

A teoria clássica, relacionada ao liberalismo, limita o alcance dos direitos fundamentais às relações públicas. Neste panorama, os direitos fundamentais constituem freios ao exercício do poder estatal, de modo a garantir liberdades aos particulares. Esta aplicação dos direitos fundamentais recebe o nome de eficácia vertical, pois, os efeitos destes direitos transitam entre o Estado, com superioridade jurídica, e o indivíduo que se encontra a baixo dele (SARLET, 2009)

Apesar de atualmente este não ser o único sentido de vinculação destes direitos, ainda é de suma importância compreendê-lo, sobretudo porque ao estabelecer o princípio da aplicabilidade imediata já mencionado, o legislador constituinte de 1988 não se dedicou a determinar a vinculação aos direitos fundamentais. Ainda assim, o aludido princípio impõe ao poder público a aplicação imediata dos direitos fundamentais, de tal maneira que inexistente ato de entidade pública que se encontre desvinculado dos direitos fundamentais.

Defende-se, contudo, que não obstante a vinculação de todos os poderes públicos, os particulares também se encontram vinculados aos direitos fundamentais. Isso porque a opressão e violência contra os direitos mínimos humanos não flui apenas do Estado, podendo advir de uma gama variada de atores privados. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 377) assim leciona:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam um sentido apenas nas relações entre os indivíduos e os Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou sua atividade e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa efetivamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também

contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores. Em tais domínios, manifestam-se, como particular agudeza (como, de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas e grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesmo na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais quanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos.

É importante esclarecer que se exclui do debate quanto à eficácia horizontal, isso é, entre particulares, aqueles direitos fundamentais que por sua natureza se destinam unicamente aos órgãos do Estado, a exemplo dos direitos políticos. Por outro lado, existem também direitos fundamentais que se dirigem diretamente aos particulares, sem prejuízo de sua eficácia vertical, a exemplo do direito a indenização por danos extrapatrimoniais (SARLET, 2009).

Firmada essa premissa, é preciso analisar a forma em que ocorre a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, uma vez que, apesar da qualidade de princípios constitucionais inerentes aos direitos fundamentais permitir a sua aplicação no ordenamento jurídico em completude, é inviável apenas transportar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental de forma a equiparar seu papel ao do Estado, em todos os casos.

A partir dessas premissas, dentre aqueles que entendem pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas surgem duas posições predominantes. Há quem defenda a eficácia mediata ou indireta, e aqueles que advogam pela eficácia imediata ou direta.

Para os juristas alinhados a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas apenas após passarem por um processo de transmutação, no qual são interpretados e integrados ao direito privado. Enquanto que para a corrente oposta, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre sujeitos privados é possível independentemente da recepção pelo direito privado. A defesa desta teoria argumenta que os direitos fundamentais, como normas de cunho constitucional possuem validade em toda a ordem jurídica, não sendo admissível que o direito privado se coloque a margem da ordem constitucional (SARLET, 2009).

Por fim, Ingo Sarlet (2009), aponta que existem considerações distintas a serem traçadas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Neste contexto, para o jurista, existem duas situações fáticas quanto a temática.

Na primeira situação constata-se relativa igualdade entre os polos da relação jurídica, e nesses casos, a aplicação dos direitos fundamentais deve se pautar em um dever geral de respeito, pelo qual todos se encontram vinculados, prevalecendo o direito à liberdade para ambas as partes. Sendo assim, a eficácia direta dos direitos fundamentais se justifica apenas nos casos onde ocorrer ameaça ou lesão à dignidade da pessoa humana ou aos direitos de personalidade (SARLET, 2009).

Na segunda situação, os particulares integrantes da relação não se encontram em igualdade. As relações compreendidas em desigualdade entre indivíduos e detentores de poderes sociais suscitam a aplicação imediata dos direitos fundamentais. De tal forma, que o particular detentor de poder social se submete ao mesmo poder vinculante que os Poderes públicos, pois, apesar de os polos serem ocupados por particulares, estes se encontram em diferentes níveis de poder (SARLET, 2009).

Para além da possibilidade de abordagem da temática de direitos fundamentais em sua eficácia horizontal e vertical, há autores que defendem que nas relações marcadas pela assimetria de poder, tal como nas relações de emprego e no direito do consumidor, surgiria não apenas um prisma da eficácia horizontal, mas poder-se-ia defender uma verdadeira eficácia diagonal.

Da assimetria de poder existente na maioria das relações de trabalho ocorrem os danos extrapatrimoniais, cada vez mais recorrentes, defende-se a hipótese que de no sistema jurídico norteado pela dignidade humana e proteção de direitos fundamentais, minimamente seja respeitada a isonomia entre o trabalhador e os demais papéis sociais, e, para além disto, estabeleça critérios pautados no princípio da proteção do trabalhador como parte mais frágil da relação a fim de proporcional a reparação na exata proporção do dano.

A expressão “eficácia diagonal” foi cunhada por Sergio Gamonal Contreras, jurista chileno que se dedica ao estudo do Direito do Trabalho. Contreras (2011), defende que a situação de desequilíbrio nas relações de trabalho é acentuada pela

sua própria configuração de subordinação promovida pelo poder empregatício. Desta forma, a carga de desequilíbrio apresentada suscita uma aplicação dos direitos fundamentais diferente da observada na eficácia horizontal, uma vez que os integrantes da relação não se encontram no mesmo plano de poder.

Conclui-se pela teoria de Contreras (2011) que, aquele que se localiza em um patamar mais elevado de poder fático deve suportar uma maior limitação a sua autonomia através da incidência dos direitos fundamentais. Isso ocorre pois, em situações de acentuada assimetria de poderes, o polo mais fragilizado não é capaz de gozar de forma plena de sua autonomia.

Curiosamente as disposições acerca de reparação de danos extrapatrimoniais constantes na Consolidação de Leis Trabalhistas aproximam-se muito mais de uma proteção ao causador do dano do que propriamente ao ofendido, sendo conferido pelo legislador ainda mais poder ao ofensor que poderá calcular previamente o risco e o proveito em violar a dignidade alheia.

Não se pode olvidar que no âmbito das relações de trabalho, muito especialmente nas relações de emprego, a assimetria existente entre as partes é marca inquestionável e, até mesmo, objeto de dispositivos de proteção legal, que buscam reequilibrar as capacidades jurídicas das partes.

Tem-se, portanto, que no contrato de trabalho, as partes, desde a etapa pré-contratual, não se pautam pela igualdade de direitos e obrigações. Por isso mesmo, em legislações que objetivam a proteção do hipossuficiente e do vulnerável<sup>3</sup>, tais como Direito do Consumidor e Direito do Trabalho, um estudo mais aprofundado sobre a temática da isonomia e igualdade é medida que se impõem, e será objeto do próximo tópico.

### 1.3. ISONOMIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, datada de 10 de dezembro de 1948, estabelece em seu artigo 1º: “Todos os

---

<sup>3</sup> O dicionário Aurélio (2010) define “vulnerável” como o lado fraco de um assunto ou de uma questão, enquanto que “hipossuficiente” é a pessoa pobre na acepção legal do termo, que por razões econômicas ou técnicas, não tem como fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito.

seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. ” (ORGANIZAÇÃO, 1948).

Nos direitos internos dos Estados, via de regra, as respectivas constituições estabelecem que todos são iguais perante a lei. Na Constituição brasileira, tal preceito é estabelecido no art. 5º, caput:

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

Partindo-se das discussões levantadas até aqui, é possível afirmar que além de ser o pilar dos direitos de segunda geração ou dimensão, a igualdade por si só também é um direito geral e fundamental.

Para Goldschmidt e Siqueira (2019), o direito fundamental à isonomia pode ser definido como o direito de todo indivíduo, em relação ao seu semelhante, de ser tratado igualmente na medida em que constatados como iguais, e desigualmente naquilo em que se desigualam.

Essa premissa, também citada na Oração dos Moços (1997, p. 26), quando Rui Barbosa profere “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhear desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”, possui suas bases no pensamento dos filósofos clássicos, como Platão, que há muito já defendia que para atingir-se uma igualdade real é preciso considerar as igualdades e desigualdades fáticas (ALEXY, 2008).

Bobbio (1996) aponta que, do ponto de vista político, a igualdade se apresenta como um valor para a sociedade, de caráter fundamental e inspirador de filósofos em toda a história humana. As ideologias políticas que bradam pela “igualdade a todos” carregam significado emotivo, não necessariamente no que tange a igualdade, mas na expressão de todos. Isso porque esse termo carrega consigo uma gama de significados contraditórios e revolucionários, que se contrapõem a situação fática permeada de privilégios, onde apenas alguns têm acesso aos bens e direitos.

A igualdade figura na Constituição da República de 1988 princípio constitucional. Isso se deve ao seu peso no Estado Social de Direito, sendo relacionado à justiça social. Existe um avanço social quando se defende a igualdade de oportunidades e de condições de sobrevivência, de maneira relacionada com os direitos econômicos, sociais e culturais. Por esse motivo, faz-se necessário conceituar princípios constitucionais.

Gesta Leal (2000) conceitua princípio partindo da premissa que o sistema jurídico é constituído de subsistemas, como ordens parciais. Nesse cenário, os princípios, na posição de normas, desempenham a função de fundamentar, em sentido material e formal, as demais normas integrantes do sistema normativo, aqui, a totalidade do Direito Positivo.

Bonavides (2020), colaciona uma série de conceitos clássicos para o termo “princípio”. A exemplo da definição feita por Luís-Diez Picazo, na qual os princípios são as verdades primeiras, isso é, as premissas sob as quais todo o ordenamento jurídico se desenvolve. Assim, os princípios são verdades objetivas, estando muitas vezes fora do plano do ser, localizando-se no dever-ser, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Esses conceitos não chegam a completude por possuírem o defeito capital de não abarcarem o traço da normatividade dos princípios. No mesmo sentido é a investigação doutrinária apresentada por Ricardo Guastini (2005) onde são expostos seis conceitos utilizados para o termo.

O primeiro conceito diz que o vocábulo pode referir-se à normas jurídicas de um alto grau de generalidade; o segundo, aponta que “princípio” pode ser utilizado para referir à normas que, por seu alto grau de indeterminação, requerem concretização por via interpretativa; o terceiro diz que o emprego do termo pode ser feito para designar normas de conteúdo programático; o quarto faz referência à elevada posição hierárquica da norma apresentada; o quinto conceito empregado ao termo em estudo designa norma que desempenha função fundamental no sistema jurídico; por derradeiro, o sexto conceito empregado à expressão “princípio” designa normas dirigidas aos órgãos de aplicação das previsões normativas.(GUASTINI, 2005).

A doutrina clássica defende que existe uma distinção entre normas e princípios constitucionais. Contudo, Canotilho (2011) aponta para direção oposta. Para o jurista, as regras e os princípios são duas espécies, as normas princípio e as normas disposição.

Canotilho (2011) diferencia as duas espécies de normas através de cinco critérios. O primeiro é o grau de abstração, onde os princípios são normas com um alto grau de abstração, enquanto que as regras possuem pouca abstração. O segundo é o grau de determinabilidade, os princípios, por sua característica de serem vagos, necessitam de mediação concretizadora, não possuindo aplicação direta. O terceiro é o caráter de fundamentalidade no sistema, os princípios possuem um papel fundamental no ordenamento jurídico, na medida em que possuem posição hierárquica elevada no sistema das fontes e importância estruturante dentro do sistema jurídico, estabelecendo fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. O quarto diz com a proximidade da norma com a ideia de direito e justiça, estando os princípios mais próximos, enquanto as regras encontram-se mais distantes por seu conteúdo ter caráter meramente funcional. Por fim, o quinto critério é a natureza normogénica, no qual os princípios são o nascedouro das regras.

A igualdade, como princípio, ultrapassa sua inequívoca dimensão subjetiva, e atinge uma dimensão objetiva, isso é, configura-se como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional (Canotilho, 2011). Desta maneira, a ideia de igualdade estrutura o regime geral dos direitos fundamentais.

O princípio da igualdade opera em dois planos diferentes. Em um primeiro momento, dirige-se ao legislador, ou até mesmo ao executivo, no que importa a edição de leis, atos normativos e medidas provisórias. Nesse plano, o princípio aqui estudado impede a formulação destas fontes jurídicas de modo a criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que possuem igualdade.

Já em um segundo momento, obriga o intérprete da lei a aplicá-la de maneira igualitária, sem diferenciações fundadas em pré-conceitos.

Resta analisar que o princípio da igualdade não pode ser reduzido a um postulado universal, uma vez que não apenas permite, como objetiva, mais de uma análise de seu conteúdo. A igualdade, quando se volta ao legislador, em seu sentido

material, configura-se como o postulado prático já aludido, que atende a racionalidade. Logo, faz-se necessário questionar-se qual o real mandamento desta norma.

Para Alexy (2008), o princípio da igualdade estabelece que as leis devem ser executadas sem considerações pessoais, isto é, deve ser aplicado a todos os casos onde verificado seu suporte fático e a nenhum caso em que não o seja. Contudo, o dever de tratar de forma igualitária não pode ser entendido como a necessidade de inserir todos os indivíduos nas mesmas posições jurídicas, nem impõem que todos tenham as mesmas condições fáticas, sob pena de que as normas percam por completo sua capacidade, por encontrarem-se incompatíveis com sua finalidade, esvaziadas de sentido e injustas.

Alexy (2008) aponta também que “a igualização de todos, em relação a todos, seria, ainda que possível, indesejável” (2008, p. 397). Desta forma, aponta para a fórmula supracitada, que estabelece tratamento igual àqueles que se igualam, e desigual quando verificada desigualdade.

A fórmula apresentada possui duas interpretações (ALEXY, 2008): a primeira restringe-se ao postulado de ações decisórias universalizantes, isso é, ao legislador cabe criar normas de forma universal condicionada, uma vez que para todo ditame jurídico, em que averiguadas certas características, aplica-se a consequência determinada.

Se a interpretação da fórmula se restringisse a isso, o legislador seria autorizado, sem a violação da isonomia, a realizar qualquer discriminação. Assim, qualquer característica poderia ser tomada como justificativa para tratamento desigual. Averigua-se que tanto o tratamento igualitário irrestrito, quanto a justificativa incondicionada, são disparates absolutos. Nesse sentido apresenta-se a segunda interpretação necessária a fórmula:

Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula "o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente" não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade. [...] os problemas de uma tal interpretação decorrem do fato de que dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos. A igualdade - tanto quanto a desigualdade - entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade - ou uma desigualdade - em relação a determinadas características. Juízos

de igualdade, que constata uma igualdade em relação a determinadas características, são juízos acerca de relações triádicas: *a* é igual a *b* em relação à característica *E* (ou às características  $E_1, E_2, \dots E_n$ ). Juízos desse tipo são juízos sobre uma igualdade *fática parcial*, ou seja, relativos a apenas algumas e não a todas as características do par a ser comparado. Eles são verdadeiros se tanto *a* quanto *b* tiverem a característica *E* (ou as características  $E_1, E_2, \dots E_n$ ). O mesmo vale para juízos de desigualdade. (ALEXY, 2008, p. 399)

Seguindo o mesmo raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello (2021), pergunta: quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como quando é permitido que a lei estabeleça discriminações, e quais os limites do exercício legal de discriminar?

Mello (2021) propõem um modelo que tem por premissa que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas, ou situações, pode ser tomado por fator discriminatório: assim não é no traço escolhido que se encontram as respostas às perguntas levantadas.

Para elucidar tal afirmação, Mello (2021) traz exemplos concretos. Considerando que os homens baixos e os homens altos são nitidamente diferentes propõem-se duas normas hipotéticas. Na primeira é permitido apenas aos homens de estatura alta realizar contratos de compra e venda. A segunda, determina que apenas poderão fazer parte da “guarda de honra”, nas cerimônias militares, os soldados de estatura alta.

É nítido que o primeiro exemplo fere a regra de isonomia, porém o segundo não parece fazer o mesmo, ainda que o critério de distinção seja o mesmo. Conclui-se, portanto, que as respostas das perguntas levantadas não se localizam nos traços escolhidos, mas sim no vínculo de relação lógica identificado entre esta escolha e a situação.

Na direção do objeto da presente pesquisa, a previsão do artigo 223-G, parágrafo 1º, da CLT, cria discriminação não apoiada em critérios justificáveis na Constituição Federal. Assim, sendo que qualquer cidadão brasileiro tem direito a indenização proporcional ao dano (ofensa), sem pré-tarifação, por que o empregado, que é cidadão brasileiro, não tem tal direito? O fator de “discrímen” é razoável? É justificável? A presente pesquisa pretende comprovar a hipótese de que o trabalhador deve receber o mesmo tratamento de reparação de danos que os demais papéis

sociais, pois se trata de direito fundamental pautado pelo critério de igualdade, ínsito a todo ser humano.

Mello (2021, p. 21), chega a um modelo de parâmetros sólidos e coerentes para estabelecer quais características podem ser aplicadas e a forma correta desta aplicação, na busca pelo respeito ao princípio da igualdade. Neste modelo o autor apresenta três parâmetros a serem observados:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com o interesse absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicializados.

No que tange o primeiro parâmetro apresentado, a igualdade possui duplo sentido. De um lado propicia garantia individual contra perseguições, e de outro impede favoritismos. Desta maneira, coloca-se em pauta dois requisitos deste parâmetro: o primeiro diz que não se deve escolher critério diferencial que, por sua especificidade, singularize no presente, e definitivamente, um sujeito. Para estar em consonância com a isonomia, pode-se atingir uma categoria de pessoas ou então dirigir-se para um só indivíduo, se, nesse caso, o indivíduo for um sujeito indeterminado e indeterminável no presente (MELLO, 2021).

O segundo critério diz que o traço diferencial adotado deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elementos que não existam nestas esferas não podem servir como base para estabelecer regimes diferenciados. Isso é, fatores neutros em relação a pessoas, situações ou coisas diferenciadas não é válido para distingui-las. Por exemplo, o tempo por si só não pode ser fator de distinção, uma vez que passa para todos de igual maneira. É possível que uma legislação faça referência a um lapso temporal para embasar a diferenciação, contudo o critério não será o tempo por si só, mas os eventos ocorridos nele (MELLO, 2021).

O segundo parâmetro diz que é preciso averiguar correlação lógica entre os fatores de discriminação e a desequiparação estabelecida. A norma que se encontra em dissonância não é isonômica quando o fator diferencial adotado para distinguir os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a aplicação da

norma. A exemplo, não estaria de acordo com o preceito de igualdade norma que concede afastamento remunerado aos trabalhadores obesos que comparecessem a congressos religiosos, pois o peso do funcionário nada tem a ver com sua necessidade religiosa (MELLO, 2021), o mesmo se diga, não há correlação lógica para estabelecer pré-tarifação do dano se o trabalhador, assim como os seus pares que não possuem tal medida de pré-tarifação, é cidadão com iguais direitos fundamentais, entre eles a isonomia de tratamento.

Relevante salientar que a relação lógica não é absoluta. Uma vez que varia com a cultura social da época, absorvida na compreensão de mundo.

O último parâmetro apontado por Mello (2021) diz respeito a consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição, isso é, a diferenciação promovida pela legislação deve ser fundada em razão valiosa para o bem público. Desta forma, não basta apenas a lei pretendida obedecer aos parâmetros anteriores, o nexó verificável entre a característica elencada como critério desigualador e a desigualdade estabelecida deve estar em consonância com o ordenamento constitucional. Nesse sentido, a isonomia, como direito fundamental, é para todos, esteja a pessoa no papel de consumidor, regido pelo CDC, ou de trabalhador, regido pela CLT. Não há pertinência lógica no *discrímen* pela reforma trabalhista ao tarifar a reparação de danos extrapatrimoniais do trabalhador.

O contrário também é verdadeiro. Não se pode pretender uma legislação que estabeleça desigualdade com base em situação em que o direito constitucional não estabeleça.

Por derradeiro, o desrespeito ao preceito de igualdade pode ocorrer no momento da interpretação das leis. Para não incorrer em tal desrespeito é vedado ao interprete desigualar situações cujo fator de desequiparação não é assumido no texto legal. De igual maneira, nos casos em que a legislação realiza a diferenciação de forma compatibilizada com a isonomia, não pode o interprete eximir-se de realizar o *discrímen* (MELLO, 2021).

José Afonso da Silva afirma que a Constituição Federal de 1988 não apenas estabelece o princípio da igualdade no *caput* do art. 5º, onde o faz de forma geral e limitada à igualdade formal isso é, de todos os indivíduos perante a lei, mas também

reforça tal princípio através de diversos outros dispositivos que tratam sobre a igualdade ou pretendem propiciar igualdade por meio da outorga de direitos substanciais (SILVA, 2020).

Mello (2021) conclui que a verificação de um dos parâmetros não é suficiente para a compatibilidade com o preceito de igualdade, é preciso que a lei pretendida preencha todos os parâmetros de forma concomitante. Desta maneira, será isonômica apenas a lei que estabeleça a desigualdade com base em pressupostos fáticos diversos, que mantenham relação lógica com a assimetria pretendida, relação esta, que por sua vez, encontra-se em consonância com previsões constitucionais de interesses prestigiados.

A contrário senso, através do mesmo pensamento é possível chegar às circunstâncias que ferem o princípio da isonomia. Mello (2021, p. 47-48) cita cinco casos onde a isonomia é ofendida:

- I. A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
- II. A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas ou por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
- III. A norma atribui tratamento jurídico diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guardam relação de pertinência lógica com disparidade de regimes outorgados.
- IV. A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
- V. A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Do estudo transcorrido neste título, depreende-se que a isonomia, assim como os demais direitos fundamentais, e inclusive na sua peculiar posição de princípio constitucional, dirige-se de forma mais contundente aos Poderes Públicos. Entretanto, como direito fundamental, pode ser aplicada às relações particulares, através de sua eficácia horizontal (SARMENTO, 2006).

Nas relações trabalhistas, a isonomia material é comprometida pelas características próprias desta relação. Desta maneira, torna-se nítida a possibilidade de estabelecer normas de desequiparação legal entre empregador e empregado, com base na sua desigualdade material. Nesse sentido, o legislador constituinte concede

ao trabalho um grande valor social, com pilar na dignidade da pessoa humana, de modo a proteger o polo fragilizado desta relação.

A igualdade serve de bloqueio à opressão estatal em face do indivíduo ou ainda na relação entre particulares. Em regimes absolutistas, os abusos praticados pelos governantes revelam a importância da correta aplicação do princípio da isonomia como freio e parâmetro do agir estatal. Nas relações entre particulares, igualmente se revela importante tal princípio, especialmente diante das mais diversas formas de explorações potencialmente praticadas pelo poder econômico empresarial, que avança sobre valores humanitários.

Neste sentido, compatibilizar a correta aplicação do princípio da isonomia aos desafios da sociedade contemporânea, pautada pela falta de diálogo e de visões de mundo extremistas, é medida extremamente complexa.

Contudo, sabendo-se que a Constituição Federal brasileira elege o valor social do trabalho e a tutela da pessoa humana como valores constitucionais, buscar-se-á avançar em tal temática, nomeadamente a partir do horizonte da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, a vincular o Estado e os particulares.

#### 1.4. VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A TUTELA DA PESSOA HUMANA

Para compreender a forma como o poder constituinte de 1988 pretendeu defender a tutela da pessoa através de sua dignidade, é necessário averiguar o significado da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que esse estudo, para chegar a uma conclusão efetiva, não pode se deter unicamente ao significado jurídico de dignidade, uma vez que a compreensão da noção de dignidade é anterior ao reconhecimento no âmbito jurídico. Sendo assim, inicia-se uma breve análise das principais teorias filosóficas que convergem no atual significado de dignidade humana.

Inicialmente, cumpre indicar que as raízes da ideia do valor intrínseco da pessoa humana encontram-se já no pensamento clássico e nos ritos religiosos.

Destaca-se o ideário cristão, não por sua originalidade, mas pela densidade de registros acessíveis. Em verdade, nos dois testamentos que compõem a bíblia cristã, o homem é apresentado como esculpido à imagem e semelhança de Deus. Desta afirmação se extrai a premissa que o ser humano é dotado de valor próprio e intrínseco. (SARLET, 2011).

No que se refere aos pensamentos da antiguidade clássica, a dignidade era vinculada à posição social do indivíduo e seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Nesse sentido, pode-se afirmar a existência de quantificação e modulação da dignidade, existindo pessoas mais ou menos dignas (SARLET, 2011).

A concepção de igualdade em dignidade surge na Filosofia Estóica, reconhecida escola filosófica fundada em meados de 300 a.C, por Zenão de Cítio, no período helenista, atingindo uma fase romana, cujos principais autores foram Marco Túlio Cícero (106 a.C. a 43 a.C.) e Marco Aurélio (121 a 180 d.C.). Entre os grandes postulados do estoicismo, encontram-se a doutrina segundo a qual o homem é guiado pela razão que lhe fornece normas infalíveis de ação, as quais constituem o direito natural, e o cosmopolitismo, doutrina de que o homem é cidadão do mundo, não de um país (GOLDSCHMIDT, 2009).

No pensamento estoico, a dignidade era tida como qualidade inerente ao ser humano que o distinguia das demais criaturas. Em vista disso, a dignidade era uma, isto é, todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. Essa noção encontra-se intimamente ligada à ideia de liberdade pessoal. Nos pensamentos do filósofo e político romano Marco Túlio Cícero (2002), a natureza exige que o homem leve em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem humanos. Estando a noção romana de dignidade vinculada ao respeito e consideração a que faz jus cada ser humano, torna-se indiferente a posição social do indivíduo na sua dignificação.

Já no contexto antropocêntrico do renascentismo, destaca-se o pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola, no qual a ideia de grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, se justifica, pois, sendo criatura de Deus, ao homem foi entregue autorização para ser soberano de seu próprio arbítrio, dotado de capacidade de ser e ter tudo aquilo que desejar (MIRANDOLA, 2006).

No decorrer dos séculos XVII e XVIII, através das teorias jusnaturalistas, a concepção de dignidade humana passou a ser racionalizada e perdeu seu teor religioso, mantendo a conexão com a noção de igualdade e liberdade. Destaca-se o disposto por Hobbes, em sua obra *Leviatã*, onde relaciona a dignidade do homem ao seu valor, no sentido de preço. Para o filósofo, a dignidade representa o valor do indivíduo no contexto social, remontando ao período clássico. Nessa aceção a dignidade é conferida pelo Estado e pelos membros da comunidade (HOBBS, 2009).

Sarlet (2011) aponta que, apesar do peso empregado aos pensamentos de Hobbes, foi apenas através de Samuel Pufendorf, que se pode constatar um avanço efetivo na ruptura com a tradição anterior.

A teoria apresentada por Pufendorf apresenta demasiada racionalidade, com fundamento na liberdade moral como característica que distingue o homem dos demais seres. A liberdade humana de formular escolhas pela sua razão e agir de acordo com seu entendimento é o alicerce de sua dignidade, e deve ser respeitada por todos, inclusive pelo rei. Assim, a dignidade humana não encontra suas bases em uma qualidade natural, nem no status social, ou dádiva divina (PUFENDORF, *apud* SARLET, 2011).

Por sua vez, Immanuel Kant (2007), construiu sua concepção partindo da natureza racional do ser humano. Ele assinala que, a capacidade de determinar a si mesmo, isto é, possuir autonomia de vontade, e agir conforme certas leis, é intrínseca apenas à seres racionais e constitui fundamento da dignidade. Seguindo esta premissa, afirma que o homem existe como um fim racional em si mesmo, não sendo apenas meio ou instrumento para a satisfação arbitrária de determinada vontade:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (...) ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz [...] Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade. (KANT, 2007, p. 77-78)

Apesar de a teoria kantiana ser pilar de grande parte da doutrina moderna sobre dignidade humana, não são poucos seus críticos. As fórmulas apresentadas por Kant foram motores de decisiva guinada no âmbito do pensamento filosófico e influenciaram profundamente a produção jurídica, porém muitos são seus contrapontos.

Dentre os argumentos contrários à teoria kantiana, destacam-se as noções desenvolvidas por Hegel, que sustenta que a dignidade constitui, de forma não exclusiva, uma qualidade a ser conquistada. Nesta linha, a dignidade viabiliza determinadas prestações (HEGEL, 2021).

Considerando as afirmações de Hegel complementares com uma concepção ontológica da dignidade, é possível afirmar que ao pretender-se sua proteção jurídica, é preciso reconhecer determinadas possibilidades de prestação de respeito aos direitos. Em suma, Hegel defende que a dignidade não pode ser puramente intrínseca ao ser humano, uma vez que este não nasce digno, mas torna-se, a partir da sua condição como cidadão (HEGEL, 2021).

Conforme exposto até aqui, a dignidade da pessoa humana percorreu um caminho onde começou a ser estudada como característica das elites na sociedade da antiguidade clássica, passando a um predicado atribuído a todos na modernidade, até chegar ao status de preceito jurídico vinculante, que ocupa o centro da ordem constitucional, desvinculada do mero valor religioso e moral.

Na ordem jurídica o pensamento de dignidade é vinculado a valores e condições básicas dos indivíduos, atreladas a direitos fundamentais. O supracitado artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, evidencia tal relação, ao proclamar que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 1)

Para Barroso (2012), é possível identificar um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade do ser como o fundamento e justificativa dos direitos fundamentais. Para o jurista, a promoção dos direitos fundamentais, baseada na dignidade humana, possui duas dimensões:

A primeira é individual, sendo definida como a representação da dignidade como autonomia. Essa dimensão se configura como um poder individual. Seus elementos primordiais são a capacidade de autodeterminação e condições para o exercício desta autodeterminação.

A segunda é social, que representa a perspectiva heterônoma. Essa dimensão é compreendida a partir da restrição e modificação das liberdades individuais por concepções que a ultrapassam e precedem, como os valores comunitários sociais e morais comuns a todos os indivíduos.

Por sua vez, Sarlet (2011) define a dignidade humana como a qualidade inerente e distintiva reconhecida no ser humano que faz dele merecedor de respeito e consideração não apenas por parte do Estado, mas também da comunidade. Nesse sentido, implica em um conjunto de direitos e deveres fundamentais, que ao mesmo tempo assegura a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, e lhe garante as condições mínimas para uma vida saudável. Além disso, a dignidade humana deve proporcionar e promover a participação do indivíduo de forma ativa e responsável nos destinos da própria existência e da comunidade, mediante o respeito aos demais indivíduos que integram a rede da vida. Assim, entende a dignidade, quando considerada norma de status constitucional, como detentora da função de valor fundamental de toda a ordem constitucional.

A Constituição Federal de 1988 contemplou a dignidade da pessoa humana por dois enfoques distintos. Primeiramente como o direito à vida digna, previsto no *caput* do art. 5º, e depois como o direito à existência digna, no art. 170, onde colaciona a valorização do trabalho humano como pilar de uma ordem econômica que visa assegurar dignidade a todos.

No texto constitucional existem outras duas relevantes referências ao trabalho. Inicialmente no art. 1º, IV, onde apresenta o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, e após, no art. 193, que afirma o primado do trabalho como base da ordem social. As três passagens revelam a unidade do trabalho, e de seu valor social, como princípio político.

O valor social do trabalho não é invenção moderna, porém passou por diversas mutações ao longo da história. Suas origens datam de momentos anteriores à própria

organização de sociedades. Embora o valor empregado ao trabalho seja mais próximo da razão do que do instinto, ele surge ainda na origem do homem, pois o trabalho é ligado a mais primária e humana necessidade, a sobrevivência (DE ARAÚJO, 2017).

Após a construção do Estado, na era clássica, o trabalho era entendido como atividade não honrosa, destinada aos que não tinham cultura ou inteligência, sina dos pobres e desempenhado por servos e escravos. Intelectuais desta época, a exemplo de Platão, consideravam que a dignidade do homem residia na participação social, através do discurso. De outro lado encontrava-se o trabalho, entendido como o mero uso da força física (BASILE, 2009).

Martinez (2019) colaciona que o termo trabalho, nas ideias mais remotas da palavra, foi relacionado ao sofrimento e à dor. As línguas derivadas do latim possuem seu vocábulo para trabalho (no português trabalho, no francês *travail* e no espanhol *trabajo*) derivado de termo *tripalium*, que designa instrumento de tortura composto por três paus e é sinônimo, por denotação, de qualquer ato que gere sofrimento. Se ao trabalho para si mesmo, por sobrevivência, é imputado a ideia de pena, o trabalho realizado a outrem é impregnado de noções ainda mais negativas.

Foi apenas na tomada do poder pela burguesia que o trabalho voltou a ser valorizado. A propriedade privada dos meios de produção somada ao acúmulo de riquezas e necessidade de garantir a circulação de mercadorias, exigiam da sociedade a valorização do trabalho, que passou a ser compreendida como caminho para alcançar a glória divina (MARTINEZ, 2019).

No mesmo período ocorreu a revolução protestante que, apesar de não trazer grande novidade na visão dada ao trabalho, aprofundou o pensamento de glorificação, empregando o estímulo psicológico necessário para consolidar a concepção do valor do trabalho concebido como vocação profissional e, por vezes, o único caminho para alcançar a glória divina de uma eternidade de descanso. Nesse cenário, a religiosidade foi utilizada como alicerce para a exploração da força de trabalho, com o objetivo de fomentar a produtividade exigida pelo sistema econômico (BASILE, 2009).

No desenvolvimento capitalista, aos poucos, a mão de obra especializada foi substituída por meios de produção industrializados. Esse movimento conhecido como Revolução Industrial, proporcionou a precarização da condição de vida do operário,

relegando-o à completa miséria, em ocupações com condições insalubres e com jornadas desumanas (BASILE, 2009). O abandono deste grupo social pelo Estado promoveu o avanço da doutrina socialista, encabeçada por Karl Marx. O filósofo alemão criticou veementemente a coisificação do trabalhador em prol da valorização do capital (MARX, 2013).

Já no século XX, com o desenvolvimento do constitucionalismo social, movido pelo pós-guerra que ensejava maior proteção social das pessoas e garantia de direitos fundamentais, as críticas à força do capital e ao pouco valor dado ao trabalhador se modificaram de forma significativa. Agora, tais críticas apontam que o trabalho é a base do mundo artificial criado pela humanidade e, apesar de alguns indivíduos poderem optar por não trabalhar, estes acabam por explorar o trabalho de outros. Assim, apenas o trabalho mantém a sociedade da forma como compreendemos (BASILE, 2009).

No âmbito nacional, outro fator se torna relevante: a escravidão. Apesar de presente na história de muitos países, no Brasil, a escravidão se generalizou em todas as províncias, tornando o país o maior receptor de escravos africanos. O uso da força de trabalho negra nos moldes da escravidão, apoiado pela igreja católica, sustentou o desenvolvimento da nação. Entretanto, o modo de produção capitalista não funciona em sua plenitude em um sistema escravagista, por essa razão a alforria dos escravos inevitavelmente foi realizada, ainda que sem o devido preparo para garantir a inserção destes indivíduos na sociedade (BASILE, 2009).

Ainda que repleta de lacunas, a Lei Áurea foi, para De Araújo (2017), o mais importante diploma jurídico que versa sobre direitos trabalhistas no Brasil. Atualmente o Estado Democrático de Direito vivenciado no país emprega valor social ao trabalho humano, e por isso protege os direitos decorrentes de relações trabalhistas, sendo vedadas quaisquer ações ou omissões que afetem de forma negativa os direitos dos trabalhadores.

Até a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, as relações empregatícias eram tratadas como mera relação contratual, regulamentada no Código Civil de 1916, sob a terminologia “locação de serviços” (SCHMITZ, 2012).

A expressão foi mantida na CLT, apesar disso não parece estar em consonância com a Constituição Federal de 1988. Isso porque, a atual Constituição elevou o valor social do trabalho não apenas à categoria de Princípio Constitucional Estruturante, que serve de fundamento da ordem econômica, mas também o posicionou como primado da ordem social (SCHMITZ, 2012).

A valoração empregada ao trabalho pelo texto constitucional é espelho dos diplomas de direito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) trouxe previsões mínimas para o trabalho digno, a exemplo de seu artigo 23, onde afirma:

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

De Araújo (2017), aponta que, no sentido jurídico, o valor social do trabalho abarca uma gama de atribuições eminentemente principiológicas. Assim, por cumprirem as mesmas funções, os direitos fundamentais e o valor social do trabalho, constituem-se em três dimensões: a) fundamentadora, b) orientadora e c) crítica.

A primeira dimensão do valor social do trabalho, a fundamentadora, estabelece-se no plano constitucional, basicamente pela sua previsão. Isso se deve ao fato de que, ao interligar os dispositivos e instituições destinadas à concretização dos direitos sociais e civis, ao trabalho (DE ARAÚJO, 2017).

Na dimensão orientadora, o valor social do trabalho deve nortear a atuação das instituições público-jurídicas, através de metas, dispostas de forma expressa ou não, que objetivam a realização do trabalho como instrumento de emancipação e cidadania. Nesse sentido, toda ação que contrarie o valor social do trabalho torna-se

ilegítima, já que inviabiliza a concretização de valores centrais do ordenamento jurídico (DE ARAÚJO, 2017).

A última dimensão, a crítica, estabelece o valor social do trabalho como critério para a avaliação e valoração normativa e jurisdicional das demais normas do ordenamento jurídico, e, também, de atos públicos e privados (DE ARAÚJO, 2017).

De Araújo (2017), aponta que a ideia de valor social do trabalho não pode ser mera previsão figurativa na Carta Magna, decorre da própria fundamentalidade do trabalho. A evolução do Estado brasileiro, especialmente após a constituição cidadã, exige do Poder Público um conjunto de ações voltadas à realização do desenvolvimento nos moldes das previsões constitucionais. Nesse sentido:

O reconhecimento do valor social do trabalho, no contexto econômico atual, decorre da implementação das ações econômicas orientadas por um conjunto de normas pautadas numa elevação dos direitos sociais a um papel de centralidade, que fundamenta e corporifica o neoconstitucionalismo social. O que no Brasil, tem uma importância ainda mais clara, muito embora se perceba a onda conservadora que tem assolado a produção normativa brasileira. (DE ARAÚJO, 2017, p. 5):

O Princípio Constitucional da Valoração do Trabalho surge como uma forma de proteção de caráter humanístico ao trabalhador, no intuito de garantir a esta dignidade, frente a um cenário econômico global, por instrumento do capitalismo, que inferioriza o ser humano, e acaba por precarizar as relações de trabalho (DE ARAÚJO, 2017).

Schmitz (2012) aponta que é possível afirmar que a incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas relações de trabalho é justificada pela necessidade de proteger o trabalhador contra ato que ameace sua dignidade, garantindo-lhes condições de trabalho dignas e saudáveis e promovendo a inclusão social.

No mesmo viés, de Araújo (2017), aponta que o valor social do trabalho atua de maneira decisiva sobre a dignidade humana, pois orienta e condiciona positivamente a construção de um ideal de cidadania que considera a participação dos processos sociais como parte indispensável do desenvolvimento. Deste modo, a cidadania é um meio que permite o fim social primordial do trabalho, a promoção da dignidade.

Na verdade, o trabalho permanece como o principal instrumento de inserção social e realização humana. É através do trabalho que o homem pode romper barreiras sociais e pessoais. Contudo, os movimentos globais de cunho liberais buscam a flexibilização dos instrumentos de proteção do trabalhador, em prol do desenvolvimento econômico.

Nesse cenário é evidente a importância da atuação protetiva do Estado ao trabalhador, a qual decorre do pacto constitucional, na busca da garantia da dignidade humana. Para cumprir com este papel protetivo, é necessário o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, de modo a evitar seu retrocesso, temática abordada no tópico seguinte.

#### 1.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A relação trabalhista é marcada pela assimetria entre os polos, não apenas por questões de cunho financeiro, mas pelo já mencionado poder diretivo do empregador, também denominado de poder patronal. Através deste poder o empregador exerce o domínio sobre o empreendimento, através do direito de livre iniciativa.

Contudo, esta realidade não confere ao empregador poder absoluto sobre a prestação de serviços do empregado, uma vez que o trabalhador não está sujeito a toda e qualquer ordem do empregador.

O poder diretivo não deve ser utilizado de forma a violar as garantias constitucionais não pode ser utilizado de forma a violar as garantias constitucionais intrinsecamente relacionadas ao indivíduo, pois os direitos fundamentais, ainda que não destinados diretamente ao trabalhador, são mantidos por este no decorrer da relação empregatícia, uma vez que inerentes aos indivíduos pelo simples fato de serem pessoas humanas (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

É por conservar sua posição de cidadão que o empregado não se subordina ao empregador em função de toda a sua atividade humana, porém, tão somente, em relação à atividade profissional contratada e necessária à empresa. Assim, o

empregado é protegido como pessoa humana pelo contrato de trabalho, normas de direitos fundamentais, sejam estes específicos, quando destinados diretamente às relações empregatícias, ou inespecíficos, quando inerentes a todo ser humano.

Dos direitos fundamentais inespecíficos – gerais – previstos na Constituição Federal de 1988, no que se refere a sua observância e aplicação no âmbito das relações trabalhistas, destacam-se a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a justiça social, o direito à intimidade e vida privada, o direito à honra e imagem, a livre manifestação do pensamento e a não discriminação.

A dignidade da pessoa humana, já abordada no presente trabalho, é prevista no art. 1º, inciso III, da CF/88, como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito brasileiro e inerente a todo cidadão. O mesmo direito constitucional é revigorado no art. 170, da Carta Magna, como finalidade da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Se toda pessoa humana resguarda sua dignidade, também é digno o trabalhador, cuja atividade deve ser valorizada.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2011), considerando que a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundamental de todo o ordenamento jurídico e social brasileiro, é possível atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade material, pois, vistos em sua vertente prestacional, tais direitos possuem o objetivo, no âmbito das relações trabalhistas, de assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material e uma existência digna.

Em consequência, faz-se imperioso atribuir a máxima eficácia jurídica, tanto no âmbito jurídico quanto social, aos preceitos que consagram a dignidade da pessoa humana, afim de proporcionar a realização fática deste valor constitucional.

Nascimento (2008) aponta que o trabalho é, inegavelmente, um dos componentes da condição de dignidade da pessoa humana, uma vez que figura como fonte de realização. O trabalho deve se destinar ao bem-estar humano, inserindo o homem no ambiente social através de sua funcionalidade, garantindo um estado de bem viver, entregando ao trabalhador o poder de assegurar para si, e para sua família bens jurídicos como sustento, saúde, lazer e crescimento material. Por essa razão,

todos os agentes sociais voltados ao desenvolvimento de bens e serviços apenas se justificam se for respeitada a dignidade dos trabalhadores.

No art. 170 da Constituição Federal de 1988, a justiça social consta como parâmetro da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. O texto constitucional faz referência à justiça social também no *caput* do seu art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.”.

Assim, resta consagrado que a que a ordem econômica deve caminhar em harmonia com o valor social do trabalho visando assegurar a todos uma existência digna, nos ditames da justiça social. Nos termos de Nascimento (2008, p.111):

A realização da justiça social se constitui, no principal propósito da ordem econômica constitucionalmente organizada. A observância dos ditames da justiça social constitui um direcionamento que o legislador constituinte impôs à atividade econômica e à atuação dos poderes públicos no trato das relações econômicas. Cuida-se, pois, de uma norma constitucional dirigente, na medida em que fixa uma finalidade específica para a ordem econômica nacional, vinculando todas as atuações que se possam operar no seu âmbito.

Resta claro que as manifestações de cunho material da dignidade da pessoa humana não podem ser dissociadas do indivíduo em nenhuma hipótese, acompanhando-o em todas as suas atividades. Desta maneira, ainda que o trabalhador se encontre em posição hierarquicamente inferior ao empregador na relação de trabalho, o poder diretivo deferido ao último não deve, de forma alguma, violar os limites da dignidade da pessoa humana, sob o risco de infringir a justiça social.

Outro relevante destaque a ser realizado sobre o art. 170 da CF/88 é o binômio que funda a ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. A mesma dicotomia também figura no art. 1º, inciso IV, da Constituição, sendo destacada a relevância dos dois bens, elevados à posição de bens socialmente tuteláveis.

Em análise sobre a ordem econômica, José Afonso da Silva (2020), aponta que a mesma é fundada na valoração do trabalho humano e na iniciativa privada, o que significa dizer, que a Constituição Federal de 1988 consagrou uma economia de mercado de natureza capitalista, uma vez que a iniciativa privada por si é um princípio da ordem capitalista. Além disso, embora capitalista, a ordem econômica prioriza o valor do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Essa prioridade é dita no sentido de orientar a intervenção estatal na economia.

A liberdade de iniciativa é, sem sombra de dúvidas, um princípio básico do liberalismo econômico. Sua história remonta à luta dos agentes econômicos para se libertar dos vínculos que lhe recaiam no período feudal e no mercantilismo. Até a primeira Guerra Mundial, a liberdade de iniciativa econômica visava garantir aos proprietários a possibilidade de usar e comercializar os seus bens, no caráter absoluto da propriedade. Com a evolução das relações de produção, surge de forma mais severa a necessidade de proporcionar melhores condições de vida aos trabalhadores, através de mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, isso pois a liberdade de mercado ilimitada, justificada pela harmonia natural, mostrou-se ineficaz na realização da justiça social (SILVA, 2020).

O valor social do trabalho é concebido na CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica. Assim, a valoração do trabalho humano é compreendida como princípio fundamental, que exige a humanização das relações sociais e econômicas. O trabalhador não deve ser tratado como mero componente de produção de riquezas, mas através de um prisma de valoração e dignidade humana (NASCIMENTO, 2008).

Desse modo, apesar de inserida em uma economia capitalista, a liberdade dos agentes de mercado prevista na CF/88, aqui denominada livre iniciativa, deve ser exercida de forma limitada à valorização do trabalho, visando o bem-estar e a justiça social através da dignidade da pessoa humana.

É necessário ressaltar que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano devem estar equilibradas, como dois fundamentos de uma mesma ordem social e econômica.

Também são aplicáveis às relações de trabalho os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, cuja proteção advém, inicialmente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como direitos personalíssimos. Nos termos da Declaração:

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p.3)

No território brasileiro, os direitos à intimidade e à vida privada possuem proteção expressa no texto constitucional. Conforme o disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma, o legislador constituinte escolheu não reconhecer apenas o direito à privacidade de forma genérica, mas sim proteger privacidade e intimidade como bens autônomos (SARLET; MARINONE; MITIDIERO, 2018).

Impõe-se, assim, uma diferenciação entre intimidade e privacidade. Embora a jurisprudência e algumas linhas doutrinárias não distingam a privacidade da intimidade, há também aqueles que entendem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo.

Mendes e Branco (2017) apontam que o direito à privacidade tem por objeto comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais e geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. Enquanto que o objeto do direito a intimidade são as interações humanas e episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

No que se refere à vida privada, Silva (2005), aponta que este direito faz referência a vida interior do indivíduo, isso é, informações íntimas da pessoa, sobre seus familiares, amigos e relações de cunho pessoal e íntimo. Em contraponto à vida exterior, que diz com a pessoa nas relações pessoais e atividades de teor público. Enquanto a vida exterior pode ser objeto de pesquisa e divulgação de terceiros, a vida

privada é protegida contra divulgação, investigação e conservação de documentos obtidos de forma ilícita.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018) afirmam que os direitos à intimidade e privacidade embasam dois direitos menores, o direito de impedir acesso de estranhos a informações de teor privado e o direito a não ter essas informações divulgadas. No mesmo condão outros direitos funcionam como garantia deles, como, por exemplo, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, e a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada.

Por se tratarem de direitos fundamentais personalíssimos, a proteção à intimidade e à vida privada também são asseguradas ao trabalhador no âmbito das relações de trabalho. Resguardar a vida privada significa assegurar a proteção à determinados aspectos da vida íntima da pessoa humana. Portanto trata-se de um direito negativo, haja vista que exige uma abstenção, no sentido de excluir do conhecimento de outrem aquilo que diz respeito apenas ao titular da informação (NASCIMENTO, 2008).

No inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, outros dois direitos fundamentais são expressamente referidos: a honra e a imagem. De forma igual ao que ocorre com os direitos à privacidade e à intimidade, os direitos à imagem e à honra também protegem bens autônomos.

Farias e Rosenvald (2018), definem que o direito à honra está relacionado à esfera de reputação do indivíduo, de modo que, ao ter sua integridade moral maculada, maculará, também, a sua dignidade. Nesse sentido, o bem jurídico protegido por este direito é a reputação, ou a consideração social, no sentido de conservar a própria dignidade da pessoa humana.

Nascimento (2008), define o direito à honra como a proteção à boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. A honra é um conjunto de características que compõem a dignidade, o bom nome, a reputação e a honorabilidade da pessoa. O direito à honra se dirige não apenas ao valor moral íntimo do homem, mas também à estima que os demais integrantes da sociedade destinam ao indivíduo. Nesse sentido, a honra compreende a dignidade pessoal, e sua proteção

se traduz na proibição de manifestações que tendem a retirar do indivíduo seu valor frente à sociedade.

De outra banda, o direito à imagem pode ser fracionado em três subdivisões, com características distintas. A primeira corresponde à imagem retrato, que se refere à fisionomia do indivíduo, sua forma e seus aspectos visuais. A segunda é a imagem atributo, intimamente ligada com a noção de honra, podendo ser definida como a imagem moral do indivíduo. E a última é a imagem-voz, que designa a identificação sonora do indivíduo (FARIAS E ROSENVALD, 2018).

Em decorrência do direito fundamental à imagem, existe o direito à identidade, o cidadão tem direito à sua imagem como componente de sua identidade, e o direito à integridade da imagem, inclusive no sentido de manutenção da integridade estética (NASCIMENTO, 2008).

Apesar de direitos autônomos, a honra e a imagem produzem resultados semelhantes. Na hipótese de violação ambas ensejam a reparação de forma direta, a exemplo da retratação de informação incorretamente divulgada, e de forma pecuniária através de danos extrapatrimoniais (GOLDSCHMIDT, 2019)

O ordenamento jurídico brasileiro garante ao empregado proteção destes direitos em todos os momentos da relação trabalhista, desde a fase pré-contratual, até após o encerramento do vínculo empregatício (GOLDSCHMIDT, 2019), e a legislação especial do trabalho passou a prever expressamente tais direitos, através da Lei nº 13.467, de 2017 que incluiu o artigo 223-C no texto da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Outro direito fundamental cuja aplicação possui relevante análise no âmbito das relações trabalhistas é a liberdade de expressão. Este direito está ligado à uma das reivindicações mais antigas dos homens: a liberdade para se comunicar de forma livre. Nesse condão, a liberdade de expressão, embora não expressamente contemplada no rol do art. 223-C da CLT, encontra sua razão de ser no princípio da dignidade da

pessoa humana, pois reconhece que o homem, como animal político, precisa ser livre para expor suas opiniões sobre os fatos e circunstâncias que o circundam.

Sarmiento e Galdino (2006) argumentam que a liberdade de expressão, em seu sentido amplo, representa o direito que o indivíduo possui de realizar juízo de valor, de opinar, de escolher sua fonte de informação. Na Constituição Federal de 1988, é acolhido o livre fluxo de ideias, o debate que constrói opinião pública e para a formação da razão coletiva moldada pelos discursos que circulam de forma livre na sociedade.

Nascimento (2008), ressalta que a liberdade de expressão não constitui apenas o direito de se expressar, mas também o direito de não se expressar, de escolher se calar, de optar pela não informação. Não se pode extrair deste direito uma obrigação para o seu titular de buscar informação e expressar opiniões, e este fato não altera a relevância do direito em uma sociedade democrática.

Na esfera trabalhista, a livre manifestação do pensamento se limita à observância de limites internos e externos. Sendo os limites internos a veracidade; o dever de diligência na averiguação da notícia e a relevância pública da informação. Já os limites externos se compreendem no princípio da boa-fé contratual, no dever de segredo; na honra das partes e no interesse da empresa (NASCIMENTO, 2008).

A CF/88 também estabelece limites ao exercício da livre manifestação. O texto constitucional, em seu art. 5º, IV, proíbe o anonimato; no inciso V, impõe o direito de resposta e a indenização por danos morais, patrimoniais e à imagem; no inciso X, estabelece a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem; no inciso XIII, exige a qualificação profissional aos que se dedicam aos meios de comunicação e no inciso XIV assegura a todos o direito à informação.

No âmbito das relações trabalhistas o direito à livre manifestação se materializa em suas dimensões negativa e positiva. Através da dimensão negativa, este direito proíbe que o empregador, por exemplo, questione sobre dados sensíveis do trabalhador, se abstendo da informação, ao mesmo tempo em que resguarda ao empregador o direito de não manifestar ao empregado as suas opiniões. Já através de sua dimensão positiva, garante que o empregado possa emitir opiniões sobre

assuntos atinentes ao contrato de trabalho e a relação empregatícia como um todo (NASCIMENTO, 2008).

Neste contexto, o objetivo da dimensão negativa do direito à livre manifestação, bem como dos direitos à intimidade e à privacidade, é garantir o direito à não discriminação, vinculado ao direito de igualdade.

O termo discriminar tem o significado de estabelecer diferença, distinguir, discernir ou separar. É normal que o ser humano estabeleça diferenças entre coisas e fatos que o cercam, agindo conforme estas diferenças, com base em suas convicções. Contudo, não pode ser admitido que tais diferenças sejam baseadas em critérios contrários aos valores sociais refletidos no ordenamento jurídico, de forma a prejudicar alguém (NASCIMENTO, 2008).

No âmbito do Direito Internacional, pode-se citar como norma reguladora da não discriminação nas relações trabalhistas a Convenção nº 111 da OIT, promulgada em 1968. Para a referida convenção, a discriminação consiste na distinção, exclusão, ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, posição política, nacionalidade, origem social ou qualquer outro critério que altere a igualdade de oportunidade e de tratamento, exceto aqueles relacionados a qualificações exigidas pela tarefa a ser desenvolvida em determinada atividade.

Conforme aduzido no título anterior, a igualdade, e por consequência, o direito à não discriminação, buscam concretizar o imperativo da justiça social, através da aplicação uniforme da legislação a todos que se encontram na mesma situação fática.

No que se refere à relação de emprego, o ordenamento jurídico brasileiro possui variadas normas que objetivam combater a discriminação do trabalhador em seu ambiente de trabalho. E assim como os direitos de personalidade, isso é, a proteção a honra, a imagem, intimidade e vida privada, o direito de não ser discriminado é inerente ao trabalhador em toda as fases do contrato de trabalho, e como dito, desde 2017 a legislação especial do trabalho também passou a prever expressamente a proteção a tais direitos.

Ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos expressamente destinados a essa nova posição jurídica. O legislador

constituinte tomou o cuidado de elencar dentro dos direitos sociais uma gama de direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, com previsão expressa nos artigos 6º, 7º ao 11º e 227º, §3, inciso I e II, e reconheceu, com força de direito fundamental, demais direitos implícitos, através das cláusulas abertas do art. 5º, §2º, e do *caput* do art. 7º, da CF/88 (GOLDSCHMIDT; GRAMINHO, 2020).

Pagliari (2021), indica que o art. 7º da Constituição de 1988 é sede do Direito Individual e Tutelar do Trabalho, trazendo inúmeros direitos trabalhistas. Elencando, dentre esses direitos a fixação do salário mínimo em patamar suficiente para satisfazer as necessidades vitais e básicas do trabalhador e sua família; proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa; repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, férias anuais remuneradas, acrescidas de um terço do salário normal; licença maternidade sem prejuízo da segurança de emprego e salário; seguro contra acidente de trabalho.

Já os art. 8º, 9º e 11º cuidam, respectivamente, da associação profissional sindical, de reconhecimento do direito de greve e da eleição de um representante de trabalhadores em empresas.

Além de prever estes e outros direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, o legislador constituinte conferiu ao conjunto destes direitos uma carga axiológica e principiológica superior àquela empregada aos meros direitos trabalhistas.

Constata-se, desse modo, que a Constituição, ao estabelecer um rol específico de direitos, conferiu aos trabalhadores e às relações de trabalho, especial proteção. E não poderia ser diferente, haja vista que, historicamente, o direito do trabalho é marcado por seu conteúdo tuitivo, ou seja, as normas jurídicas que os compõem são voltadas à proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, que é justamente a pessoa do trabalhador. (GOLDSCHMIDT e GRAMINHO, 2020, p. 40)

É relevante destacar que a proteção aos direitos sociais, e em decorrência, dos direitos fundamentais trabalhistas, representa a tutela de interesses públicos, que constituem um conteúdo mínimo civilizatório, isto é, cláusulas mínimas que não devem ser reduzidas em nenhum segmento econômico social, sob pena de infringir a dignidade da pessoa humana (DELGADO, 2019)

A “função protetiva” da dignidade localiza-se na noção de que a dignidade da pessoa humana é critério para a incidência de uma proibição de retrocesso. Nesse sentido:

[...]no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial. (SARLET, 2011, p. 70)

Para Mendes e Branco (2017), a vedação do retrocesso constitui um dos aspectos mais polêmicos no que se refere à vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Os autores apontam que os defensores desta vedação sustentam que, em matéria de direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez atingido determinado grau de realização, o legislador posterior é impedido de reverter as conquistas obtidas.

Ora, se o legislador não pode agir em retrocesso social, como admitir-se que seja limitada a reparação de danos extrapatrimoniais aos trabalhadores enquanto outros papéis sociais mantem a possibilidade de reparação não limitada?

Canotilho (2011), afirma que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados por via de medidas legislativas deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que busquem estabelecer esquemas alternativos ou compensatórios que configurem revogação, aniquilação ou retração desse núcleo, sendo esses os termos de uma formula do princípio do retrocesso social.

Sarlet (2001) aponta que de modo geral, o princípio do não retrocesso está vinculado com o ideário de segurança:

Sem que se vá aqui colacionar e analisar toda a gama de documentos internacionais e constitucionais que, ao longo dos tempos, agasalharam um direito fundamental à segurança, o que se percebe, desde logo e mesmo a partir de uma análise superficial, é que de modo geral as Constituições e a normativa internacional, em sua expressiva maioria, não especificaram os contornos do direito à segurança, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação. Com efeito, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.

A Constituição Federal de 1988 menciona a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo. Na sequência, a inclui no seio dos direitos invioláveis arrolados no *caput* do art. 5º. Ainda que o legislador constituinte não tenha referido de forma expressa o direito à segurança jurídica, esta figura em diversos dispositivos do diploma constitucional, conforme aponta Sarlet (2011):

a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.

A segurança jurídica exige, em sua dimensão objetiva, um patamar mínimo de continuidade do Direito, de modo que a dimensão subjetiva simboliza a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica.

Ingo Sarlet (2005) aponta que o mínimo de estabilidade normativa é imposto pelo princípio da vedação do retrocesso, alicerçado no Estado Democrático e Social de Direito e na dignidade da pessoa humana. Nas palavras do jurista:

Após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais da esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não

mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado. (SARLET, 2005, p.373-374)

Há julgados do STF que apontam para a aplicabilidade deste princípio no âmbito das relações trabalhistas:

[...]VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL [...] O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado [...] no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. [...] (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Os direitos trabalhistas merecem um olhar mais cauteloso no tocante à vedação do retrocesso, não apenas por compreenderem o interesse constitucional da valoração do trabalho humano, mas também, pelo princípio da aplicação da norma mais favorável, com previsão constitucional no art. 7º da CF/88, e pilar de sustentação no princípio basilar da proteção.

Nascimento (2003) sustenta que, em circunstâncias onde averiguado conflito de normas, deve-se aplicar aquela que for mais benéfica, no conjunto de matérias, ao trabalhador. Segundo o doutrinador, seguindo caminho contrário ao direito comum, onde o vértice da pirâmide formada entre normas se encontra na Constituição Federal ou em leis federais, no Direito do Trabalho o vértice da hierarquia entre normas será ocupado por aquela que for mais favorável ao polo mais fragilizado, o trabalhador.

Pelo exposto, torna-se nítido que o trabalhador, ao ingressar em uma relação empregatícia adquire direitos fundamentais inerentes à sua nova posição, sem que para isso se desfaça daqueles entregues a todos os cidadãos. O conjunto desses direitos configura avanço social na valoração do trabalho e não configuram rol fechado, ou seja, comportam outros direitos ainda que não expressamente

nominados. Nesse cenário, tais direitos são protegidos pelos princípios do não retrocesso e aplicação da norma mais favorável.

Dentre os direitos reconhecidos aos trabalhadores encontram-se seus direitos de personalidade, que quando violados ensejam reparação de danos. A Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, do artigo 223-A ao artigo 223-G, estabeleceu o que pode ser compreendido como um novo sistema de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, temática que será melhor analisada no decorrer do próximo capítulo.

## **2. O NOVO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INTRODUZIDO PELA REFORMA TRABALHISTA – ARTIGOS 223-A À 223-G.**

### **2.1. PANORAMA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA**

O Direito, como expressão dos anseios humanos e produto da interação social, configura-se como fenômeno histórico-cultural, isto é, transforma-se e evolui na medida em que a sociedade se modifica. A responsabilidade civil, como instituto jurídico, também apresenta uma evolução histórica relevante.

No período pré-histórico, a reparação por danos, entendidos como injustos, era efetivada pela vingança coletiva. Isso é, o grupo reagia em conjunto contra ofensa infligida a um de seus componentes. Logo após, a retaliação ganhou cunho de reação individual, sob a qual o ofendido realizava vingança privada, exercendo a justiça pelas próprias mãos (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

O direito à vingança tinha o seu reconhecimento de modo quase instintivo pela consciência coletiva. O dano era imputado ao seu causador sem a consideração de culpa, sendo a retaliação baseada apenas na causalidade material entre o ato humano e o dano. Assim, constatado o dano, a vingança, seja ela individual ou coletiva, operava como reparação do dano e punição ao autor. Nesse modelo, sem tutela alguma do Estado, imperava a insegurança, uma vez que, em conflitos de vontades, o mais forte prevalecia.

Pela brutalidade e duvidosa eficácia do direito à vingança, o Estado passa a interferir nesses conflitos. Em um primeiro momento, o Poder Público permaneceu distante da análise da culpa do autor do dano, limitando-se a apontar a forma em que a vítima poderia exercer o direito de retaliação, de forma a garantir proporcionalidade entre o dano causado e a sua resposta. Nas palavras de Noronha (2007, p. 528):

O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hamurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto

Inicialmente a intervenção estatal baseada na retaliação foi mantida, contudo, em um período posterior, a composição monetária tomou o seu lugar. A exemplo da Lei das XII Tábuas, do Direito Romano, datada de meados do ano 450 a.C, que mantinha influência da Lei de Talião, ainda que já previsse, de forma complementar, penas pecuniárias. A ideia de retalhar o causador do dano com resposta idêntica satisfazia apenas o desejo instintivo de vingança, mas não garantia a reparação do dano original. (TARTUCE, 2018)

O Código de Manu, da cultura hindu, é apontado pela doutrina como o pioneiro na evolução no sentido de abandono da vingança pela interposição de multa ou indenização, em contraponto ao anterior Código de Hamurabi (TARTUCE, 2018).

No Direito Romano a *Lex Aquilia da Damno* marcou este período de composição, na medida em que solidificou a ideia de reparação pecuniária do dano. Este dispositivo legal impõe que o ônus do dano deve ser suportado pelo patrimônio do lesante, a critério da autoridade pública, em caso de dano perpetrado contra direitos relativos à *res pública*, ou do particular lesado, se o dano for efetivado contra interesse do particular (DINIZ, 2013).

O Estado passou a intervir de forma expressiva nos conflitos privados, não apenas indicando os limites da vingança, mas fixando o valor dos prejuízos causados pelo dano e obrigando a vítima a submeter-se à composição,

renunciando a outros meios de retaliação.

Esta legislação também é marco da noção de culpa na análise da responsabilidade civil. Até esse ponto da história o lesante suportava a retaliação independentemente de sua culpa, bastando apenas o nexos causal entre o dano e a ação. A partir da *Lex Aquilia de Domno* a culpa passa a ser fundamento da responsabilidade, de tal forma que o lesante fica isento de qualquer sanção se tivesse agido sem culpa (DINIZ, 2013).

Ao lado da culpa, a lei romana promulgada provavelmente em 284 a.C, elencou outros dois requisitos para a configuração da figura delituosa autônoma expressa na ideia de *damnum iniuria datum*. O primeiro deles era a *iniuria*, isso é, a origem do dano deveria ser ato contrário ao direito. O segundo era o *domnum*, uma lesão patrimonial (TARTUCE, 2018).

Cabe aqui ressaltar que ainda não existia a distinção entre responsabilidade civil e penal. Desse modo, todos os danos, inclusive aqueles que hoje são punidos pelo ordenamento jurídico penal, tinham como resposta uma sanção pecuniária. Apenas na idade média que as ideias de dolo e culpa foram estruturadas, distinguindo-se a pena da responsabilidade civil (DINIZ, 2013).

No período moderno, a culpa foi o pilar de muitas codificações da época. Destaca-se a codificação francesa de 1804, o Código de Napoleão, que inspirou muitas outras como marco normativo fundamental do período. Essa codificação é clara ao posicionar a culpa como elemento da responsabilidade civil em seu art. 1804, na medida em que enuncia que todo ato humano que causa dano a outrem obriga o responsável a repará-lo se constatado que agiu com culpa (TARTUCE, 2018).

No âmbito nacional, a reparação de danos inicia de forma condicionada à condenação criminal, através da transformação do Código Criminal de 1830 em código civil e criminal, por determinação da Constituição do Império. A separação entre direito civil e criminal foi adotada posteriormente. A legislação desta época era embasada na justiça e equidade, preferindo a reparação natural, e quando esta não era passível, previa a indenização (GONÇALVES, 2012).

O Código Civil sucessor foi promulgado em 1916, com fortes influências do Código Civil Francês. O código de 1916 previa em seu art. 159 que ações ou omissões voluntárias, negligência ou imprudência que causarem violação de direito ou prejuízo a outrem geraria a obrigação de reparação do dano por aquele que lhe deu causa. Essa legislação ainda previa a responsabilidade civil baseada na culpa em outros dispositivos, a exemplo dos que se relacionavam com inadimplemento de obrigações contratuais (TARTUCE, 2018).

Atualmente as relações civis são regidas pelo Código Civil de 2002. A responsabilidade civil, encontra-se prevista em três dispositivos da Parte Geral do código, sendo eles os artigos 186, 187 e 188, e possui um capítulo na Parte Especial que se estende entre os artigos 927 a 954. Também figura em outros dispositivos, sejam eles integrantes do Código Civil, a exemplo dos arts. 389 a 420, que tratam de inadimplemento obrigacional; ou presentes em demais textos legais, como na previsão constante no arts. 223-A a 223-G da CLT (TARTUCE, 2018).

Além da mera previsão legal, a responsabilidade civil é um instituto jurídico que se origina na obrigação de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, decorrente de inobservância de um dever jurídico, legal ou contratual.

No Código Civil atual, e nos demais componentes do sistema jurídico, a responsabilidade civil pode ser conceituada nos moldes apresentados por Álvaro Villaça Azevedo (2004), para quem essa ocorre quando o devedor deixa de cumprir com cláusula contratual, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta a vida. Desta forma, a responsabilidade civil é nada além do que o dever de indenizar o dano decorrente desta inobservância ou descumprimento.

Destaca-se ainda o conceito apresentado por Marco Aurélio Bezerra de Melo (2015), para o qual este instituto é baseado no dever de reparar o dano, podendo ser definido como a obrigação patrimonial de reparar o dano, quando de caráter material, ou compensar o dano, quando de caráter extrapatrimonial, causado ao ofendido pela inobservância por parte do ofensor de um dever jurídico, legal ou convencional.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p.55), afirmam

que a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas”.

Por seu turno, Maria Helena Diniz (2013), inicialmente analisa a origem do vocábulo responsabilidade, que se localiza no termo latino *respondere*, que designa o fato de existir alguém na posição de garantidor de algo. *Respondere* possui raiz latina mais antiga no termo *spondeo*, que designa fórmula de vinculação contratual do devedor no direito romano.

Essas acepções levam à conclusão de que o responsável é aquele que responde, enquanto a responsabilidade é o dever de responder. Contudo essa concepção se mostra incompleta, por ser insuficiente para conceituar responsabilidade civil, uma vez que se o agir do indivíduo for em conformidade com a lei, ou, ainda, com o seu dever, permanecerá responsável pela ação, mas imune a qualquer obrigação de reparar danos. Nesse sentido, Diniz (2013, p.50) conclui que:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa porque ele responde, ou de fato de coisa ou de animal ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Para Farias, Netto e Rosenvald (2019, p. 37), o direito civil ainda define a responsabilidade civil através de seu sentido clássico, como “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”.

Os autores destacam que o adjetivo “responsável” não significa apenas aquele que comete o ato que gera consequências reparáveis, mas também aqueles que recebem o encargo de se responsabilizar por outros sob certas circunstâncias, e, eventualmente, além delas. Nos termos dos autores:

O adjetivo responsável arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além

dessa medida. Em algumas instâncias, somos responsáveis por tudo e por todos. Nestes empregos difusos a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola a reparação. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 37)

Nesse sentido, é no campo semântico do verbo imputar que se encontra o cerne do dever de indenizar. Para os jusnaturalistas imputar uma ação a alguém significa afirmar que este alguém é seu verdadeiro autor, estando este responsável por ela. Com base nessa concepção de imputabilidade por capacidade do agente, Kant atribui teor moral à definição de imputação, definindo-a como juízo de atribuição de conduta censurável a alguém, como sendo seu verdadeiro autor. Nessa linha o dano é uma infração, seguida de uma reprovação, que leva do juízo de imputação ao juízo de retribuição (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019)

A soma do conceito jusnaturalista com a moral kantiana provocou a completa juridicização e moralização da imputação, culminando no deslocamento da atribuição da ação ao agente pela ideia de retribuição pela falta. Assim, a noção puramente jurídica de responsabilidade, compreendida como a obrigação de reparar o dano ou cumprir a pena, resultante deste deslocamento, configura-se em um jogo de obrigações composto pela obrigação de fazer, violada pela infração, e a de reparar. Sendo que a primeira obrigação justifica a segunda, e a segunda, por sua vez, sanciona a primeira (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Em uma sociedade forjada por relações interindividuais, este conceito era eficaz e bastante. Contudo, após avanços sociais na direção de uma formulação de sociedade cujos danos são anônimos, essa concepção não mais surte os efeitos necessários.

Observa-se o surgimento de uma maior relevância à proteção dos direitos da dignidade da pessoa humana, a partir das premissas do direito civil-constitucional, em consonância aos princípios demarcados na Constituição de 1988.

Para Anderson Schreiber (2013) a responsabilidade civil tende a sofrer erosões dos seus filtros tradicionais até então ligados à importância da prova da culpa e do nexos causal no cerne do caso concreto, visando especialmente a reparação do dano.

A responsabilidade civil vem se adaptando à intensidade das transformações sociais, tendo em vista a quantidade e a velocidade com que as obrigações se multiplicam e “Novos Danos” vem surgindo no cotidiano humano em uma escala sem precedentes.

Com o surgimento de novos conceitos, ideias e posicionamentos, em alguns momentos, ocorrem choques e divergências, principalmente para os que estão conformados com o formato tradicional, o Direito instiga o pensamento, e na inovadora doutrina de Schreiber (2013) tem-se que:

Como em todos os outros campos do direito privado, o que se verifica é um choque entre velhas estruturas e novas funções. Sob as máscaras da responsabilidade civil, a dogmática liberal, individualista e exclusivamente patrimonial do instituto vem sendo distendida, esticada, manipulada pelas cortes judiciais no seu intuitivo esforço de atender a um propósito mais solidário e mais consentâneo com a axiologia constitucional.

No contexto, vale dizer que na clássica obra “Transformações Gerais do Direito das Obrigações”, o jurista Orlando Gomes (1980) estando muito além do período à época vivenciado, previu a necessidade de criação de conjuntos normativos a cada momento mais específicos, sendo inviável que o Código Civil abarcasse todos os diversos aspectos e conflitos inerentes à sociedade contemporânea.

Hodiernamente, grande parte da doutrina jurídica compreende que o melhor caminho de adequação da responsabilidade civil para a sociedade atual é a desvinculação da noção de culpa, a substituindo pelo risco. Sobre a responsabilidade civil pelo risco da atividade, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2010), sustenta que nem toda a atividade disposta na lei é uma atividade de risco, mas a lei dispõe sobre os potenciais riscos criados pela atividade, e partir desta visão é que os novos paradigmas devem ser pautados. Na obra em questão, o autor sustenta a adoção das cláusulas gerais e passa a desenvolver a possibilidade de uma responsabilidade sem culpa, sem cair na causalidade.

Farias, Netto e Rosendal (2019) veem nesse caminho um possível efeito perverso que inevitavelmente culminara em um paradoxo, uma vez que, se todo dano ensejar uma reparação independente de culpa, a busca por um responsável será mais urgente e angustiante na medida em que a esfera de riscos

se amplia. Nesse cenário, inevitavelmente, e de forma paradoxal, incorrer-se-á na completa desresponsabilização da ação, uma vez que, se a vítimação é aleatória, sua origem tende a ser também, situando todas as ocorrências na esfera do acaso e da fatalidade, que é justamente o oposto de responsabilidade.

Então, outro caminho para um conceito contemporâneo de responsabilidade civil é apresentado por Farias, Netto e Rosenvald (2019). Nesse novo caminho, a necessidade pública de identificar o culpado e responsabilizá-lo deve ser deslocada em direção às medidas de precaução e prudência capazes de prevenir o dano. Aqui não se abandona a noção de moral, esta passa a ser vinculada no cuidado devido ao outrem pelo fato deste ser um ser humano. Dessa maneira, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado.

A orientação retrospectiva inerente à ideia moral de responsabilidade vinculada à culpa que gera reparação, empregada até este momento no sistema jurídico, deve ser substituída por uma orientação, igualmente moral, de que todo ser humano eminentemente é responsável pelo que faz, devendo não apenas reparar o dano cometido como, também, prevenir que ocorra. Nessa linha, Farias, Netto e Rosenvald (2019) posicionam-se no sentido de que:

[...] deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com o outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto, agente moral apto a aceitar regras -, como substituir a ideia de reparação pela de precaução, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Em vez da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção – e por que não, no cuidado -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos no futuro (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 39).

A responsabilidade civil, seja qual for a compreensão de seu conceito, deve obedecer às suas funções. Existem inúmeras funções destináveis ao tema, aqui será considerada a teoria de tripla função, observada por Farias, Netto e Rosenvald (2019) e Tartuce (2018), que atribuí a responsabilidade civil as funções reparatória, punitiva e precaucional.

A função reparatória é a função clássica, e por vezes dominante, da

responsabilidade civil. Tal teoria, de forma simplificada, exprime a visão de transferir os danos para o patrimônio do lesante, de forma a reestabelecer o equilíbrio patrimonial através da reparação. Esta função possui três formas de tutela: a) restitutória, que se volta a reconstituir o *status quo ante*; b) ressarcitória, que objetiva compensar o lesado pelo dano sofrido; e c) satisfativa, que determina a satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que não restou exercida de forma satisfatória (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

A função punitiva, ou, como referido por Tartuce (2018), sancionatória, ou, ainda, pedagógica, representa a ideia sob a qual a indenização derivada da responsabilidade civil funciona como uma sanção para o lesante que viola às leis ou as regras contratuais.

Por último, a função precaucional, ou preventiva, busca evitar a perpetração da ação lesiva. Para tanto, as sanções e o próprio instituto da responsabilidade civil devem possuir força o bastante para coibir atos danosos futuros.

O sistema jurídico brasileiro prevê duas modalidades de responsabilidade civil diferenciadas pelo fato gerador, sendo elas a responsabilidade civil *stricto sensu*, delitual ou extracontratual, e a responsabilidade civil contratual. A divisão ainda é válida no contexto atual, apesar de, em alguns casos, haver a interpenetração entre as duas modalidades.

A responsabilidade civil contratual, prevista nos artigos 389 a 420 do Código Civil, vincula-se a danos decorrentes do inadimplemento de cláusula contratual. É uma inobservância de um dever pré-estabelecido por vontade dos contratantes, assim pressupõe a capacidade de contratar. Por se basear em um dever de resultado também pressupõem a culpa, que não precisa ser comprovada (DINIZ, 2013).

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual é prevista nos artigos 927 a 954 do Código Civil. Essa modalidade ocorre em decorrência da inobservância de regra jurídica, isso é, da prática de ato ilícito que, por si, lesiona um direito. Em virtude de se referir a uma obrigação legal, essa modalidade não exige que o ofensor e o ofendido tenham qualquer relação jurídica pré-existente.

Por não se basear em um dever contratual, deve-se comprovar a culpa do lesante, ou, a admissão do risco por este, nos casos em que couber (DINIZ, 2013).

Também é necessário analisar os pressupostos deste instituto jurídico, ainda que na doutrina inexistam consenso quanto ao conteúdo e abrangência destes pressupostos.

Para Farias, Netto e Rosenvald (2019), no que se refere a responsabilidade civil extranegocial, pode-se mencionar quatro pressupostos: (I) o ato ilícito, conceituado como fato antijurídico, isso é, ato cujo os potenciais efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico; (II) culpa, atualmente sendo conceituada de forma objetiva como a desconformidade de comportamento frente a parâmetros de grau de tolerabilidade social do risco introduzido por determinada conduta, sendo relacionada com imprudência, imperícia ou negligência; (III) dano, o elemento desencadeador da responsabilidade civil, é entendido pelos autores como a lesão a um interesse jurídico merecedor de tutela, seja ela patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual e (IV) nexo causal, este último pressuposto pode ser definido como a ligação jurídica entre a conduta ou atividade antecedente e o dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil extranegocial apresentados pelos juristas são observados de formas distintas de acordo com a teoria que será aplicada ao caso concreto. O sistema de responsabilidade civil previsto no ordenamento jurídico civil brasileiro aborda duas teorias que se diferenciam por seu fundamento: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

Apesar de a responsabilidade civil ter se originado em noções desvinculadas de culpa, as legislações modernas, em sua maioria, adotaram a teoria subjetiva, a partir da qual a responsabilidade irá se justificar pela culpa, ou dolo, do agente na ação ou omissão ilícita que causar dano. Assim, para imputar a responsabilidade a alguém é necessário apresentar prova da culpa do agente (DINIZ, 2013).

De outra banda, a teoria objetiva tem como fundamento o risco, sendo irrelevante prova de culpa ou dolo do agente, também sendo desconsiderada a ilicitude do ato. Desta forma, a responsabilidade civil será baseada apenas na

efetiva constatação de ocorrência do evento e sua relação de causalidade com o dano, é nesta teoria que se enquadra a responsabilidade pelo risco suportado por aquele que realiza atividade econômica (DINIZ, 2013).

A responsabilidade civil também pode ser classificada pelo tipo de dano que a originou. O dano indenizável pode ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

Por um longo período o dano foi compreendido apenas em sua esfera patrimonial, sendo conceituado, em sentido estrito, como a lesão do patrimônio, este sendo entendido como o conjunto das relações jurídicas apreciáveis em pecúnia. Nesse sentido, apenas o dano patrimonial estava sujeito a reparação civil (GONÇALVES, 2012).

Contudo, com a evolução da norma, passou-se a conceber o dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, seja este patrimonial, ou extrapatrimonial, quando atingir bens não pecuniários, como a vida, a moral e a saúde. Ainda, cabe mencionar o Enunciado n. 455 do Conselho de Justiça Federal<sup>4</sup>, o qual estende a compreensão da expressão “dano”, constante no art. 944 do Código Civil, para além dos danos individuais, abrangendo os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (DINIZ, 2013).

Em casos onde o dano averiguado se configura como dano extrapatrimonial é impossível repará-lo de forma a retornar ao *status quo ante*. Por essa razão, na reparação desses danos, a responsabilidade civil não desempenha função de equivalência, porém, cumpre, de forma concomitante, as funções de punir o lesante e satisfazer o lesado (DINIZ, 2013).

Os danos extrapatrimoniais, no território nacional, por força das previsões legais, corriqueiramente, são usados apenas como sinônimo de dano moral. Em verdade, o ordenamento civil pátrio contempla apenas a expressão “dano moral” em suas cláusulas gerais de ilicitude e indenização, arts. 186 e 927, respectivamente.

---

<sup>4</sup> Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

Não obstante, a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) não se limitou à expressão “danos morais” uma vez que a CLT passou a prever um título denominado “Dos danos extrapatrimoniais”, que será melhor aprofundado neste estudo nos próximos capítulos.

A expressão dano moral, no sentido de designar simploriamente aqueles danos sem vínculo patrimonial, é precária e incompleta. Nessa concepção, o dano imaterial se distinguia por uma noção negativa, considerava-se dano moral todo e qualquer dano que causasse sofrimento sem estar relacionado à perda patrimonial. A classificação dos danos em materiais e imateriais, ou, patrimoniais e extrapatrimoniais, abrange de forma mais articulada a realidade. Nessa subdivisão o dano moral torna-se uma espécie do gênero extrapatrimonial (FACCHINI NETTO, 2009). Destas espécies destacam-se nesse estudo o dano moral, estético e existencial.

O dano moral é previsto na CF/88, no art. 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No mesmo artigo, porém no inciso X, são elencados os bens jurídicos sujeitos a esse dano: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse viés, o dano moral constitui ofensa a um direito de personalidade, à pessoa, ou à sua dignidade, independente da análise subjetiva do sentimento de dor (DINIZ, 2013).

Já o dano estético, configura uma ofensa à integridade física da pessoa em caráter permanente, isso é, advém de lesão física não meramente transitória ou sanável a curto prazo. Assim, este dano possui dois elementos essenciais: a alteração da composição corporal do indivíduo e o caráter permanente desta alteração (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Cabe ressaltar que a análise do dano estético não deve considerar o conceito artístico de estética, que se aproxima da noção de beleza. Isso pois o conceito de belo é demasiadamente subjetivo, e por isso, inapropriado para aceção jurídica (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Por último, o dano existencial pode ser definido como modificação prejudicial que incide de forma negativa nas relações do indivíduo que contribuem para a plena efetivação de seus direitos de personalidade, sejam estas de âmbito pessoal ou social, sendo indiferente o caráter permanente ou temporário da lesão, bem como a sua extensão, seja de repercussão total ou parcial (SOARES, 2009).

Boucintas Filho e Alvarenga (2013) referem que o dano existencial no Direito do Trabalho também decorre da conduta do empregador que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade através de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, prejudicando seu bem-estar físico e psíquico e, por consequência, impossibilitando sua felicidade. Ainda, configura dano existencial, ação do empregador que impeça o empregado de iniciar, prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, atrasando, e, por vezes, inviabilizando, o crescimento e realização profissional, social e pessoal do empregado.

Acentua-se que, o dano ao projeto de vida do trabalhador pode se dar através da afetação de tudo aquilo se relaciona ao que o mesmo deseja fazer de sua vida, isto é, os planejamentos pessoais para o futuro, e a vida de relações que nada mais é do que o relacionamento do trabalhador com seus amigos, familiares, e até mesmo com os colegas no local de trabalho (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

O dano existencial configura nesse contexto o impedimento do trabalhador de se relacionar socialmente de forma agradável, privando-o dos prazeres da vida, tal como, a prática de esportes, de ir ao cinema, entre outras atividades recreativas, afetando inclusive à disposição do trabalhador ou mesmo refletindo significativamente no seu desenvolvimento profissional e patrimonial (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013), transcendendo à relação de trabalho e afetando todo arcabouço emocional, profissional e a expectativa de vida do ser humano.

Apesar de essas espécies não obterem consenso doutrinário, elas encontram amplo amparo em determinados âmbitos jurídicos. Conforme previamente anunciado, nota-se especial aplicação das variadas espécies de danos

não patrimoniais na esfera trabalhista, integração esta que fora evidenciada na reforma trabalhista que introduziu o artigo 223-B e seguintes, que fazem referência aos danos extrapatrimoniais de forma ampla.

Antes de se adentrar especificamente na responsabilidade civil no âmbito das relações de trabalho, cumpre-se realizar uma incursão deste estudo na esfera da aplicação dos direitos fundamentais à reparação de dano, em especial das temáticas relativas à isonomia e da reparação integral dos danos, de modo a obter um maior aporte de elementos jurídicos para compreender, de uma maneira crítica, o sistema pré-tarifário da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais introduzido na CLT por intermédio da reforma trabalhista.

## 2.2. ISONOMIA E A REPARAÇÃO INTEGRAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo exposto no título anterior, torna-se evidente a relevância da reparação de danos tanto no ordenamento jurídico, quanto na sociedade. São diversos os princípios que norteiam este instituto jurídico. Dentre eles destaca-se como pedra angular da responsabilidade civil o princípio da reparação integral dos danos.

Sergio Cavalieri Filho (2012), asseverando sobre tal princípio e sua relevância, afirma que o mesmo surge do anseio de obrigar o lesante, causador do dano, a repará-lo, de forma elementarmente justificada no sentido de justiça. Desse modo, o princípio da reparação integral, ou da *restitutio in integrum*, advém da necessidade de reestabelecer o equilíbrio jurídico-econômico que havia antes da aferição do dano. Para tanto é necessário garantir à vítima a recolocação do *status quo ante*, por meio natural ou por indenização proporcional ao dano.

No mesmo sentido, Farias, Netto e Rosenvald (2019), apontam que o referido princípio possui seu fundamento na justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles, e posteriormente designada por Tomás de Aquino como justiça comutativa. Nesse viés, a obrigação de indenizar os danos objetiva proporcionar uma compensação a quem sofreu em decorrência de certos atos.

Farias, Netto e Rosenvald (2019) afirmam também que o princípio aqui apreciado se encontra no centro do instituto da responsabilidade civil, pois agrega não apenas valor fundante deste instituto, mas também possui valor sistemático e dogmático.

Após situar o princípio da reparação integral como aquele em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil, JUDITH MARTINS-COSTA justifica tal relevo por agregar o valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. É fundante o valor do princípio porque explica a razão de ser da responsabilidade civil, como a sua característica central. Desde os mais arcanos tempos, a busca de uma equivalência entre o dano e a indenização é tida como uma das concreções da própria ideia de justiça; é sistemático o valor do princípio, pois organiza o “campo” jurídico da indenização por danos em torno de um critério harmonizador, qual seja, a reparação integral, conquanto o critério possa ser modulado segundo determinadas variáveis; por fim o princípio é dotado de valor dogmático, pois tem sido a diretriz fundamental utilizada pela jurisprudência para a quantificação da indenização no direito brasileiro relativa aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. (FARIAS; NETTO ROSENVALD, 2019, p. 58);

Tal princípio tem inspiração no direito Francês, onde foi sintetizado pela doutrina com uma sentença moral de origem popular, sendo esta “*tout Le dommage, mas nem que Le damage*”, isso é, “todo o dano, e nada mais que o dano”.

Deste adágio se extrai que o princípio da reparação integral dos danos possui duas funções. Primeiramente estabelece um piso indenizatório, pois afirma que a indenização ou reparação não pode ser inferior ao dano auferido. Em sequência, estabelece, também, um teto indenizatório, ao definir que a indenização não pode ser superior ao dano (SANSEVERINO, 2005).

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da reparação integral possui previsão constitucional, no capítulo I da Carta Magna de 1988, denominado “Direitos e garantias fundamentais”. O constituinte estabeleceu no artigo 5º, inciso V, o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, além da indenização devida em favor da vítima de dano material, moral ou à imagem. Já o inciso X, do mesmo artigo, estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo o direito a indenização por eventual dano material ou moral decorrente da violação desses bens jurídicos.

Além das previsões gerais, a Constituição Federal de 1988 também expressa o princípio da reparação integral para casos específicos, a exemplo do art. 7º, inciso

XXVIII, onde assegura a indenização por acidente de trabalho cumulado com possível seguro disponibilizado pelo empregador.

Seguindo o ordenamento constitucional, o Código Civil de 2002 igualmente também prevê o princípio da reparação integral. No código o referido princípio se encontra no artigo 944, que sucintamente enuncia que “A indenização se mede pela extensão do dano”. Assim, nos danos pessoais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado.

Já o CDC acolhe o princípio da reparação integral do dano sofrido pelo consumidor no seu art. 6.º, VI, sem qualquer restrição, o que impede a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC, que permite a redução da indenização na medida da culpabilidade (TARTUCE, 2018).

Farias, Netto e Rosenvald (2019), apontam que o princípio aqui estudado se concretiza de duas formas, ou por dois sistemas reparatórios distintos. A primeira é através da reparação natural, isso é, pela restituição ao ofendido do mesmo bem prejudicado pelo dano, cessando assim os efeitos danosos. A segunda se dá por reparação em pecúnia, mediante o pagamento de uma indenização equivalente ao interesse lesado.

Cabe ressaltar que, o Código Civil, no art. 947, reconhece a coexistência entre os dois sistemas reparatórios, na medida em que, na impossibilidade do credor cumprir a prestação *in natura*, a mesma será substituída pelo seu valor monetário. Assim, sempre que averiguada excessiva onerosidade ao devedor a entrega de reparação específica, prevalecerá a indenização pecuniária na medida do dano.

Além do dispositivo, a cumulação de indenizações derivadas de danos distintos advindos de um mesmo fato, é prevista nas súmulas n. 37<sup>5</sup> e 387<sup>6</sup> do Superior Tribunal de Justiça. A primeira admite a cumulação de indenizações por dano material e moral, ainda que oriundos do mesmo fato. Já a segunda assegura a licitude da cumulação

---

<sup>5</sup> São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. (SÚMULA 37, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172)

<sup>6</sup> É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (SÚMULA 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)

de indenizações de dano estético e dano moral.

Notadamente, em algumas espécies de dano, é impossível retomar o *status quo* da vítima, pela restituição do bem, em si, prejudicado, uma vez que inviável a sua restituição, a exemplo das lesões a direitos extrapatrimoniais.

Por essa impossibilidade de restituição dos bens atingidos por danos extrapatrimoniais, e a dificuldade de quantificação da indenização aplicável, por um longo período, tais danos não eram reconhecidos judicialmente.

Gonçalves (2014) lembra que o Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de danos morais, conforme denominação empregada na legislação. O antigo código estabelecia, em seu art. 1.538, a indenização por lesão corporal que acarretasse aleijão ou deformidade, ou quando atingisse mulher solteira ou viúva incapaz de casar, assemelhando-se com o que hoje os doutrinadores denominam dano estético. Também previa a indenização por calúnia, difamação ou injúria, no art. 1.547; por ofensa à honra da mulher em defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto, no art. 1.548; e por ofensa à honra pessoal, no art. 1.550. Porém, em todos esses casos não se buscava a reparação integral do dano, e a indenização era prefixada por cálculo com base na multa criminal prevista para a hipótese.

A resistência que se apresentava no ordenamento civil pátrio em relação à teoria da reparação do dano moral se embasava na falta de disposição genérica, no Código Civil, que admitisse indenização para danos desta espécie. Os defensores da indenização do dano moral alegavam o seu suporte legal pela regra do art. 76, do Código Civil de 1916, segundo a qual, o interesse moral é bastante para a propositura ou contestação de ação, todavia, o argumento não convenceu os que se opunham (Gonçalves, 2014).

Com o advento do Código Civil de 2002 a falta de tal disposição genérica foi suprida, uma vez que o novo diploma legal passou a prever a reparação do dano moral no seu art. 186, o qual enuncia: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, seguindo assim as previsões e garantias constitucionais expressas nos incisos V e X do art. 5º.

Posteriormente, o Enunciado n. 456 do Conselho de Justiça Federal, evidenciou e engrandeceu a reparação integral empregada a todos as espécies de dano: “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Farias, Netto e Rosenvald (2019) afirmam que tal posicionamento do Conselho de Justiça Federal denota que a dificuldade para quantificação não será óbice para sanção reparatória que se aproxime, tanto quanto possível, da extensão do dano, ainda que seja necessário somar essa sanção à indenização *in natura*, a fim de alcançar a indenização integral.

Para Tepedino, Terra e Guedes (2021), a fixação do *quantum* indenizatório é um desafio dramático. As indenizações variam brutalmente de tribunal para tribunal, e, por vezes, dentro de um mesmo tribunal, de acordo com o julgador. Por outro lado, estabelecer um *quantum* indenizatório prévio não parece ser uma boa solução.

Cada lesão produz um resultado danoso particular, resultado da individualidade da própria vítima, de suas características individuais e do contexto em que se encontra inserida. Desse entendimento conclui-se que as lesões produzem consequências que não podem ser generalizadas, e, dessa maneira, inviável qualquer forma de tabelamento ou prefixação.

A título de exemplo, Tepedino, Terra e Guedes (2021), ilustram a situação comparativa entre um pianista e um taxista que, em função de um acidente, têm um dos dedos amputados. Apesar de a lesão ser idêntica, seus reflexos são evidentemente distintos. O pianista não poderá mais exercer seu ofício, enquanto que o taxista, provavelmente, poderá manter sua vida profissional. Nessas circunstâncias, o pianista faz jus a uma indenização mais elevada, visto que não apenas sua integridade física foi afetada, mas também sua profissão, o que lhe impede de se desenvolver e se realizar integralmente como pessoa.

A legislação, de forma geral, não estabelece critérios e parâmetros fixos para a quantificação do dano extrapatrimonial, cabendo ao juiz arbitrar o quantum indenizatório aplicável ao caso concreto.

Apesar de a doutrina majoritária, a exemplo de Tepedino, Terra e Guedes (2021), entenderem a prévia tarifação de indenização por danos morais como

inadequada e contrária aos preceitos constitucionais, ela foi estabelecida em diversas legislações. Todas as leis que apresentaram dispositivos com esse intento sofreram críticas por parte dos doutrinadores e da jurisprudência. Dentre estas destaca-se a Lei 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa que preconizava em seu artigo 32:

Art. 32. Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

§ 1º Para esse fim, apresentará um exemplar do escrito incriminado, se for o caso, ou descreverá a transmissão incriminada, bem como o texto da resposta ou retificação, em duas vias datilografadas, requerendo ao Juiz criminal que ordene ao responsável pelo meio de informação e divulgação a publicação ou transmissão, nos prazos do art. 31.

§ 2º Tratando-se de emissora de radiodifusão, o ofendido poderá, outrossim, reclamar judicialmente o direito de fazer a retificação ou dar a resposta pessoalmente, dentro de 24 horas, contadas da intimação judicial.

§ 3º Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, dentro de 24 horas, mandará citar o responsável pela empresa que explora meio de informação e divulgação para que, em igual prazo, diga das razões por que não o publicou ou transmitiu.

§ 4º Nas 24 horas seguintes, o juiz proferirá a sua decisão, tenha o responsável atendido ou não à intimação.

§ 5º A ordem judicial de publicação ou transmissão será feita sob pena de multa, que poderá ser aumentada pelo juiz até o dobro:

a) de Cr\$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de atraso na publicação, nos casos de jornal e agências de notícias, e no de emissora de radiodifusão, se o programa for diário;

b) equivalente a Cr\$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de intervalo entre as edições ou programas, no caso de impresso ou programa não diário.

§ 6º Tratando-se de emissora de radiodifusão, a sentença do juiz decidirá do responsável pelo custo da transmissão e fixará o preço desta.

§ 7º Da decisão proferida pelo juiz caberá apelação sem efeito suspensivo.

§ 8º A recusa ou demora de publicação ou divulgação de resposta, quando couber, constitui crime autônomo e sujeita o responsável ao dobro da pena cominada à infração.

§ 9º A resposta cuja divulgação não houver obedecido ao disposto nesta Lei é considerada inexistente

Não são raros os julgados que apontam a inconstitucionalidade deste dispositivo, a exemplo do RE 447.584/RJ<sup>7</sup>, no qual ao julgar o critério de indenização

---

<sup>7</sup> EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. 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. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (STF - RE 447584 / RJ - Relator (a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 28/11/2006 Publicação: 16/03/2007 Órgão julgador: Segunda Turma.)

constante na Lei de Imprensa, o STF afirmou que toda limitação prévia ao valor de indenização advinda de dano moral é incompatível com o preceito constitucional da reparação integral.

Os Ministros que julgaram o referido Recurso Especial entenderam que na norma constitucional que versa sobre a integridade moral, localizada no art. 5º, inciso V e X, não consta qualquer permissão, expressa ou implícita, para a prévia limitação do quantum indenizatório. Pelo contrário, o texto constitucional busca tutelar o alcance irrestrito, não sendo possível que lei inferior restrinja tal garantia.

Ainda no RE 447.584/RJ, os julgadores apontaram que, em respeito ao princípio da reparação integral, a ideia de tarifação prévia do valor da indenização impede o juízo prudencial e de equidade. Sem estes juízos torna-se inviável, no caso concreto, atribuir a indenização força desencorajadora de nova violação, impedindo assim a função preventiva da responsabilidade civil.

O mesmo entendimento foi seguido e fixado pelo julgamento da ADPF 130/DF<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS

JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELLECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevidando as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da

personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos

e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

**9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA.** É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1º do art. 220).

**10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.**

**10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica.** A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

**10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988.** Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

**10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição".** A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.

**11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO.** Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia

que apreciou a recepção dos art. 51 e 52 da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, cuja redação segue:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - A 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, nos. II e IV).

II - A cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - A 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Os ministros, por maioria, seguiram o voto do Relator Ministro Ayres Britto, estabelecendo a não recepção em bloco da Lei nº 5.250/1967.

Pelos julgados apresentados compreende-se que a tarifação desrespeita o princípio da reparação integral. Mas este não é o único preceito constitucional infringido pela prévia fixação do *quantum* indenizatório. Para que a reparação de danos possa atingir seus objetivos, sejam eles de prevenção, punição ou de efetiva reparação, é necessário que se considere que todos os cidadãos são iguais perante a lei, conforme *caput* do art. 5 da CF/88. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, todos os cidadãos possuem a mesma proteção estatal no que se refere a ser reparados pelos danos sofridos.

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2013), discorrendo acerca da responsabilidade civil e a constitucionalização do Direito Civil, aponta que o princípio da isonomia, ou da igualdade *lato sensu*, deve ser considerado na fixação do quantum indenizatório.

O autor relembra que a lei deve tratar de maneira igual aqueles que se igualam,

---

plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (STF - ADPF: 130 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 30/04/2009, Publicação: 05-11-2009 - Órgão julgador: Tribunal Pleno.)

e de modo desigual aqueles que se encontrem em situações distintas. Do texto se extrai os dois sentidos da igualdade jurídica, em *stricto sensu* diz que a lei não deve dar tratamento distinto aos iguais, enquanto que também deve prever tratamento desigual aos desiguais, sendo essa a essência da igualdade substancial (TARTUCE, 2013).

No que se refere especificamente à responsabilidade civil, a aplicação do princípio constitucional da igualdade denota que não é possível entregar o mesmo tratamento a indivíduos que não se encontram em uma mesma situação, nesse caso, não é constitucional efetuar a fixação do *quantum* indenizatório com base em uma mesma tarifa quando os indivíduos lesados são desiguais (TARTUCE, 2013).

A aplicação é notada principalmente quando se trata de danos extrapatrimoniais, pois, na fixação da indenização que visa reparar danos decorrentes da infração a bem de caráter jurídico não econômico, deve-se considerar a situação socioeconômica do ofendido. Assim, pessoas em situações pessoais distintas deverão fazer jus a indenização igualmente distintas.

Nesse viés, Tepedino, Terra e Guedes (2021), ao discorrerem sobre os crivos que devem ser empregados pelos juízes no momento da determinação do *quantum* indenizatório de danos extrapatrimoniais, afirmam que a equidade deve ser preservada.

Vale destacar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a proteção da dignidade da pessoa humana tornou-se primazia não apenas no campo da responsabilidade civil, mas em todo o ordenamento jurídico. Assim, torna-se essencial considerar este princípio basilar na análise da reparação dos danos, relação que será melhor aprofundada no próximo tópico.

### 2.3. EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Apesar de aparentemente imutável, o princípio da dignidade da pessoa humana, e seu caráter fundamental, não se fez presente em todos os momentos

históricos. A normatização da dignidade da pessoa humana, bem como, o seu atual significado, é fruto do desenvolvimento ético e histórico da sociedade.

Sob o enfoque do pós-positivismo, o princípio da dignidade da pessoa humana teve sua codificação e passou a integrar as normas constitucionais de países democráticos e tratados internacionais. Isso é decorrência de uma reformulação do pensamento positivista em um momento de declínio desta escola filosófica.

Marmelstein (2014) relata que, até a Segunda Guerra Mundial, o positivismo encontrava aceitação nos principais nomes da doutrina jurídica. Contudo, através do uso das ideias positivistas pelo grupo alemão nazista, tal ideologia perdeu seu encanto.

Esperava-se que o desprestígio do positivismo se culminaria no retorno das doutrinas baseadas no direito natural, a exemplo do jusnaturalismo, uma vez que o positivismo, calcado unicamente no direito positivado, se mostrou ineficaz na busca pela justiça. Contudo, isso não ocorreu.

Com relação ao direito positivo clássico, na prática, houve uma releitura, ou ainda uma reformulação de suas diretrizes do até então vigentes. Ao invés de se averiguar uma busca pela valoração do direito natural acima do direito positivado, ocorreu a positivação de valores naturais, que passaram a ocupar o topo da hierarquia normativa, vez que formulados para atender a exigências atemporais e perpétuas da natureza humana, como um conjunto de compreensões jurídicas inerentes aos homens em todos os tempos (PÉREZ LUÑO, 2012). A esse movimento, convencionou-se nomear de pós-positivismo, mas também poderia receber o nome de positivismo ético (MARMELSTEIN, 2014)

Dentre os valores naturais positivados naquele momento histórico, encontra-se a dignidade humana. Isto pois, após os eventos da Revolução Industrial, marcada pela opressão burguesa sobre a classe operária, e das Grandes Guerras Mundiais, especialmente em relação as atrocidades movidas pelo Nazismo, ficou evidente a necessidade de proteger a dignidade humana além de sua mera proclamação, deveria ser possível exigi-la de forma coercitiva (GOLDSCHMIDT, 2009).

Conforme aponta Goldschmidt (2009), os primeiros instrumentos jurídicos que

reconheceram e regularam a dignidade humana foram os tratados e declarações de direitos internacionais, a exemplo do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A universalização da dignidade humana como princípio ético-moral, bem como a sua posterior normatização nos ordenamentos jurídicos internos de alguns países, demarca o centro da civilização ocidental.

Barroso (2013) aponta que apesar de a dignidade humana ser uma das ideias centrais no contexto jurídico globalizado em que a sociedade se encontra inserida, seus contornos não estão bem delimitados, vez que diversos campos sociais empregam o mesmo termo e influenciam em seu significado, a título exemplificativo pode-se citar religião, filosofia e política, e nesse sentido, faz-se necessário estruturar um conceito jurídico mínimo da dignidade da pessoa humana.

A fim de cumprir com a tarefa de delimitar os contornos jurídicos da dignidade humana, Barroso (2013) propõem a seguinte concepção minimalista:

“[...] a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)” (BARROSO, 2013, p.72)

Além de apresentar este conceito mínimo, Barroso (2013) concluiu que a ascensão de uma perspectiva pós-positivista da dignidade na esfera jurídica difundiu a ideia de dignidade humana como valor fundamental implícito nas democracias constitucionais sob a forma de princípio jurídico de status constitucional.

De todo modo, conforme leciona Jorge Miranda (2010), ainda que seja possível apontar as dimensões para as quais o princípio da dignidade humana se projeta, não se pode olvidar de sua natureza de cláusula aberta, a qual exige uma aplicação casuística. Este entendimento foi seguido pela Constituição brasileira de 1988, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como direito com significado aberto, possibilitando que seu sentido completo seja construído diante das circunstâncias do caso fático, quando dirigido a pessoa real e concreta, e como fundamento de todo o ordenamento jurídico e objeto central da República, impondo que a ordem econômica privada e as relações de produção a consideram como objeto central, quando dirigido a sociedade em modo abstrato.

No que se refere ao sentido principiológico e basilar da dignidade da pessoa humana, Tepedino, Terra, Guedes (2021, p. 96):

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 antepõe as situações jurídicas patrimoniais às situações jurídicas existenciais. A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Daí a necessidade de reelaboração dogmática, a partir do Texto Constitucional, de molde a subordinar a lógica patrimonial àquela existencial, estremando, de um lado, as categorias da empresa, informadas pela ótica do mercado e da otimização dos lucros e, de outro, as categorias atinentes à pessoa humana, cuja dignidade é o princípio basilar posto ao vértice hierárquico do ordenamento.

Para Sarlet (2011), a Carta Magna brasileira, em direção oposta às demais constituições de sua época, não inseriu a dignidade da pessoa humana apenas como um direito fundamental, mas além disso, como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico nacional, elevando, desta maneira, o patamar deste princípio a uma norma jurídica constitucional carregada de eficácia.

Nesse sentido, a dignidade humana é um princípio fundamental que institui os demais direitos e garantias fundamentais, ainda que não diretamente relacionados a ela.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade. Aliás, a partir de tais premissas, há como investir na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo, temática que, todavia, aqui não será explorada. (SARLET, 2011, p.48)

Da dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental,

ramificam-se direitos subjetivos a sua proteção, respeito e promoção, não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares. Nesse espaço, situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual, através de diversas dimensões, como a privacidade, intimidade, honra, imagem e nome (SARLET, 2011).

Os direitos da personalidade têm seu fundamento normativo nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal de 1988, não possuindo uma cláusula geral de tutela. No entanto, a proteção desses direitos ocorre por meio de um sistema misto, isto é, a Constituição Federal estabelece um aspecto geral de proteção, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, de forma concomitante com um sistema de proteção específico para alguns direitos.

Logo, a Constituição brasileira em vigor, edifica o direito geral da personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade. A pilastra central, a viga mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de personalidade brasileiro, está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição, consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana. As outras colunas de sustentação do sistema de tutela da personalidade, consistem no direito fundamental de toda a pessoa possuir um patrimônio mínimo, previsto no Título II, art. 5º, inciso XXIII, e no Título VII, Capítulos II e III; e os demais princípios, consagrados no Título VIII, garantindo, no Capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no Capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes princípios, segundo podemos constatar, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral. (SZANIAWSKI, 2005, p. 130)

A dignidade humana, como base ampla de proteção dos direitos de personalidade, deve ser considerada na fixação do *quantum* indenizatório dos danos decorrentes da violação desses direitos, inteligência extraída do artigo 8º do Código de Processo Civil<sup>9</sup>.

Considerando-se que, a pretensão de reparação de danos extrapatrimoniais advém do desrespeito aos direitos de personalidade, baseados no princípio da

---

<sup>9</sup> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

dignidade, e intangíveis na esfera patrimonial, pode-se concluir que, a reparação integral destes danos é corolário da dignidade da pessoa humana, conforme previsão constitucional do art. 5º, V e X.

Nesse viés, torna-se incontestável que o legislador constituinte buscou basear a ampla reparabilidade dos danos, como proteção à dignidade da pessoa humana, pela consagração do direito a reparação baseado no interesse da vítima, na forma mais ampla possível.

Tal indenização ampla não ocorre apenas no sentido quantitativo. Tepedino, Terra e Guedes (2021), apontam que, com base no princípio da dignidade humana, têm se observado, em especial nas últimas décadas, a ampliação das hipóteses de reparação de danos. Tal fenômeno está atrelado ao deslocamento da ênfase da questão ao ofendido, desconsiderando-se a culpa do ofensor, no que, os autores denominam, objetivação da responsabilidade civil. Outro fator relevante nesse fenômeno é o progresso científico, que age como catalisador da expansão dos riscos e dos danos na vida social.

O movimento de ampliação das hipóteses de dano não é averiguado apenas na atuação legislativa, evidenciada no Código Civil de 2002, mas também é uma construção jurisprudencial e doutrinária.

Tepedino, Terra e Guedes (2021), alertam, ainda, para a polarização que advém deste novo panorama legislativo de ampliação das hipóteses de danos. A quem considere tal ampliação uma vitória em si, e acabam por incorrer na responsabilidade plena do Estado e dos empresários, que passam a carregar todos os ônus decorrentes da atividade produtiva. De outro ponto de vista, há quem afirme que o judiciário se converte em uma indústria de danos, na medida em que recebe uma enxurrada de ações que visam indenizações, por vezes, infundadas.

Nesse sentido, os autores realizam duas observações. *A priori*, afirmam não ser possível estabelecer critérios para a solução de problemas que envolvam reparação de danos com base exclusiva no Código Civil. Sendo necessário identificar balizas, fundadas em princípios e valores constitucionais, para unificar o sistema de responsabilidade, discriminando-se os danos ressarcíveis, e aqueles que, apesar de configurarem danos do cotidiano, não possuem reparabilidade (Tepedino; Terra;

Guedes, 2021).

Em um segundo momento, ainda que reconheçam como louvável a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade permeada por riscos, afirmam que não é possível desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. Assim, o dever de reparar não pode ser separado dos critérios do efetivo dano e do nexo de causalidade. (Tepedino; Terra; Guedes, 2021).

Considerando, ainda, a dignidade humana, no seu viés limitador, convém mencionar que este princípio também atua como limitador do *quantum* indenizatório. Sarlet (2011) indica que, na perspectiva da dignidade como limite, é indispensável a ponderação de valores, inafastável da tarefa de garantir a concordância prática nas hipóteses de conflitos de interesses constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, Braga Netto (2008), afirma que o princípio da dignidade humana desautoriza que a busca pela plena reparação produza a ruína do devedor, uma vez que, caso contrário, a indenização fixada sem temperamento resultará em um novo problema, sendo absurda e antissocial. Nesta linha, a aplicação desmedida da teoria da reparação integral conduziria a resultados distantes da igualdade, princípio igualmente protegido pela Constituição Federal.

A mesma linha de ponderação no cálculo do montante indenizatório aplicável ao caso concreto, levando em conta as situações específicas do agressor e da vítima, para depois dimensionar a indenização adequada ao tipo do dano está prevista no artigo 223-G da CLT<sup>10</sup> (BRASIL, 1943), inovação trazida com o advento da Lei nº

---

<sup>10</sup> 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.

§ 1<sup>o</sup> 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;

13.467/2019 e ponto central desta pesquisa, o qual trouxe para a esfera laboral um título sobre reparação de danos extrapatrimoniais pautado por uma espécie de tarifação legal, a qual será melhor aprofundada no terceiro capítulo deste estudo.

Retomando a análise da aplicação da equidade na reparação de danos, especialmente no que se refere a sua interligação com a dignidade humana, ainda que diversos sejam os desafios na quantificação da reparação dos danos extrapatrimoniais, ressalta-se o entendimento de Tepedino, Terra e Guedes (2021), na medida em que entendem que a norma mencionada (art. 223-G da CLT) desrespeita equidade e a dignidade humana ao fixar a prévia tarifação, e portanto não se mostra como medida adequada, uma vez que inviabiliza a reparação integral dos danos.

A aparente inobservância dos princípios constitucionais na referida norma se acentua na medida em que essa busca estabelecer o montante indenizatório com base em múltiplos do salário do ofendido, conforme prevê o novel artigo 223-G da CLT, no seu parágrafo primeiro, incisos I à IV (BRASIL, 1943).

Isso porque, na construção do princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado que todos os cidadãos possuam a mesma dignidade. Contudo, o sistema de reparação de danos extrapatrimoniais aplicado às relações trabalhistas possui outros aspectos, que serão melhor analisados no próximo título.

#### 2.4. O DANO EXTRAPATRIMONIAL E A SUA NORMATIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

É inegável que as relações de trabalho são permeadas por conflitos, inclusive de cunho extrapatrimonial. Contudo, por um longo período os trabalhadores, vistos como vulneráveis no meio social, não eram abrangidos por direitos específicos. O

---

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.

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

§ 3<sup>o</sup> Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Direito do Trabalho, assim como os demais ramos da ciência jurídica, constituiu-se como resultado de um determinado e específico contexto histórico.

Foi a partir do desenvolvimento da sociedade, com a maior valorização do ser humano e de sua dignidade, de lutas sociais e da prosperidade do sistema capitalista, que os trabalhadores conquistaram uma gama variada de direitos específicos.

Do ponto de vista econômico, o surgimento do Direito do Trabalho é propiciado por três fatores correlacionados e dependentes: o trabalho livre e subordinado, a grande indústria e a concentração de capital. A crescente utilização do trabalho livre e subordinado compunha uma relação de emprego baseada na combinação da liberdade pessoal do trabalhador com a direção empresarial pelo empreendedor.

Por sua vez, a grande indústria traduz um modelo de processo produtivo com intensa utilização de máquinas, que conduz a concentração da força de trabalho assalariada. Por fim, a crescente concentração industrial, ou, a concentração de capital, característica do sistema capitalista emergente, que funda grandes contingentes urbanos de operários por exigir a utilização de exacerbada força de trabalho (DELGADO, 2019).

Visto pelo viés social, a concentração proletária nos contingentes urbanos, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, provocou uma inovadora identificação entre as massas obreiras. Como resultado desta identificação, surgem como novo integrante do tecido social os sindicatos, que compunham a vontade coletiva dos trabalhadores frente ao modelo liberalista individualista do sistema jurídico (DELGADO, 2019).

De outra banda, do ponto de vista político, o Direito do Trabalho surge de ações gestadas e desenvolvidas na sociedade civil e no Estado, que buscam fixar preceitos objetivos para contratação e gerenciamento da força de trabalho. Isso pois, tais medidas, eram necessárias para o sistema de produção e economia estruturado no período (DELGADO, 2019).

Os direitos relacionados ao trabalho são produtos do capitalismo, atados a sua evolução histórica. Todavia, o Direito do Trabalho não só serviu ao sistema econômico perpetuado pela Revolução Industrial do séc. XVII, pois também lhe fixou limites,

conferindo-lhe civilidade.

Em verdade, o contexto histórico-social retratado na época não encontrava resposta jurídica no Direito que vigorava, isso é, no Direito Civil de formação liberal-individualista, pois este tendia a solucionar as questões que surgiam deste novo modelo de relação de emprego através de dispositivos fundados no velho modelo de contrato bilateral regido pela autonomia da vontade.

Ocorre que ao transcorrer do tempo a aplicação de um direito especial, como o direito do trabalho, passou a ser melhor idealizada e concretizada por uma justiça igualmente especial, uma vez que as delicadas questões oriundas de relações empregatícias não se moldam perfeitamente ao rito ordinário da justiça comum.

Neste contexto, no Brasil, deu-se início ao processo de construção de uma Justiça do Trabalho na sequência do Golpe de 1930, através do Governo Provisório, quando em cumprimento às promessas de campanha, foi fundado o Ministério do Trabalho. Nesse mesmo movimento foram instituídas a Comissão Mista de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo que a primeira tinha competência para dirimir sobre dissídios coletivos, enquanto a segunda competia dirimir litígios em que fossem partes empregados sindicalizados. Ambos os órgãos não eram judiciais (SILVA, 2011).

A Justiça do Trabalho foi instituída pelo Decreto-Lei nº 1.231 de 1939, em observância ao artigo 139 da Constituição de 1937. O Decreto determinava a formação da justiça do trabalho através das Juntas de Conciliação e Julgamento, de oito (08) Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho. Todos os órgãos possuíam composição paritária, isso é, integrados por representantes dos empregados e empregadores em igual número. Contudo permaneceu, neste momento, o caráter administrativo da Justiça do Trabalho, que foi incluída no rol do Poder Judiciário apenas pela Constituição de 1946, nos artigos 122 e 123 (SILVA, 2011).

Ainda no cenário de evolução jurídico-normativo trabalhista brasileiro, em 1943, emerge a Consolidação das Leis do Trabalho, legislação destinada não apenas à regulamentação das relações de trabalho, mas também, e principalmente, a proteção da parte mais vulnerável destas relações, o trabalhador. Posteriormente, a

Constituição Federal de 1988 seguiu a mesma linha protetiva, possuindo diversos dispositivos relacionados ao Direito do Trabalho, a exemplo do seu artigo 7º, diploma que será melhor aprofundado no próximo título que tratará sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ao longo de sua trajetória a Justiça do Trabalho passou por diversas mutações, especialmente para sua expansão. Destaca-se a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Para Vaz (2021), a EC nº 45 de 2004 possui tal importância que pode ser considerada como um divisor de águas no Judiciário Brasileiro, instituindo a Súmula Vinculante, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, dentre outros. No que se refere ao Direito do Trabalho, sua importância é ainda mais elevada.

Inicialmente a citada emenda modificou o *caput* do artigo 114 da Constituição Federal, substituindo a expressão “conciliar e julgar” por “processar e julgar”, sem que isso afaste a importância da atividade conciliatória (VAZ, 2021).

Não obstante tal alteração, a EC 45/04 também incorporou ao artigo 114 outras alterações e novos incisos que ampliam a competência material da Justiça do Trabalho. Dentre estas outras alterações encontra-se a ampliação da competência da Justiça do Trabalho quanto às formas de relação de trabalho abrangidas por sua jurisdição. Inicialmente, apenas os conflitos provenientes de relações de emprego eram de competência desta justiça especializada. A emenda então modificou o artigo 114 da CF/88, que passou a conter a seguinte redação:

**Art. 114.** Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Partindo das alterações da EC 45/04, Jorge Neto e Cavalcante (2019) lembram que relação de trabalho é gênero, possuindo como espécies diversas relações jurídicas de trabalho, podendo estas espécies serem constituídas com subordinação, sem subordinação, com remuneração, sem remuneração, com eventualidade ou permanência. Dentre as espécies, pode-se destacar aquelas disciplinas pelo Direito do Trabalho, constantes na Constituição Federal, na CLT e em legislação esparsa, como a relação de emprego, trabalho doméstico, trabalho rural, trabalho avulso e

trabalho temporário.

Há, também, as relações de trabalho designadas assim por regulamentação jurídica, ainda que de forma indireta, como o trabalho do preso, do cônjuge que presta serviços no lar, estagiário, cooperativas de trabalho, serviço voluntário e autônomo. Também existe o trabalho proibido, como a exploração infantil e o trabalho escravo. Existem as relações de trabalho com o Estado, abrangendo todos os agentes públicos. E, por fim, há as relações de trabalho disciplinadas pelo Direito Comum, constantes no Direito Civil, no CDC e nas leis esparsas, a exemplo dos contratos de consumo, onde o prestador de serviço é pessoa natural (JORGE NETTO; CAVALCANTE, 2019).

Seguindo o mesmo entendimento da EC 45/04, o Enunciado 64 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho estabelece que, existindo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, averigua-se a existência da relação de trabalho, e assim, incide a competência da Justiça do Trabalho, independente do direito material que será empregado na solução do conflito (JORGE NETTO; CAVALCANTE, 2019).

Sobre a ampliação da competência quanto a espécie de relação de trabalho, Mendes e Branco (2017, p.897):

Ao lado das tradicionais atribuições concernentes às ações oriundas das relações de emprego, o dissídio coletivo de natureza econômica, as ações sobre representação sindical e as ações que envolvam o direito de greve, a competência da Justiça do Trabalho foi significativamente ampliada com o reconhecimento da sua competência para processar e julgar todas as ações oriundas da relação de trabalho. Assim, um plexo significativo de relações do trabalho foi incluído como de apreciação da justiça especializada. Ademais, reconheceu-se à Justiça do Trabalho a competência para julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho e as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Uma alteração importante realizada pelo constituinte derivado através da emenda constitucional aqui estudada é a inclusão de competência expressa da Justiça do Trabalho para apreciar ações e pedidos de indenização oriundos de danos de caráter extrapatrimonial. Tal competência constou no novo inciso VI, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI – As ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (BRASIL, 1988).

Até o advento da EC 45/2004 havia a discussão se os pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais poderiam ser apreciados pela Justiça do Trabalho. Inicialmente, o trabalhador que desejasse buscar por reparação de danos advindos da relação de trabalho deveria ingressar com duas ações distintas, sendo uma protocolada na justiça especializada, e outra na Justiça Comum, tratando apenas dos danos.

Contudo, Leite (2019) indica que a indenização por danos e a lesão a direitos não patrimoniais não eram matérias alheias à CLT, pois diversos dispositivos já citavam indenizações ou ressarcimentos. A título exemplificativo, o autor cita o art. 480, que permite ao empregado cobrar um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato termo; o art. 483, alínea “e”, que define a lesão à honra e à boa fama do empregado ou de pessoa de sua família como causa de rescisão contratual indireta; o art. 482, alínea “k”, que assegura ao empregador a resolução do contrato de trabalho em caso de atos lesivos à sua honra; e os artigos 405 a 407 que proíbem o trabalho prejudicial à moralidade do adolescente.

Além disso, todo e qualquer ato discriminatório praticado pelo empregador implica, por regra, em uma lesão aos direitos de personalidade do empregado. Nesse sentido, poderia o empregado buscar o Judiciário com pedido de reparação em casos de discriminação.

Ainda assim, a EC/45 foi de suma importância para sanar qualquer debate acerca do cabimento de pedidos indenizatórios em lides trabalhistas, mas não necessariamente uma inovação no que se refere a inserção de danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico do Direito do Trabalho. Seguiram a emenda dois importantes posicionamentos judiciais a seguir expostos:

A Súmula Vinculante nº 22<sup>11</sup>(BRASIL, 2009), que esclareceu a competência da

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula Vinculante nº 22**. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004. Brasília,

Justiça do Trabalho processar e julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais que decorrerem de acidente de trabalho:

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

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 392<sup>12</sup>(BRASIL, 2015), que estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para processar causas de indenização de danos extrapatrimoniais propostas por sucessores do trabalhador ofendido em relação de trabalho:

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Tartuce (2018), aduz que, a despeito da densa produção doutrinária, seja civilista ou trabalhista, acerca da responsabilidade civil que permeia também o Direito do Trabalho, e a elasticidade intrínseca desse modelo de relação jurídica, que pode levar a diversos danos, inclusive coletivos, a legislação trabalhista se manteve silente, até a Reforma Trabalhista realizada em 2017.

Contudo, a lacuna até então existente na legislação trabalhista não configurou impedimento para a análise da matéria de responsabilidade civil no âmbito da Justiça do Trabalho, uma vez que encontrava previsão em outros ramos do ordenamento jurídico, como na Constituição Federal, no Código Civil, e até mesmo no Código de Defesa do Consumidor através de aplicação supletiva por expressa previsão do art. 8º da CLT. Aponta-se ser plenamente possível o diálogo entre o Direito Civil e o Direito

---

DF: [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula771/false>. Acesso em: 13 ago. 2021

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal Superior Trabalho. **Sumula nº 392**. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido. Brasília, DF: [2015]. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-392](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392). Acesso em: 13 ago. 2021

do Trabalho, nesse sentido:

Conforme art. 8º da CLT, o direito comum e, logicamente, o Direito Civil são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho. Na verdade, pela aplicação da tese do diálogo das fontes, o que se propõe é uma nova leitura desse comando legal. Não se deve mais considerar o Direito Civil como simples fonte subsidiária, mas, em alguns casos, como fonte direta do Direito do Trabalho. Isso porque, em algumas situações atualmente comuns à prática trabalhista, não há normas de Direito do Trabalho regulamentando a matéria. Em casos tais é que as normas do Direito Civil terão aplicação. Outro argumento interessante é que, quando a CLT entrou em vigor, não vivíamos esse momento de complexidade legislativa atual. Trazendo clareza a essa complexidade, anote-se que a Emenda Constitucional 45/2004 ampliou enormemente a competência da Justiça do Trabalho para tratar de casos que antes eram da competência da Justiça Comum, como a responsabilidade civil por acidente de trabalho ou em decorrência do contrato de trabalho. Como não há legislação trabalhista a tratar do tema, o aplicador do Direito do Trabalho deve procurar socorro nas normas de Direito Civil que tratam da responsabilidade civil. (TARTUCE, 2013, p. 64)

Ainda em análise a apreciação de pedidos de danos extrapatrimoniais pela Justiça do Trabalho, através de dispositivos pertinentes contidos na esfera do Direito Civil, Tartuce (2018) aponta que, apesar da necessidade de analisar a responsabilidade civil de acordo com a principiologia própria do Direito do Trabalho, é preciso não perder de vista a técnica exigida pela norma civil.

Leite (2019) denota plena concordância com o posicionamento de Tartuce (2018), no que se refere a possibilidade de comunicação entre os ramos do direito, permitida pela cláusula geral de abertura do artigo 8º da CLT, posição também defendida por Goldschmidt (2020).

Todavia, Leite (2019) salienta que a heterointegração, isso é, a aplicação de norma externa ao Direito do Trabalho, somente pode ocorrer quando a aplicação do subsistema do Direito Civil estiver em sintonia com a principiologia do Direito do Trabalho e dos Direitos Fundamentais Sociais Trabalhistas, de forma especial o princípio da norma mais favorável aos trabalhadores, estabelecida no art. 7º da Constituição Federal.

Desse modo, a heterointegração pressupõem não apenas a existência de lacunas normativas, mas também de lacunas ontológicas e axiológicas. Em outras palavras, a aplicação subsidiária do Direito Civil às demandas trabalhistas pressupõem a interpretação evolutiva do §º do art. 8 da CLT, para permitir tal

aplicação não apenas na omissão da lei trabalhista, mas também quando esta se encontrar manifestamente ultrapassada, de forma que impeça ou dificulte a decisão judicial justa e constitucionalmente adequada.

É evidente que o Direito do Trabalho, através do movimento expansionista, regulamentava, ainda que de forma incompleta, a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais.

Ainda que o Direito do Trabalho não tenha atingido o máximo de proteção possível, o movimento expansionista perdeu sua força. Atualmente diversos fatores provocam a flexibilização e a desregulamentação das normas trabalhistas.

Delgado (2019) define a desregulamentação trabalhista como a retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho. Esse movimento aponta para a elaboração de normas de labor menos interventivas e protecionistas. Nesse sentido, a desregulamentação é mais extrema que a flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas.

O aludido autor cita um exemplo curioso de tentativa de desregulamentação, que fora elaborada fora do âmbito normativo, mas por doutrina e jurisprudência, que foram seguidas por iniciativas legislativas. O caso ocorreu na Europa Ocidental, na década de 70, e consistiu na criação de um patamar intermediário entre o trabalho subordinado, compreendido como a típica relação de emprego, e o trabalho autônomo. A esse patamar convencionou-se nomear de parassubordinação. Aos trabalhadores pertencentes a essa categoria não são aplicáveis as normas rígidas do Direito do Trabalho (DELGADO, 2019).

Os movimentos de flexibilização e desregulamentação trabalhistas encontram-se ligados ao período histórico atual, caracterizado pela hegemonia político-cultural de matriz liberalista.

Goldschmidt (2009) aponta que para a correta compreensão do fenômeno da flexibilização dos direitos do trabalho é necessário contextualizar os movimentos ligados a ele, como a globalização, a privatização e a terceirização.

A Globalização, é entendida como “a mãe” dos demais movimentos. É preciso

considerar que este movimento se constitui em um processo que apresenta diversas nuances. Entre tantas outras, destaca-se a nuance econômica, caracterizada pela formação de blocos regionais, após o fim da bipolarização mundial entre EUA e União Soviética, faz surgir empresas transnacionais, que dominam a produção, comércio e finanças internacionais, ditando as diretrizes econômicas mundiais de forma volátil; e a política, onde se verifica a disfunção dos mecanismos sociais aplicados até então, que não são eficazes frente as conjecturas transnacionais, a exemplo da dificuldade de um Estado programar políticas de desenvolvimento focadas na realidade local de forma independente (GOLDSCHMIDT, 2009).

Outras duas nuances relevantes são a social, sob a qual evidencia-se o avanço e perpetuação da exclusão social através da inovação financeira e a mídia de massa que propaga o ideário globalizante, como necessário e irreversível; e a cultural, verificada na padronização do mundo ao molde de vida americano, em detrimento às culturas locais (GOLDSCHMIDT, 2009)

Por fim, a globalização é permeada pela doutrina liberalista, sob a qual a forte regulamentação do Direito do Trabalho, na forma clássica, cria obstáculos desnecessários e inconvenientes à livre gestão das relações econômicas e sociais. Nesse viés, a normatização clássica dos direitos trabalhistas não vai ao encontro dos objetivos do sistema capitalista. Entretanto, o movimento liberal ignora o resultado social negativo da flexibilização, que aponta para a maior concentração de renda e a maior precarização das condições de trabalho (DELGADO, 2019).

A orientação política ideológica do liberalismo ganhou ainda mais força após a crise no capitalismo ocidental de 2008, deflagrada pelo colapso do sistema financeiro e especulativo imobiliário norte-americano. O Brasil, por sua vez, teve maior impulso liberal a partir do ano de 2016, como aponta Delgado (2019, p. 76):

No Brasil, elas retornaram, com grande ênfase, especialmente a contar do ano de 2016. Seus argumentos, porém, não sofreram efetiva renovação, sendo, basicamente, os mesmos que caracterizaram o período antecedente. Há que se reconhecer, porém, que o ideário ultra liberalista, nos últimos anos, alargou e aprofundou o seu prestígio no campo jurídico, passando a permear a própria interpretação do Direito Positivo e, até mesmo, da Constituição da República, em direção a um cenário de abrandamento (ou descaracterização) da matriz constitucional humanista e social, inclusive de seus princípios humanistas e sociais, mesmo os princípios constitucionais do trabalho. [...]. Com a derrubada, em 2016, no Brasil, do governo

democraticamente eleito em 2014, retomou-se, no País, de maneira célere e compulsiva, as teses ultra liberais do Estado Mínimo e do império genérico e incontestável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas. Entre estas teses, sobressaem-se as vertentes da desregulamentação trabalhista e da flexibilização trabalhista.

Nesse quadro, foi aprovada a Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, a qual dentre os inúmeros novos dispositivos trazidos, encontram-se os artigos 223-A a 223-G, os quais, conforme já referido, compõem um título específico para a reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de emprego.

Essa regulamentação buscou afastar a aplicação subsidiária do Direito Civil e Constitucional da análise do dano extrapatrimonial trabalhista. Além disso estabelecer tabela para fixação da indenização, a ser calculada pelo grau de ofensa, através de múltiplos do salário do ofendido. A nova legislação parece pretender romper com alguns direitos da classe trabalhadora, ponto este que será melhor aprofundado no próximo título que trata do trabalhador enquanto titular da reparação civil.

## 2.5. O TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE ENQUANTO TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL

O conteúdo do Direito do Trabalho se molda em torno das características do contrato de trabalho. Tal contrato dá início a uma relação jurídica de emprego, formada entre o empregado e o empregador.

Considerando a posição fática dos integrantes do contrato de trabalho, isso é, a característica de subordinação e desigualdade econômica, o Direito do Trabalho tem como sujeito ativo próprio o empregado. As normas de proteção se destinam ao empregado, por este se encontrar em uma situação fática de subordinação em face do empregador. Nesse sentido, posiciona-se Leite (2019, p.60):

Pode-se dizer, também, que o direito do trabalho visa, sobretudo, ao estabelecimento da igualdade jurídica entre o capital e o trabalho, uma vez que confere uma superioridade jurídica ao empregado em face da sua inferioridade econômica diante do empregador, detentor do capital.

Há categorias de trabalhadores não empregados que ingressam no raio de

proteção deste ramo do direito, não pela natureza de suas relações jurídicas particulares, mas em decorrência de expressa determinação legal, a exemplo dos trabalhadores portuários avulsos (DELGADO, 2019). De outra banda, há categorias de trabalhadores que possuem leis específicas para reger sua relação empregatícia, e que pese serem empregados, não são expressamente regidos pela CLT, a exemplo dos empregados domésticos, regidos pela Lei Complementar n. 150 e os empregados rurais, regidos pela Lei 5889/73.

Sinteticamente, o Direito do Trabalho abrange todo e qualquer empregado (embora a categoria doméstica seja absorvida neste ramo jurídico mediante normatividade especial e restritiva). Abrange ainda determinados trabalhadores que não são empregados, mas que foram legalmente favorecidos pelo padrão geral da normatividade trabalhista (caso dos avulsos).

Nesse sentido, faz-se necessário entender quem é o empregado alcançado pelas normas do Direito do Trabalho.

O conceito jurídico de empregado se encontra no artigo 3º da CLT, cuja redação define empregado como toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, mediante remuneração. A relação entre o empregado e o empregador deve, ainda, ser pessoal, como se extrai da parte final do artigo 2º da CLT.

Leite (2019) conceitua o empregado como uma espécie de trabalhador subordinado que, em decorrência de um contrato de trabalho, põe pessoalmente a sua força de trabalho à disposição de uma outra pessoa física ou jurídica, de forma não eventual, mediante remuneração e com este ânimo específico.

Enquanto que Delgado (2019), define o empregado como toda pessoa natural que, de forma tácita ou expressa, contrate a prestação de seus serviços a um tomador, sendo que este serviço é efetuado de forma pessoal, onerosamente, não eventual e mediante subordinação.

Já Martinez (2019) diz que, no contexto do contrato de emprego, o empregado pode ser definido como sujeito que pessoalmente, despende, em caráter não eventual e mediante direção alheia, sua energia laboral, em contrapartida de um salário, sem assumir os riscos da atividade-fim de seu labor.

Destes conceitos destacam-se seis elementos: a necessidade de o trabalhador ser pessoa física, a presença do *animus contrahendi*, a característica pessoal da prestação de serviço, a contrapartida em forma de remuneração, a habitualidade e a presença de subordinação.

Primeiramente, salienta-se que o empregado sempre deve ser uma pessoa física, ou natural. Tal característica decorre da peculiaridade da prestação pessoal de serviços, estabelecida pelo contrato de trabalho. Nesse viés, a pessoa jurídica não possui capacidade jurídica de trabalho, não podendo ser devedora de trabalho subordinado, assim, seus serviços são regulados pelo Direito Civil. Ademais, os bens tutelados pelo Direito do Trabalho, como a vida, saúde, integridade física e o lazer, não importam à pessoa jurídica (DELGADO, 2019).

Sendo pessoa física, o empregado deve possuir *animus contrahendi*, isso é, para que a prestação laboral configure relação empregatícia, e, portanto, seja atingida pelas normas do Direito do Trabalho, o trabalhador deve ter o propósito de prestar serviços a outrem como empregado. Não sendo admitida outra finalidade, como o trabalho cívico, religioso assistencial ou por conveniência social. Este é considerado o elemento subjetivo essencial de um contrato de trabalho (LEITE, 2019).

A característica da prestação pessoal de serviço que integra os elementos fático-jurídicos do conceito de empregado, é extraída da parte final do artigo 2º da CLT. Denota-se que o contrato de trabalho gera uma obrigação pessoal em relação ao empregado. Assim, por possuir obrigação pessoal o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa nesta obrigação (RESENDE, 2020).

Outra característica inafastável do contrato de trabalho é a onerosidade, pois cada parte possui obrigações contratuais e em contrapartida do adimplemento de tais obrigações auferem vantagens recíprocas. No âmbito do contrato de trabalho, a obrigação do trabalhador é colocar a sua força laborativa à disposição do empregador, enquanto que este tem a obrigação de pagar o salário correspondente. Desta forma, a remuneração, ou, em sentido amplo, a onerosidade, é compreendida como a totalidade das percepções econômicas a serem entregues ao empregado em razão do seu labor. Portanto, o labor sem remuneração, como o trabalho por caridade ou de favor, pela falta de remuneração, descaracteriza o trabalhador como empregado

(LEITE, 2019).

Além do já exposto, para que o prestador de serviços laborais seja um empregado é necessário que o trabalho seja realizado de maneira não eventual, normalmente com habitualidade. Tal característica diz respeito a forma temporal da prestação de serviço. É vedado ao empregado realizar serviço apenas eventual, em caráter transitório, acidental ou não necessário como serviço permanente por exigência do empregador (LEITE, 2019).

Cumprе ressaltar o entendimento de Carmen Camino (2004) que aponta que a não eventualidade é o mesmo que serviço essencial. Nessa linha, o professor de uma universidade, ainda que dê aula duas vezes por semana, desenvolve atividade não eventual, posto que é essencial para a atividade-fim da empresa. Logo, a não eventualidade não se prende à noção de habitualidade, mas sim, à noção de essencialidade para o empreendimento.

Por fim, para que se configure a relação de emprego, e o prestador de serviço seja considerado empregado, este deve estar sob a direção de outrem, isso é, sob subordinação.

Não obstante a relação de emprego resulte da comunhão indissolúvel dos seis elementos aqui apresentados, será a subordinação, dentro todos esses, o que ganha maior proeminência na confirmação do tipo legal de relação. Isso pois, a subordinação é a marca diferencial entre a relação de emprego e as demais modalidades de relação de produção.

O marco distintivo firmado pela subordinação permite ao operador jurídico discriminar inúmeras situações fático-jurídicas próximas. Diversas são as hipóteses excludentes diferenciadas através ponderação entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, a exemplo de trabalhador autônomo prestando serviços habituais empresas, confecção de obra certa a determinado tomador, representantes comerciais, e contrato de parceria rural. Em todas as hipóteses, a comprovação de subordinação desconstituí o contrato civil formalmente existente entre as partes, em detrimento do caráter autônomo aparente do qual o vínculo se reveste.

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2013, p.174)

conceituam subordinação como:

[...] uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Etimologicamente subordinação deriva de *sub*, que significa baixo, e *ordinare*, que se aproxima de ordenar. Nessa linha etimológica transparece na subordinação um sentido básico de submetimento, sujeição ao poder e às ordens, assim como uma posição de dependência. Através dessa análise, Delgado (2019, p.349) afirma que a subordinação corresponde ao;

[...] polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”

Há aqueles que sustentam que a situação de subordinado decorre da dependência do empregado em relação ao empregador, entabulada no art. 3º da CLT. Todavia, à Leite (2019), parece que o empregado não é dependente de seu empregador, e sim de sua atividade laboral, e assim se sujeita ao poder do empregador, seja este diretivo, regulamentar ou disciplinar.

A subordinação, como qualquer fenômeno social, possui diversas dimensões materializadas pelos ajustes e adequações sofridos ao longo da história. As dimensões clássica, objetiva e estrutural possuem maior destaque doutrinário. A conjunção destas três, que não são excludentes entre si, permite o enquadramento dos fatos novos da esfera trabalhista ao tipo jurídico da relação de emprego.

A dimensão clássica ou tradicional, é a subordinação na sua situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção. No tocante ao modo de realização de sua prestação laboral, a dimensão clássica consiste na admissão original da subordinação, em virtude de sua posição mais antiga na história, substituindo a servidão característica do modelo anterior (DELGADO, 2019).

A dimensão objetiva constitui a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins objetivos do empreendimento ao que destina sua força laboral (DELGADO, 2019).

Por fim, a dimensão estrutural da subordinação se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber ordens expressas deste tomador, mas acolhendo, de forma estrutural, a dinâmica de organização e funcionamento do empreendimento. Nesse caso pouco importa se o obreiro se harmonize com os objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste, pois o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade (DELGADO, 2019).

Quanto à natureza jurídica da subordinação o debate doutrinário encontra-se pacificado. A doutrina justrabalhista entende que a subordinação se configura como um fenômeno jurídico, derivado do contato de trabalho, mediante o qual um obreiro colhe o direcionamento objetivo de um tomador de serviços sobre a forma de efetuação da prestação laboral (DELGADO, 2019).

Para Leite (2019) a subordinação, enquanto sua natureza jurídica, significa um estado de dependência real decorrente de um contrato e produzido pelo direito do empregador de comandar o empreendimento. Cabe ressaltar que a sujeição às ordens do empregador se restringe a limitar a autonomia do empregado quanto à sua prestação de trabalho, não podendo ser estendida a pessoa do empregado e sua vida pessoal.

O contrato de trabalho tem aspectos especiais em comparação a outros tipos de contratos, em especial as marcas de desigualdade econômica e subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador perante o empregador. Em função destes aspectos, o empregado se encontra em posição de maior vulnerabilidade, percebendo maiores possibilidades de ser atingido moralmente em função de sua atividade laboral, por ato ou omissão do empregador (LEITE, 2019).

O direito do trabalho moderno ocupa-se das relações de trabalho, onde o prestador de serviço é uma pessoa física. A relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho. Nesta ótica, tanto o trabalhador pessoa física quanto o empregado fazem jus à reparação de danos extrapatrimoniais. O que liga esses dois

titulares da reparação (empregado e trabalhadores pessoas físicas não empregados) é a questão da vulnerabilidade de ambos.

É de se ressaltar que a Justiça do Trabalho, mesmo antes da reforma trabalhista, já era competente para processar e julgar “pequenas empreitadas” onde o empreiteiro é o artífice, aquele que põe a mão na massa. Isto ocorria em razão de que já naquela época a legislação considerava o pequeno empreiteiro vulnerável e hipossuficiente, emprestando a ele a proteção (princípio da proteção) do direito do trabalho.

Essa mesma ideia perpassa na ampliação da competência da Justiça do Trabalho com a Emenda Constitucional 45 de 2004, estendendo a proteção a outros tipos de trabalhadores não empregados, v.g., estagiários, representantes comerciais pessoas físicas, prestadores de serviço pessoas físicas, voluntários, etc.).

Nessa linha, o sujeito titular da reparação não se restringe apenas aos trabalhadores empregados, posto que a sua vulnerabilidade é que atrai a interpretação de um direito fundamental à reparação civil justa, consoante os ditames da dignidade humana, da isonomia e do regime dos direitos fundamentais, a lançar luzes na errônea pré-tarifação dos danos do artigo 223-G da CLT, o que será objeto de melhor análise no capítulo que segue.

O tema da vulnerabilidade vem se desenvolvendo amplamente no Direito Privado, com destaque especial para a construção doutrinária consumerista, mas também é possível construir compreensões teóricas e práticas também no âmbito do Direito do Trabalho.

Marcelo Weishaupt Proni (2013) contribui de forma importante para a conceituação de trabalhador vulnerável na literatura internacional, como se percebe:

Por sua vez, na literatura internacional, é comum encontrar estudos que utilizam a expressão “trabalhador vulnerável” (vulnerable worker) como um sinônimo de trabalhador em situação precária. Entretanto, o conceito também tem sido definido de maneiras variadas e empregado com diferentes finalidades. Uma abordagem frequente é aquela que define os grupos de trabalhadores cuja condição ocupacional coloca em risco seu bem-estar, tais como os trabalhadores por conta própria que não estão cobertos pela legislação trabalhista, os empregados que se sujeitam a abusos do empregador por medo de perder o emprego, aqueles que não têm acesso ao benefício do seguro-desemprego ou a planos de saúde e aposentadoria e os que não encontram trabalho regular e passam muito tempo recebendo baixos rendimentos (Saunders, 2003). Em outros documentos, o termo

“vulnerabilidade” tem um escopo mais estreito, circunscrito a situações em que há alto risco de serem negados os direitos do trabalhador, e este não tem capacidade ou meios de fazer valer seus direitos, como no caso de imigrantes (United Kingdom-DTI, 2006). E há abordagens alternativas: por exemplo, em artigo recente, os trabalhadores vulneráveis são identificados pela combinação entre baixa remuneração e falta de representação sindical associadas com a exclusão do sistema público de proteção ao trabalho (Pollert; Charlwood, 2009).

Destaca-se o risco a que se submete o trabalhador em determinadas situações fáticas e contratuais. O supracitado autor trata também do tema na literatura especializada nacional:

No Brasil, a análise da vulnerabilidade no mercado de trabalho tem enfatizado as características pessoais que conferem desvantagens competitivas e tem destacado as formas de inserção precária que correspondem a uma condição intermediária entre o desemprego e o trabalho decente (Dieese; Unicamp, 2007). Por fim, convém ressaltar que os diagnósticos mais pertinentes costumam elencar um gradiente de vulnerabilidades no mercado de trabalho, podendo variar bastante a metodologia adotada e os critérios para definir a “vulnerabilidade ocupacional”. (PRONI, 2013, p. 841).

Amauri Cesar Alves (2019) afirma que a vulnerabilidade na perspectiva das relações capital-trabalho pode ser compreendida como situação de inferioridade contratual agravada por fatores de risco laboral ou pela condição pessoal do trabalhador, seja ele empregado ou não, que poderá resultar em lesão em sua esfera patrimonial ou existencial (ALVES, 2019). Neste sentido, a vulnerabilidade para fins de Direito do Trabalho está necessariamente vinculada à inserção laborativa contratual do trabalhador (relação de trabalho ou emprego), sem a qual não se justifica a análise específica.

Alves (2019) ainda relaciona possíveis categorias de vulnerabilidade, sem que se pretenda, com isso, criar categorias distintas de proteção ao trabalhador. Vulnerabilidade negocial é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de fixar condições elementares de trabalho com o seu contratante. Vulnerabilidade hierárquica é inferioridade contratual agravada que coloca o trabalhador em uma situação hierárquica mais fragilizada do que aquela inerente a toda e qualquer relação de emprego e que é comum até mesmo nas demais relações de trabalho. Vulnerabilidade econômica é decorrente de um estado de risco ou condição pessoal do trabalhador que o faz ficar aquém do nível da subsistência. Vulnerabilidade técnica é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de conhecer e compreender a essência de seu

trabalho e o proveito que garante ao contratante. Vulnerabilidade informacional é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de obter informações precisas acerca de seu trabalho e de seus direitos. Vulnerabilidade psíquica é situação de risco decorrente de problemas psíquicos preexistentes à prestação de trabalho ou desenvolvidos durante o labor e que agravam a inferioridade contratual do trabalhador.

Por fim, a vulnerabilidade ambiental do trabalhador é inferioridade contratual alargada em razão da menor possibilidade que o trabalhador tem de se proteger no ambiente de trabalho. Não é razoável compreender que hipossuficiência e vulnerabilidade têm a mesma conceituação técnica (ALVES, 2019).

Tratando-se especificamente da relação jurídica de emprego é possível afirmar que todo empregado é hipossuficiente em razão de se posicionar contratualmente como tal na avença empregatícia. Sob outra ótica, todo trabalhador também é hipossuficiente em relação ao contratante de seu trabalho, o que não ocorre necessariamente com a vulnerabilidade.

A hipossuficiência exige atuação estatal no mínimo no âmbito da relação de emprego, enquanto a vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a intervenção do Estado na criação da norma heterônoma de Direito do Trabalho. A hipossuficiência exige a construção da regra trabalhista, mas não necessariamente será considerada como relevante no momento de sua interpretação ou aplicação (ALVES, 2019).

A concepção de vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a construção da norma trabalhista, mas deve ser considerada no momento da sua interpretação e aplicação. Da mesma forma é possível pensar em novos sujeitos da proteção trabalhista decorrentes do conceito juslaboral de vulnerabilidade, cabendo a ampliação da proteção laboral, para que cada vez mais trabalhadores sejam inseridos na esfera protetiva estatal, inclusive no que tange à reparação de danos extrapatrimoniais, que deve alcançar proteção não apenas aos trabalhadores empregados, mas também a todos trabalhadores tipos como vulneráveis, independente se empregados ou não.

Conforme anunciado anteriormente, em virtude da sua posição de subordinação e vulnerabilidade, o trabalhador possui direitos destinados à sua

proteção, figurando como o destinatário das normas de proteção social e razão do Direito do Trabalho.

Ainda que a vulnerabilidade do empregado esteja intimamente interligada à situação de subordinação em que este se encontra e com o poder diretivo do empregador, os principais direitos protetivos a todos trabalhadores não se encontram na lei trabalhista, sendo aplicados os direitos fundamentais específicos e inespecíficos previstos na CF/88. Lembra-se que, como ilustrado anteriormente, o empregado não se subordina em função de toda a sua atividade humana, mantendo a titularidade dos direitos e garantias fundamentais (GOLDSCHMIDT, 2019).

Em síntese, ainda que em situação de subordinação, o empregado conserva direitos que lhe socorrem como pessoa humana, e adquire a titularidade de direitos fundamentais que se aplicam unicamente no contexto do contrato de trabalho. Dentre estes direitos evidenciam-se a valoração do trabalho humano, que atua como fundamento da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa; a dignidade da pessoa humana e a justiça social, reconhecidas como pilares da estrutura econômica-social; e os direitos de personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, que como direitos fundamentais constitucionais, não podem ser afastados da relação trabalhista (LEITE, 2019). No decorrer da relação trabalhista, tais direitos podem ser violados, desde a fase pré-contratual até após o encerramento do vínculo.

Delgado (2019) aponta que na fase pré-contratual, o dano aos direitos de personalidade pode ocorrer durante o processo de seleção, entrevista e treinamento. São exemplos de posturas do contratante (empregador ou não) ou seus prepostos que lesionam direitos da personalidade nesse período a coação, o assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, e a discriminação de candidatos por motivo de sexo, religião, cor ou outro critério discriminatório não vinculado expressamente à vaga ofertada.

Para o período da execução do contrato de trabalho, a lei trabalhista prevê expressamente, no artigo 482, incisos *j* e *k*, e 483, inciso *e*, que a ofensa à honra e à imagem, seja do trabalhador, sua família ou do empregador, são causas de encerramento do vínculo. Mas estas não são as únicas circunstâncias em que se constata potenciais dano aos direitos de personalidade neste período, destacam-se

o assédio sexual e moral, revistas íntimas, discriminação no ambiente de trabalho, mora salarial e o trabalho em condição análoga à escravidão como hipóteses em que aplicável a reparação civil do dano (DELGADO, 2019).

Mesmo após o encerramento do vínculo empregatício ou da relação de trabalho e no momento da sua conclusão, pode ocorrer a violação aos direitos do trabalhador. O contratante pode causar danos aos direitos imateriais do trabalhador através do fornecimento de informações desabonatórias e inverídicas sobre o ex-empregado à possível novo empregador, inserção do ex-empregado em listas negativas ou discriminatórias que possam prejudicar o trabalhador na busca por novo emprego.

Ocorrendo dano a direitos não materiais, é possível buscar reparação através da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, uma vez que, após a EC 45/2004, a Justiça do Trabalho adquiriu competência para processar e julgar pedidos de reparação civil, passando então a utilizar-se da cláusula geral de abertura sistêmica do art. 8º da CLT para aplicar normas das esferas Civil e Constitucional, e assim garantindo ao trabalhador uma indenização relativamente satisfatória e com certo grau de isonomia quando comparada a indenizações determinadas a hipóteses exteriores à relação trabalhista.

Contudo, conforme já anunciado, o cenário da reparação civil no âmbito trabalhista foi crucialmente alterado através da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), que incluiu na CLT o Título II-A, denominado “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”, composto pelos artigos 223-A a 223-G.

A inovação legislativa possui diversos pontos controversos, criticados pela doutrina, e sob apreciação de sua constitucionalidade, a exemplo da pretensão de afastar a aplicação de norma exterior à esfera do Direito do Trabalho e a taxação da indenização através de múltiplos do último salário do ofendido. No próximo capítulo serão analisados com maior profundidade as críticas direcionadas a estes dispositivos, bem como ao final, posicionar o leitor sobre as possíveis (ou até mesmo necessárias) medidas para preservar o direito fundamental do trabalhador à reparação de danos extrapatrimoniais frente a tais normas em interpretação conforme a Constituição.

### **3. CRÍTICA À PRÉ-TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL SOB AS LENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS**

#### **3.1. ASPECTOS GERAIS DA REFORMA TRABALHISTA: À TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Considerando que o estatuto normativo originário da CLT se trata de texto com mais de setenta anos de vigência, é razoável que passasse por uma reforma ampla e consistente. Contudo, em razão do cenário social e político atinente à Reforma Trabalhista, o viés ideológico predominante ultrapassou o necessário sopesamento dos interesses das partes do contrato de trabalho, pendendo o legislador ordinário para a confirmação dos interesses dos empregadores. Tal viés ideológico também contaminou o sistema de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais proposto no Título II-A da CLT.

Conforme visto no capítulo anterior, a responsabilidade civil, em especial aquela baseada em danos de caráter extrapatrimonial, é um instituto jurídico contemporâneo que está ligado à noção de dignidade da pessoa humana e se caracteriza pela sua dinâmica e pluralidade. Tais características entregam ao operador do direito autonomia na aplicação deste instituto, de modo a moldá-lo na medida das novas necessidades e dinâmicas advindas das mudanças operadas no tecido social.

Apesar de sua finalidade aparentemente simples, qual seja, a obrigação de indenizar um dano injustamente causado e recompor o equilíbrio quebrado pelo dano, a responsabilidade civil se revela primordial na tutela dos interesses existenciais,

mormente quando inserida em um ordenamento jurídico fundado em uma constituição social, tal qual a Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse sentido, considerando que este instituto reflete os valores ético-culturais da comunidade na qual está inserida, Farias, Netto e Rosenvald (2016), defendem que a responsabilidade civil deve estar em permanente processo de abertura e reformulação, renovando-se na medida em que a própria sociedade se renova. Para tanto deve se configurar como um sistema jurídico aberto formado por princípios e regras.

Seguindo tal entendimento, as inovações trazidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) no seu Título II-A, não se coadunam com os preceitos básicos da responsabilidade civil, enfrentando críticas de doutrinadores e autoridades da justiça trabalhista brasileira. Tais críticas versam sobre a inadequação dos dispositivos, em especial a previsão de tarifação disposta no art. 223-G, com o texto constitucional.

As problemáticas que se levantam em relação ao Título II-A da CLT não se restringem à tarifação proposta, iniciando logo no primeiro artigo, cuja redação segue: “Art. 223–A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. ” (BRASIL, 2017).

Este dispositivo pretende afastar a aplicação de outras normas que disciplinem o tema da reparação de danos extrapatrimoniais. Tal pretensão se encontra em dissonância com a própria lei trabalhista, que no seu art. 8º, mesmo após a reforma, ainda prevê a aplicação do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho (VIVEIROS, 2018), e deve ser entendido dentro do contexto geral da teoria do direito, podendo e devendo ser compreendido dentro da concepção de não retrocesso dos direitos sociais.

Ainda que inexistisse a cláusula de abertura sistêmica do art. 8º da CLT, a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais possui previsões na Constituição Federal de 1988 que, por se tratar de lei de hierarquia superior a legislação trabalhista, não pode ser afastada ou ter sua aplicação limitada (VIVEIROS, 2018).

Nesse sentido, a reparação de danos extrapatrimoniais não é instituto típico do direito trabalhista, uma vez que, historicamente, integra o âmago do direito civil. Como apontado por Facchini Neto e Goldschmidt (2017), tal tema ingressou no rol de competências da justiça trabalhista apenas na Emenda Constitucional 45/2004. Portanto, não sendo a responsabilidade civil instituto originário do direito trabalhista, revela-se inadequado tratá-lo de forma isolada de suas origens.

Norteadado pelo mesmo viés de resguardo dos interesses do empregador, o art. 223-B possui a seguinte redação: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.” (BRASIL, 2017).

O primeiro trecho deste artigo é claro, incorporando o entendimento já consolidado na doutrina e nos tribunais, no sentido de integrar aos danos extrapatrimoniais todos atos ou omissões ocorridas dentro ou em função da relação de emprego, que atinjam a esfera pessoal ou existencial do lesado.

Contudo, o segundo trecho do artigo possui uma dupla interpretação. O legislador, ao utilizar a expressão “titulares exclusivos”, poderia objetivar afastar danos extrapatrimoniais reflexos ou indiretos, também conhecidos como dano por ricochete<sup>13</sup>. Goldschmidt (2019) aponta que a interpretação literal desta norma não se mostra correta, vez que injusta e em descompasso com a doutrina, sendo mais correto aplicar a norma sob a compreensão de que as pessoas atingidas pelos danos causados ao empregado são enquadradas na expressão “pessoa física” constante no dispositivo.

Os dois artigos que se seguem, a saber, 223-C e 223-D, dedicam-se a delimitar quais bens se encontram protegidos pela reparação civil.

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

---

<sup>13</sup> Conforme Tartuce (2018) o dano por ricochete, também denominado dano indireto, é aquele que atinge a pessoa de forma reflexiva, isto é, se configura no prejuízo em virtude de dano causado a outrem.

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

Ney Maranhão e Antônio Humberto de Souza Junior (2018), apontam que nestes dispositivos o legislador reformista dispôs tratamento assimétrico aos membros da relação empregatícia. Para os autores, o emprego do artigo definido na expressão “são os bens”, e o não emprego deste em “são bens”, estabelece que o rol descrito no art. 223-C é taxativo, isto é, os direitos fundamentais dos trabalhadores propensos à reparação de danos são apenas aqueles presentes na sua redação, enquanto que, os direitos dos empregadores citados no art. 223-D compreendem tão somente um menu exemplificativo.

A falta de isonomia destes dispositivos não se encontra apenas na distinção entre empregador e trabalhador, mas também distingue o tratamento oferecido a gêneros específicos destes.

No que se refere ao trabalhador, o art. 223-C da CLT explicita que suas previsões são aplicáveis aos trabalhadores-empregados, e assim, dirige a esses um patamar jurídico de proteção imaterial injustificadamente inferior a aquele destinado aos trabalhadores-não empregados. Enquanto que, ao referir-se aos direitos protegidos dos empregadores, no art. 223-D da CLT, escolhe se dirigir apenas à pessoa jurídica, o legislador criou uma assimetria no tratamento entre empregadores, a aplicação literal do dispositivo inviabiliza a proteção do segredo empresarial e do sigilo das comunicações de empregadores que sejam pessoas físicas (MARANHÃO, SOUZA JUNIOR, 2018).

Ademais, além do direito fundamental à isonomia, o dispositivo do art. 223-C viola o direito fundamental à reparação integral, dado que busca limitar os bens extrapatrimoniais juridicamente tutelados frente a relação trabalhista. Desta forma, ao menos no âmbito da literalidade da norma, a violação aos bens não listados no rol deste artigo não alcançaram indenização alguma.

Além do já exposto, com base no conteúdo constitucional, o sistema de reparação civil dos danos extrapatrimoniais, previsto no Código Civil de 2002, estabelece a indenização plena através do art. 944. Desta forma, nos danos pessoais, baseados no direito fundamental à dignidade, deve prosperar o regramento geral,

consistente na reparação integral do dano (TARTUCE, 2018).

Cabe mencionar que o dispositivo do art. 223-E, cuja redação determina que a responsabilidade pelo dano extrapatrimonial se dará na proporção da ação ou omissão, encontra-se em discordância com a previsão do art. 942 do Código Civil, o qual determina responsabilidade solidária entre os causadores do dano. Veja-se, o dispositivo incluído pela Reforma Trabalhista limita a responsabilidade do empregador em comparação à lei civilista, uma vez que pela lei geral o trabalhador vitimado poderá opor a totalidade da indenização a qualquer um dos responsáveis, enquanto que pela previsão específica da CLT terá que buscar o quinhão correspondente a proporção da ação ou omissão a cada um dos responsáveis pelo dano de forma individualizada (GOLDSCHMIDT, 2019).

Tal preceito guarda vinculação com o art. 932, III, do Código Civil, segundo o qual o empregador responde, ainda que sem culpa, pelos atos de seus empregados, no exercício do trabalho em razão dele, bem como, de atos de terceiros alheios à empresa, que se consumem no ambiente de trabalho ou em razão deste (GOLDSCHMIDT, 2019).

O Art. 223-F da CLT, assim como seus incisos, introduzem na legislação preceito não inovador de cumulação de danos de natureza extrapatrimonial e materiais. O contrário não seria possível, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio admite a possibilidade de danos imateriais com marca de independência em relação aos danos materiais. Tal independência já era anunciada pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” (BRASIL, STJ, 1992).

Outrossim, o artigo 223-F da CLT prevê a discriminação de valores ante a cumulação de indenizações de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Assim, deixa em evidência que a composição de perdas e danos não interferem na avaliação dos danos extrapatrimoniais, revelando novamente a independência de danos de naturezas distintas.

Chegamos ao ponto central da pesquisa: o art. 223-G da CLT, que pretende nortear o julgamento de pedidos referentes à danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

Retomando-se a ideia de que a responsabilidade civil deve encontrar-se em permanente processo de abertura e reformulação, e para tanto deve estar inserida em um sistema jurídico aberto formado por princípios e regras, cabe salientar o entendimento de Canotilho (2011), para o qual que um sistema jurídico é aberto quando possui uma estrutura dialógica, ou seja, é capaz de captar as mudanças da realidade social pois as normas constitucionais deste sistema são abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

No que se refere à classificação das normas em regras e princípios, além dos critérios elencados por Canotilho (2011), já abordados nesta pesquisa, cabe destacar o pensamento de Robert Alexy (2008), para o qual regras e princípios são normas, vez que expressões básicas de dever, mas que distinguem na medida em que princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas existente.

Assim, os princípios podem ser satisfeitos em graus variáveis, enquanto que regras determinam o que é fática e juridicamente possível, não permitindo graus de satisfação.

Portando, partindo da premissa de que se aplica ao instituto da responsabilidade civil, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da reparação integral, temos que há uma certa maleabilidade que permite interpretar o instituto na esfera do direito do trabalho compatibilizando-os com os princípios trabalhistas da proteção do trabalhador, da aplicação da norma mais favorável e da vedação do retrocesso social.

Ainda, a maleabilidade da responsabilidade civil encontra-se especialmente presente na fixação do *quantum* indenizatório de danos extrapatrimoniais. Isso porque, de maneira oposta aos danos materiais, as indenizações estabelecidas em casos de danos que atinjam bens imateriais não são capazes de ressarcir o dano de modo a retornar o *status quo ante*, funcionando como um meio de compensar o lesado, abrandando o mal experimentado.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012) a dogmática jurídica oferece dois sistemas de reparação dos danos extrapatrimoniais: o sistema tarifário e o sistema aberto.

A fim de manter a autonomia do aplicador do direito, garantindo a maleabilidade do instituto aqui analisado, o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece parâmetros engessados de apuração do *quantum* indenizatório. Uniformemente, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, impõem um sistema aberto de indenização. Por isso, a tarefa judicante nesse processo deve ser marcada pela autonomia do magistrado competente, o qual possui o dever de apreciar as peculiaridades do caso concreto, definindo a indenização que considerar adequada (BELMONTE, 2021).

Destaca-se que o Código Civil dispõe no parágrafo único do art. 953 que “Se o ofendido não puder provar prejuízo material [nos casos de danos extrapatrimoniais], caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”. Nesse sentido, o magistrado, no julgamento de demanda por danos extrapatrimoniais, fixará o montante indenizatório de acordo com as circunstâncias do caso.

Dentre o vasto universo de atuação do magistrado, nota-se que certos critérios objetivos são utilizados no intento de nortear a indenização, para que atinja a extensão do dano extrapatrimonial. Esses critérios são: a) o grau de culpa ou a intensidade do dolo do causador do dano ou seu responsável; b) as condições pessoais do lesante e do lesado; c) a situação econômica do lesante e do lesado; d) a intensidade do sofrimento da vítima; e) o lucro auferido pelo lesante; f) as condições e a dimensão do dano (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021).

Contudo, a conveniência de tais critérios não é pacífica. Tepedino, Terra e Guedes (2021), apontam que o critério que considera a culpa do ofensor é contrário ao princípio da reparação integral e atribui caráter punitivo ao sistema de responsabilidade civil.

O critério que considera a situação econômica do ofensor também carrega teor punitivo, enquanto que aquele que considera a situação socioeconômica do ofendido não respeita o princípio da dignidade humana, por considerar critérios patrimoniais na reparação do dano.

Já o critério relacionado à intensidade do sofrimento do ofendido decorre da admissão de que o sentimento da vítima precisa ser avaliado para fins de estipulação

do dano moral. Noção essa questionável, já que o dano ocorre ainda que não resulte em sofrimento, em seu sentido sentimental. Por fim, o critério que considera o lucro auferido pelo agente ofensor também não se mostra coerente, pois uma vez mais atribui, de forma não adequada, caráter punitivo à responsabilidade civil.

Dos critérios descritos, Tepedino, Terra e Guedes (2021), consideram que a dimensão do dano e as condições pessoais da vítima são substanciais para a estipulação do dano extrapatrimonial, desde que considerados os princípios da reparação integral e da dignidade da pessoa humana.

Nesse condão, os autores concluem que, para a correta fixação do *quantum* indenizatório de danos de natureza não patrimonial, deve-se, inicialmente, distinguir os interesses e bens jurídicos merecedores de proteção jurídica, daqueles que, quando violados, representam meros aborrecimentos cotidianos.

Em seguida, a lesão a interesse merecedor de tutela deve ser considerada em toda sua extensão, abrangendo as consequências na esfera material e imaterial da vítima, de forma independente do juízo de gravidade da conduta do ofensor. Quando já identificado que o bem lesado possui interesse de proteção jurídica, e considerada a extensão total do dano, a tutela do interesse violado deve se dar na medida das consequências do dano na esfera pessoal do ofendido, pela violação do dever de respeito, ou seja, de não lesar (TEPEDINO; TERRA; GUERRA, 2021).

Considerando as dificuldades na fixação do *quantum* indenizatório nos casos de danos extrapatrimoniais, o STJ consolidou em sua jurisprudência uma técnica de aferição desta modalidade de dano denominada sistema bifásico. Neste sistema estão presentes todos os elementos inerentes ao direito de ser indenizado, isso é, os elementos da responsabilidade civil (conduta, culpa em *lato sensu*, nexa causal e dano) e a liquidação do dano, que ocorrerá em duas etapas.

Na primeira fase, é fixado um valor básico de indenização de acordo com o interesse jurídico lesado, em conformidade com a jurisprudência consolidada. Na segunda fase ocorre a fixação definitiva da indenização, de acordo com as circunstâncias particulares do caso concreto, como a gravidade do fato, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima e a condição econômica das partes (TARTUCE, 2018).

Através do método bifásico, na segunda fase, o juiz possui liberdade na análise das particularidades do caso concreto, bem como prestigia os elementos objetivos, como o bem jurídico lesado e as balizas jurisprudenciais aplicadas a ofensas semelhantes, na primeira fase.

Destaca-se que o sistema aberto de quantificação de indenização por danos extrapatrimoniais vinha sendo adotado na justiça do trabalho antes da entrada em vigor da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e da inclusão na CLT de um título próprio acerca dos danos extrapatrimoniais, como se denota da ementa do seguinte julgado do TST:

ACIDENTE DE TRAJETO. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MODICIDADE. REARBITRAMENTO PARA MONTANTE QUE SE CONSIDERA MAIS ADEQUADO. Não há na legislação pátria delineamento do montante a ser fixado a título de indenização por danos morais. Caberá ao Juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. De todo modo, é oportuno dizer que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas Instâncias Ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos. Na hipótese, considerando as premissas fáticas explicitadas no acórdão recorrido, tais como o dano (lesão no tornozelo esquerdo, necessidade de realizar várias sessões de fisioterapia e o tempo de afastamento do trabalho recebendo auxílio doença acidentário - de 06/01/2014 à 16/03/2014); o nexa causal; o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica; o não enriquecimento indevido do ofendido e o caráter pedagógico da medida; o tempo de prestação de serviços perante as Reclamadas; entende-se que o valor fixado pelo TRT a título de indenização por danos morais mostra-se módico, devendo, portanto, ser majorado para montante que se considera mais adequado para reparar os danos morais sofridos pelo Obreiro. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto. (RR-11785-73.2015.5.15.0071, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 16/04/2021).

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro adotar o sistema aberto de quantificação de indenização por danos extrapatrimoniais, o intento de fixar parâmetros objetivos para a quantificação da indenização jamais adentrou o universo do esquecimento, encontrando motivações, principalmente, na segurança jurídica do instituto da reparação civil.

Não são raras as legislações que buscam implementar o denominado sistema

tarifário, por intermédio do qual as indenizações possuem valores predeterminados, cabendo ao juiz apenas aplica-los ao caso concreto, sem exceder ao limite de valor estabelecido para cada situação.

Conforme já abordado no capítulo dois desta pesquisa, a Lei nº 5.250/67, denominada como Lei de Imprensa, criada durante o regime militar brasileiro, em seus artigos 51 e 52, determinava, aos magistrados, limitações à estipulação de danos extrapatrimoniais, na ocasião denominados como danos morais, decorrentes de ofensas à intimidade, vida privada, honra e imagem, quando praticadas por jornalistas, através de parâmetros quantitativos, conforme se depreende da norma já analisada no capítulo 2.2 deste trabalho.

Em 2007, o STJ declarou que a indenização por dano moral não se sujeita à tarifação estabelecida na referida lei. Esse entendimento foi ratificado pelo STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/2009, onde o colegiado estabeleceu que toda tentativa de tarifação à reparação de danos de caráter não patrimonial, realizada em lei ordinária, padece de inconstitucionalidade, uma vez que ofende o disposto no art. 5º, V e X da Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, denota-se que, a tentativa de prefixar o *quantum* indenizatório de danos extrapatrimoniais não encontra guarida dentro de um Estado Democrático de Direito, uma vez que busca entregar tratamento equivalente às lesões essencialmente desiguais, indo de encontro à persecução do direito à igualdade, e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Recentemente, através da Lei nº 13.467/2017, que alterou a CLT, o ordenamento jurídico trabalhista passou a conter uma tabela de indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes de relações empregatícias, bem como critérios objetivos que devem ser utilizados pelo magistrado na análise destes pedidos. Conforme redação do art. 223-G da CLT:

**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; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

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

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

O Deputado Rogério Marinho, em relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto que originou a reforma trabalhista, da qual o deputado foi relator, defendeu as alterações trazidas à matéria em estudo, afirmando que a inserção dos dispositivos que regulamentam o dano extrapatrimonial na CLT evitaria decisões díspares para situações assemelhadas. O deputado apontou, à época, que não é raro observar a fixação de indenizações desiguais para lesões semelhantes em vítimas diferentes, sendo comum indenizações que desconsiderem a capacidade econômica do ofensor, seja ele empregado ou empregador (COMISSÃO ESPECIAL, 2017).

Em contraponto aos argumentos de defesa trazidos pelo relator da reforma trabalhista, no mesmo texto, Peixoto (2017), entende que as disposições da *novatio legis* prejudicam o julgamento dos aplicadores do direito, uma vez que: “[...] prevê limitações às decisões da Justiça do Trabalho que não encontram paralelo nos outros ramos do Poder Judiciário, o que se mostra preocupante tanto do ponto de vista do direito dos trabalhadores à integral reparação dos danos sofridos quanto da integral prestação jurisdicional, expressamente assegurada no artigo 5º da CF/88” (PEIXOTO, 2017, p. 114).

Nas relações laborais, a falta de critérios objetivos para a fixação do dano moral sempre foi uma questão bastante debatida, recorrendo-se ao Direito Civil para o seu

arbitramento, que não contêm critérios a serem observados pelo aplicador da lei na dosimetria da indenização. Nesse sentido, GOLDSCHIMIDT, *In LISBÔA, MUNHOZ, José Lucio (org.)* (2019), aponta que, ao menos em uma primeira análise, o caput do art. 223-G, bem como os incisos que o seguem, demonstram-se pertinentes.

Em análise mais contida, constata-se que a inovação deste dispositivo se encontra nas circunstâncias consideradas como atenuantes; isso é, capazes de diminuir ou abater o *quantum* indenizatório. São elas: a ocorrência de retratação espontânea, o esforço para minimizar a ofensa e o perdão, tácito ou expresso (FACCHINI NETO; GOLDSCHIMIDT, 2017).

A aparente pertinência do *caput* do artigo analisado não se estende aos parágrafos, uma vez que estes se dedicam a tabelar a indenização devida por danos extrapatrimoniais.

O primeiro ponto a ser analisado no parágrafo primeiro do art. 223-G é a determinação de não cumulação de indenizações por danos extrapatrimoniais distintos oriundos de um mesmo ato lesivo. A título exemplificativo, pode-se citar acidentes de trabalho que maculem a integridade física do trabalhador, gerando danos morais, pelo abalo psicológico, estéticos e existenciais.

Delgado (2017), em entendimento a qual nos filiamos, aponta que a vedação de cumulação de danos extrapatrimoniais gerados por um único ato lesivo é verdadeiro retrocesso no reconhecimento dos direitos trabalhistas, uma vez que, até a vigência da Lei n. 13.647/2017, o trabalhador poderia pleitear indenização por todos os danos sofridos, de forma a obter indenizações correspondentes a extensão de cada dano.

O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos. Segundo a nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana (DELGADO, 2017, p. 145).

A vedação de cumulação de indenizações por danos extrapatrimoniais viola a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prevê: “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. ” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, entende-se que tal vedação viola o acesso à justiça. Ao vedar a acumulação de indenizações, institui-se uma indenização compressiva<sup>14</sup> para reparar vários danos, contrariando a jurisprudência trabalhista consolidada, com efeito, cita-se a Súmula n. 91 do TST, que considera nula cláusula contratual que fixa previamente importância pecuniária ou porcentagem para atender de forma única vários direitos do trabalhador (OLIVEIRA, 2017).

Além da vedação de cumulação, o artigo em análise inova ao disciplinar verdadeira tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes do contrato de trabalho.

Esse entendimento inclusive já foi adotado pelo STF, como mencionado anteriormente neste estudo, no julgamento da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. Na ADPF 130/DF, a Corte em questão declarou que a referida legislação não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta não permite que a lei estabeleça previamente valor tarifado dos danos morais.

No caso específico da tarifação trabalhista trazida pelo §1º do artigo 223-G, introduzido na CLT em 2017, não se pode olvidar que tal disposição fere o princípio da reparação integral, previsto genericamente no art. 5º, incisos V e X, onde são garantidos o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, a indenização em favor da vítima de dano e a inviolabilidade dos bens imateriais, como honra, imagem e intimidade.

A Constituição Federal também expressa a aplicação direta deste princípio nas relações trabalhistas, através do inciso XXVIII do art. 7º, que assegura a indenização por acidente de trabalho cumulada com possível seguro disponibilizado pelo empregador.

O princípio da reparação integral, como visto no tópico 2.2 deste trabalho, advém da necessidade de reestabelecer o equilíbrio jurídico-econômico que havia antes da aferição do dano, de forma a buscar a justiça (CAVALIERI FILHO, 2012).

---

<sup>14</sup> Entende-se por indenização compressiva aquela que se destina a compensar diversos danos em pagamento único, sem que sejam discriminadas as diferentes parcelas relacionadas aos danos de forma específica.

Nesse sentido, ao limitar o montante indenizatório, seja através dos patamares de tarifação, seja pela vedação da cumulação de pedidos de reparação de danos extrapatrimoniais, o legislador afasta a possibilidade de reparação real, esvaziando, assim, o sentido da indenização e provocando o enriquecimento ilícito do empregador através do dano gerado na esfera imaterial do empregado.

Farias, Netto e Rosenvald (2019) salientam que uma reparação parcial não cumpre com nenhum dos objetivos da indenização, isso é, ao impossibilitar ou dificultar a obtenção de indenização na medida mais próxima quanto possível do dano, descumprem-se os objetivos de sancionar, reparar e precaver, conforme exposto anteriormente neste trabalho

O dispositivo em análise inibe especialmente o objetivo de precaução do instituto da responsabilidade, vez que torna previsível o valor da indenização. Gonçalves (2019) explica que sabendo com antecedência a quantia máxima a ser paga o autor do ato lesivo pode concluir que praticar a lesão é mais vantajoso financeiramente que não a praticar. Neste cenário, o empregador poderá escolher a inobservância dos limites de seu poder patronal, desrespeitando os direitos fundamentais de seus empregados, por saber que os lucros oriundos de tal posicionamento superaram o valor a ser pago em possíveis indenizações.

Os diversos dispositivos do Título II-A, especialmente exposto no §1º do art. 223-G, entregam ao trabalhador um sistema de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais diferente daquele disponível aos demais papéis sociais. Nesse sentido, considerando o tratamento legal diferenciado de forma injustificada, faz-se necessário analisar tal previsão sob a ótica dos direitos fundamentais, em especial da isonomia. Esta análise gera diversos pontos de debate, os quais serão tratados no próximo capítulo.

### 3.2. CASO BRUMADINHO E O PRINCIPIO DA ISONOMIA APLICADO AO DIREITO DO TRABALHO

Pelo exposto até este momento é inevitável observar a incompatibilidade do

regime de reparação civil dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela da Reforma Trabalhista, Lei n.13467/2017, com a totalidade do ordenamento jurídico. Tal incompatibilidade, que pode ser indicada como inconstitucionalidade, verifica-se especialmente, no que se refere ao art. 223-G, quando se consideram os direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental a isonomia.

Relembra-se que, apesar de direitos fundamentais não serem um sinônimo de direitos humanos, como indicado por Sarlet (2009), todo direito tido como fundamental em um ordenamento jurídico é expressão de um direito humano, por ter como seu titular o ser humano de forma inespecífica. Por esta razão, os valores estabelecidos através dos direitos fundamentais ocupam o papel central do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito (MENDES, BRANCO, 2017).

Na Constituição Federal de 1988, o poder constituinte elegeu a dignidade humana como justificativa dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012), sendo pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito brasileiro e valor supremo de toda a ordem jurídica e social, e assim, inerente a todo cidadão. Nesse sentido segue a previsão da isonomia, como direito fundamental, princípio orientador do Estado Social de Direito, e corolário da dignidade, vez que reconhecidos todos os cidadãos como dignos, faz-se necessário garantir tratamento jurídico isonômico.

Sob esta ótica, o sistema de reparação de danos extrapatrimoniais introduzido pela reforma trabalhista desrespeita as bases do ordenamento constitucional, dado que entrega ao trabalhador uma proteção reduzida de sua dignidade. Isto se verifica na medida em a aplicação deste sistema entrega aos trabalhadores submetidos às normas da CLT uma posição de proteção jurídica inferior aos demais sujeitos sociais, ofendendo, desta forma, o direito fundamental de isonomia.

A fim de elucidar a forma como a aplicação literal deste dispositivo gera distorções na solução justa dos conflitos, distanciando o direito fundamental à isonomia, apresenta-se a seguinte situação hipotética, ambientada no desastre nacional ocorrido em Brumadinho, em janeiro de 2019:

Na ocasião a Barragem B 1, Mina de Feijão, de responsabilidade da empresa Vale S.A., rompeu, despejando aproximadamente 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro. O colapso da barragem resultou no soterramento de

centenas de pessoas. Ainda hoje não se sabe o total das vítimas (KOKKE, 2019).

Considere-se quatro vítimas hipotéticas: **“A”**, um auxiliar de serviços gerais, empregado da Vale S.A., com renda contratual de R\$998,00 (novecentos e noventa e oito reais), equivalente a um salário mínimo da época; **“B”**, um engenheiro, empregado da Vale S.A., com renda contratual de R\$6.996,00 (seis mil, novecentos e noventa e seis reais), equivalente a sete salários mínimos da época; **“C”**, um morador ribeirinho, que passava pelo local, com ganhos mensais variáveis e inferiores a um salário mínimo, que vive com seus pais e é responsável pelo sustento do núcleo familiar.

Neste exemplo, as duas primeiras vítimas são empregados da empresa responsável pela barragem, e são submetidas as regras de reparação civil por danos extrapatrimoniais da CLT, e o terceiro não possuía qualquer relação de trabalho com a empresa, e por isso submetido apenas às regras do Código Civil.

Imagine-se, também, dois cenários. No primeiro, essas vítimas foram atingidas pelos destroços mas sobreviveram, sofrendo com danos proporcionalmente iguais.

**“A”** e **“B”** em tese terão seus pedidos de indenização baseados na disciplina da CLT, com os dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista de 2017, logo, a responsabilização da empresa dependerá da comprovação da ação ou omissão, da culpa ou dolo do empregador, bem como do nexo de causalidade e do dano. Nesse sentido, a indenização dependerá da prova da culpa do empregador, que poderá alegar caso fortuito.

Além disso, todos os danos extrapatrimoniais destas vítimas, sejam eles existenciais, estéticos, morais, dentre outros, deverão ser computados em uma única indenização, mediante a vedação de cumulação prevista no art. 223-G. §1º. Assim, se os danos a essas vítimas forem considerados de grau máximo suas indenizações corresponderão à cinquenta vezes seus salários contratuais, isso é, **“A”** receberia R\$49.900,00 (quarenta e nove mil e novecentos reais), e **“B”** R\$349.800,00 (trezentos e quarenta e nove mil e oitocentos reais).

Já no caso de **“C”**, sem nenhum vínculo empregatício com a Vale S.A. terá seu pedido de indenização por dano extrapatrimonial regida pela responsabilidade objetiva

extracontratual, isso pois a exploração de metais se trata de atividade naturalmente de risco, desta forma a obrigação de reparar o dano baseia-se no dever do empreendedor de promover segurança em seus empreendimentos, previsto no art. 927 do CC. Nesse caso deverá ser verificado apenas a presença do nexo de causalidade, o dano, o grau da lesão e os efeitos. Então “C” poderá requerer, em tese, danos morais e estéticos. Tais danos não possuem um patamar pré-fixado, e seu montante deve ser calculado considerando-se a extensão do dano, seguindo-se um critério de razoabilidade de forma evitar que o valor seja irrisório ou excessivo. Tomando por base o entendimento do STJ no julgamento do Resp. N. 1.011.437-RJ<sup>15</sup>, pode-se considerar como valor razoável para uma lesão gravíssima R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) a título de danos morais e R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais) para a reparação do dano estético. Desta forma, as indenizações percebidas por esta vítima poderão somar R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Na segunda hipótese, as vítimas foram atingidas pelo desabamento, não

---

<sup>15</sup> DIREITO CIVIL. DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. RAPAZ DE 19 ANOS QUE, NA VARANDA DE UMA BOATE, AO SE DEBRUÇAR PARA BRINCAR COM UM AMIGO QUE SE ENCONTRAVA NA RUA, INADVERTIDAMENTE TOCA EM TRANSFORMADOR DE ALTA TENSÃO MAL INSTALADO EM POSTE VIZINHO. CHOQUE ELÉTRICO DE ALTA INTENSIDADE, DO QUAL DECORRE QUEIMADURA EM TRINTA POR CENTO DE SEU CORPO, ALÉM DA AMPUTAÇÃO DE SEU BRAÇO DIREITO E PERDA DA GENITÁLIA. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DA BOATE, DA COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA E DO PROPRIETÁRIO DO TRANSFORMADOR MAL INSTALADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM FACE DOS TRÊS RÉUS. - Não se acolhe o pedido de reconhecimento de ofensa ao art. 535 do CPC na hipótese em que o recurso especial não demonstra, claramente, em que ponto se deu a violação desse dispositivo legal. Súmula n. 284-STF. - Não existe ilegalidade ou cerceamento de defesa na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessário o ingresso na fase de instrução processual. Revisão da matéria que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. - A apuração da participação de cada um dos réus no acidente “sub judice” foi promovida pelo Tribunal com base no substrato fático-probatório do processo, de modo que sua revisão esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. - É possível a cumulação de dano estético e dano moral. Precedentes. - Para admissão de recurso especial com base em divergência jurisprudencial, é imprescindível que se faça o confronto analítico entre os julgados divergentes, o que não ocorreu na hipótese “sub judice”. - Na esteira de precedente da 3ª Turma do STJ, a dor decorrente da perda de um ente querido diferencia-se da dor sofrida pela própria vítima de um acidente grave. Não é desarrazoado dizer que uma pessoa que carrega sequelas graves, pelo resto de sua vida, como é o caso da perda de um braço e da genitália, para um jovem de 19 anos, sofre abalo maior que a pessoa que perde um ente querido. Os precedentes do STJ que limitam a indenização por dano moral nas hipóteses de morte não justificam a limitação de indenizações para reparar eventos tão graves como os que estão discutidos neste processo. SÚMULAS - PRECEDENTES RSSTJ, a. 7, (35): 331-462, maio 2013 453 - **Não é exagerada a indenização de R\$ 400.000,00 para reparação do dano estético, mais R\$ 800.000,00 para reparação do dano moral**, na hipótese em que a vítima, com apenas 19 anos de idade, sofre queimaduras de terceiro grau em 30% de seu corpo, mais a amputação do braço direito e da genitália, em acidente que poderia ser perfeitamente evitável caso qualquer um dos três réus tivesse agido de maneira prudente. Recursos especiais não conhecidos. (grifos nosso) (STJ – Resp.: 1011437 RJ 2007/0122194-4, Relator Ministra Nancy Andrighi, Data do julgamento 24/06/2008, Terceira Turma, Data da publicação – Dje 05/08/2008)

sobrevivendo ao desastre.

Os familiares de “A” e “B” nada receberão, pela aplicação literal do art. 223-B, que determina como titulares exclusivos direito à reparação a pessoa física ou jurídica atingida por dano oriundo de ação ou omissão.

Os familiares de “C”, se considerados os precedentes mais baixos, receberão R\$99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais), 100 salários mínimos da época para cada familiar (STJ, Resp. 792416 SP 2005/0178291-5<sup>16</sup>).

Os exemplos hipotéticos citados acima, revelam a discrepância existente na tarifação de danos extrapatrimoniais trazida pela reforma trabalhista, vez que distingue injustificadamente os trabalhadores entre si e entre os demais papéis sociais, ao impor limites máximos como indenização a ser fixado pelo juiz e vincula a reparação de danos ao salário contratual do ofendido, violando assim princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

As vítimas reais do desastre de Brumadinho seguem lutando na Justiça Trabalhista por indenizações justas. A empresa Vale S.A., responsável pela barragem que originou o desastre, afirma ter concedido uma compensação imediata de R\$100.000,00 (cem mil reais) para cada família com entes mortos ou desaparecidos

No início de junho de 2021, a 5ª Vara do Tribunal do Trabalho condenou a mineradora a pagar indenização de R\$1 milhão para cada um dos 131 trabalhadores diretos da Vale S.A. mortos no acidente, em ação promovida pelo Sindicato Metabase

---

<sup>16</sup> ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – ACIDENTE FERROVIÁRIO – QUEDA DE PASSAGEIRO DO TREM QUE CULMINOU COM SUA MORTE – VALOR DA INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO VIOLADO – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: SÚMULA 284/STF – TESES NÃO PREQUESTIONADAS: SÚMULA 282/STF – CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA – NECESSIDADE DE EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7/STJ. 1. Considera-se deficiente a fundamentação quando o recurso especial suscita tese a ser apreciada pelo STJ mas deixa de indicar o dispositivo legal violado ou o dissídio jurisprudencial correspondente (Súmula 284/STF). 2. Aplica-se o enunciado da Súmula 282/STF quanto às teses não prequestionadas. 3. Incide o óbice da Súmula 7/STJ quando a constatação de ofensa à lei federal depende do reexame do contexto fático-probatório. 4. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 5. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 6. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 7. Acórdão que fixou o valor do dano moral em 400 salários mínimos (**100 salários mínimos para cada autora: companheira e três filhas**) que se mantém. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido (grifos nossos) (STJ – REsp:792416 SP 2005/0178291-5. Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de julgamento: 07/08/2007, Segunda Turma, Data de Publicação DJ 17/08/2007)

Brumadinho. O sindicato recorreu da decisão ao TRT da 3ª região, solicitando a elevação da indenização para R\$3 milhões por cada trabalhador morto no rompimento da barragem, alegando ser um valor razoável em comparação com o lucro líquido da empresa apurado no ano de 2020, R\$ 26,7 bilhões. A Vale S.A. por sua vez, recorreu solicitando a minoração do valor, por considera-lo absurdo e injustificado, e a exclusão de 21 trabalhadores mortos da ação por falta de vínculo com o sindicato (BÔAS, 2021).

A dita sentença considerou a ofensa de grau gravíssimo, e deixou de aplicar a tarifação limitadora prevista nos §§1º a 3º do art. 223-G com base na decisão do ArgInc-0011521-69.2019.5.03.0000, na qual tal dispositivo foi declarado inconstitucional. Veja-se o trecho referente a quantificação da sentença:

Passo à quantificação.

[...] No julgamento do ArgInc-0011521-69.2019.5.03.0000, processo de origem TRT-0011855-97.2018.5.03.0078 RO, o Pleno deste Regional declarou a inconstitucionalidade do disposto nos §§ 1º a 3º do art. 223-G da CLT, acrescentados pela Lei n. 13.467/17, precedente ao qual devo observância, por força do art. 15, 'e', da IN 39/2016.

Os critérios norteadores declinados nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, XI e XII do art. 223-G da CLT não foram abrangidos.

Todavia, considerado na natureza do bem ofendido e que o dano-morte decorre da própria ofensa, é impertinente pesquisa envolvendo intensidade do sofrimento ou da humilhação, possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa e o perdão, tácito ou expresso e o grau de publicidade da ofensa.

A culpa é em grau gravíssimo. [...] (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021)

Por sua vez, a decisão da Arguição de Inconstitucionalidade mencionada na sentença se baseou nos direitos fundamentais à reparação integral e à isonomia, para declarar a inconstitucionalidade dos §§1º a 3º do art. 223-G (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021).

No que se refere à reparação integral dos danos, a decisão seguiu entendimento já defendido nesta pesquisa, sob o qual a determinação de uma indenização complessiva impede a reparação adequada de todos os bens lesados, e assim fere os dispositivos do art. 5º, V da Constituição Federal (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021).

Além do dispositivo constitucional mencionado, a decisão menciona que o aglutinamento de indenizações em um único valor já era vedado pela jurisprudência trabalhista consolidada desde 1978, nesse sentido determina a Súmula 91 do TST: *“Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”*, enquanto que no direito civil o cabimento de múltiplas indenizações oriundas do mesmo ato lesivo mas referentes a bens extrapatrimoniais distintos configura entendimento pacificado expresso na Súm. 387 do STJ: *“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”* (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021).

De outra banda, quanto ao que se refere o direito fundamental à isonomia, a decisão em análise citou o jurista Ingo Wolfgang Sarlet, já prestigiado neste trabalho, segundo o qual tal direito possui íntima relação com a dignidade humana, pois o tratamento isonômico constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021).

O preceito de isonomia é anterior à Carta Magna de 1988, Alexy (2008) conceitua a igualdade como a ordem de aplicar as leis sem considerações pessoais, de modo a não impor que todos tenham as mesmas condições fáticas, pois isso mitigaria a eficácia das leis, por esvaziadas de sentido e justiça. Todavia, na Constituição Federal de 1988 a isonomia consta como direito fundamental e princípio orientador do Estado Social de Direito, sendo relacionada à justiça social.

Canotilho (2011) aponta que, como princípio, a igualdade ultrapassa a sua inequívoca dimensão subjetiva, e atinge a dimensão objetiva, sendo princípio informador de toda a ordem jurídico-constitucional. Desta forma, a isonomia deve estruturar o regime de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que se dirige ao legislador, que deve observá-la na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, e ao intérprete da lei, que deve considerá-la ao ponderar a execução das leis na situação fática.

Há evidente violação à isonomia na lei que cria uma distinção injustificada para o papel social de trabalhador frente aos demais papéis sociais. O trabalhador é digno de reparação integral e de tratamento isonômico em caso de sofrer danos extrapatrimoniais, tanto quanto qualquer outra relação jurídica ou papel social, ainda

mais quando se analisa pelo prisma dos princípios da vedação do retrocesso social e da proteção do trabalhador.

A decisão do tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no incidente de arguição de inconstitucionalidade também mencionou que a determinação de tarifação baseada no salário contratual do ofendido fere os preceitos constitucionais de igualdade previstos nos art. 3º IV e 5º, *caput* da CF/88 (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021). No mesmo sentido, a decisão defende que a dignidade humana não pode ser medida pelo rendimento financeiro do lesado:

No aspecto extrapatrimonial a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial. Diante desses fundamentos, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília em 2016, foi adotado o Enunciado 588, com o seguinte teor: "O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial." (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021)

Cabe salientar que o texto do art. 223-G foi alterado durante a vigência da MP n. 808/2017. Nos termos desta medida provisória, os patamares elencados no §1º deveriam ser multiplicados do valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Desta forma eliminava-se a distinção entre empregados com salários diferentes, ainda que mantida a diferença injustificada entre empregados e demais sujeitos sociais, v.g., consumidores, clientes e usuários de serviços. Contudo, a MP não foi convertida em lei, retornando a vigorar o texto inicial do dispositivo.

A escolha do critério do salário do contratual do ofendido como parâmetro de cômputo da indenização equipara a dignidade do trabalhador ao seu ganho financeiro, indicando que o valor social deste indivíduo é medido pelo seu ganho.

Ainda, o debate sobre a fixação do dano extrapatrimonial através do lastro financeiro auferido pelo indivíduo foi bem retratado no drama "Worth", título traduzido no Brasil para "Quanto vale?". O filme disponível na plataforma Netflix, dirigido por Sara Colangelo e protagonizado por Michael Keaton, foi lançado mundialmente em janeiro de 2020 e retrata a tarefa de administrar o fundo de compensação às vítimas do atentado às Torres Gêmeas de 11 de setembro de 2001. Tal missão foi efetivada

pelo advogado Ken Feinberg. Na trama, pautada em fatos reais, o advogado especialista em reparação de danos foi indicado pelo Governo dos Estados Unidos para administrar e distribuir a quantia total disponibilizada para indenizar às famílias das vítimas do atentado terrorista, tendo sido determinado que formulasse o modo de divisão deste valor. Ken e sua equipe concluíram que a fórmula a ser aplicada deveria considerar a renda da vítima para fixar o quinhão devido.

No decorrer do drama é retratada a luta das famílias que não concordavam com esta divisão. A fórmula apresentada por Ken entregaria à família de um executivo a quantia de US\$14 milhões, enquanto que os familiares de um faxineiro receberiam apenas US\$300 mil, estabelecendo uma espécie de tarifação dos danos conforme a renda para indenizar as vítimas do atentado.

Através da aplicação literal da tarifação estabelecida no art. 223-G, é permitido se reproduzir na legislação brasileira, casos de indenizações tão díspares quanto as retratadas no drama “Worth” ao se considerar o fator renda da vítima como critério de reparação.

Ainda, a decisão em análise citou os parâmetros elaborados por pelo jurista Celso Bandeira de Mello para auferir de forma analítica a isonomia das leis. Em sua obra, já estudada no presente trabalho, Mello (2021) propõe que todo elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser tomado por fato discriminatório, pois a justificativa do emprego de tratamento diferenciado não se encontra propriamente neste elemento, e sim no vínculo de relação lógica identificado entre este e a situação.

Através deste modelo, Mello (2021) elabora uma gama de circunstâncias que indicam que determinada norma desrespeita a isonomia. Tais circunstâncias permitem reforçar que o Título II-A da CLT não propaga isonomia.

Veja-se, a terceira circunstância mencionada por Mello (2021), o qual afirma que uma norma não se adequa à isonomia quando atribui tratamento jurídico diferenciado em atenção a fatores que não guardam pertinência lógica com a disparidade. Com base nesta circunstância, o art. 223-G apresenta critério de *discrimen* incoerente com a lógica ao determinar como coeficiente de cômputo de indenizações por danos extrapatrimoniais o último salário do ofendido. Tal critério não

guarda relação lógica com a reparação de danos, posto que a dignidade e o valor dos bens de personalidade não se alteram na medida em que se diminui o salário do indivíduo.

Com efeito, o artigo 7º, inciso XXXII, da CF, um típico direito fundamental trabalhista, estabelece expressamente: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual **ou entre os profissionais respectivos;**” (grifo nosso). Assim, nos termos da constituição, trabalhadores e complexidade do cargo são iguais em dignidade e direitos de personalidade, não podendo sofrer distinção nesse aspecto.

Logo, danos extrapatrimoniais, decorrentes da lesão de seus direitos de personalidade, não podem ser indenizados em patamares distintos, tendo por base o salário de cada qual, posto que são iguais em dignidade (como de resto preconiza do artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948), devendo receber o mesmo montante indenizatório, sem distinção, até porque é isso que preconiza do preceito constitucional em tela.

De outra banda, a quarta circunstância elencada por Mello (2021) indica que a norma não é isonômica quando contraria interesses prestigiados constitucionalmente.

Pelo exposto, neste título e no decorrer do estudo, constata-se que as previsões do artigo 223-G, §1º da CLT não condizem com a valoração social do trabalho, com a dignidade da pessoa humana e com a reparação integral dos danos, pois entrega ao trabalhador uma minoração de sua capacidade postulatória e de sua possibilidade de indenização, e assim, desconsidera o obreiro como detentor de dignidade, ao menos a dignidade oferecida aos demais sujeitos sociais, v.g., consumidor, usuários de serviços, profissionais autônomos, etc., desprestigiando injustificadamente os direitos de personalidade do trabalhador.

Em verdade, os efeitos do regime proposto na norma trabalhista para reparação dos danos extrapatrimoniais culminam em indenizações menores em comparação às entregues a membros sociais não submetidos a esta norma, conforme indicado no exemplo do tópico anterior. Deste modo, a aplicação dos dispositivos previstos no Título II-A da CLT produzirá desequiparação não expressamente assumida, configurando-se, assim, a quinta situação mencionada por Mello (2021).

Através dos critérios constitucionais elencados, decorrentes do regime de direitos fundamentais, todo cidadão possui o direito à indenização proporcional à ofensa, sem pré-tarifação, uma vez que é detentor de dignidade plena, e, através desta, de direitos de personalidade. A discriminação jurídica do trabalhador em comparação a outros sujeitos sociais não encontra amparo no ordenamento jurídico constitucional e, por isso, configura-se inconstitucional.

Seguindo o mesmo entendimento, referente ao modelo proposto por Mello (2021), no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, concluiu que:

Então, para que o procedimento do empregador não ofenda ao princípio constitucional da isonomia, é preciso que o fator de discriminação não atinja um só indivíduo, que as pessoas e situações que sofrem a discriminação sejam distintas, que entre o fator de discriminação e a própria discriminação há de haver um nexó lógico e, por fim, que esse nexó relacional guarde coerência com os interesses constitucionalmente protegidos, sob pena de a discriminação se revelar contrária ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade previsto no art. 5º da Constituição Federal. (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021)

O trabalhador, portanto, merece ser tratado com isonomia e com a mesma dignidade que outros papéis do ordenamento jurídico nacional, pois se os direitos fundamentais ínsitos a todo ser humano não criam ressalvas, não cabe ao legislador infraconstitucional criar tal discrimen que não guarde relação lógica com a justiça social e a dignidade humana.

Retomando-se o exposto anteriormente neste trabalho, cumpre destacar que é dever do Estado, através de todos os Órgãos Públicos, garantir a prevalência dos direitos fundamentais, em especial daqueles tidos como princípios constitucionais, a exemplo da dignidade humana, da valoração do trabalho, e da isonomia. Neste sentido, faz-se necessário averiguar a pertinência da Lei 13.467/2017 em consideração à ordem constitucional.

Tal análise pode ser efetuada através do controle difuso, indireto, através da apreciação de tais inconstitucionalidades nos casos concretos submetidos aos Juízes e Tribunais do Trabalho, a exemplo do julgamento realizado pela Justiça do Trabalho de Minas Gerais no caso do acidente de Brumadinho, já apreciado neste estudo, e também através do controle concentrado e direto de constitucionalidade, e neste

sentido, cabe mencionar a tramitação das ADIs 5870 e 6050, ajuizadas pela Associação Nacional dos Juizes do Trabalho - Anamatra; ADIS 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB; e a ADI 6082 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria - CNTI.

Considerando o viés dos direitos fundamentais abordados no transcorrer desta pesquisa e objetivando analisar o estado da arte quanto à apreciação da matéria pelas demais cortes regionais do trabalho, e, ainda, dos posicionamentos já expressos nas ações que debatem a constitucionalidade da tarifação de danos junto ao Supremo Tribunal Federal, o próximo tópico se propõe a investigar tais posicionamentos, para ao final, como resultado da pesquisa, confirmar a hipótese de inconstitucionalidade da pré-tarifação de danos extrapatrimoniais preconizado pelo artigo 223-G, parágrafos primeiro e segundo da CLT.

### 3.3. A POTENCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO AMBITO DA CLT.

Averiguou-se no decorrer deste trabalho que a legislação que trata de danos extrapatrimoniais introduzida na CLT através da Lei nº 13.467 de 2017 é questionável de múltiplas formas. Da Silva Reis (2018) indica que tal legislação, como um todo, é controversa desde a sua elaboração e aprovação, vez que, considerando a complexidade e extensão das alterações introduzidas por ela, esperava-se um debate com maior abrangência e amadurecimento através da participação social, que foi impedido pela celeridade com a qual o projeto foi aprovado.

A ausência de debate com participação popular é coerente com os movimentos sociais e econômicos que fomentaram a reforma na legislação trabalhista, os quais, conforme exposto anteriormente, buscam mitigar os direitos trabalhistas em prol do lucro.

Nesse sentido segue o sistema de reparação de danos extrapatrimoniais, marcado pela previsão emblemática de pré-tarifação estabelecida no art. 223-G, §1º. Em análise deste dispositivo, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, estudado no título anterior, o Egrégio Tribunal do TRT-3 explanou que o relator da PL

nº 6.787/2016, antecessora a Lei nº 13.467 de 2017, citou na exposição dos motivos o objetivo de limitar as indenizações por danos morais (MINAS GERAIS, TRT-3, 2021).

Assim como ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da região de Minas Gerais, outros tribunais julgaram Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade. Dentre eles o TRT-2 (São Paulo); o TRT-8 (Pará e Amapá) e o TRT-23, decidiram pela inconstitucionalidade do §1º do art.223-G da CLT, por incompatibilidade com os preceitos constitucionais de isonomia, dignidade da pessoa humana e reparação integral, conforme se denota das ementas a seguir:

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. TARIFAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS PREVISTA NOS INCISOS I A IV DO § 1º DO ART. 223-G DA CLT, INTRODUZIDO PELA LEI Nº 13.467/17. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE.** A limitação da reparação por danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), da isonomia (art. 5º, *caput* da CF/88) e da reparação integral (art. 5º, V e X e art. 7º, XXVIII, ambos da CF/88), impondo-se, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição Federal, a declaração em controle difuso e incidental de inconstitucionalidade dos incisos I a IV do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/17, por incompatibilidade material com o texto constitucional. (SÃO PAULO, TRT-2, 2021)

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCONSTITUCIONALIDADE.** O sistema de tarifação do dano moral nas relações de trabalho estabelecido no §1º, I a IV, do art. 223-G da CLT é inconstitucional ao impor limites injustificados à fixação judicial da indenização por dano moral àquele que sofreu o dano, impedindo a sua reparação integral, gerando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos princípios da isonomia e da reparação integral dos danos garantidos na Carta Magna em vigor, em patente ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88. (PARÁ E AMAPÁ, TRT-8, 2020)

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE.** É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT, por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88. (MATO GROSSO, TRT-23, 2019)

As decisões destacadas apontam no sentido dos movimentos do último século: constitucionalização do direito, superação do positivismo jurídico e protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, destacadamente dos direitos sociais, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da isonomia e da reparação integral dos danos garantidos na Carta Magna em vigor, em correta aplicação do art. 5º, V e X, da CF/88.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, situado no Rio Grande do Sul, também declarou a inconstitucionalidade do dispositivo do §1º do art. 223-G, através de declaração incidental, contudo baseou tal decisão nos artigos 5º, *caput*, e 3º, IV da Constituição Federal, indicando que a tarifação do valor da indenização com base no patamar salarial do empregado caracteriza discriminação e afronta ao direito de igualdade.

**DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 223-G da CLT.** É inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 223-G consolidado, inserido na CLT pela Lei nº 13.467/2017, já que ao preestabelecer o valor da indenização de acordo com o patamar salarial do empregado, indicando o salário contratual como único critério de arbitramento do valor da reparação, caracteriza inegável discriminação e afronta o direito à igualdade ao tratar desigualmente trabalhadores. Violação aos artigos 5º, *caput*, e 3º, IV, ambos da Constituição Federal de 1988, que se tem por configurada. (RIO GRANDE DO SUL, TRT-12, 2020a).

Na prática, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul observa o dispositivo do art. 223-G como mera orientação aplicando a consideração do caso concreto, sob a análise do princípio de equidade e razoabilidade, de modo a garantir que a quantia seja coerente com as funções da reparação de danos (ressarcitória, dissuasiva e exemplar). No entendimento do referido tribunal, a indenização deve ser tal que ressarça, ou compense, o lesado na medida dos danos, ao mesmo passo que possua valor hábil a conscientizar o empregador e inibir novas ocorrências lesivas, conforme os seguintes arestos que exemplificam tal posicionamento:

**DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO.** Considerando o cargo exercido pela reclamante ("Palmilhadeira"), a prova do rol de atividades que lhe competiam, a ausência de controvérsia quanto à ocorrência de doença laboral equiparada a acidente (fato que ensejou o primeiro afastamento da empregada das suas atividades laborais, mediante o recebimento de auxílio previdenciário espécie 91, no período de 20.04.2015 a 31.07.2015), os critérios balizadores da indenização por danos extrapatrimoniais, **exemplificativamente arrolados no art. 223-G**

da CLT, os bens tutelados (a integridade física e a saúde da trabalhadora), a prova de que a reclamante sofreu de Síndrome do Túnel do Carpo no punho direito, doença para o agravamento da qual o trabalho desenvolvido em favor da ré contribuiu de forma leve, configurando a natureza ocupacional da moléstia por nexo de concausalidade; que a patologia implicou a necessidade de realização de procedimento cirúrgico, com afastamento temporário da autora de suas atividades laborais (já ocorrido); que a responsabilidade da ré está assentada em culpa, bem como a condição econômica das partes, tenho por razoável **o valor fixado na origem a título de indenização por danos morais (R\$ 5.000,00), que é inclusive o parâmetro adotado por esta Turma relativamente a casos semelhantes.** (Grifos nosso) (RIO GRANDE DO SUL, TRT-4, 2021b)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. ARBITRAMENTO. Para o arbitramento da indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho, o **Julgador tem liberdade para apreciar as circunstâncias do caso e fixar a condenação pautado pelos princípios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade**, de acordo com as suas percepções e sensibilidade. (Grifos nossos) (RIO GRANDE DO SUL, TRT-4, 2021c)

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM. **Para a fixação do quantum indenizatório, impende observar possuir a indenização por dano moral função ressarcitória/indenizatória - responsabilidade civil - mas também caráter dissuasivo e exemplar.** Assim, o valor fixado à indenização por dano moral deve se prestar a compensar aquele que suportou ou suporta as consequências do dano, bem como servir de fator inibidor de novas ocorrências lesivas, pela adoção de processos mais seguros no âmbito do ambiente de trabalho. O valor deve ser hábil a fazer o empregador conscientizar-se de que se impõe a adoção de medidas preventivas de possíveis lesões aos empregados. **Sopesadas as particularidades do caso concreto, necessária a majoração do valor estabelecido na Origem.** Apelo do autor provido (grifos nossos) (RIO GRANDE DO SUL, TRT-4, 2020b)

De outra banda, com relação ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT-12), correspondente ao estado de Santa Catarina, pelas pesquisas realizadas não se encontrou julgamento acerca da inconstitucionalidade do §1º do art. 223-G da CLT. Inicialmente o TRT-12 aplicou a regra da não retroatividade da norma jurídica, desta forma os dispositivos da Lei n.13.467/17 não se aplicam na análise jurisdicional de eventos danosos que tenham ocorrido antes de sua vigência:

DANO EXTRAPATRIMONIAL. INDENIZAÇÃO. PARÂMETROS. DEFINIÇÃO. DATA DO ATO ILÍCITO. **INAPLICABILIDADE RETROATIVA DO ART. 223-G DA CLT (LEI N. 13.467/2017).** O direito à reparação, de natureza material, se constitui no momento do ato ilícito, inclusive os parâmetros que definem a indenização pretendida. **Por isso, as disposições da Lei nº 13.467/17 - e, por consequência, o art. 223-G introduzido por ela na CLT - regem apenas os direitos adquiridos a partir da sua vigência. Princípio da irretroatividade da norma jurídica.** (Grifos nossos) (SANTA CATARINA, TRT12, 2021a)

Contudo, no que se refere a análise dos pedidos de danos extrapatrimoniais referentes a fatos danosos ocorridos na vigência da Lei n. 13.467/17 não há consenso neste tribunal. Majoritariamente o Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina aplica a análise dos graus de ofensa estabelecidos no primeiro parágrafo do art. 223-G da CLT, ainda que o valor fixado ao final não corresponda ao cômputo indicado, qual seja a multiplicação dos parâmetros pelo último salário ofendido.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSÉDIO FUNCIONAL; **LEI Nº 13.467/17. ART.223-G e § 1º DA CLT, APLICÁVEIS À ESPÉCIE. GRAU LEVE. DECISÃO DE 1º GRAU MANTIDA.** O instituto da responsabilidade civil, vocacionado pelo princípio da reparação do dano, ao ser integrado à Consolidação das Leis do Trabalho, pelas inovações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 fixou, quanto à lesão extrapatrimonial, os parâmetros a serem observados pelo intérprete diante da aludida figura jurídica, e o fez de forma exaustiva no elenco do art. 223-G da CLT. **Por conseguinte, diante da configuração da ofensa moral, sua natureza define o grau e o respectivo "quantum" indenizatório.** Percuciente e adequado o enquadramento feito pela magistrada ao caracterizar o assédio funcional de menor gravidade. Decisão mantida. (Grifos nossos) (SANTA CATARINA. TRT-12. 2019)

No julgamento acima mencionado o valor final da indenização foi fixado em R\$5.000,00 (cinco mil reais), sendo confirmado o julgamento de origem, sem que houvesse menção ao valor do salário da requerente. No julgado a relatora apenas referenciou que o quantum indenizatório deveria obedecer aos parâmetros impostos pelo §1º do art. 223-G da CLT, uma vez que a proposta da ação foi posterior à vigência da Lei n. 13.467/17 (SANTA CATARINA, TRT-12, 2019).

Ainda que majoritariamente o TRT-12 aplique os parâmetros limitadores do parágrafo primeiro do art. 223-G, há casos em que este tribunal se posiciona pela consideração subjetiva na ponderação do quantum indenizatório para reparação de danos extrapatrimoniais, a exemplo do julgado a seguir:

DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. Não há parâmetro objetivamente construído para a avaliação do dano de natureza extrapatrimonial.** Para a fixação do valor a ser indenizado **deve ser considerada a extensão do dano, o grau de culpa do lesante, a duração da ofensa e as condições econômicas de ambas as partes**, sem, contudo, ocasionar o enriquecimento sem causa da pessoa indenizada. Arbitrada a indenização por danos morais em importância compatível com os mencionados parâmetros, não há falar na majoração do valor. (Grifos nossos) (SANTA CATARINA. TRT-12. 2021b).

Assim como averiguado no TRT-12, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, TRT-15, também não realizou a análise direta da constitucionalidade do dispositivo em estudo, possuindo julgados controversos. Alguns acórdãos

compreendem e referem expressamente pela inconstitucionalidade, enquanto outros consideram a tarifação promovida pelo §1º art. 223-G da CLT como critério à ser atendido quando da quantificação. Veja-se os julgados a seguir:

Quanto aos limites previstos no art. 223-G, da CLT, consta expressamente do Acórdão: "Quanto ao valor condenatório, considerando a gravidade do dano (média - lesão na coluna com concausalidade moderada), a trílice finalidade da medida (punir, prevenir e reparar), os valores praticados por este E.TRT para casos semelhantes, e o salário percebido pelo reclamante (R\$ 1.793,00 conforme a inicial - fl. 2, do PDF), entendo que o valor fixado pelo juízo de origem (R\$ 30.000,00), é elevado, pelo que, **reduzo-o para R\$ 8.900,00, o que atende aos critérios estabelecidos pelo art. 223-G, caput e § 1º, incisos I a IV, da CLT** ("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")" (grifos nossos) (CAMPINAS.TRT-15. 2020)

Alega o embargante que, restou omissa o acórdão que manteve a r. sentença, no sentido de que a conferência de pertences dos empregados não constitui ofensa ao empregado e não justifica qualquer indenização, colando precedentes acerca do tema, além disso, afirma que o valor fixado a título de indenização não observou os critérios estabelecidos no artigo 223-G, da CLT. [...]. Nada há que se falar em omissão, pois o acórdão foi suficientemente claro na resolução das questões. Senão vejamos. Em primeiro lugar, como o próprio embargante reconhece, há no acórdão fundamentação expondo o entendimento desta relatoria para a manutenção da indenização por danos morais (fls. 1057/1060), inclusive mencionando expressamente acerca da não aplicação dos artigos 223-A e 223-G da CLT, por se tratar de lesão ocorrida antes da vigência desses dispositivos, acrescentados pela Lei 13.467/2017. Ainda que assim não fosse, **é inaplicável a tarifação prevista no art. 223-G, § 1º da CLT, já que referida tarifação encontra óbice na Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X), vez que afasta a reparação integral ao ofendido.** Ressalto que o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional a tarifação de danos morais prevista na Lei n.º 5250/67 (Lei de Imprensa) quando do julgamento da ADPF 130. (Grifos nosso) (CAMPINAS.TRT-15. 2021)

Portanto, no cenário da jurisdição de 1º e 2º graus nacional, o tema encontra divergência de entendimentos entre Tribunais do Trabalho, e até mesmo entre turmas do mesmo Tribunal, e ainda mais, entre os diversos juízes da jurisdição de 1º grau, razão pela qual a presente pesquisa acadêmica pretende contribuir para o debate sob o viés crítico da tarifação de danos enquanto fator que ofende entre outros princípios, o direito fundamental à isonomia.

Em âmbito federal, ainda na esfera da Justiça do Trabalho, o TST também não analisou a possível inconstitucionalidade do dispositivo em estudo, a jurisprudência

reiterada desta corte indica pela aplicação direta da tarifação presente no art. 223-G da CLT, a exemplo do julgado a seguir:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. [...] VALOR DO DANO MORAL. Para a fixação do valor da reparação por danos morais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, tal como dispõem os arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 944 do CC, de modo que as condenações impostas não impliquem mero enriquecimento ou empobrecimento sem causa das partes. Cabe ao julgador, portanto, atento às relevantes circunstâncias da causa, fixar o quantum indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade. Devem ser observados, também, o caráter punitivo, o pedagógico, o dissuasório e a capacidade econômica das partes. No caso dos autos, a delimitação do acórdão regional revela a existência de abuso do poder diretivo praticado pelos superiores e os danos morais gerados pelo quadro de assédio moral sofrido pelo reclamante no ambiente de trabalho. Conforme a jurisprudência do TST, a mudança do quantum indenizatório a título de danos morais somente é possível quando o montante fixado na origem se mostra fora dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade. Na hipótese, o Tribunal Regional observou a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor, a sua situação econômica, a vedação ao enriquecimento ilícito, o efeito pedagógico da condenação, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **ao manter a condenação no valor de três vezes o último salário contratual do ofendido (artigo 223-G, parágrafo 1º, I da CLT)**. Incólume, pois, o artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. Agravo não provido (grifo nosso) (BRASIL, TST, 2021)

Lamentavelmente, o Tribunal Superior do Trabalho com relação ao sistema de reparação de danos extrapatrimoniais trazido pela reforma trabalhista, caminha no sentido do positivismo jurídico ao invés de adotar um posicionamento mais condizente com os direitos fundamentais e de isonomia do direito do trabalho com os demais ramos do direito.

Contudo, conforme já referido anteriormente, a análise da aplicação do sistema de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais estabelecido pela Reforma Trabalhista de 2017 encontra-se em apreciação do Supremo Tribunal Federal, através das quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade já citadas e que serão melhor detalhadas a seguir:

A primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), sob a vigência da Medida Provisória 808/17 que, dentre outras coisas, alterou os parâmetros de cômputo da indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação trabalhista. Pela MP o parâmetro de cálculo, em vez de considerar o último salário do ofendido, considera o valor do limite de benefícios do Regime da Previdência Social.

Esta foi identificada como ADI 5870, e foi prejudicada pela não conversão da MP 808/17 em lei.

Contudo, relevante dizer que ainda na tramitação desta ADI, em 18 de dezembro de 2018, aportou um parecer da Procuradoria Geral da República (PGR), opinando pela procedência dos pedidos, com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do art. 233-G, bem como, por arrastamento, dos arts. 223-A e 223-C (BRASIL. STF, ADI 5870).

Na oportunidade, em sua argumentação, a PGR aduz que os direitos fundamentais de personalidade possuem previsão constitucional e internacional, através da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Humanos e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todos estes documentos de Direito Internacional, por versarem sobre direitos humanos e serem ratificados pelo Brasil, possuem ao menos *status* normativo supralegal, este confirmado pela corte do STF no RE 466.3343/SP. Considerando isto, as normas que conflitem com as disposições destes tratados não podem ser aplicadas (BRASIL. STF, ADI 5870).

Relembra, também, o parecer da PGR que o STF, no julgamento plenário do RE 580.252/MS, que tratou do direito a reparação do dano moral por presos submetidos a condições indignas de encarceramento, firmou que, em matéria de reparação de danos extrapatrimoniais, a ordem constitucional não admite regulamentação não isonômicas, que estratifiquem o indivíduo por atributos externos, pois a dignidade, objeto da tutela constitucional, é atributo inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer evento ou circunstância (BRASIL. STF, ADI 5870).

Igual raciocínio pode ser aplicado para a consideração de inconstitucionalidade do sistema de reparação de danos extrapatrimoniais introduzido na CLT através da Reforma Trabalhista, uma vez que tais normas buscam disciplinar o dano extrapatrimonial de forma a reduzir sua tutela no âmbito das relações de trabalho, e por esta razão encontra-se em dissonância com a ordem constitucional.

Além disso, o brilhante parecer da PGR também considerou o julgamento da não recepção dos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), mencionado no

segundo capítulo deste trabalho, assim como os dispositivos considerados não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 no referido julgamento, o art. 223-G limita o valor da indenização, sendo compreendido como tarificação da indenização, e pela mesma lógica aplicado aos dispositivos da Lei de Imprensa, não revestidos de constitucionalidade.

Ademais, apontou-se que a Suprema Corte Brasileira reconheceu a incompatibilidade da tarificação indenizatória com a garantia constitucional de indenizabilidade irrestrita dos danos extrapatrimoniais, prevista no art. 5º, V e X da CF/88, em diversos julgados, a exemplo do RE 447.584/RJ, onde o Relator Ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do STF afirmou ser incompatível com a Constituição de 1988 toda e qualquer limitação prévia e abstrata do valor de indenização por danos extrapatrimoniais (BRASIL. STF, ADI 5870).

Os argumentos apontados pela PGR são sólidos e revelam que de fato a adoção de um sistema tarifário de reparação de danos na esfera laboral fere não só o direito fundamental à isonomia, como diversos outros direitos fundamentais e documentos internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, ressaltando que a corte já enfrentou o tema em casos análogos, julgando pela inconstitucionalidade de tal limitação.

Também enfrentando o tema da tarificação de danos, a ANAMATRA distribuiu a ADI 6050, onde, primeiramente, foi apontado que a CLT não pode limitar o Poder Judiciário no que se refere a quantificação do dano, uma vez que isto significa limitar a própria jurisdição (BRASIL, STF, ADI 6050) e, acertadamente relembrou o julgamento da recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, ressaltando que a Corte, na oportunidade, entendeu que a Constituição conferiu tratamento especial ao dano extrapatrimonial, e sendo assim, não admite tarificação (BRASIL, STF, ADI 6050).

Outro ponto trazido na inicial da ANAMATRA na ADI 6050 foi a violação ao princípio da isonomia, na medida em que o dispositivo do art. 223-G da CLT adota o critério do último salário do ofendido para o computo da indenização. Deste modo, o trabalhador terá seu direito a indenização ampla restringido por critério não isonômico (BRASIL, STF, ADI 6050), questão já debatida neste trabalho e que se funda em uma

das principais críticas norteadoras desta pesquisa.

Ainda, no caso de a Corte não reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro e dos incisos I a IV do artigo 223-G da CLT, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho requereu que fosse concedido ao artigo em debate interpretação meramente orientativa. Na hipótese de não reconhecimento da inconstitucionalidade da tarifação, esta deve ser utilizada apenas como valores básicos, para que, a partir deles, o Magistrado arbitre conforme entendimento justificado, sendo, então, afastado o caráter de limite indenizatório (BRASIL, STF, ADI 6050).

A alternativa apresentada seria mais branda do que a integral declaração de inconstitucionalidade, mas veja-se com reservas tal possibilidade, pois ainda que orientativa, causaria efeitos limitadores indiretos junto ao julgador, que ao julgar em desconformidade com os parâmetros pré-estabelecidos deveria fazer um esforço hermenêutico adicional para justificar a razão pela qual não julgou como orientado pela lei.

Ainda sobre o controle direito de constitucionalidade da tarifação de danos trabalhista, cumpre dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, impugnando de forma expressa os artigos 233-A e 233-G da CLT, identificada como ADI 6069. Na sua inicial, a OAB explanou sobre a necessidade de conferir à parte hipossuficiente as condições mais benéficas e interpretações mais favoráveis, neste sentido, os dispositivos impugnados não conferem tratamento adequado, uma vez que trazem um imenso prejuízo ao trabalhador e suscitam a violação da reparação integral, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana (BRASIL, STF, ADI 6069).

Como fundamentação de seu pedido, a OAB, também, lembrou o enunciado sumular 281 do STJ, o qual determina a não submissão do dano moral à tarifação prevista na Lei de Imprensa, e o Enunciado 550 da VI Jornada de Direito Civil, que prevê que a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve se sujeitar a tabelamento ou valores fixos (BRASIL, STF, ADI 6069).

Outrossim, apontou o desrespeito ao princípio da isonomia, lembrando o acidente acontecido em Brumadinho, tratado no título anterior deste trabalho. A OAB

sustentou que a sujeição dos trabalhadores à justiça especializada, com a consideração da limitação imposto pelo art. 223-G, confere tratamento prejudicial em face daqueles que pleiteiam indenizações na justiça comum (BRASIL, STF, ADI 6069).

Registra-se que o presente estudo se filia ao entendimento da OAB, que sustentou ainda a limitação da independência do magistrado do ponto de vista do livre convencimento, e a maculação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da proteção do trabalho e da vedação do retrocesso social (BRASIL, STF, ADI 6069).

Além das já citadas, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) propôs a ADI 6082. Na petição inicial, a CNTI aduz que os tribunais superiores, especialmente STJ e TST, possuem jurisprudência com parâmetros razoavelmente objetivos para a fixação de valores a título de compensação de danos extrapatrimoniais, admitindo a revisão de julgados que fixem montantes irrisórios ou exagerados, isto é, desproporcionais (BRASIL, STF, ADI 6082).

Contudo, estas jurisprudências, ao contrário dos dispositivos do art. 223-G da CLT, não recaem em inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição não admite a limitação prévia e abstrata em lei, especialmente quando em detrimento de indivíduos em situação de hipossuficiência fática (BRASIL, STF, ADI 6082).

Ademais, a CNTI rebateu o argumento de que a não tarifação teria gerado um excesso de pedidos de indenizações, denominados “indústria de dano moral”, e juntando dados presentes no Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho do INSS pretendeu comprovar que o número voluptuoso de pedidos de indenizações se justifica pelo igualmente voluptuoso número de incidentes nas relações trabalhistas (BRASIL, STF, ADI 6082).

As ações ajuizadas por entidades representativas da magistratura trabalhista, da advocacia e dos próprios trabalhadores denunciam que o legislador reformista e liberal não respeitou os limites dos direitos fundamentais, dos documentos internacionais, desconsiderou a jurisprudência constitucional acerca da matéria e em açodado processo legislativo, criou norma que cria desigualdade e configura evidente retrocesso social e violação da dignidade da pessoa humana que ostenta o papel

social de trabalhador.

Tendo vista que versam sobre a mesma matéria, as ADIs mencionadas foram apensadas, tramitando conjuntamente à ADI 5.870 e que recentemente, através de sessão virtual realizada no dia 27 de outubro de 2021, aconteceu o julgamento em plenário dos pedidos das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, sendo finalizado no pedido de vista dos autos realizado pelo Ministro Nunes Marques.

Na ocasião, o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, conhecia das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, e conferia interpretação constitucional aos artigos impugnados, nos seguintes termos:

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), que conhecia das ADI 6.050, 6.069 e 6.082 e julgava parcialmente procedentes os pedidos formulados, para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que: 1) **As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto** ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) **Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos** de fundamentação da decisão judicial. **É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G**, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade, pediu vista dos autos o Ministro Nunes Marques. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente), impedido neste julgamento. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 27.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (Grifos nossos) (BRASIL, STF, ADI 5.870).

Considerando-se uma visão crítica, o número elevado de Ações Diretas de Inconstitucionalidade exprime o cenário de insegurança jurídica impetrado pelo sistema de reparação civil dos danos extrapatrimoniais inserido na CLT pela Reforma Trabalhista.

A análise deste cenário demonstra o reforço da lógica predatória e exploratória dos interesses imediatos das grandes corporações que, quando aplicados pelos integrantes do legislativo, provocam a eliminação ou restrição de direitos trabalhistas.

Goldschmidt (2016), em brilhante posicionamento a qual nos filiamos, indica que o direito do trabalho passa por uma crise sem precedentes, e por essa razão, faz-se necessário reafirmar que por detrás do conflito entre capital, movido pela iniciativa privada, e o trabalho em condições dignas está o ser humano, cuja dignidade deve

ser protegida pelas normas jurídicas.

Nesse viés, por todo, inviável e inconstitucional a aplicação direta dos dispositivos do art. 223-A a 223-G da CLT.

#### 4. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais possuem um histórico envolto por lutas sociais, sendo reconhecidos gradativamente, através de um infindável processo de maturação histórica. Nesse viés, os direitos fundamentais não são um núcleo uno e imutável, em verdade correspondem aos anseios sociais mutáveis de cada era. O seu desenvolvimento encontra-se atrelado ao processo de constitucionalização dos Estados, vez que as constituições guardam em seu texto um papel de centralidade para tais direitos.

Nessa linha, a Constituição Federal Brasileira de 1988 acolhe uma gama de direitos humanos fundamentais na condição de cláusulas pétreas, destacando a dignidade humana como alicerce normativo e essência do Estado Democrático de Direito Brasileiro, de forma a promover o respeito ao ser humano como um fim em si mesmo.

Conforme apontado no decorrer do presente trabalho, o atual conceito jurídico de dignidade inibe que esta seja mensurada de forma outra que não igualitária, isto é, não há respeito à dignidade humana quando um indivíduo é compreendido como mais digno que outro. Sob esta ótica, o texto constitucional brasileiro alça a condição de direito fundamental e cláusula pétrea o direito à isonomia, corolário da dignidade.

Compreende-se por isonomia o direito inerente a todo indivíduo de receber tratamento equivalente à sua condição fática em relação à de outros, isto é, ser tratado igualmente àqueles com que se iguala, e desigualmente àqueles com que se desiguala na medida de sua desigualdade.

Além da previsão geral de isonomia, estabelecida no caput do art. 5º da CF/88, quando se pensa em direitos dos trabalhadores, há a previsão direta no art. 7º, inciso XXXII, de igualdade entre trabalhadores manuais, técnicos e intelectuais. Conclui-se que, nos termos dos ditames constitucionais, todos os trabalhadores são iguais em direitos e dignidade.

Considerando-se que o trabalho permanece sendo o principal instrumento de inserção social, e, assim, de garantia de dignidade, bem como a assimetria entre os polos, intrínseca à relação de trabalho, construiu-se um sistema de direitos próprios para os trabalhadores, expresso principalmente na CLT e na Constituição Federal, a

fim de garantir trabalho digno com respeito aos direitos fundamentais e específicos dos trabalhadores e delimitar o poder diretivo do empregador

Apesar desta conquista, atualmente o contexto sociopolítico é marcado por movimentos neoliberais e pela ultravalorização da proteção do capital em detrimento dos direitos conquistados. Tais movimentos influenciam na desregulamentação trabalhista, que consiste na retirada do manto normativo através da lei.

Este foi o contexto em que a Lei nº 13.467 de 2017 foi elaborada. Conhecida como Reforma Trabalhista, a dita lei alterou diversos pontos no regime jurídico das relações de trabalho, buscando essencialmente maior flexibilização. Dentre os dispositivos desta lei destaca-se a inclusão do Título II-A à CLT, o qual se dedica a regulamentar um sistema de reparação de danos extrapatrimoniais aplicável às relações de trabalho.

Dentre os artigos que compõem o novo Título II-A, o mais criticado é o §1º do art. 223-G, vez que estabelece uma tarifação à indenização por danos extrapatrimoniais, considerando uma escala gradativa de gravidade da ofensa, e quantificação baseada no salário contratual do trabalhador ofendido, em descompasso com a Constituição Federal de 1988 que rechaça a hipótese de tarifação da indenização por danos de caráter não patrimonial. Pelo contrário, o texto constitucional prevê a reparação integral e irrestrita do dano, através dos artigos 5º, incisos V e X, e 7º, inciso XXVIII.

Ademais, conforme averiguado na presente pesquisa, a limitação do *quantum* indenizatório impede que a indenização atinja os objetivos da responsabilidade civil. De acordo com a doutrina, a indenização deve ser tal que repare o dano ou o compense, puna o agressor e sirva de prevenção a novos danos. Em um cenário onde a lei estabelece um valor pré-determinado para a indenização é inviável a completa reparação do dano, vez que a indenização não será na extensão do dano, e permite-se que o lesante pondere entre as vantagens de lesar os direitos imateriais do trabalhador e a possível consequência patrimonial expressa na indenização.

O dispositivo do §1º do art. 223-G ainda fere a constituição quando analisado sob a ótica do direito fundamental à isonomia. Nesse viés, o desrespeito ao preceito constitucional ocorre em duas escalas. Inicialmente entrega ao trabalhador um

tratamento jurídico menos protetivo em comparação àquele que regula as demais relações sociais, expresso no sistema de reparação civil dos danos extrapatrimoniais, onde não existe limitação prévia ao valor da indenização. Em um segundo momento, fere a isonomia ao destinar tratamentos dispare a empregados com salários distintos, o que não apresenta lógica quando se constata que a dignidade humana é inerente a todos, de forma igualitária.

Cabe destacar que antes da inserção de previsão sobre reparação de danos extrapatrimoniais na CLT, a responsabilidade civil por danos dessa natureza era exercida com base nas previsões do Código Civil e da Constituição Federal, através da cláusula de abertura sistêmica do art. 8º da CLT. Ademais, o Direito do Trabalho possui como princípio basilar a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, desta forma, considerando que as previsões do art. 223-G da CLT são limitadoras e possivelmente desfavoráveis ao trabalhador, deveriam ser aplicadas as normas previstas na legislação extravagante à CLT.

No que se refere ao desrespeito ao direito fundamental à isonomia, cabe a ponderação dos casos propostos por Celso Bandeira de Mello na sua obra “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, apresentados no primeiro capítulo deste trabalho. Através desta análise, percebe-se que a norma do §1º do art. 223-G da CLT ofende a isonomia pois adota critério discriminador que não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de tratamento jurídico e tal critério adotado conduz a efeitos contrapostos aos interesses prestigiados na constituição.

A inconstitucionalidade do dispositivo foi reconhecida, através de controle difuso de constitucionalidade, pelos Tribunais Regionais do Trabalho correspondentes às regiões do Rio Grande do Sul; Pará e Amapá; Mato Grosso; Minas Gerais e São Paulo. Na decisão paradigma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, a inconstitucionalidade se baseou no desrespeito ao direito de igualdade consubstanciado no critério do salário do ofendido como base de cálculo da indenização. As demais regiões apontaram que o dispositivo é incompatível com os direitos fundamentais de isonomia, dignidade humana e reparação integral.

A questão encontra-se em análise de constitucionalidade pelo STF, através de quatro ADIs, interpostas pela ANAMATRA, CFOAB e CNTI. Recentemente ocorreu o julgamento em plenário dos pedidos das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, na ocasião o voto

do Ministro Gilmar Mendes, relator, conferia interpretação constitucional ao dispositivo, de modo que os critérios de quantificação previstos no §1º do art. 223-G sejam observados meramente como orientativos, sendo possível indenizações superiores a aquelas ali elencadas.

Em resposta ao problema de pesquisa, que questionava a forma de recepção da tarifação prevista no art. 223-G pelo ordenamento jurídico pátrio, entende-se que parâmetros sugestivos, mas não exaustivos e que se apliquem não apenas ao trabalhador, mas também a todos os demais papéis sociais são interessantes ferramentas postas à disposição dos operadores do direito em geral, contudo, ao eleger apenas o direito do trabalho para tal aplicação orientativa, não se verifica um critério justo dado que tal orientação não se aplicaria, em tese, aos demais sistemas de responsabilidade que não o laboral.

Os propósitos da reforma foram claros – privatização, legalismo, diminuição da relevância da Justiça do Trabalho e da proteção ao trabalhador. Estas escolhas vão claramente em sentido contrário às conquistas do último século, as quais envolvem a constitucionalização do direito, a superação do positivismo jurídico e o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, destacadamente dos direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Amauri Cesar. **Direito, trabalho e vulnerabilidade**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 24 dez. 2021.
- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. BICCA, Caroline Polvora. **O surgimento do(s) constitucionalismo(s) e a evolução da ideia de limitação do poder pelo reconhecimento dos direitos fundamentais**. Revista Contribuciones e las Ciencias Sociales. Vol. 1, nº 5, p.159-181, maio/2021, ISSN 1988-7833. Disponível em: <https://www.eumed.net/es/revistas/contribuciones-ciencias-sociales/mayo-2021/surgimento-constitucionalismo>. Acesso em 24 dez. 2021.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. Responsabilidade civil, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2004
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **“Aqui lá e em todo lugar”**: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. v. 101, n. 919, maio
- BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013
- BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- BELMONTE, Alexandre Angra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- BETIM. 5º Vara do Trabalho de Betim. Sentença. **Ação Civil Pública 0010165-84.2021.5.03.0027**. Autor: Sindicato Dos Trabalhadores Na Industria Da Extração De Ferro E Metais Básicos De Brumadinho E Região Réu: Vale S.A. Juíza Rosane Vivianne Celia Ferreira Ramos Correa, 06 de julho de 2021. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalheprocesso/001016584.2021.5.03.0027/1#916d16b>. Acesso em: 27 out. 2021.
- BÔAS, Bruno Villas. **Brumadinho**: sindicato quer indenização de R\$ 3 mi da Vale por trabalhador morto. CNN BRASIL. Online. 23 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/brumadinho-sindicato-quer-indenizacao-de-r-3-mi-da-vale-por-trabalhador-morto/>. Acesso em 13 set. 2021
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotellide. **O dano existencial e o direito do trabalho**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto de. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto de; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. – 4ª – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Agravo de Instrumento Processo nº 1000861-06.2019.5.02.0039**. Agravo. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Horas extras - ônus da prova. [...]. Relatora Min. Maria Helena Mallmann. 05 de mar. 2021. Disponível em:  
<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000861&digitoTst=06&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0039&submit=Consultar>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [1992]. Publicada no Diário de Justiça em 17/03/1992. Disponível em  
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2737%27>. Acesso em 26 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2009]. Disponível em:  
[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \*\*ADI 5870\*\*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>. Acesso em 10 de ago. 2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%22301%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22400%22%29+OU%28%40SUB+</a></p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680> > Acesso em 10 de ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 10 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6082**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5640983>. Acesso em: 09 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Relator Carlos Britto. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 16 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 447.584/RJ**. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90670/false>. Acesso em: 16 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula nº 22**. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [2009]. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula771/false>. Acesso em: 13 ago. 2021

BRASIL. Tribunal Superior Trabalho. **Sumula nº 392**. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho [2015]. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-392](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392). Acesso em: 13 ago. 2021

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: RJ, [1943]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 22 out. 2021.

CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Embargos Declaratórios em Recurso Ordinário Trabalhista Processo nº 0010675-55.2019.5.15.0085**. Trata-se de embargos declaratórios opostos pelos litigantes em face do Acórdão ID 596322e. Alegam que há vícios no julgado que pretendem ver sanados. Prequestionam a matéria. Embargantes: André Luiz da Silva e Eucatex Industria e Comercio Ltda. Embargado: Acórdão ID 596322E. Relatora Des. Erodite Ribeiro dos Santos. 27 de ago. De 2020. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010675-55.2019.5.15.0085/2#69a8e38>. Acesso em: 27 out. 2021

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Embargos Declaratórios em Recurso Ordinário Trabalhista Processo nº 0010802-68.2017.5.15.0018**. Trata-se de embargos de declaração opostos pela reclamada às fls. 1127/1136 apontando omissão/contradição no V. Acórdão de fls. 1053/1070 e para fins de prequestionamento. Embargantes: Avon Cosméticos LTDA. Embargado: Acórdão de folhas 1053/1070. Relatora Des. Luciana Nasr. 31 de ago. De 2021. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010802-68.2017.5.15.0018/2#21ffa0e>. Acesso em: 27 out. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim, BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

**COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.787, DE 2016**, do poder executivo, que “altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e>

notas taquigráficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no- 6787-2016-reforma trabalhista/Reuniao%20272-17%20de%20120417%20Dep%20Rogeyro%20Marinho.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2021

CONTRERAS, Sérgio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução: Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011

DA SILVA REIS, Suzéte. **Da insegurança jurídica à precarização das relações de emprego: os impactos da reforma trabalhista no brasil**. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, v. 4, n. 1, p. 55-73, 2018.

DA SILVA REIS, Suzéte. DA INSEGURANÇA JURÍDICA À PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO: OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, v. 4, n. 1, p. 55-73, 2018. Disponível: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/4156>. Acesso em: 25 out. 2021

DE ARAÚJO, Jailton Macena. **Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização**. Revista de Direito Brasileira, v. 16, n. 7, p. 115-134, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 14. ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2016.

GESTA LEAL, Rogério. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. op. cit. p. 166.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo (org.). **Direitos da Personalidade do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.137 -154.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo, GRAMINHO, Viviane Maria Caxambu. **Desconexão: Um direito fundamental do trabalhador**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2020

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Art. 223-G. In LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juizes do trabalho: artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: AÇÕES AFIRMATIVAS DA DIGNIDADE HUMANA COMO FORMA DE RESISTÊNCIA**. São Paulo: Ltr, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Trabalho Digno. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino Americana de Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb, 2016.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. **A prevalência dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**: Limites ao poder empregatício no âmbito da reforma trabalhista Brasileira (lei 13.467/2017). REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, [s. l.], ano 2019, v. 10, n. 20, p. 57-77, 31 dez. 2019. Disponível em: <https://revistaestudiosarabes.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/54253/59160>. Acesso em: 15 abr. 2021.

GOMES, Orlando Gomes. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GRÓCIO, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Ltin, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito ou direito natural e ciência política em compêndio**. Trad. Parágrafos e Anotações: Paulo Meneses (In Memoriam), Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. Trad. Adendos: João A. Wohlfart, Márcio E. Schäfer e Thadeu Weber. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. - 4. ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2009

JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno** [trad. Emerson Garcia]. São Paulo: Atlas, 2015.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho** – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KOKKE, Marcelo. **Responsabilidade civil e dano ambiental individual no desastre de Brumadinho**. Revista IBERC, v. 2, n. 1, p. 1 - 16, 22 maio 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/19>. Acesso em 06 set. 2021.

MARANHÃO, NEY. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais: A questão das dimensões ou gerações de direitos**. [S. l.], 08 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13261>. Acesso em: 16 maio 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARX, Karl. **O Capital, Livro I**. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Incidente de Arguição de inconstitucionalidade Processo nº 0000239-76.2019.5.23.0000**. Arguição de inconstitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Art. 223-g, § 1º, i a iv, da clt. Limitação para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial. Incompatibilidade material com a CF/88. Inconstitucionalidade. [...]. Arguente: Ministerio Publico Da União. Arguido: ART. 223-G, §1º e incisos, CLT. Relator Des. Tarcísio Valente. 24 de set. de 2019. Disponível em: <https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000239-76.2019.5.23.0000/2#016be46>. Acesso em: 30 out. 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. – 4ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Tribunal pleno). **Incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0011521-69.2019.5.03.0000**. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Art. 223-g, e §§ 1ª a 3ª, da clt, acrescentado caput pela lei nº 13.467/17. Tabelamento. Arts. 1º, inciso iii, e 5º, e incisos v e x, da constituição da república. Direitos fundamentais à reparação integral e à isonomia [...]. Arguente: 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Arguidos: Vara do Trabalho de UBA, Jorge Luiz Cardoso, Parma Moveis LTDA, Dapprima Mobile LTDA – EPP. Relator: Desembargador Sebastião Geraldo De Oliveira. Belo Horizonte, 09 de jul. de 2021. Disponível em: [https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/incidentes-suscitados-irdr-iac-arginc-ij-trt-mg/downloads/arginc/Acordao\\_merito\\_20\\_7\\_20.pdf](https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/incidentes-suscitados-irdr-iac-arginc-ij-trt-mg/downloads/arginc/Acordao_merito_20_7_20.pdf). Acesso em: 27 nov. de 2021

MIRANDA, Jorge. **A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, v. I. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e apresentação de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>]. Acesso em: 14 de mar. de 2021

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. Ed. 38. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **O poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. Tese de Doutorado em Direito (Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP: São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 de novembro de 2017**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, p. 333-368, nov. 2017.

OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM. Acesso em: 20 set. 2021

PARÁ E AMAPÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Incidente De Arguição De Inconstitucionalidade Processo nº 0000514-08.2020.5.08.0000**. Controle difuso de constitucionalidade. Art. 223-g, § 1º, i a iv, da clt. Limitação para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial. Inconstitucionalidade [...]. Arguente: Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. Arguido: Egrégio Tribunal Regional Do Trabalho Da Oitava Região. Relator Des. Gabriel Napoleão Velloso Filho. 15 de set. de 2020. Disponível em: <https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000514-08.2020.5.08.0000/2#5d4a441>. Acesso em: 30 out. 2021

PEIXOTO, Ulisses. V. M. **Revista Trabalhista Comentada: com análise da Lei nº 13.467**, de julho de 2017. Leme: Jhmizuno, 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique. **Los derechos humanos en la sociedade tecnológica**. Madrid: Universitas, 2012

PILLA, M. C. B. A.; ROSSI, A. DO C. S. **Constituição de 1988: o avanço dos Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos Ibero-Americanos, v. 44, n. 2, p. 273-284, 20 ago. 2018. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/iberoamericana/article/view/28662> Acesso em: 15 maio 2021.

PRONI, Marcelo Weishaupt. **Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 22, n. 3 (49), p. 825-854, dez. 2013.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (11ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0020396-83.2020.5.04.0511**. Recurso ordinário dos reclamados. Recurso ordinário dos reclamados DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO [...]. Relatora. Des. Rosiul De Freitas Azambuja, 20 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/G5dYe8Ge84Uaw\\_BuJLyImg?&tp=DOEN%C3%87A+OCUPACIONAL.+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+VALOR+ARBITRADO](https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/G5dYe8Ge84Uaw_BuJLyImg?&tp=DOEN%C3%87A+OCUPACIONAL.+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS.+VALOR+ARBITRADO). Acesso em: 29 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (1ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista 0020000-07.2021.5.04.0662**. Recurso ordinário do reclamante. Acidente de trabalho que resultou em falecimento do trabalhador. Danos morais por ricochete. Indenização prévia à viúva e filho do de cujus. Autonomia do direito do pai do de cujus. Recurso provido. Relatora. Des. Rosane Serafini Casa Nova, 22 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/zZ1Be6Y7KM6OJpuZSQaoHg?&tp=ricochete>. Acesso em: 29 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (2ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0021183-71.2018.5.04.0030**. Ementa recurso ordinário do autor. Indenização por danos morais. Quantum. Relator. Des. Alexandre Correa Da Cruz, 10 de outubro de 2020. Disponível em: [https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/pBdcX\\_Ygm1qEckARPhpRGQ?&tp=d](https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/pBdcX_Ygm1qEckARPhpRGQ?&tp=d)

anos+extrapatrimoniais. Acesso em: 29 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (3ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0020999-25.2019.5.04.0663**. Indenização por danos morais. Acidente de trabalho. Arbitramento Relator. Des. Marcos Fagundes Salomao, 02 de março de 2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/VJyC2NO5sDxeHdJ8pZ47HA>. Acesso em: 29 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista processo nº 0021089-94.2016.5.04.0030**. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Critérios para a fixação da indenização por danos morais. Parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT [...]. Relator Des. Lais Helena Jaeger Nicotti. 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021089-94.2016.5.04.0030/2#340a639>. Acesso em: 29 out. 2021

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (5ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0000695-57.2018.5.12.0003**. Responsabilidade civil. Dano moral. Assédio funcional; lei nº 13.467/17. Art.223-g e § 1º da CLT, aplicáveis à espécie. Grau leve. Decisão de 1º grau mantida Relatora. Des. Ligia Maria Teixeira Gouvea, 28 de agosto de 2019. Disponível em: [http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao\\_hit?&q=id:11514718](http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:11514718). Acesso em: 29 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (6ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0001303-56.2018.5.12.0035**. Dano extrapatrimonial. Indenização. Parâmetros. Definição. Data do ato ilícito. Inaplicabilidade retroativa do art. 223-g da clt (lei n. 13.467/2017). Relatora. Des. Mirna Uliano Bertoldi, 20 de maio de 2021. Disponível em: [http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao\\_hit?&q=id:13521420](http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:13521420). Acesso em: 29 out. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (6ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista Processo 0000547-21.2017.5.12.0055**. Doença ocupacional. Indenização por dano moral. Fixação do quantum indenizatório. Relatora. Des. Lilia Leonor Abreu, 07 de fevereiro de 2021. Disponível em: [http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao\\_hit?&q=id:9268247](http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:9268247). Acesso em: 29 out. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Incidente De Arguição De Inconstitucionalidade Processo nº 10047522120205020000**. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Controle difuso e incidental de constitucionalidade. Tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais prevista nos incisos i a iv do § 1º do art. 223-g da clt, introduzido pela lei nº 13.467/17. Incompatibilidade material com a constituição federal. Inconstitucionalidade [...]. Arguente: 1ª Turma – Cadeira 3. Arguidos: Mahle Metal Leve S.A.; Raimundo Nonato Coimbra; 3ª Vara Do Trabalho De São Bernardo Do Campo. Relator. Des. Jomar Luz De Vassimon Freitas, 05 de nov. de 2021. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/100475221.2020.5.02.0000/2#e0606b8>. Acesso em: 29 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out. /dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** - 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, D.; GALDINO, F (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITZ, José Carlos. **A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil**. Revista Jurídica (FURB), v. 16, n. 32, p. 121-138, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43º. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A trajetória da justiça do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 77, n. 2, p. 77-82, abr./jun. 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018. 1677 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VAZ, A. **80 anos da Justiça do Trabalho**: uma competência em expansão ou em retração? Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 25, n. 1, p. 117-132, 30 jul. 2021.

VIVEIROS, Luciano, **CLT comentada pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017)** 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.