

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

JÚLIA BRITO NÓBREGA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL
TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO
PARÂMETRO NA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

**JOÃO PESSOA
2019**

JÚLIA BRITO NÓBREGA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL
TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO
PARÂMETRO NA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Francisco José Garcia
Figueiredo

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

N754i Nobrega, Julia Brito.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO PARÂMETRO NA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS / Julia Brito Nobrega. - João Pessoa, 2019.

94 f.

Orientação: Francisco Figueiredo.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Dano Moral Trabalhista. 2. Inconstitucionalidade. 3. Princípios Constitucionais. 4. Reforma Trabalhista. 5. Tarificação. I. Figueiredo, Francisco. II. Título.

UFPB/CCJ

JÚLIA BRITO NÓBREGA

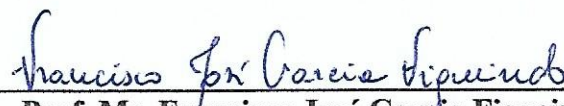
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL
TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO
PARÂMETRO NA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Francisco José Garcia
Figueiredo

DATA DA APROVAÇÃO: 30 DE ABRIL DE 2019

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Ms. Francisco José Garcia Figueiredo
(ORIENTADOR)



Profª. Msª. Ana Karolina Soares Bezerra Cavalcanti
(AVALIADORA)



Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
(AVALIADOR)

A Deus.
Aos meus pais, Maria Antônia e Lineu.
A minha avó, Ilá.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui, me abençoando com o dom da vida e me concedendo fé e força para trilhar essa caminhada do curso de Direito.

Agradeço aos meus pais, Lineu e Maria Antônia, que sempre me apoiaram a vida inteira nos meus sonhos e planos, acreditando sempre no meu potencial e no meu sucesso, às vezes mais do que eu mesma. Obrigado por todo amor e compreensão, mesmo quando não concordaram com as minhas decisões, a exemplo de ir embora de Brasília ou de vir morar em João Pessoa, vocês nunca me deixaram sozinha. Portanto, nunca teria chegado até aqui se não fosse por vocês.

Um agradecimento aos meus irmãos, Lucas e Matheus, especialmente para Lucas com quem convivi minha vida inteira e mesmo as circunstâncias da vida terem nos separado fisicamente, mais especificamente os estudos, hoje ele mora em São Carlos (SP) e eu aqui em João Pessoa, o amor e a consideração são sempre os mesmos, então, obrigada pelo apoio que sempre veio da sua própria maneira.

A minha avó materna Ilá um agradecimento especial, por sempre ter acreditado em mim, sempre ter dito que eu vou ser uma “promotora/juíza” de muito sucesso e ter me incentivado nos estudos sempre. Apesar de ela estar bem debilitada atualmente, sei que ainda continua a querer meu melhor, por isso, dedico essa conquista a ela.

Aos meus amigos, meu grande agradecimento, por sempre terem me apoiado e acreditado em mim, também, muitas vezes, mais do que eu mesma, obrigado pelos momentos de distração e lazer, por terem tornado essa jornada mais leve. Um agradecimento especial às amigas de vida inteira do Maranhão, Yanna, Bia, Gabi, Tamires e Mari, por continuarem comigo até hoje, por não terem permitido que a distância física diminuísse de maneira alguma nossa amizade, afinal, nossa irmandade é para sempre. Aos amigos que fiz na UNB e que me ajudaram a viver em uma cidade nova em que não conhecia ninguém, que trouxeram muita felicidade e momentos bons enquanto estive por lá, um muito obrigado, especialmente para Thaiane, Bruna, Carol e Giza. Por fim, aos amigos que fiz em João Pessoa e na UFPB, muito obrigada por também tornarem a vida em uma nova cidade mais leve e agradável, agradeço a todos da minha sala, mais especificamente Bruna e Marina por toda amizade e companheirismo.

Aos professores, sejam os de Brasília ou de João Pessoa, por todo o conhecimento repassado e por terem me ajudado a me tornar um ser humano melhor, mais crítico, que acredita na Justiça e na igualdade para todos. Obrigado por me ensinarem a acreditar no direito e a aprender que se aplicado corretamente, ele tem o poder de mudar vidas para melhor. Por fim, agradeço ao meu orientador, Francisco Garcia, por todo auxílio e orientação na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), aprovada no ano de 2017, alterou diversos institutos trabalhistas presentes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além de ter introduzido novas temáticas que não existiam nesse Código anteriormente. Os artigos 223-A ao 223-G, que versam sobre o dano extrapatrimonial na esfera trabalhista, foram exemplos dessas novidades. Esses dispositivos positivaram como o tratamento jurídico desse tipo de dano deve ocorrer desde a entrada em vigência da Lei 13.467/17. O presente trabalho teve como objetivo principal analisar mais especificamente o novo art. 223-G, §1º, referente à tariffação do dano extrapatrimonial/moral trabalhista, que estabeleceu limites máximos à indenização, a depender do nível de gravidade em que for inserida a lesão moral; e a utilização do último salário contratual do ofendido como parâmetro para o cálculo indenizatório, a fim de se determinar se essas disposições estão de acordo ou não com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente com os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade/razoabilidade e o da vedação ao retrocesso social. O estudo iniciou debruçando-se sobre os princípios, mais especificamente os princípios constitucionais referidos. Posteriormente, foi abordado o instituto da responsabilidade civil e do dano moral para se compreender esse dano e sua evolução histórica e legislativa. Na sequência, enfatizou-se o dano moral decorrente das relações de trabalho, apresentando as principais novidades advindas da Lei 13.467/17. Por derradeiro, finalizou-se com a contraposição do art. 223-G, §1º, em relação aos princípios analisados, com o objetivo de aferir se este artigo violou os princípios e se pode subsistir na ordem jurídica. O trabalho foi elaborado de acordo com a metodologia hipotético-dedutiva, pois partiu da suposição da inconstitucionalidade do artigo 223-G, §1º, devido à violação dos princípios constitucionais mencionados, e procurou deduzir a veracidade da hipótese no decorrer da pesquisa; além disso, foi utilizado o método bibliográfico, mediante análises de livros, *sites*, artigos para se aprofundar na temática abordada e se chegar à conclusão acerca da constitucionalidade ou não do dispositivo. O estudo concluiu que o mencionado artigo é de fato inconstitucional por violar os tais princípios e mais alguns direitos garantidos pela Constituição, não devendo seu teor prevalecer na ordem jurídica brasileira. Portanto, deve o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade já existentes a respeito desse artigo, declará-lo inconstitucional ou interpretá-lo conforme à Constituição.

Palavras-chave: Dano Moral Trabalhista. Inconstitucionalidade. Princípios Constitucionais. Reforma Trabalhista. Tariffação. Indenização/Reparação. Salário.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PRINCÍPIOS	12
2.1	CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS	12
2.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	15
2.2.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	17
2.2.2	Princípio da Isonomia/Igualdade	22
2.2.3	Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade	26
2.2.4	Princípio da Vedação ao Retrocesso Social	28
3	RESPONSABILIDADE CIVIL	30
3.1	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.1.1	Conduta	32
3.1.2	Dano	33
3.1.3	Nexo de causalidade	34
3.1.4	Culpa	34
3.2	DANOS	35
3.2.1	Dano material/patrimonial	36
3.2.2	Dano extrapatrimonial	37
3.2.2.1	<i>Dano existencial</i>	38
3.3	DANO MORAL	40
3.3.1	Evolução histórica	42
3.3.2	Evolução no direito brasileiro	43
3.3.3	Natureza jurídica da reparação por dano moral	46
4	DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO	47
4.1	ABORDAGEM DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA	49
4.1.1	Prescrição dos danos morais trabalhistas	52
4.2	ABORDAGEM DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA	54
4.2.1	Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17)	55
4.2.2	Inovações sobre o dano moral trabalhista decorrentes da Reforma	56

5	ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO CONTRATUAL COMO PARÂMETRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	61
5.1	CONFORMIDADE DAS LEIS COM A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS ..	61
5.2	TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA	64
5.2.1	Sistemas de cálculo de indenização	65
5.3	A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR NA QUANTIFICAÇÃO ..	66
5.4	ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G, § 1º DA CLT	66
5.4.1	Violação ao princípio da isonomia	67
5.4.2	Violação ao princípio da proporcionalidade e aos artigos 5º, V e X, 7º, XXVIII, da CF/88.....	71
5.4.3	Violação ao princípio da vedação ao retrocesso social	76
5.4.4	Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana	78
5.5	AÇÕES PROPOSTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	81
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

Uma relação jurídica de trabalho é caracterizada por ser desigual, em que o trabalhador está em posição de subordinação e inferioridade quanto ao seu empregador, devido a este possuir o poder diretivo e o capital da relação, enquanto o primeiro para se ter um emprego e poder subsistir aceita qualquer imposição ou condição proposta pelo empregador.

Diante desse cenário, o direito do trabalho surgiu tendo como um dos seus objetivos justamente tentar igualar essa relação, ao garantir direitos mínimos aos trabalhadores, além de criar princípios e institutos próprios que visam ao equilíbrio nessa tão importante relação jurídica.

Entretanto, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17) aprovada em 2017 com o pretexto de modernizar a legislação trabalhista e impulsionar a criação de empregos, veio distorcer muitos artigos do Código trabalhista, desvirtuando essa função inerente ao direito do trabalho de buscar igualar a relação trabalhista.

É evidente que nem todos os artigos alterados ou introduzidos são problemáticos, já que era necessária, de fato, uma reforma em muitos pontos da legislação. Contudo, na tentativa de se aprovar a lei da forma mais rápida possível, artigos foram mal formulados e muitos são questionáveis, inclusive quanto à sua constitucionalidade.

Nesse contexto da aprovação da Reforma Trabalhista, foi introduzido um título novo (título II-A) na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sobre o dano extrapatrimonial trabalhista, apresentando mediante os novos artigos 223-A ao 223-G a forma que o Judiciário trabalhista deve tratar esse instituto com a entrada em vigor desses dispositivos.

Contudo, esses artigos são permeados de controvérsias jurídicas, sendo já objetos de questionamentos por juristas e doutrinadores. O principal artigo questionável é o 223-G, mais especificamente o seu § 1º, devido a sua aparente inconstitucionalidade, já que traz a imposição de valores máximos à indenização pelo dano extrapatrimonial, além de determinar a utilização do salário do trabalhador como parâmetro para se calcular a reparação.

Portanto, pretender-se-á, mediante esse trabalho, analisar esse dispositivo para determinar se está ou não de acordo com a Constituição Federal e seus princípios. Assim, o problema que orientará essa pesquisa será: o artigo 223-G, § 1º, da CLT, que impôs a tarifação do dano extrapatrimonial trabalhista e a utilização do último salário contratual do ofendido como parâmetro para o cálculo indenizatório viola princípios constitucionais basilares do direito brasileiro?

Desse modo, ante esse questionamento, o citado artigo 223-G, § 1º aparenta violar diversos princípios constitucionais, quais sejam: isonomia, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso social. Primeiramente, o da isonomia ao determinar o salário do trabalhador como critério para se calcular o valor da reparação, pois acaba privilegiando os que recebem maiores salários em comparação aos que trabalham em funções menores e consequentemente recebem menos, além de tarifar a indenização extrapatrimonial, diferente do que ocorre em outras relações jurídicas em que não existe tarificação.

Além da provável violação ao princípio da isonomia, esse dispositivo está na contramão quanto a uma das funções que a doutrina moderna confere à reparação do dano extrapatrimonial, de compensar a vítima do dano sofrido de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, deve haver uma reparação integral do dano sofrido, o que se torna bem complicado com a tarificação do dano extrapatrimonial, já que mesmo que a situação concreta exija uma indenização superior, o magistrado, com esse artigo em questão, vai ser obrigado a se ater aos limites dele.

Dessa forma, violando, também, o princípio da dignidade da pessoa humana ao tarifar a dor do trabalhador e o princípio da proporcionalidade ao restringir a atuação do magistrado em não poder mais decidir a indenização conforme as peculiaridades do caso concreto, de forma proporcional ao agravo cometido, já que agora está limitado ao imposto por esse novo artigo.

Questiona-se, também, a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, pois enquanto antes da Reforma a abordagem jurídica da reparação pelo dano moral trabalhista era feita conforme à Constituição, que em nenhum momento impõe limites máximos à reparação e nem a utilização de parâmetros sem fundamentos como o salário do ofendido, após esse novo artigo houve um grande retrocesso ao trabalhador e ao seu direito de indenização.

Portanto, o foco na análise do dispositivo recairá sobre esses quatro princípios constitucionais, contudo também serão abordados alguns artigos específicos da Constituição Federal que também podem ter sido desrespeitados por essa nova previsão normativa.

Diante do exposto, o trabalho terá como objetivo geral se debruçar sobre o artigo 223-G, § 1º, introduzido pela Reforma Trabalhista para poder determinar se ele violou ou não princípios e direitos garantidos constitucionalmente. Os objetivos específicos serão compreender o instituto do dano moral e conhecer como era abordado no direito do trabalho antes e após a Reforma; conhecer os princípios constitucionais escolhidos para se determinar a (in)constitucionalidade do artigo; e, contrapor esses princípios com a redação do art. 223-G, § 1º, a fim de verificar se ele os violou e se transgrediu mais algum direito constitucional.

Esse trabalho sobre a análise da (in)constitucionalidade da quantificação do dano moral nas relações de trabalho pós-reforma trabalhista será elaborado utilizando-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, tendo em vista que a partir da análise do artigo se extrai a formulação da hipótese da suposta inconstitucionalidade apresentada por ele ao violar princípios constitucionais de extrema relevância. Então, pretender-se-á, através desse método, testar a hipótese e deduzir sua veracidade ou não, ou seja, a (in)constitucionalidade do art. 223-G, § 1º da CLT frente aos princípios constitucionais.

No que tange às técnicas de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica, feita mediante análises e pesquisas em livros, artigos, *sites*, leis, que versam sobre o dano moral, com ênfase no que ocorre nas relações trabalhistas, e sobre as novidades e controvérsias no tema decorrentes da Lei 13.467/17; além da pesquisa nesses meios dos princípios constitucionais abordados nesse trabalho.

Na busca de melhor compreensão da temática, o trabalho será dividido em quatro capítulos. O estudo se iniciará, no primeiro capítulo, abordando os princípios em um ordenamento jurídico, com ênfase nos princípios constitucionais e na análise daqueles considerados mais importantes para se poder verificar a constitucionalidade do artigo 223-G, § 1º, da CLT, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e o da vedação ao retrocesso social.

Posteriormente, o segundo capítulo apresentará a figura jurídica da responsabilidade civil, os elementos que a compõem, especialmente o dano, aprofundando-se no que tange ao dano moral propriamente dito, já que é o cerne do trabalho. Em seguida, serão apresentadas noções básicas sobre o dano moral, sua evolução histórica, o tratamento dado pela legislação brasileira e qual a função desse tipo de dano nos dias atuais.

Por sua vez, o capítulo três continuará abordando o dano moral, porém enfatizará o decorrente das relações trabalhistas, apresentado algumas situações que provocam esse tipo de dano moral, como ele era abordado pelo direito antes da Reforma Trabalhista e como passou a ser após esta, já que, como comentado, esta lei introduziu um título novo destinado especialmente a esse dano.

Finalmente, no último capítulo será feita a análise do artigo 223-G, § 1º, da CLT, sob o prisma dos princípios constitucionais abordados no primeiro capítulo, a fim de se demonstrar se estes princípios foram violados ou não por esse artigo, para que seja possível determinar a (in)constitucionalidade do dispositivo e a possibilidade dele permanecer no ordenamento jurídico brasileiro.

2 PRINCÍPIOS

Inicialmente, é fundamental começar o trabalho explicando a importância que os princípios possuem em um ordenamento jurídico, especialmente os princípios constitucionais, já que serão essenciais como parâmetros para se determinar, no último capítulo do presente trabalho, a inconstitucionalidade ou não do artigo introduzido na CLT, pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), que versa, dentre outros assuntos, sobre a tarifação do dano extrapatrimonial trabalhista e vincula-o ao salário contratual do trabalhador.

2.1 CONCEITOS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Os princípios possuem diversos conceitos no direito, entretanto, para os fins deste trabalho, importa tratar de algumas noções encontradas na doutrina e delinear os sentidos que eles adquirem no ordenamento jurídico.

Vólia Bonfim conceitua-os da seguinte forma:

Princípio é a postura mental que leva o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz, de arcabouço, de orientação para que a interpretação seja feita de uma certa maneira e, por isso, tem função interpretativa.¹

Por sua vez, Américo Plá Rodrigues vislumbra-os da seguinte maneira:

[...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.²

Existem inúmeros outros conceitos na doutrina, entretanto, como a preocupação principal desse trabalho não é a de se chegar a uma definição exata dos princípios, é necessário se ater à função e ao papel que estes exercem no direito contemporâneo. Desse modo, apesar das dificuldades em se determinar qual é o conceito mais adequado, é inquestionável que os princípios, no direito moderno, possuem uma importância extrema, sendo fundamentais para analisar a coerência de um ordenamento jurídico.

Nesse contexto, destacam-se as funções que os princípios podem adquirir no direito. Segundo a classificação apresentada por Vólia Bonfim, os princípios possuem a função

¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 153.

² RODRIGUEZ, Américo Plá, apud CASSAR, op. cit., p. 154.

informadora, interpretadora, diretiva e unificadora, e a normativa. A função informadora é direcionada ao legislador quando na formulação de um ato normativo, que deve legislar em favor de um bem jurídico que deve ser tutelado. Já a interpretadora, por sua vez, é destinada aos juízes para que, ao julgar ou interpretar as leis em um caso concreto, se guiem por determinados princípios.

Ainda há a função diretiva e unificadora, essa auxiliando todos os que operam com a área jurídica ao permitir uma unificação do ordenamento jurídico e indicar a direção a ser tomada por esses sujeitos. Por último, tem-se a função normativa, que segundo Vólia pode ser uma função normativa supletiva, quando os princípios são aplicados apenas quando um princípio supre e integra lacunas das leis; enquanto na função normativa autônoma, o princípio atua criando um direito subjetivo, ao preencher o vazio que há em um ordenamento jurídico.³

No entanto, surge ressaltar que a tendência atual, que encontra muitos defensores⁴ no Brasil, é defender com fervor o aspecto plenamente normativo dos princípios, especialmente no que tange aos princípios constitucionais, como será observado mais a frente nesse capítulo. Portanto, embora ainda há quem conceda aos princípios apenas uma função de servir como um guia para a formulação e interpretação das normas, o certo é que a tendência atual é vê-los como normas propriamente ditas, que se diferenciam das chamadas regras.

Não obstante não ser a preocupação deste trabalho definir exatamente um conceito de princípio, é preciso saber diferenciá-los das regras, que também fazem parte do mundo jurídico. Nesse sentido, há o gênero maior, que são as normas, englobando as regras e os princípios.

As regras enunciam comandos mais diretos, que não abrangem interpretações diversas, assim não há muita dificuldade na sua aplicação a um caso concreto; já os princípios têm um caráter mais abstrato, cabendo uma interpretação de acordo com a realidade fática.

Nesse sentido, uma outra diferenciação apontada⁵ é a questão da solução de quando há colisões entre regras diversas e quando ocorrem entre princípios. Pois, enquanto no caso das regras, uma vai ter que prevalecer em detrimento da outra, ou seja, no caso em que houver conflito somente uma das regras poderá subsistir, quanto aos princípios não acontece o mesmo.

³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 160-161.

⁴ Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; CASSAR, op. cit.

⁵ CASSAR, op. cit., p. 162-163.

Isso ocorre porque por meio da chamada concordância prática ou harmonização é possível aplicar ambos os princípios, ou quando se aplica um em detrimento de outro não significa que aquele que não serviu para um caso não poderá servir para situações diversas. Em suma, enquanto o conflito entre regras é solucionado no plano da validade, quando ocorre entre os princípios deve-se buscar uma harmonização entre eles.

Desse modo, percebe-se que essa possibilidade da aplicação da concordância prática ou harmonização é de suma importância, especialmente no caso dos princípios que constam na Constituição Federal, pois muitos são conflitantes entre si, mas ao utilizar esse mecanismo, é possível que todos subsistam na ordem jurídica.

Canotilho ao apresentar as principais diferenças que entende existir entre as regras e os princípios, corrobora alguns dos pontos já mencionados, além de apresentar outros critérios diferenciadores:

- a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;
- c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
- d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas de conteúdo meramente funcional;
- e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁶

Nessa esteira, dois grandes teóricos foram fundamentais na construção e no estudo dos princípios e das regras, como espécies de normas jurídicas, que foram Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujos posicionamentos convergiam ao considerarem as regras e os princípios como normas jurídicas⁷.

Por derradeiro, percebe-se que os princípios, nas suas diversas acepções, possuem uma relevância inegável nas ordens jurídicas, tanto quanto às regras, pois, conforme defende o

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

⁷ Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

direito constitucional contemporâneo (neoconstitucionalismo), é inquestionável que atualmente alguns princípios possuem força normativa, devendo ser aplicados, exatamente por serem espécie do gênero normas jurídicas.

Nesse contexto, devido ao seu caráter normativo, mormente quando são constitucionais, como se analisará no último capítulo, cabe impugnação da lei ou do ato que houver desconsiderado algum princípio de forma inquestionável.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No cenário do constitucionalismo moderno, é inegável a importância que os princípios constitucionais presentes na Constituição Federal de 1988 adquiriram, sejam eles explícitos ou implícitos, pois enquanto nas Constituições anteriores predominavam as regras, na atual, além das regras, há uma forte presença principiológica, havendo, inclusive, princípios que se contrapõem entre si, mas todos possuindo sua devida essencialidade para a construção de um país democrático de direito.

Com a evolução do neoconstitucionalismo e de novos parâmetros de se ver o direito, grande parte da doutrina já defende⁸, acertadamente, que os princípios, especialmente os constitucionais, possuem caráter normativo, devendo ser plenamente aplicados, além de servirem como parâmetros para a interpretação e aplicação das normas dos demais sistemas jurídicos e dos microssistemas, a exemplo do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Paulo Bonavides, um dos que corroboram esse novo viés de se entender os princípios constitucionais, é magistral ao falar sobre a sua importância no contexto do direito contemporâneo ao serem inseridos no corpo constitucional:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios residem, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.⁹

⁸ Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 289.

O autor defende que os princípios, ao migrarem para as Constituições, tornaram-se normas supremas do ordenamento, servindo de pautas ou critérios para que sejam avaliados todos os conteúdos normativos, passando a ter o mesmo prestígio e hegemonia que se confere às demais normas inseridas em uma Constituição.¹⁰

Percebe-se, portanto, o caráter normativo que possuem os princípios constitucionais, no contexto do direito contemporâneo, servindo como referencial para a criação de leis infraconstitucionais, que não devem violá-los, sob pena de serem declaradas inconstitucionais e atraírem a chamada eficácia negativa deles, como explica Barroso em sua obra:

A eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema –, seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não incidência no caso concreto.¹¹

Insta ressaltar que é feita a diferenciação dos princípios constitucionais por alguns autores¹², como José Afonso da Silva, que se baseou em Canotilho para classificá-los como princípios políticos-constitucionais ou fundamentais, que seriam os que constam nos artigos 1º ao 4º da Constituição de 1988; e princípios jurídicos constitucionais ou gerais, que seriam, na sua maior parte, desdobramento dos fundamentais.¹³

Nessa esteira, Barroso é outro teórico brasileiro que apresenta essas duas categorias para os princípios constitucionais, diferenciando os fundamentais, que seriam aqueles que expressam as decisões políticas mais importantes, como os princípios do Estado Democrático de Direito e o da dignidade da pessoa humana; dos gerais, que são os que constituem pressupostos ou especificações das decisões políticas, como no caso dos princípios da igualdade e da legalidade. Ainda, considera que os primeiros, os fundamentais, possuem maior grau de abstração, já os segundos, os gerais, têm mais densidade jurídica e aplicabilidade concreta.¹⁴

Entretanto, por mais que existam essas diferenciações, além de outras criadas pela doutrina, vão ser citados, a seguir, alguns princípios constitucionais, sem haver a preocupação em enquadrá-los nessas classificações. Logo, o importante é lembrar o caráter normativo

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289-290.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362.

¹² Vide: BARROSO, op. cit.; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

¹³ SILVA, op. cit., p. 93.

¹⁴ BARROSO, op. cit., p. 360.

desses princípios, segundo a doutrina constitucional moderna, servindo de parâmetros para a formulação da legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, serão abordados os princípios constitucionais mais relevantes que irão auxiliar na interpretação do artigo problemático, cerne desse trabalho, para compreender como são aplicados no mundo jurídico e mais especificamente no presente caso, para se determinar no último capítulo a (in)constitucionalidade do tratamento conferido ao cálculo do dano moral na Reforma Trabalhista por violação a esses princípios.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é algo intrínseco a todo ser humano, devendo ser respeitada por todos, inclusive pelo Estado, tendo sido alçado à categoria de princípio com a Constituição de 1988, sendo um reflexo do constitucionalismo moderno e da centralidade que a pessoa humana passou a ter no contexto jurídico.

Sendo assim, pois de outra forma não deveria ser, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, devendo guiar toda a aplicação e interpretação do direito, auxiliando, ainda, na busca da coerência do ordenamento jurídico.

Immanuel Kant, expoente filósofo do século XVIII, já defendia em uma das suas obras mais relevantes, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o valor que a pessoa humana deve ter, nunca devendo ser utilizada como um meio para se atingir algum objetivo pelos seus semelhantes, e sim como um fim em si mesmo. Kant apresenta, de forma brilhante, sua perspectiva:

[...] O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.¹⁵

Porém, como Kant formulou seu pensamento há um certo tempo atrás, muito já foi alterado e mudado quanto à filosofia relacionada à dignidade humana. Entretanto, é importante enfatizar que mesmo com as inovações advindas do passar do tempo, a teoria de

¹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 68.

Kant sobre o ser humano e o seu valor foi imprescindível para auxiliar na construção de teorias e institutos jurídicos que buscam proteger a dignidade humana.

Percebe-se a extrema importância do princípio da dignidade da pessoa humana pela posição em que este ocupa na Constituição Federal de 1988, já que consta no inciso III¹⁶ do seu primeiro artigo, que define os fundamentos que devem guiar a República Federativa do Brasil. Portanto, o Poder Constituinte se preocupou em positivá-lo na Constituição, estando presente, ainda, de forma direta nos artigos 170, 226, 227 e 230¹⁷, ou indiretamente em vários dispositivos mediante regras específicas que tentam garantir uma dignidade mínima ao ser humano.

No cenário internacional, inúmeros documentos e pactos firmados após a Segunda Guerra Mundial e na segunda metade do século XX fazem constar a garantia à dignidade da pessoa humana. Isso se deve, principalmente, às grandes atrocidades cometidas contra o ser humano nas duas guerras mundiais que assolaram o planeta na primeira metade do século XX, especialmente o nazismo e os campos de concentração.

Assim, após esse longo período conturbado da história mundial, a preocupação com o ser humano e sua proteção foi intensificada, sendo referenciada já na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁸, aprovada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), e em diversos outros documentos na segunda metade do século XX, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, ao afirmar no seu preâmbulo:

[...] considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da

¹⁶ CF/88: “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”

¹⁷ CF/88: “Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” (grifo nosso).

CF/88: “Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos **princípios da dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (grifo nosso).”

CF/88: “Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]” (grifo nosso).

CF/88: “Art. 230: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo **sua dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. [...]” (grifo nosso).

¹⁸ DUDH/48: “Art. 1º: Todos os 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.”

família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...].¹⁹

É difícil, mesmo para os grandes doutrinadores²⁰ sobre a temática, definir especificamente o que deve estar presente na vida de um indivíduo para que se afirme que este teve sua dignidade respeitada e apresentar um conceito preciso desse princípio. Inclusive, na prática, partes opostas em uma questão, podem acabar por requerer o uso desse princípio, devido a essa dificuldade de se delinear exatamente qual é o seu conteúdo inerente.

Sarlet, na tentativa de apresentar uma conceituação dele, o faz da seguinte forma:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹

Na tentativa de se encontrar elementos intrínsecos a esse princípio, Daniel Sarmento expõe quatro que o compõem, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento.²²

Por sua vez, Barroso considera que esse princípio engloba o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário²³. O mínimo existencial, que é considerado um elemento autônomo para Sarmento, está inserido, na ótica de Barroso, dentro da questão da autonomia, pois considera que um indivíduo só possui uma real autonomia quando possui condições mínimas de vida que o permitam exercer tal autonomia de forma livre.²⁴

Diante do exposto, um dos elementos lembrados por esses autores foi a questão do valor intrínseco do ser humano, que, segundo Barroso, consiste no componente ontológico da

¹⁹ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

²⁰ Vide: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, p. 37, apud SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 90.

²² SARMENTO, op. cit., p. 90.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 290.

²⁴ Ibid., p. 292.

dignidade, ligado diretamente à natureza do ser da pessoa humana, sendo o elemento que o faz distinguir dos outros seres vivos e das coisas. Ele ainda cita atributos como a inteligência, sensibilidade e capacidade de comunicação, como aspectos que tornam o homem um ser singular.²⁵

Nesse cenário, há também a questão do reconhecimento ou valor comunitário, não obstante serem denominações diferentes, possuem um conteúdo similar, já que ambos se relacionam à necessidade de se considerar o homem como um ser inserido em uma sociedade, que se relaciona com outras pessoas, como bem explica Barroso:

O valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas responsabilidades e deveres a elas associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias.²⁶

A autonomia, sinteticamente, é o aspecto da dignidade que permite às pessoas optarem por como viver suas vidas, de acordo com suas escolhas, desde que não prejudiquem direitos de terceiros. É o poder, em suma, do homem decidir o rumo da sua vida.

No que tange ao mínimo existencial, esse instituto procura definir o básico que deve ser garantido à pessoa humana para que a sua dignidade esteja sendo respeitada, conquanto não corresponda à prática do que ocorre na realidade brasileira, possui extrema importância, por buscar delimitar alguns direitos e necessidades essenciais do indivíduo que devem ser respeitados.

Porém, como bem explica Sarmiento, há uma dificuldade em conseguir definir com exatidão quais serão esses direitos e necessidades, pois o que é considerado vital e essencial para uma sociedade ou um povo, em determinado contexto, muitas vezes não tem essa importância toda para outros tipos de sociedades.²⁷

Além dos estudos relacionados à tentativa de se determinar conceitualmente o que compõe o princípio, os estudiosos sobre o tema também se preocupam em apontar as diversas funções que o princípio possui. Sarmiento, em sua obra, apresenta as que ele considera mais relevantes e que são mais lembradas pela doutrina:

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 290.

²⁶ Ibid., p. 292.

²⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 214-215.

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critérios para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.²⁸

Salienta-se que dentre essas funções a mais essencial para a compreensão e análise desse trabalho é a função de parâmetro para controle de atos estatais, em que, segundo Sarmento, os atos estatais, sejam esses administrativos, normativos ou jurisdicionais, devem estar em conformidade com o princípio, senão devem ser declarados inválidos, incidindo o chamado efeito negativo do princípio.²⁹

Portanto, como consta em documentos internacionais e mais precisamente na própria Constituição Brasileira, o ordenamento jurídico, ao serem criadas leis ou na aplicação delas, deve manter coerência e respeitar esse princípio.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizam o princípio da dignidade humana em incontáveis decisões, como nos trechos destacados dos seguintes casos:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (HC 12.547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001, p. 115)³⁰ (grifo nosso).**

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

²⁹ Ibid., p. 84.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus N. 12.547 - DF (2000/0022278-0).** Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000222780&dt_publicacao=12/02/2001>. Acesso em: 15 fev. 2019.

DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA [...] DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - **O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.** [...] (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572) (grifo nosso).³¹

Existem muitos outros casos, pois é certo que os Tribunais brasileiros compreenderam o papel fundamental que a dignidade humana possui no direito pátrio, devendo ser sempre protegido e respeitado.

Não obstante, muitas questões complexas vão sendo criadas em torno do princípio, inclusive quanto à definição do seu núcleo essencial e suas principais funções no direito, mas cabe aos estudiosos do direito e aos legisladores encontrarem a melhor solução e interpretação para a temática, não se podendo aceitar a simples violação desse princípio fundamental por ser o caminho mais fácil.

2.2.2 Princípio da Isonomia/Igualdade

O princípio da isonomia, ou igualdade, é outro princípio constitucional fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser respeitado e observado pelos agentes estatais e pelos particulares.

Pode-se afirmar, inclusive, que este se inclui dentro do princípio da dignidade humana, já que somente há real dignidade quando prevalece a igualdade entre as pessoas, porém, esse princípio é mais do que um mero desdobramento do primeiro, pois possui funções e autonomia própria.

Atualmente, é indiscutível o valor que todo ser humano possui, independente de sexo, raça, sexualidade, classe social, origem e qualquer outro fator que o caracterize. Portanto, sendo assim, todos possuem o mesmo direito a uma vida com condições dignas, em igualdade jurídica e de oportunidades em relação a todos os demais indivíduos de uma sociedade.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554 AgR**. Relator Min. Celso De Mello, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28477554%20ENUME%2E+OU+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpo847m>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

A igualdade é subdividida, pela doutrina³², em igualdade formal e material, sendo a primeira aquela que se preocupa que haja igualdade de todos no aspecto mais formal, perante a lei, por exemplo; ela emergiu primeiramente no contexto das Revoluções do Século XVIII e XIX, sendo marcante na 1ª Geração dos Direitos Fundamentais, em que o objetivo maior era superar os privilégios que eram destinados a certas classes sociais durante a monarquia. Portanto, a ênfase, nessa primeira fase, se deu na igualdade perante a lei, sem distinções derivadas de classe social ou qualquer outro fator.

Entretanto, com o passar dos anos, se percebeu que não bastava a igualdade formal para que fosse alcançada a justiça, então, nesse contexto, foi se estabelecendo a ideia da igualdade material. Essa floresceu no âmbito das Revoluções Sociais do Século XX, marcando a 2ª Geração dos Direitos Fundamentais. A igualdade material, diferente da formal, é aquela que, dependendo das situações fáticas, faz ser possível tratar com desigualdade aqueles que estão em posição desigual na sociedade, para que a verdadeira igualdade entre todos seja alcançada.

Um caso que exemplifica bem a questão da igualdade material é o tema, ainda muito polêmico, da necessidade das cotas afirmativas para determinados grupos ou tipos de pessoas que, por motivos históricos e sociais, encontram-se em posição desigual em relação ao resto da sociedade, não tendo como competir em plena igualdade sem essas ações. Ressalta-se que essas medidas não são definitivas, devendo ser aplicadas até se conseguir atingir um patamar mínimo de isonomia entre os grupos destinatários das cotas e o resto da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 positivou em vários dos seus artigos a ideia da igualdade, como se percebe já no seu artigo 3º, em que apresenta entre os objetivos fundamentais do país a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a busca do bem de todos, sem haver diferenciações e preconceitos em decorrência da origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminações (inciso IV)³³.

Esses dois dispositivos preocuparam-se em tentar garantir na lei um país igual e justo para todos, e apesar das enormes dificuldades que se apresentam na prática, é salutar a intenção dos constituintes ao normatizarem esses objetivos.

³² Vide: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³³ CF/88: “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Por sua vez, o *caput* do artigo 5º delimita o direito de igualdade de todos perante a lei, sejam brasileiros ou estrangeiros, garantindo-lhes também a inviolabilidade do direito à igualdade, como se percebe na redação do artigo:

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 [...].³⁴

O primeiro inciso do mesmo artigo também é relacionado com a isonomia, ao determinar que homens e mulheres são iguais entre si, em relação a direitos e obrigações. Nesse mesmo sentido, percebe-se a tentativa de se concretizar a isonomia em diversos outros artigos constitucionais, como quando se determina a igualdade entre filhos, sejam advindos do casamento ou não³⁵, a igualdade jurídica propriamente dita³⁶ ou entre profissionais que utilizam diferentes técnicas³⁷, esses sendo apenas alguns exemplos, corroborando, portanto, a importância que este princípio tem para a ordem jurídica do país.

É plenamente válida a imposição de diferenciações quando for necessário para garantir a igualdade material. Entretanto, quando não houver nenhum motivo fático ou jurídico para se diferenciar perante a lei um grupo de pessoas que se encontram na mesma situação, a isonomia é violada, pois já não se está tentando igualar os desiguais, fazendo o oposto, permitindo diferenciações a certos tipos de pessoas em detrimento de outras, sem nenhuma razão plausível, devendo o ato que provocou essa quebra da igualdade ser declarado inconstitucional ou ser revogado.

Nesse contexto, José Afonso da Silva expõe isso ao defender que um ato pode ser inconstitucional quando faz discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade, discriminando umas em face de outras, permitindo que permaneçam em condições favoráveis desiguais. A solução, segundo o autor defende, acertadamente, é declarar

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³⁵ CF/88: “Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

³⁶ CF/88: “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: [...]” (grifo nosso).

³⁷ CF/88: “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; [...]”

inconstitucional todo ato discriminatório em relação a quantos solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a impetração de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).³⁸

Portanto, a fim de se atingir uma real igualdade e justiça, é necessário analisar o caso concreto para se identificar se faz necessária a igualdade material, ou se apenas a formal já é suficiente.

Nessa esteira, diversos julgamentos proferidos pelo STF nos últimos anos utilizaram como argumento o princípio da isonomia, de forma abrangente, ou através das regras específicas que existem sobre a igualdade na Constituição, como já comentado anteriormente. Vislumbra-se esse posicionamento no seguinte arresto:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL 14.824/2009 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ISENÇÃO DA TARIFA DE PEDÁGIO EM RODOVIAS FEDERAIS DO ESTADO PARA VEÍCULOS EMPLACADOS EM MUNICÍPIOS DETERMINADOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 19, III, 37, XXI, E 175, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. 1. **Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, caput**, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. A lei impugnada tem o claro propósito de conferir tratamento mais favorável a veículos emplacados em Municípios catarinenses em que instaladas praças de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116, estando em desacordo com o art. 19, III, do texto constitucional. [...] (STF/Plenário, ADI 4382 SC, em 11/10/2018, Relator Ministro Alexandre de Moraes).³⁹ (grifo nosso)

No artigo referente à limitação do valor indenizatório do dano moral trabalhista, será questionada a violação da isonomia formal, ao estabelecer valores máximos às indenizações por danos extrapatrimoniais trabalhistas, que não existem em outras searas jurídicas, como nas relações de consumo, e principalmente por utilizar como parâmetro da indenização o salário contratual das vítimas, provocando uma desigualdade sem fundamento nenhum entre pessoas que recebem maior salário e aquelas que recebem menos.

É preciso sempre se ater a ideia de que o princípio da igualdade é um princípio constitucional fundamental no direito brasileiro, devendo ser respeitado, pois somente com uma verdadeira igualdade é que a justiça se concretiza. Logo, apesar de existirem muitos

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 229.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4382 SC**. Relator Min. Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544106>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

fatores que dificultem a concretização e efetividade plena desse princípio, o respeito aos comandos constitucionais, que são reflexo dele, já é um bom início.

2.2.3 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade⁴⁰ é considerado essencial, apesar da dificuldade em defini-lo precisamente, pois é aquele que deve nortear todos que tomam decisões estatais, seja na esfera administrativa, jurisdicional ou legislativa, para que a decisão seja a mais justa possível, sobrepondo todos os efeitos positivos e negativos da medida, além das suas eventuais consequências, para que realmente adotem soluções proporcionais aos casos concretos.

É considerado um princípio constitucional, já que apesar de não estar expressamente contido na Constituição, ele é decorrência de vários preceitos que constam nela, como bem explica Sarlet:

Embora não se pretenda sobrevalorizar a identificação de um fundamento constitucional para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em termos gerais, é possível reconduzir ambos os princípios a um ou mais dispositivos constitucionais. Assim, de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, LIV, da CF, no que assegura um devido processo legal substantivo [...]⁴¹

Esse princípio pode ser subdividido em três partes, para que seja possível analisar a pertinência de uma ação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Resumidamente, deve-se analisar se a medida a ser tomada é realmente necessária para aquela situação, também se é a mais adequada, e por fim, no que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, se na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, determinar se a medida é legítima.⁴²

⁴⁰ A respeito da diferenciação existente na doutrina sobre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, no presente trabalho seguiu-se o entendimento esboçado por Barroso ao considerar que embora tenham origens diversas, ambos abrigam os mesmos valores subjacentes, sendo intercambiáveis por não haver efeitos práticos na distinção. Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 258.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 391.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 260.

A utilização desse princípio é lembrada mais quando na análise das políticas públicas, quando os agentes estatais precisam escolher qual a medida mais adequada a ser implementada em uma situação específica, devendo se valer do princípio a fim de se escolher àquela que acarrete menos ônus à Administração Pública, mas que ao mesmo tempo traga benefícios.

Entretanto, também é direcionada aos legisladores, para que no momento da elaboração de uma lei, possam analisar racionalmente a sua relevância e se ela irá trazer mais prejuízos ou benefícios à sociedade.

Salienta-se que ele também é um norte fundamental para os magistrados quando forem aplicar o direito a um caso concreto, para que não ocorram julgamentos desproporcionais, em que, por exemplo, há um enriquecimento sem causa de uma das partes, ou ao contrário, a medida coercitiva imposta seja tão insignificante que não sirva nem para coibir o agente que praticou a conduta ilícita de praticar novamente atos similares.

Nesse contexto, Barroso expõe que o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro para os magistrados declararem atos legislativos e administrativos como inconstitucionais ou inválidos, mas, ressalvando, que apenas em determinadas situações específicas.

Barroso apresenta algumas dessas hipóteses, a exemplo de quando não houver adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; nas hipóteses em que a medida não seja exigível ou necessária, havendo outros meios alternativos, em que se poderia chegar ao mesmo resultado, com um ônus menor a um direito individual; e por fim, quando não haja proporcionalidade em sentido estrito, que é quando o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.⁴³

Seguindo esse mesmo entendimento, Sarlet também defende que uma das funções desse princípio, na sua atuação positiva, é justamente quando o princípio é aplicado como critério de controle de constitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, atuando, nesse aspecto, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.⁴⁴

Os Tribunais brasileiros empregam esse princípio, sob as suas mais variadas acepções em inúmeros julgamentos, seja para embasar a inconstitucionalidade de um ato, determinar se

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 392.

a medida tomada foi proporcional, e principalmente para decidirem de forma justa os casos sem impor um ônus muito excessivo para uma das partes e uma vantagem muito discrepante para o outro polo da relação.

Deste modo, ao analisar as melhores soluções a serem tomadas em uma decisão, os agentes estatais, sejam da esfera administrativa, legislativa ou judiciária, devem sempre se valer da proporcionalidade, examinando todas as circunstâncias do caso concreto para determinar qual a solução adequada àquela situação. Consequentemente, quando esse princípio é evidentemente violado, sendo aprovado um ato mais oneroso do que benéfico, ele deve ser eliminado do mundo jurídico.

2.2.4 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Finalizando-se a análise dos princípios constitucionais mais relevantes ao trabalho, há o chamado princípio da vedação ao retrocesso social, considerado um princípio implícito, extraído de demais princípios e direitos garantidos pela Constituição, como bem explica o Ministro Luís Roberto Barroso em parte do seu voto no julgamento de um Recurso Extraordinário (RE 878694/MG) no Supremo Tribunal Federal:

[...] Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso. **Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais.** Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.⁴⁵ (RE 878694/MG, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/17, DJE 06/02/18) (grifo nosso)

Portanto, embora não esteja expresso de forma explícita na Constituição, há diversos julgados nas Cortes Superiores brasileiras em que há o reconhecimento desse princípio implícito, principalmente no que tange aos direitos sociais.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 878694/MG**. Relator Min. Luís Roberto Barroso, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>, p. 27-28. Acesso em: 26 fev. 2019.

O princípio da vedação ao retrocesso social visa garantir que direitos, com ênfase nos sociais, adquiridos pelos indivíduos ao longo do tempo, não sofram mudanças bruscas e retrógradas, prejudicando de forma inestimável os destinatários de tal direito.⁴⁶

No contexto do direito do trabalho, reafirma que direitos e garantias sociais constitucionais adquiridas pelos trabalhadores ao longo do tempo não devem sofrer retrocessos e mudanças que prejudiquem de forma irreparável esses sujeitos.

Canotilho aborda esse princípio, formulando um entendimento em que entende que ele é um direito de defesa dos indivíduos de um Estado de Direito contra regressões nos seus direitos, demonstrando bem o seu conteúdo, como se vislumbra no seguinte trecho:

As normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais, e culturais de caráter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma proibição de retrocessos, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este “transforma-se”, nessa medida, em “direito negativo” ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.⁴⁷

É importante ressaltar que tudo deve ser analisado de acordo com as possibilidades fáticas, já que em situações extremas é possível restringir ou extinguir um direito, mas somente quando não houver nenhuma outra solução plausível e menos onerosa para a situação.

Entende-se que esse princípio deve guiar os legisladores quando forem formular novas leis ou alterar antigas, a fim de que não provoquem mudanças nas legislações supervenientes, sem uma razão manifestamente justificável, que violem diretamente direitos e garantias sociais garantidos constitucionalmente, sob pena de esses dispositivos poderem ser declarados inconstitucionais.⁴⁸

Em suma, há o reconhecimento da ordem jurídica a esse princípio, sendo ele fundamental para proteger direitos e garantias conquistados após muitos obstáculos e lutas pelos atores envolvidos, não podendo, portanto, os legisladores simplesmente eliminarem esses direitos sem motivos plenamente justificáveis ou sem apresentarem alternativas viáveis ao direito que está sendo prejudicado.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 635-636.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

⁴⁸ SARLET, MARINONI, MITIDIERO, op. cit., p. 636.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente capítulo, é necessário preliminarmente fazer um breve panorama no que consiste a responsabilidade civil e os seus elementos, para depois passar ao estudo sobre o dano moral, apontando suas principais características e nuances necessárias para compreender esse instituto.

A responsabilidade por um ato ocorre no direito no campo penal, administrativo e civil. A responsabilidade civil, importante para o entendimento do trabalho, vai ser a única examinada, mas é importante ressaltar, de qualquer forma, que um mesmo ato ou conduta pode provocar responsabilização do agente nessas diversas áreas, dado o princípio da independência das instâncias.

Em sede de responsabilidade civil, essa pode ser entendida como a responsabilidade a que é submetida aquele que pratica um ato considerado ilícito pelo direito civil, ou no caso da responsabilidade objetiva, quando advêm danos de atividades consideradas de risco ou nos casos expressos em lei.

O renomado Álvaro Villaça Azevedo conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

[...] entendemos que responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem.⁴⁹

Essa responsabilização civil pode ser contratual ou extracontratual, essa chamada de aquiliana. A contratual é aquela decorrente da violação de alguma cláusula ou proibição inserida em um contrato preexistente, como bem explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.⁵⁰

Por sua vez, a extracontratual ou aquiliana é aquela na qual a violação não decorre de um contrato, e sim da violação de um comando legal, sendo assim, como explica Gonçalves,

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 244.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

ao afirmar que quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo, é a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual⁵¹.

Portanto, a responsabilidade civil pode ser compreendida como sendo a responsabilidade atribuída ao indivíduo que mediante um ato provocou um dano a alguém ou a algo. Esse ato pode advir de uma conduta ilícita ou do abuso de um direito.

A responsabilidade civil se subdivide, ainda, em subjetiva e objetiva. Enquanto na responsabilidade subjetiva, se faz necessária a comprovação de pelo menos culpa por parte do autor da conduta, na objetiva isso não se faz necessário, conforme expõe Gonçalves.⁵²

No direito civil brasileiro, a regra é a responsabilidade subjetiva, apesar do Código Civil de 2002 haver previsto alguns casos específicos da objetiva⁵³. No Brasil, a responsabilidade objetiva predomina no campo do direito administrativo, com a responsabilização estatal, e nas relações de consumo, disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os doutrinadores⁵⁴ divergem sobre os elementos que compõem o instituto da responsabilidade civil. Porém, três elementos são aceitos como indispensáveis para que se tenha a responsabilidade civil, quais sejam: conduta, dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. O quarto elemento, que a doutrina majoritária, a exemplo de Gonçalves e

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 46.

⁵² Ibid., p. 49.

⁵³ CC/02 (Lei 10.406/02): “Art. 927: [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” “Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” “Art. 933: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

⁵⁴ Vide: GONÇALVES, op. cit.; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015; TARTUCE, Flávio. **Direito civil** - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Sérgio Cavalieri Filho, diz ser necessário estar presente, é a culpa por parte do agente, como se percebe no posicionamento de Flávio Tartuce, quando explica que:

[...] ainda prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar.⁵⁵

No sentido contrário, Stolze e Pamplona Filho entendem não ser a culpa um elemento fundamental para se caracterizar a responsabilidade civil, nos seguintes termos:

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade.⁵⁶

Esse último entendimento da não necessidade de se colocar a culpa como elemento comum da responsabilidade civil, em geral, também é corroborado pelo fato que doutrina e jurisprudência já diferenciam a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, exatamente pela necessidade de haver culpa ou não por parte do autor da conduta.

Entretanto, apesar das divergências, como o objetivo do presente trabalho não é se aprofundar nessa controvérsia, segue-se à análise resumida dos quatro elementos considerados essenciais pela doutrina majoritária para a existência da responsabilidade civil.

3.1.1 Conduta

O primeiro elemento fundamental da responsabilidade civil é a realização de uma conduta, que pode se dar mediante uma ação ou de uma omissão, prejudicando direito de outrem. Essa conduta, como bem explica Cavalieri, pode ser compreendida como sendo:

[...] o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.⁵⁷

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil** - vol. 2 - Direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 363.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

Percebe-se, na explanação do autor, que é fundamental que haja a vontade humana na prática da conduta, sendo, então, a voluntariedade primordial para que uma ação ou omissão tenha relevância jurídica.

Nesse contexto, a ação ocorre quando alguém pratica um ato positivo, causando um dano no mundo fático. Por sua vez, a omissão, que possui relevância para o direito, também pode ser punida quando houver expressa previsão de dever de agir e quem possuía esse dever não o fez. Percebe-se a importância da omissão para o direito, no trecho de Stolze e Pamplona Filho:

Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo.⁵⁸

Insta ressaltar que a regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é a responsabilidade por fato próprio, ou seja, responsabiliza-se quem pratica a conduta. Contudo, como explica Gonçalves,⁵⁹ em determinadas situações, pode haver a responsabilização de terceiros por fatos que outros praticaram, sendo conhecida como responsabilização por fato de outrem ou de terceiros, consistindo a situação dos pais que respondem pelas ações dos seus filhos o caso mais clássico, mas existindo outras hipóteses previstas no art. 932 do Código Civil.

3.1.2 Dano

O segundo elemento, aquele que será analisado mais profundamente no presente trabalho, é a ocorrência de um dano a um bem jurídico de alguém, que precisa ser atual e certo, não sendo indenizável um suposto dano futuro ou ainda incerto. O dano é imprescindível para que ocorra a responsabilidade civil, pois enquanto pode existir a responsabilidade sem a culpa, por exemplo, ela não subsiste sem a ocorrência de um dano a ser reparado.

Embora não se encontre nos diplomas legais brasileiros uma definição exata no que consiste o dano, vários conceitos foram construídos pela doutrina, como o de Cavalieri, que o conceitua da seguinte forma:

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 116.

[...] lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.⁶⁰

Portanto, percebe-se que o dano pode acontecer em detrimento de bens materiais (dano patrimonial) ou imateriais (dano extrapatrimonial ou moral), ambos possuindo sua devida importância e a necessidade de reparação quando eles ocorrerem.

3.1.3 Nexo de causalidade

É certo que além da conduta e do dano, se faz imprescindível que haja um nexos de causalidade entre a conduta e a ocorrência do dano, se não, não há responsabilidade civil. O nexos de causalidade, segundo Tartuce, representa “o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém”⁶¹.

Existem fatores que atenuam esse nexos de causalidade, diminuindo, por consequência, a indenização devida pelo dano, como quando há culpa ou fato concorrente por parte da vítima ou de terceiros para a ocorrência do dano⁶². Nessas situações, o valor da reparação vai ser calculado de acordo com a participação do infrator e da vítima no ato que provocou o dano.

3.1.4 Culpa

A culpa adquire relevância para que seja possível a responsabilidade civil quando se trata da subjetiva, que é a regra no Código Civil Brasileiro. A objetiva, por sua vez, como já citado anteriormente, independe da culpa por parte do agente, bastando a conduta, o dano e o nexos de causalidade.

Nesse contexto, a culpa estará presente, apesar de existirem diversas noções e abordagens, quando há a violação de um dever objetivo de cuidado. O artigo 186⁶³ do Código

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** - volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 545.

⁶² Ibid., p. 547.

⁶³ CC/2002: “Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Civil expõe que haverá culpa quando um ato ilícito for praticado de forma imprudente ou negligente, mas ainda existe, dentro da noção de culpa, a prática de um ato por imperícia.

Segundo Gonçalves, a imprudência está presente quando um ato comissivo é praticado mesmo quando o autor da conduta deveria abster-se do ato, ou quando se age de forma precipitada, já a negligência decorre de uma omissão, em que o agente não tomou as precauções necessárias; ainda há a imperícia, que se refere mais a profissionais, quando praticam uma atividade ou profissão sem possuir a capacidade técnica necessária.⁶⁴

A culpa, em sentido amplo (*lato sensu*), engloba a culpa propriamente dita (*stricto sensu*) e o dolo. No âmbito do direito civil, não faz diferença se o ato ilícito foi cometido com dolo ou culpa, mas é importante, para questões relacionadas ao valor da indenização, saber diferenciar se é caso de dolo ou de culpa.

Cavaliere diferencia de forma exemplar o dolo da culpa *strictu sensu*, argumentando o seguinte:

[...] que tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado.⁶⁵

Desse modo, no âmbito do direito civil, enseja o direito à reparação quando houver a configuração de um dano em decorrência de uma conduta, seja tenha ela sido praticada com o dolo ou com culpa *strictu sensu*.

3.2 DANOS

Retomando o que foi citado anteriormente, os danos decorrentes de uma ação ou omissão são subdivididos em danos que afetam o patrimônio material de alguém (danos materiais) e aqueles que afetam direitos não estimáveis monetariamente, como os direitos de personalidade, por isso, sendo chamados de danos extrapatrimoniais. A seguir, serão explanados esses dois tipos principais de danos que ensejam responsabilização civil.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329-330.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

3.2.1 Dano material/patrimonial

O dano material é aquele que decorre quando a conduta de um agente recai sobre um bem material, trazendo prejuízos a esse bem ou danificando-o de forma irreversível. Esse dano, que é o mais antigo e conhecido pelo direito, deve ser reparado. Segundo Vólia Bomfim, atinge os bens materiais da vítima, podendo ser o patrimônio presente (dano emergente) e/ou futuro (lucro cessante).⁶⁶

É necessário, para melhor entendimento, definir o que seria um bem material, e nas sábias palavras de Cavaliere, são “o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”⁶⁷, incluindo bens corpóreos e incorpóreos de um sujeito.

É mais simples conseguir quantificar um dano material, porque em geral corresponde ao valor do bem patrimonial que se perdeu ou que foi desvalorizado. Na questão do dano material, existem as figuras do lucro cessante e dos danos emergentes, como bem expõe Gonçalves, ao afirmar que “o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante”.⁶⁸

O dano emergente é mais fácil de se definir o valor, pois corresponde à extensão do dano ao bem material, mensurado mediante um cálculo sobre o quanto valia o bem; ou, no caso em que o bem não tenha sido totalmente inutilizado, o valor correspondente à parte que sucumbiu. O ilustre Cavaliere explica isso, sucintamente e de forma clara:

A mensuração do dano emergente, como se verá, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante [...].⁶⁹

Contudo, os lucros cessantes, como é aquilo que a vítima deixou de ganhar devido ao bem danificado, são mais difíceis de serem monetizados, mas no caso concreto, o Juiz, ao avaliar todas as variáveis, consegue chegar a valores que ao menos se aproximem daquilo que se deixou ganhar. Inclusive, como explanam Stolze e Pamplona Filho, apresentando o Resp.

⁶⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 891.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 369.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 104.

320417/RJ, “a recente jurisprudência do STJ continua sendo rígida quanto à necessidade de o julgador utilizar o bom senso para aferir a sua configuração [...]”.⁷⁰

Portanto, os danos materiais e sua reparação não apresentam uma maior dificuldade na sua mensuração, com a ressalva dos lucros cessantes, que necessitam de razoabilidade por parte dos magistrados para o seu cálculo.

3.2.2 Dano extrapatrimonial

Enquanto o dano patrimonial envolve um bem jurídico patrimonial, passível de se determinar o valor e a sua devida reparação, os danos extrapatrimoniais ocorrem quando há uma lesão aos direitos de personalidade do ofendido, atingindo sua esfera íntima e pessoal, que não possuem um valor pecuniário, mas, que da mesma forma, deve ser objeto de reparação.

Há muitas divergências na doutrina⁷¹ sobre as denominações utilizadas para os danos que não são patrimoniais. Há quem afirme que o dano extrapatrimonial significa o mesmo que dano moral, como Cavalieri:

[...] a moderna expansão do dano ressarcível acima referida, com a aparição de múltiplas espécies completamente novas, seja pela sua origem, seja pela sua amplitude, ainda nos parece mais correto e seguro classificar o dano nas suas duas modalidades tradicionais – o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial. As demais são meras subespécies que acabam por ensejar bis in idem no momento de quantificar a indenização.⁷²

Por outro lado, há quem defenda que esse dano extrapatrimonial engloba o dano moral e o dano existencial, e ainda pairam dúvidas se o dano estético seria autônomo ao dano moral ou se consiste em uma das espécies do dano extrapatrimonial.

Entretanto, apesar das confusões de nomenclatura e a dificuldade em se encontrar um consenso, no presente trabalho o enfoque estará no dano moral propriamente dito, utilizado como sinônimo de dano extrapatrimonial, a despeito das denominações e divergências. Contudo, à título de compreensão, será citado brevemente o dano existencial, por ter sido enquadrado como dano extrapatrimonial pela Reforma Trabalhista, como será estudado no próximo capítulo.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

⁷¹ Vide: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103; CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 911.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103.

3.2.2.1 Dano existencial

Nesse contexto de valorização do dano moral, outros tipos de danos não relacionados diretamente a bens materiais surgiram, a exemplo do dano estético, e também, o chamado dano existencial. Faz-se necessária uma breve explicação no que consiste esse dano existencial pelo fato de que a Reforma Trabalhista, a ser analisada mais a frente, na parte em que introduziu sobre o dano extrapatrimonial, distinguiu entre a ofensa que atinge a esfera moral ou a existencial, como se depreende do novo artigo 223-B da CLT:

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.⁷³

O dano existencial é aquele que atinge a esfera íntima de uma pessoa, causando prejuízos que interferem diretamente no modo de vida desse indivíduo, modificando-o, ao atingir sua dignidade e a sua própria existência, violando os seus direitos fundamentais. No artigo de Kleber Henrique, em que este trata especificamente sobre a abordagem do dano existencial na Lei 13.467/17, ele define esse tipo de dano da seguinte forma:

[...] o dano existencial se refere ao prejuízo, mal, vinculado ao existencialismo da pessoa humana, ou seja, o estar aqui, cujo ato ilícito praticado pelo infrator interfere diretamente na vida pessoal do trabalhador e se prolonga para fora do ambiente de trabalho, com a frustração do projeto de vida e da vida de relação [...].⁷⁴

Existem casos na jurisprudência pátria em que esse dano existencial aparece, inclusive na seara trabalhista, como no seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

EMENTA: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA E CONTÍNUA DE HORAS EXTRAS. PREJUÍZO CONFIGURADO. 1) **A imposição de jornada excessiva ao empregado, por si só, não implica ato ilícito apto a ensejar o pagamento de indenização a título de dano existencial, especialmente quando não comprovado, pelo empregado, prejuízo efetivo.** [...] 3) Nesse contexto, considerando o quadro fático registrado pela Corte de origem, insuscetível de reexame nesta fase recursal, de natureza extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, constata-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual , a submissão do trabalhador à jornada

⁷³ BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁷⁴ AFONSO, Kleber Henrique S. O dano existencial à luz da lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e MP 808, 14 de novembro de 2017, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 494.

exaustiva habitual, quando demonstrado o efetivo prejuízo do empregado, como evidenciado na hipótese, **implica lesão a direito de personalidade e, portanto, dano moral, na modalidade de dano existencial, a ensejar indenização, nos termos dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil.** Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (RR 1029-02.2016.5.12.0023, Relator(a): Min. Marcelo Lamego Pertence, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJ 26/10/2018).⁷⁵ (grifo nosso).

Entretanto, apesar de haver esse e outros casos na jurisprudência, esse tipo de dano ainda não possui tanta relevância em nosso direito pátrio. A sua importância maior reside em outros países, como na Itália, como bem explica também Kleber Henrique, já que foi no direito italiano que se originou essa nova modalidade de dano, que está sendo aceito no ordenamento jurídico brasileiro com respaldo nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal, que versam sobre a dignidade da pessoa humana e sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.⁷⁶

Conquanto tenha havido a positivação sobre o dano existencial no campo do direito do trabalho, a inexistência de elementos suficientes para determinar a sua configuração e a falta de seu aprofundamento pela Reforma Trabalhista, faz a interpretação e aplicação do instituto serem complicadas. Além disso, como entende Kleber Henrique, da forma como foi prescrito na Lei 13.467/17:

[...] não traz os elementos necessários para configuração do dano existencial para o fim de reparação, e também porque o dano existencial prescrito se refere ao dano moral, mantendo-se a mesma confusão teórica encontrada em alguns julgados, que não se preocupam em reconhecer a autonomia do dano existencial, ao lado do dano moral, como uma espécie de dano extrapatrimonial.⁷⁷

Portanto, apesar da citação do dano existencial na Reforma, como o objetivo do trabalho é se debruçar sobre os problemas que existem na quantificação do dano moral após a Reforma, a análise mais detalhada, a ser feita a seguir, recairá especificamente sobre este dano, como sinônimo do dano extrapatrimonial.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista: RR 1029-02.2016.5.12.0023**. Relator Min. Marcelo Lamego Pertence, 2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁷⁶ AFONSO, Kleber Henrique S. O dano existencial à luz da lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e MP 808, 14 de novembro de 2017, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 495.

⁷⁷ Ibid., p. 494.

3.3 DANO MORAL

A abordagem, daqui para frente, será direcionada especificamente para o dano moral em si e o direito à reparação em sua decorrência, para se poder entender um pouco mais sobre esse tipo de dano, sua evolução histórica e quando ele estará presente.

O dano moral é aquele decorrente de uma conduta que atinge os direitos de personalidade de determinada pessoa, podendo inclusive recair sobre pessoa jurídica. Os direitos de personalidade são aqueles que visam proteger a dignidade do ser humano, garantindo que caracteres íntimos essenciais para sua existência digna sejam protegidos pela ordem jurídica. O princípio da dignidade da pessoa humana, como já explanado no capítulo anterior, é corolário da ordem jurídica brasileira, devendo sempre ser respeitado, na medida do possível.

Paulo Lôbo, grande expoente sobre o assunto dos direitos de personalidade, define-os da seguinte da forma:

Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil.⁷⁸

Esses direitos foram fortalecidos com a Constituição de 1988 e posteriormente com o Código Civil de 2002, pois ambos trouxeram diversos artigos dispondo sobre esses direitos da personalidade, trazendo alguns exemplos, mas que não se resumem a estes. Os direitos de personalidade mais conhecidos e protegidos expressamente pelas citadas legislações são os referentes à intimidade, vida privada, honra, imagem e o nome das pessoas.

Então, em regra, o dano moral vai estar presente quando um dos atributos da personalidade for violado ou ameaçado, trazendo consequências psicológicas aos envolvidos. Stolze e Pamplona Filho conceituam o dano moral como sendo:

[...] lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁷⁹

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 111.

O dano moral, portanto, vai ser configurado quando uma conduta de um indivíduo atingir a esfera pessoal de outra, mais especificamente seus direitos de personalidade. Gonçalves corrobora esse entendimento, ao sintetizar o dano moral como sendo aquele:

[...] que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁸⁰

Vólia Bomfim também possui uma conceituação exemplar no que consiste o dano moral:

[...] é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade, etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito.⁸¹

É necessária a comprovação de que o indivíduo foi atingido de alguma forma significativa com a conduta para que se evite a banalização do dano moral, que já vem ocorrendo, em certa medida, pois meros aborrecimentos têm sido motivos para as pessoas ajuizarem ações pleiteando reparação por danos morais, sobrecarregando, mais ainda, o Judiciário com causas insignificantes. Segundo Cavalieri, para se enquadrar uma situação como um dano moral é necessário o seguinte:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁸²

Não obstante haja essa necessidade de demonstração da ocorrência de um efetivo dano à personalidade de um indivíduo, existem casos em que essa não se faz necessária, devido ao dano ser presumido. Nos últimos anos, a jurisprudência brasileira consolidou alguns entendimentos, inclusive sumulados, a respeito de danos morais presumidos, que são

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 389.

⁸¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 914.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

denominados de danos morais *in re ipsa*⁸³, por não dependerem de provas para gerarem o direito à reparação.

Quando ocorre uma situação que se enquadra como um dano moral *in re ipsa*, não é necessário provar de que forma a vítima foi atingida ou as consequências negativas na sua vida, pois a conduta, por si só, já configura um dano moral presumido para os indivíduos.

Existem, atualmente, várias situações que são enquadradas como geradoras do dano moral *in re ipsa* (presumido), a exemplo da devolução indevida de um cheque, de grande ocorrência no cotidiano, conforme entendimento consolidado na Súmula 388⁸⁴ do STJ, pois independe da aferição se houve ou não prejuízos para o dono do cheque. Mais um exemplo desse dano moral *in re ipsa* é o da Súmula 403 do STJ ao determinar que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”⁸⁵

Logo, se não for um caso de dano moral *in re ipsa*, faz-se necessária uma análise por parte do Judiciário, com o objetivo de se averiguar se a conduta, de fato, ensejou um dano moral ao indivíduo que clama sua reparação. Pois, não obstante esse dano tenha que ser reparado, é importante, também, não descaracterizar o instituto de tal forma que o faça perder sua importância no direito brasileiro.

3.3.1 Evolução histórica

Apesar da existência de vestígios de direito à reparação através de um valor pecuniário ao longo da história mundial, é certo que o instituto do dano moral somente ganhou ênfase a partir do século XX, em decorrência do cenário jurídico e político mundial, depois da ocorrência de duas grandes Guerras Mundiais, aliada à crescente preocupação em se proteger a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto do século passado, foi que o direito começou a se debruçar sobre os chamados direitos de personalidades, conforme explica Humberto Theodoro:

⁸³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil** - vol. 2 - Direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 420.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 388: A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula388.pdf> Acesso em: 29 jan. 2019.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[...] a descoberta dos chamados direitos de personalidade, avolumou-se a corrente dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, em cujo seio assumiu posição de destaque a plena reparabilidade das lesões à pessoa, na esfera extrapatrimonial. Várias leis, em diversos países, tomaram providências tutelares em defesa de direitos autorais, de imagens etc. Em 1942, finalmente, o tema veio a figurar no bojo do novo Código Civil Italiano.⁸⁶

Portanto, o fortalecimento do direito à reparação por danos extrapatrimoniais, inclusive com positivação nos diplomas jurídicos mundo afora e a sua relação intrínseca com a dignidade humana e os direitos da personalidade, é fato recente na história jurídica mundial.

Embora sejam recentes, é inegável a importância que esses temas possuem no direito moderno, sendo fundamental estudar e compreender cada vez mais esses institutos, para se poder enfrentar as dificuldades trazidas pelas relações e dinamicidade do mundo moderno.

3.3.2 Evolução no direito brasileiro

No direito brasileiro, no Código Civil de 1916 é possível encontrar artigos que tratavam especificamente sobre o dano, mais especificamente o artigo 156⁸⁷ desse extinto diploma. Esse artigo provocou muitas divergências e teorias entre os operadores e estudiosos do direito, já que esse não delimitou se era direcionado apenas para os danos materiais ou se aplicava também para os danos morais, como alguns doutrinadores alegavam.

Nesse contexto, três correntes distintas se formaram, a negativista, a eclética e a positivista.⁸⁸ A negativista era formada por teóricos que defendiam não ser cabível a indenização e reparação do dano moral. Já a eclética proclamava que só deveria ser indenizado o dano moral em situações específicas, sendo estas as seguintes:

Os adeptos da teoria eclética situavam-se a meio-termo quanto à questão. Para eles, haveria três situações em que se poderia aceitar a tese da ressarcibilidade por danos morais, quais sejam: (a) caberia indenização por danos extra-patrimoniais quando estes fossem causa eficiente de dano material; (b) caberia também indenização por danos morais quando os mesmos se originassem de delito criminal; e (c) caberia ressarcimento por danos morais nas situações em que a lei especificasse, ou seja, somente haveria indenização por danos morais se houvesse expressa determinação legal.⁸⁹

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2.

⁸⁷ CC/16: “Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.”

⁸⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 15.

Por fim, a positivista era a mais avançada nos seus entendimentos, pois se posicionava no sentido de que o dano moral deveria sim ser protegido pelo direito, sendo devida à reparação quando esse tipo de dano ocorresse.

O entendimento que prevaleceu por bastante tempo, contudo, era da aplicação do dano moral apenas no caso de leis específicas que contivessem a previsão dele, como foi o caso da Lei das Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e a Lei da Imprensa (Lei nº 5.250/67), ou quanto aos artigos do antigo Código Civil que continham a previsão referente à moralidade, como bem aponta Gonçalves:

O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como quando a lesão corporal acarretasse aleijão ou deformidade, ou quando atingisse mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1.538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloração, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550); calúnia, difamação ou injúria (art. 1.547). Mas, em quase todos esses casos, o valor era prefixado e calculado com base na multa criminal prevista para a hipótese.⁹⁰

No que concerne aos tribunais brasileiros, já havia aplicação da juridicidade do dano moral no século passado, porém predominavam essas divergências jurisprudenciais sobre sua ocorrência e como deveria ocorrer a abordagem jurídica.

Contudo, essas controvérsias foram solucionadas, de forma exemplar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deixou claro no seu artigo 5º o direito à reparação por dano moral, nos seguintes incisos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁹¹

Pode-se extrair, também, o direito à reparação por dano moral, do artigo 1º da Constituição de 1988, que introduz o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser o norte da aplicação do direito brasileiro, seja qual for a área.

Além da Constituição, o Código Civil Brasileiro de 2002 veio corroborar o que pregou a Carta Magna, ao confirmar no artigo 186 que o dano moral é encoberto pela legislação civilista. Segue a redação desses artigos que possuem suma importância para a

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 404.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

responsabilidade civil no direito brasileiro, pois além de prever o dano exclusivamente moral, define o que constitui um ato ilícito e o abuso de direito:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁹²

O direito à reparação do dano pela ocorrência de um ato ilícito está presente no artigo 927 do Código civilista:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁹³

Além do ato ilícito, o parágrafo único desse artigo ainda impõe que se deve reparar o dano, mesmo no caso de condutas sem culpa, ou seja, incidindo a responsabilidade objetiva, mas somente nos casos previstos em lei ou quando a atividade praticada pelo indivíduo provocador do dano pressupõe um risco aos direitos de outras pessoas.

Desse modo, percebe-se que é pacífico atualmente, no direito brasileiro, a existência do dano moral e o direito à sua reparação. As dificuldades impostas nos dias atuais sobre o tema se deslocaram para a questão de como se quantificá-lo adequadamente, além de como lidar com inúmeras novas situações que surgem com o avanço da tecnologia, como o dano moral decorrente de condutas praticadas na Internet, e ao mesmo tempo, não banalizar o instituto, já que não é qualquer aborrecimento na vida que pode ser enquadrado como dano moral.

3.3.3 Natureza jurídica da reparação por dano moral

A natureza jurídica que se atribui à reparação do dano moral provoca divergências na doutrina, pois existem os que defendem que a função representada pela reparação por esse

⁹² BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

⁹³ BRASIL. Ibid.

tipo de dano é apenas punir o infrator, enquanto outros argumentam que, na verdade, é uma forma de compensar a pessoa atingida pelo dano.

Contudo, como explica Gonçalves, o posicionamento majoritário tem sido o de enxergar uma dupla função, considerada a melhor interpretação:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.⁹⁴

Após esse panorama geral sobre a responsabilidade civil e a breve análise do que consiste o dano moral e sua aplicação no mundo atual, passa-se ao estudo desse dano nas relações trabalhistas, para se entender como ele é enfrentado nessa esfera do direito, quais as mudanças que a reforma trabalhista introduziu em relação à sua abordagem e a consequente reparação no direito do trabalho.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 406.

4 DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

É necessário, antes de tudo, conceituar o dano moral trabalhista como sendo aquele decorrente de uma conduta que ocorreu em um ambiente de trabalho, ou em decorrência dessa relação de trabalho, podendo ocorrer, sendo a forma mais rotineira, por atos praticados pelos superiores em relações aos seus inferiores hierárquicos.

Ainda que essa seja a forma mais comum, o dano moral trabalhista também pode se configurar entre trabalhadores do mesmo nível hierárquico, ou até mesmo entre um inferior em relação aos seus superiores, e por fim, quando a conduta prejudica a própria imagem da empresa, sendo um caso de dano moral que atinge a pessoa jurídica.

Diante do exposto, entende-se que o dano moral trabalhista configurar-se-á nas situações que ocorram no ambiente de trabalho ou em decorrência dele. Assim, busca-se proteger os trabalhadores em geral, englobando os avulsos, autônomos, empregados, dentre outros.

Percebe-se que trabalhador é gênero que engloba várias espécies. Uma relação de trabalho diverge de uma relação de emprego propriamente dita, pois esta possui características necessárias para que seja configurada.

A CLT delimita o que é necessário estar presente para que seja configurada uma relação de emprego; o Código trabalhista os apresenta no seu artigo 3º⁹⁵, consistindo na pessoalidade, na subordinação entre empregado e empregador, não eventualidade e na onerosidade.

A compreensão do que se caracteriza uma relação de trabalho e mais especificamente a de emprego é fundamental para se poder determinar quando um dano moral ocorreu em uma situação de relação de trabalho ou quando incidiu em uma situação alheia ao ofício dos envolvidos. É necessário saber o contexto em que ocorreu o dano, pois disso depende a abordagem que o direito direcionou à situação.

É importante ressaltar que, por mais que os danos morais trabalhistas atinjam majoritariamente os trabalhadores, em alguns casos é o empregador ou a empresa que são prejudicados, como quando há violações a segredos profissionais, ou quando um empregado denigre a imagem da empresa.

⁹⁵ CLT/43: “Art. 3º: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. [...]”

Com relação ao dano extrapatrimonial que ocorre nas relações de trabalho, podem ser citadas diversas situações em que ele se configura. Uma das hipóteses que ocorre com mais frequência, sem sombra de dúvidas, é o assédio sexual dentro do ambiente de trabalho, que, como bem explica Amauri Mascaro Nascimento, é caracterizado da seguinte forma:

No ambiente de trabalho, segundo cartilha de 2008 do Ministério da Saúde, o assédio sexual caracteriza-se por quaisquer manifestações agressivas de índole sexual com o intuito de prejudicar a atividade laboral da vítima, vindas de qualquer pessoa que integre o quadro funcional da empresa, enquadra-se nesse conceito. Predominantemente, ocorre por meio de promessas de tratamento diferenciado ou ameaças de represália, como a perda do emprego, por parte do superior hierárquico ou sócio da empresa, exigindo que a empregada ceda às suas investidas.⁹⁶

Porém, as situações que ensejam um dano moral no ambiente do trabalho não se resumem ao assédio, existindo vários outros casos, muitos já reiterados pela doutrina e jurisprudência trabalhista.

Vólia Bonfim, em excelente explanação apresenta algumas hipóteses que podem ensejar o dano moral trabalhista, como quando o empregador explora a imagem do empregado de forma pejorativa; quando espia sua intimidade nos lavatórios e vestiários do local de trabalho; anota na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do trabalhador ou divulga ou publica atos desabonadores ao trabalhador, mesmo quando verdadeiros;⁹⁷ além de várias outras condutas apresentadas pela autora.

Em suma, existem diversas situações que podem ensejar um dano moral e fazer nascer o direito à sua reparação, não sendo possível para a doutrina formular todas as hipóteses possíveis, pois os casos concretos que se apresentam com a modernidade e as alterações nas leis trabalhistas vão introduzindo novos tipos de situações que cabem ou não serem enquadradas como causadoras de dano moral.

Neste contexto, é função dos Tribunais brasileiros analisar os acontecimentos que surgirem, a fim de se determinar se é passível ou não de serem enquadrados como um dano extrapatrimonial.

A seguir, uma breve análise de como o dano moral era enfrentado na seara trabalhista brasileira se faz necessária para compreender a mudança que significou o tratamento conferido ao instituto pela Reforma Trabalhista. Primeiramente, vai ser analisado como o

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1271-1272.

⁹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 914-915.

Judiciário brasileiro enfrentava o dano moral trabalhista antes da referida Reforma e em seguida como deveria lidar após a sua aprovação.

4.1 ABORDAGEM DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

Inicialmente, destaca-se que até a recente Reforma Trabalhista, aprovada em 13 de julho de 2017, não havia dispositivos específicos na CLT que versassem sobre o tema e de como ele deveria ser enfrentado pela Justiça.

Assim, devido à ausência de norma trabalhista expressa, o Judiciário, ao julgar as demandas envolvendo dano moral trabalhista, aplicava, em regra, o que dispõe o Código Civil e a Constituição Federal sobre a temática, além de ter elaborado entendimentos jurisprudenciais para a aplicação nesses casos.

É perfeitamente possível aplicar ao direito do trabalho dispositivos que constem de outros diplomas normativos, além da CLT, como se depreende do seu artigo 8º, que mesmo após ter sofrido alterações após a Reforma, ainda prevê que é possível a aplicação subsidiária do direito comum⁹⁸.

Nesse diapasão, o direito processual comum também pode ser aplicado ao direito do trabalho, mas somente quando houver omissão por parte do código trabalhista e se não for incompatível com os preceitos inerentes ao direito do trabalho, conforme afirma o artigo 769, também da CLT:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.⁹⁹

Diante dessas previsões, como havia a omissão da CLT sobre a questão do dano moral no âmbito trabalhista, era cabível o julgamento dessas demandas de acordo com o direito civil e, também, extraindo os fundamentos das disposições constantes na Constituição Federal de 1988, conforme se vislumbra no seguinte julgado:

⁹⁸ CLT/43: “Art. 8º: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º **O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho [...]**” (grifo nosso)

⁹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO. NORMAS DE DIREITO CIVIL. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A intenção do legislador ao elaborar o art. 483 da CLT não foi a de disciplinar o ressarcimento do dano moral, mas equiparar a rescisão do contrato de trabalho por falta grave do empregador à demissão sem justa causa e, conseqüentemente, salvaguardar os postos de emprego, impondo sanção pecuniária pela ruptura arbitrária do liame empregatício. Assim, as indenizações instituídas na CLT e na Lei nº 8.036/90 não abrangem a reparação de ofensa aos atributos personalíssimos do empregado, assegurada pelo art. 5º, X, da Constituição da República. **Dessarte, em virtude da falta de regulamentação da forma de ressarcimento do dano moral na seara justralhista, impõe-se a adoção subsidiária das normas civis, especialmente os arts. 186 e 927 do Código Civil, os quais foram corretamente aplicados à espécie.** Agravo de instrumento a que se nega provimento (AIRR - 147440-56.2002.5.01.0202, Relator(a) Min. Walmir Oliveira da Costa, Primeira Turma, julgado em 19/11/2008, DJ 28/11/2008).¹⁰⁰ (grifo nosso).

Uma questão que provocava muitos questionamentos era sobre qual órgão da Justiça detinha a competência para julgar essas ações decorrentes do dano moral trabalhista. Havia quem entendesse¹⁰¹ ser da Justiça do Trabalho, porém havia quem defendesse a competência da Justiça Comum.

A Emenda Constitucional 45, aprovada em 2004, teve o condão de pacificar sobre essa competência para julgar o dano moral decorrente das relações trabalhistas, ao impor no artigo 114 da Constituição Federal que ela é da Justiça do Trabalho, como se visualiza:

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; [...].¹⁰²

A Súmula Vinculante 22¹⁰³ do STF relacionada ao assunto foi aprovada em 2009, determinando que as ações propostas por empregados requerendo indenização por dano moral e patrimonial decorrentes de acidentes de trabalho devem ser julgadas na Justiça do Trabalho, inclusive as que não possuíam ainda sentença de mérito quando houve a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 147440-56.2002.5.01.0202**. Relator Min. Walmir Oliveira da Costa, 2008. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 720-722.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n. 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**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1259>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Portanto, após a citada Emenda e em seguida a aprovação da Súmula Vinculante, ficou claro que as ações concernentes ao dano moral trabalhista, inclusive quando envolverem acidentes de trabalho, devem ser propostas perante o Judiciário Trabalhista.

Nos últimos anos, os casos envolvendo dano moral decorrente das relações laborais, conforme já comentado, eram julgados extraindo fundamentos do Código Civil e da Constituição Federal. Ainda, foi-se construindo na jurisprudência, principalmente no STJ, uma forma de se calcular o valor da reparação por dano extrapatrimonial, que se dava através de um sistema bifásico, que ocorre da seguinte forma:

[...] inicialmente o juízo analisa um valor básico para a indenização – considerando o bem jurídico tutelado e tendo por base os precedentes semelhantes – e em um segundo momento fixa o valor definitivo da indenização de acordo com as circunstâncias específicas do caso.¹⁰⁴

Na decisão do Recurso Especial nº 1.152.541, o Superior Tribunal de Justiça detalhou como funciona esse método, como se percebe na sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ). 9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011).¹⁰⁵

¹⁰⁴ AGLANTZAKIS, Natália Costa. Quanto vale a dor do sofrimento: a tarifação do dano extrapatrimonial, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 446.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: REsp 1152541/RS**. Relator Min. Paulo De Tarso Sanseverino, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1152541&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Assim sendo, percebe-se que a quantificação da reparação por dano extrapatrimonial trabalhista encontrava amplos parâmetros na jurisprudência e na legislação civil e constitucional de como deveria ocorrer. Portanto, as decisões sobre indenizações por esse tipo de dano não eram tomadas de forma simplesmente arbitrária pelos magistrados.

4.1.1 Prescrição dos danos morais trabalhistas

A prescrição dos danos morais no direito do trabalho é tema que sempre provocou diversas controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, por isso, se faz fundamental compreender como esse instituto é encarado atualmente na seara trabalhista.

Primeiramente, a prescrição é quando a pretensão do autor de um direito se extingue devido à inércia do seu titular no decurso de um tempo previsto na lei. O direito continua a existir, mas quando ocorre a prescrição, não é mais possível se exigir judicialmente.

Há quatro correntes divergentes sobre a questão da prescrição do dano moral trabalhista. A primeira corrente, majoritária, defende que é aplicável a prescrição prevista no art. 11 da CLT, qual seja, a prescrição ocorreria em cinco anos, ressaltando que o ajuizamento deve ocorrer até dois anos após a extinção do contrato de trabalho, como defende Vólia Bomfim¹⁰⁶.

Por sua vez, uma segunda corrente defende ser aplicável a prescrição do Código Civil para danos ocorridos antes da Emenda Constitucional 45/2004 e a trabalhista para as que ocorreram após essa Emenda. Destaca-se, como exemplo de doutrinador dessa corrente, Sebastião Oliveira.¹⁰⁷

Nesse contexto, ainda há os que entendem ser aplicável a prescrição do direito civil, mesmo após a Emenda 45. Porém, mesmo quanto à prescrição civil, há divergências, já que há quem alega a prescrição do art. 206, § 3º, V, do Código Civil¹⁰⁸ para reparações civis, ou seja, de três anos.¹⁰⁹

Existe, ainda, um posicionamento mais vanguardista, guiado por Raimundo Simão de Melo, que defende a incidência da prescrição do art. 205 do Código Civil¹¹⁰, sendo, portanto, de 10 anos o decurso de tempo necessário para prescrever o direito à reparação por dano

¹⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 907.

¹⁰⁷ Ibid., p. 908.

¹⁰⁸ CC/02: “Art. 206: Prescreve: [...] § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil; [...]”

¹⁰⁹ CASSAR, op. cit., p. 908.

¹¹⁰ CC/02: “Art. 205: A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

moral quando for relacionado a acidentes de trabalho. Raimundo Simão posiciona-se dessa forma, alegando o seguinte argumento:

[...] como as reparações por acidentes de trabalho (dano pessoal) não são de natureza trabalhista e nem civil e, inexistindo dispositivo legal regulando expressamente o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes das mesmas, devem ser aplicados subsidiariamente os prazos gerais de vinte ou de dez anos (CC de 1916, art. 177, e de 2002, art. 205). A norma civil deve ser utilizada, repita-se, não porque se trate de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro.¹¹¹

Analisando-se jurisprudências dos Tribunais Regionais, percebe-se a dificuldade de se chegar a um consenso sobre a temática:

EMENTA ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO PARA PLEITEAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Aos processos ajuizados diretamente perante a Justiça do Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04, entende-se que deve ser aplicada a prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Isso porque, embora a pretensão de reparação de danos morais ou materiais decorrentes do infortúnio laboral seja fundada na responsabilidade extracontratual, tem vinculação direta e estreita com o contrato de trabalho, representando direito de natureza trabalhista. Ainda, nos termos da Súmula nº 278 do STJ, o prazo prescricional inicia sua contagem a partir da data da ciência da consolidação da lesão. (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0021028-47.2016.5.04.0771 RO, em 11/05/2018, Desembargador Marcos Fagundes Salomão)¹¹².

EMENTA: Indenização por dano moral. Prescrição Civil. O prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205 do novo Código Civil somente incide quando não haja lei fixando prazo menor; o parágrafo 3º do inciso V do artigo 206 do CC prevê expressamente o prazo prescricional de três anos para as pretensões de reparação civil, devendo prevalecer. (TRT da 2ª Região, 11ª Turma, 1000483-77.2013.5.02.0292 RO, em 24/06/2014, Desembargadora Cláudia Zerati).¹¹³

O TST tem se manifestado, nos últimos anos, mais a favor da corrente que defende ser aplicável a prescrição trabalhista após a Emenda Constitucional 45/2004, como no seguinte caso:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº

¹¹¹ MELO, Raimundo Simão de. Prescrição nas ações acidentárias sob o enfoque da tutela dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 74, n. 1, jan/mar 2008, p. 137. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/1888>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região. **Recurso ordinário: RO n. 0021028-47.2016.5.04.0771**. Relator Des. Marcos Fagundes Salomão, 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/HuTDo6NhnIOFnHAc4jNMHw?&tp=prescri%C3%A7%C3%A3o+danos+morais>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região. **Recurso ordinário: RO n. 1000483-77.2013.5.02.0292**. Relator Des. Cláudia Zerati, 2014. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta011&docId=23fcae42b7cc458a2b35f5867ad3e051c1e4a24&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRAZO PRESCRICIONAL. CARÁTER PERMANENTE DO EVENTO DANOSO. ACTIO NATA. Esta Corte fixou entendimento no sentido de que a prescrição aplicável à pretensão da indenização por danos morais e/ou materiais é definida em razão do momento em que surge o dano ou da data de sua ciência inequívoca. **Na hipótese de a lesão ter ocorrido após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, aplica-se a regra prescricional do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. De outra sorte, efetivando-se antes da promulgação da citada Emenda Constitucional, incide a prescrição civil.** Contudo, no caso dos autos, pretende o autor a reparação por danos morais em razão de ofensa a dignidade da pessoa humana durante todo o pacto laboral. Assim, diante do caráter permanente do evento danoso e da impossibilidade de se estabelecer o momento da actio nata, o prazo prescricional teve início quando da cessação da exposição a tais condições, qual seja no primeiro dia após o término do contrato de trabalho. Desse modo, considerando que a data da dispensa do empregado (31/1/2011) ocorreu já na vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, e, por conseguinte, que poderia ter ajuizado a presente ação até 31/1/2013, mas somente o fez em 9/1/2015, a pretensão resulta irremediavelmente prescrita, porquanto não observado o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, nos termos do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento (1º Turma. AIRR - 604-69.2015.5.02.0481. Relator(a) Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgado em 27/09/2017, DJE 06/10/2017).¹¹⁴ (grifo nosso).

Constata-se que apesar da existência de posicionamentos mais vanguardistas, na doutrina e jurisprudência, os Tribunais estão mais propensos a adotar o prazo da prescrição trabalhista. Nesse contexto, com a Reforma Trabalhista, o dano extrapatrimonial foi inserido na CLT, portanto, resta esperar o posicionamento dos Tribunais, a fim de se analisar se estes, devido a essa introdução do dano moral na CLT, julgarão conforme a prescrição trabalhista de uma vez por todas, ou se ainda haverá quem continuará aplicando o que consta no Código Civil.

4.2 ABORDAGEM DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

É certo que todo o cenário acerca do dano moral trabalhista foi alterado com as introduções advindas da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) ao inserir um título na CLT, tratando exclusivamente do dano extrapatrimonial. Portanto, o dano moral, no âmbito trabalhista, deixou de ser analisado sob o viés civilista e passou a conter um tratamento próprio na CLT, onde se passou a determinar como os juristas devem proceder nessas situações daqui para frente.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 604-69.2015.5.02.0481. Relator(a) Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Faz-se fundamental entender o que foi a Reforma Trabalhista, o contexto em que foi aprovada, para depois apresentar as principais novidades referentes ao dano moral dela decorrentes.

4.2.1 Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17)

A Lei 13.467/17, que ficou conhecida como Reforma Trabalhista, foi aprovada, após intensos debates e oposições, em 13 de julho de 2017, com entrada em vigor no dia 11 de novembro de 2017, como sendo um marco legislativo de extrema importância, por ter alterado diversas disposições que constavam na CLT, além de ter introduzido temáticas novas nesse Código .

O principal argumento daqueles que apoiavam a iniciativa era que se faziam necessárias alterações na CLT, já que esta, como foi aprovada em 1943, estaria desatualizada e em descompasso com os anseios do mundo moderno. Assim, estes afirmavam que se fazia necessária uma reforma que permitisse uma flexibilização em diversos institutos trabalhistas, pois, supostamente, assim iriam ser gerados mais empregos.¹¹⁵

Houve intensos debates, inclusive entre especialistas da área trabalhista, sobre a pertinência da Reforma e sobre como os artigos da lei foram formulados.

Entre aqueles defensores da lei, os principais argumentos utilizados foram os motivos já acima expostos, sustentando a necessidade de flexibilização e modernização das normas trabalhistas, já que, supostamente, uma menor burocratização gera mais empregos e favorece a economia do país como um todo.

Por outro lado, aqueles que eram contra a Reforma consideraram-na um verdadeiro retrocesso aos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, pois violou diversas garantias constitucionais, como defendeu Godinho e Gabriela Delgado:

Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justtrabalhista e da compreensão constitucional do Direito como

¹¹⁵ Vide: SCHREIBER, Mariana. **Reforma trabalhista**: o que dizem os que defendem que vai gerar empregos? BBC Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>. Acesso em 01 mar. 2019; CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Sondagem especial reforma trabalhista**. Indicadores CNI, 2017. Disponível em: <https://fiea.org.br/public/documentos/03-sondespecial-reformatrabalhista-dezembro2017.pdf>. Acesso em 01 mar. 2019.

instrumento de civilização, a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.¹¹⁶

No final, a pressão dos empresários e o *lobby* feito pelos políticos fizeram com que a Reforma conseguisse ser aprovada. Ainda no final do ano de 2017, uma Medida Provisória (MP 808) teve que ser editada pelo então Presidente Michel Temer, a fim de esclarecer alguns pontos obscuros da lei aprovada e detalhar alguns artigos dessa lei.

Contudo, essa MP deveria ter sido aprovada pelo Legislativo Federal brasileiro até 22 de abril de 2018, o que não aconteceu. Devido a essa inércia do Legislativo, a MP perdeu sua vigência, passando a voltar a vigorar todos os artigos da forma original em que constavam na Lei 13.467/17, sem nenhuma alteração feita pela MP. Esse acontecimento trouxe muita insegurança jurídica em muitos pontos, que tinham sido objeto da MP, pois com o fim de sua vigência, esses passaram a ter que ser analisados de outra forma.

A aprovação dessa reforma trabalhista, por mais que fosse necessária em determinadas questões, representou, na realidade, um retrocesso sem precedentes nos direitos trabalhistas em diversos âmbitos que tangem uma relação de trabalho.

Os principais pontos apontados como retrocessos aos trabalhadores foram o incentivo ao trabalho intermitente, a prevalência do negociado sobre o legislado em vários assuntos da CLT, além do tratamento destinado ao dano moral nas relações de trabalho. Esse último será explicado a seguir, apresentando as inovações da lei e os questionamentos sobre os artigos que versam sobre a temática.

4.2.2 Inovações sobre o dano moral trabalhista decorrentes da Reforma

Um título à parte foi introduzido na CLT, o título II-A, com o intuito específico de tratar sobre o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho. Foram, assim, editados os artigos 223-A ao 223-G.

O objetivo principal desse trabalho é analisar os artigos que se referem à limitação da reparação desse tipo de dano e a vinculação do valor ao salário dos trabalhadores, questionando se eles seriam válidos frente à Constituição Federal.

Porém, a teor de melhor entendimento, um breve apontamento sobre os demais artigos se faz necessário, mas sem um maior aprofundamento, já que alguns desses artigos também

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017, p. 40.

trazem problemáticas na sua redação e interpretação, só que, como não são o foco da presente pesquisa, não serão esmiuçados nessa oportunidade.

Primeiramente, o capítulo apresenta, no seu artigo 223-A¹¹⁷, a imposição de que danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho só devem ser julgados de acordo com o disposto nesse título da CLT.

Essa exclusão da aplicação de outros dispositivos, inclusive da própria Constituição Federal, é bem problemática por ferir diversos princípios, inclusive a supremacia da Carta Magna. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) divulgou enunciado em que critica duramente esse artigo:

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS
 APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA
 CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES
 DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. A esfera
 moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da
 CRFB/88) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando
 violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes
 causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas
 todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso
 concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa
 humana (art. 5º, V e X, da CRFB/88). A interpretação literal do art. 223-A da CLT
 resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação
 laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e
 incisos V e X e 7º, *caput*, todas da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado nº 5
 da Comissão 2).¹¹⁸

Por sua vez, o artigo 223-B¹¹⁹ tratou de conceituar quando há um dano de natureza extrapatrimonial, entendendo ser nas hipóteses em que a esfera moral ou existencial de uma pessoa, seja física ou jurídica, for ofendida. O dano existencial foi abordado brevemente no capítulo anterior do trabalho, pois foi classificado como espécie de dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas.

Não obstante haver a diferenciação do dano extrapatrimonial em moral e existencial pela CLT, o dano moral no presente trabalho, à luz da didática, é tido como sinônimo de dano extrapatrimonial. As controvérsias sobre a distinção do dano moral e existencial não serão aprofundadas nesse estudo.

¹¹⁷ CLT/43: “Art. 223-A: Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”

¹¹⁸ BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 2. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>, p. 20. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹¹⁹ CLT/43: “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.”

Em seguida, os próximos artigos do capítulo, o 223-C e 223-D preocupam-se em determinar os bens que são tutelados pelo dano extrapatrimonial, a seguir expostos:

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

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.¹²⁰

Contudo, como entende Vólia Bonfim, os bens tutelados pelos danos extrapatrimoniais não devem se resumir a estes previstos nos artigos, devendo-se levar em consideração o que impõe a Constituição Federal e a evolução dos tempos, que trazem sempre à tona novos bens a serem tutelados, no que se refere à personalidade de uma pessoa física ou jurídica.¹²¹

Os responsáveis pelo dano extrapatrimonial são o tópico do artigo 223-E, que sintetiza que “todos os que tenham colaborado para a ofensa do bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão”¹²². Quanto a esse artigo, não há muitas controvérsias a seu respeito. O mesmo se pode afirmar do 223-F¹²³, que previu a possibilidade de se cumular as indenizações por dano material e moral, entendimento esse já sumulado pelo STJ.

O grande artigo polêmico, nesse capítulo referente ao dano extrapatrimonial, é o 223-G, que primeiramente delimita diversos fatores que devem guiar o Juízo na hora de se apreciar o pedido de dano extrapatrimonial, como se percebe:

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;

¹²⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹²¹ CASSAR, Vólia Bonfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 195.

¹²² CLT/43: “Art. 223-E: São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”

¹²³ CLT/43: “Art. 223-F: A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.”

XII - o grau de publicidade da ofensa.¹²⁴

Essa primeira parte do dispositivo é fundamental, já que devem mesmo ser observados parâmetros ao se analisar um pedido de dano extrapatrimonial. O grande questionamento vai incidir sobre o parágrafo primeiro do artigo, que limita o valor das reparações por dano extrapatrimonial, além de vincular o valor ao último salário contratual do ofendido.

O próximo capítulo focará na análise desse parágrafo primeiro, em sede de sua constitucionalidade, mas já é importante mencionar que a MP 808 havia solucionado a questão da vinculação ao salário do ofendido, pois nela constava que o cálculo deveria ser feito segundo os valores gerais do Regime Geral da Previdência Social (RGPS):

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017):

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017);

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017);

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017);

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017).¹²⁵

Entretanto, como a MP 808 não foi transformada em lei e perdeu sua vigência, como já explicado, a redação original voltou a vigor, em que se utiliza o salário como parâmetro e impõe limites à indenização, a depender do grau de 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.

¹²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹²⁵ BRASIL. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Por sua vez, o parágrafo segundo expõe que quando o ofendido for uma pessoa jurídica, o valor da indenização será calculado de acordo com o salário do ofensor e não do ofendido, e finaliza o artigo com o parágrafo terceiro¹²⁶, em que é prevista a possibilidade do Juiz dobrar o valor de indenização quando as partes foram idênticas e houver reincidência.

Essa questão da reincidência também levanta questionamentos, já que não é plausível a imposição de que a reincidência só irá ocorrer quando forem as mesmas partes envolvidas, pois, nesse panorama, mesmo se uma empresa cometer várias condutas repetitivas que ensejam o direito à reparação por dano moral, caso os lesionados não sejam os mesmos, não estará configurado o direito a se dobrar a indenização, assim, essa previsão acaba sendo inútil na prática. Homero Batista expõe de forma magistral esse ponto:

[...] o legislador somente admite a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais acontecerá; mesmo que a gente deixe de lado o evento morte, dificilmente o mesmo empregador perseguirá o mesmo empregado por questões raciais, sexuais ou morais duas vezes seguidas; o contrato já estará rompido e enterrado; a reincidência, em qualquer livro que se consulte, diz respeito à conduta do agressor de voltar à delinquência mesmo depois de punido; é grotesco alguém imaginar que a reincidência seja voltar a delinquência contra a mesma vítima; em outras palavras, é como se o legislador dissesse que o juiz não pode levar em consideração a repetição dos mesmos fatos na mesma fábrica, mas com vítimas diferentes; apesar de todos esses argumentos eloquentes, o Senado Federal concordou em aprovar o texto tal como proposto.¹²⁷

Apesar de ser um capítulo com muitos artigos com redações confusas e questionáveis, o objetivo do trabalho é apresentar as controvérsias jurídicas referentes ao artigo 223-G, mais precisamente o seu parágrafo primeiro, que serão aprofundadas no próximo capítulo, a fim de se determinar se os seus termos foram redigidos conforme a Constituição e seus princípios, ou se estão eivados por inconstitucionalidade material, devendo, então, serem extirpados do mundo jurídico.

¹²⁶ CLT/43: “Art. 223-G: [...] § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

¹²⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

5 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA E A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO CONTRATUAL COMO PARÂMETRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Finalmente, depois de apresentado o papel dos princípios na ordem constitucional contemporânea, de conhecer os mais relevantes ao presente trabalho e de se debruçar sobre o que é o dano moral/extrapatrimonial, explicando como ele ocorre na seara trabalhista e quais foram as mudanças decorrentes da Lei 13.467/17 sobre o tema, passa-se à análise específica do artigo 223-G da CLT, mais precisamente do seu parágrafo primeiro, a fim de se determinar se ele é compatível com os princípios e direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, será analisada a obrigatoriedade de as leis serem conforme a Constituição e seus princípios. Em seguida, abordar-se-á a tarifação da indenização pela Reforma Trabalhista, o parâmetro a ser utilizado, qual seja, o salário do trabalhador, e finalmente, se essas disposições afrontam ou não os princípios constitucionais e devem ser declaradas inconstitucionais.

5.1 CONFORMIDADE DAS LEIS COM A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

Hans Kelsen, um dos mais notórios doutrinadores sobre direito, consolidou na sua obra prima Teoria Pura do Direito a importância da Constituição e a posição que ela ocupa no ordenamento jurídico.

Ele formulou a sua teoria do escalonamento jurídico, onde pretendeu estruturar um sistema normativo hierarquizado, escalonado, partindo-se de uma Norma Básica basilar que sirva de fundamento para todas as inferiores a ela. Ou seja, cada norma menor possui uma norma superior donde extrai sua validade, numa espécie de regressão infinita até a “verdadeira” norma fundamental de todo o sistema jurídico.¹²⁸

Segundo Kelsen, a norma fundamental é que concede validade à Constituição de um Estado, estando, então, a Constituição localizada no ápice de um ordenamento jurídico, estando abaixo somente da chamada norma fundamental, devendo todas as normas infraconstitucionais tirarem validade da Constituição.

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Embora existam críticas à falta de definição objetiva por Kelsen do que seria essa norma fundamental, é inegável a importância da sua teoria para a consolidação da ideia de uma ordem jurídica escalonada, em que as normas inferiores devem respeitar as normas superiores, tirando sua validade delas.

A importância dessa hierarquia normativa é perceptível quando ela serve de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de leis que não respeitem a Constituição, devido a sua posição superior no ordenamento jurídico. Assim, as leis com caráter inferiores à Constituição, como devem retirar a sua validade dela, ao violarem seus preceitos devem, obrigatoriamente, ser extirpadas do mundo jurídico, por ferirem e desrespeitarem a hierarquia normativa.

Além da teoria formulada por Kelsen no auge do positivismo jurídico sobre a posição que possui a Constituição no direito dos países, também no contexto do constitucionalismo moderno a Constituição passou a ter uma importância fundamental em um ordenamento jurídico, deixando de representar apenas um documento essencialmente político, como expõe Barroso em sua obra¹²⁹.

O neoconstitucionalismo, denominação dada a esse período jurídico em que a Constituição se tornou o centro do direito em vários países, é uma tentativa de superar o positivismo jurídico puro e o jusnaturalismo, como resume Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.¹³⁰

No Brasil, essa supremacia da Constituição e a defesa dela como mecanismo jurídico que contém normas que devem ser cumpridas e colocadas em prática somente foi impulsionada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tentou reintroduzir o país na democracia, depois de longos anos de ditadura militar.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

¹³⁰ Ibid., p. 250.

Assim, no novo panorama que se firmou após a Constituição Federal de 1988, toda a legislação deve ser conforme à Constituição e seus princípios. Quando uma norma infraconstitucional os violar, ela deve ser declarada inconstitucional.¹³¹

Uma norma pode ser declarada inconstitucional quando estiver prejudicada por uma inconstitucionalidade formal, em que o processo de sua formação não seguiu os ditames necessários segundo o que consta na Constituição, ou material, quando uma norma foi aprovada através dos ditames corretos, mas contraria o direito material constitucional, violando algum princípio ou preceito da Carta Magna.¹³² Há casos em que a lei ou ato jurídico é viciado por inconstitucionalidade material e formal.

Quando houver a inconstitucionalidade de uma legislação, seja em sua totalidade ou apenas em parte dela, mesmo só no referente a algum artigo específico, os Tribunais brasileiros, mediante o controle difuso de constitucionalidade, podem declarar essa inconstitucionalidade nos casos concretos levados a julgamento, por meio da chamada via incidental de controle de constitucionalidade.¹³³

Por sua vez, o STF, mediante a via principal¹³⁴, possui a prerrogativa do controle concentrado de constitucionalidade, quando instado a se manifestar sobre a (in)constitucionalidade de algum ato normativo, tendo a prerrogativa de declará-lo (in)constitucional de forma geral, não devendo ser mais aplicado em todo território brasileiro; ou se optar por não declarar inconstitucional e achar mais cabível interpretar que o dispositivo em questão possui uma interpretação compatível com a Constituição, assim também deverão fazer todos os Tribunais brasileiros.

Assim sendo, é unânime no direito moderno, inclusive no Brasil, que as normas e atos jurídicos devem ser formulados conforme a Constituição e tudo que consta nela, inclusive seus princípios, sem violar procedimentos ou direitos e deveres garantidos por ela.

Diante do exposto, é inquestionável que a Constituição deve ser respeitada em sua completude, inclusive no que tange aos seus princípios, até mesmo os implícitos, já que quando legislações são aprovadas com violações ao que consta a Carta Magna, elas devem ser

¹³¹ CF/88: “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. [...]”

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 47.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

¹³⁴ Ibid., p. 300.

extirpadas do mundo jurídico, ou, em último caso, ser interpretadas para que se adequem ao corpo constitucional.

5.2 TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA

A tarifação, que consiste na imposição de valores máximos preestabelecidos da indenização por dano extrapatrimonial trabalhista, foi um dos principais pontos polêmicos sobre a temática introduzidos pela Lei 13.467/17.

Os valores a serem determinados pelos juízes vão depender da gravidade da ofensa cometida, podendo ser uma ofensa leve, média, grave e gravíssima, já que a lei determinou valores máximos a depender dessa gravidade em que for inserido o dano.

Observa-se que, conforme artigo transcrito no capítulo anterior, o legislador limitou o valor máximo da reparação pecuniária a 50 vezes o último salário contratual do ofendido no caso de danos considerados gravíssimos, se o trabalhador foi a vítima; ou do ofensor, se a pessoa jurídica que foi atingida. Nos demais tipos de ofensa, o limite foi estabelecido em até 20 vezes o salário em ofensas graves, cinco vezes o salário em ofensas médias, e, por último, três vezes no caso de ofensas leves.

A determinação da gravidade que tem cada lesão a um direito garantido é outra controvérsia advinda da lei, já que como não há critérios objetivos para se aferir isso, os juízes podem entender de formas diversas, cabendo à jurisprudência e doutrina ir elucidando essa polêmica com o tempo.

Portanto, a tarifação impõe valores máximos permitidos ao Juiz conceder à vítima de um dano extrapatrimonial, que, conforme explicado, dependem do grau em que for inserida a ofensa.

No ordenamento jurídico brasileiro, já existiram no passado leis que impunham esses limites, como a antiga Lei da Imprensa (Lei nº 5.250/67), mas como se verá adiante, o STF considerou-a não recepcionada, sendo que um dos pontos declarados inconstitucionais pela Corte foi justamente a imposição de valores obrigatórios nos casos em que ocorressem danos morais decorrentes da atividade da imprensa.

Urge conhecer, brevemente, quais são os principais sistemas existentes atualmente quanto à forma de se calcular a indenização nos danos extrapatrimoniais, para que seja possível entendê-los e concluir que o meio mais adequado não seria esse imposto pela Lei 13.467/17.

5.2.1 Sistemas de cálculo de indenização

Existem dois sistemas principais para fazer o cálculo de uma indenização por dano extrapatrimonial, quais sejam: o sistema tarifário e o sistema aberto, conforme expõe Castro¹³⁵. O sistema tarifário é aquele em que são impostos “valores certos e preestabelecidos”¹³⁶.

Do outro lado está o sistema aberto, em que não há valores predefinidos, cabendo aos magistrados, através da sua discricionariedade e bom senso, chegar a uma indenização cujo valor seja justo.

Insta ressaltar que o sistema aberto é a regra no Brasil, já que até mesmo dispositivos de leis que estabeleciam valores preestabelecidos de indenização, como continha a antiga Lei da Imprensa, foram considerados revogados, por serem inconstitucionais.

Portanto, embora não haja proibições legais expressas no que tange ao sistema tarifário, percebe-se um alinhamento no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nos Tribunais Superiores, em considerar esse sistema como não adequado.

Todavia, a predominância do sistema aberto não significa que o juiz possui livre arbítrio para estabelecer o valor da reparação, devendo analisar os casos concretos para que sejam tomadas decisões fundamentadas e razoáveis, em que se obtenha um valor suficiente para se considerar que houve a compensação do dano extrapatrimonial, mas que, por outro lado, não seja em um valor tão elevado que provoque o enriquecimento sem causa da vítima.

Nesse contexto, um método interessante e já utilizado por muitos magistrados no Brasil é o bifásico, já citado brevemente no capítulo anterior. Esse método não impõe valores mínimos e máximos a serem observados, mas a utilização de critérios razoáveis, em que primeiramente se estabelece um valor similar ao aplicado em casos semelhantes; em seguida, na considerada segunda fase, são levadas em consideração todas as variáveis do caso concreto para se diminuir ou aumentar o valor indenizatório.

Em suma, é louvável o estabelecimento de critérios, pela Reforma Trabalhista, a serem observados pelos magistrados trabalhistas ao fazer a quantificação da indenização, porém a imposição de valores máximos como obrigatórios, adotando-se, portanto, o sistema tarifário, é

¹³⁵ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A tarifação da indenização do dano moral: pré-fixação do quantum reparatório, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 455.

¹³⁶ Ibid., p. 455.

o ponto questionável, por supostamente violar preceitos constitucionais, como se questionará mais adiante.

5.3 A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO DO TRABALHADOR NA QUANTIFICAÇÃO

No contexto dessas inovações sobre a forma de se quantificar a reparação do dano moral trabalhista, advindas da Lei 13.467/17, percebe-se que o legislador utilizou como parâmetro, para o cálculo dos valores apresentados, o último salário contratual do ofendido, mas quando esse for a pessoa jurídica, a quantificação será sobre o último salário do ofensor.

A utilização do salário contratual como parâmetro para o cálculo da indenização é extremamente problemática, tanto é que a Medida Provisória 808 alterou esse indexador, passando a ser utilizado como critério o valor do teto do Benefício do RGPS. Porém, como já analisado no capítulo anterior, com a perda de vigência da MP, voltou a ser utilizado o salário contratual para base dos cálculos dos danos extrapatrimoniais trabalhistas.

Será questionado, a seguir, como o tratamento do dano moral nas relações trabalhistas, vinculando o *quantum* indenizatório ao salário do empregado, fere diversos princípios constitucionais, com ênfase no da isonomia. A violação desses princípios, em último *ratio*, feriria, ainda, o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, que é o da dignidade da pessoa humana.

5.4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G, § 1º DA CLT

A constitucionalidade do artigo 223-G, § 1º, da CLT, que versa sobre os pontos suscitados acima, será agora analisada mais profundamente. O foco da análise dessa constitucionalidade será em relação à violação ou não de alguns princípios constitucionais, mais especificamente os abordados no presente trabalho, mas também se questionará se também feriu direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

Entretanto, primeiramente é importante saber que algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre esse artigo já foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Uma delas foi proposta pela ANAMATRA, em 17 de dezembro de 2018, qual seja a ADI 6050, com o pedido de que seja feita uma interpretação conforme a Constituição do artigo art. 223-G, § 1º, para permitir que os magistrados trabalhistas possam, se for o caso, conceder valores indenizatórios além dos limites impostos nesse dispositivo.

Por sua vez, uma segunda ADI (ADI 6069) foi proposta mais recentemente pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), mediante o seu Conselho Federal, questionando, basicamente, os mesmos pontos abordados pela ADI da ANAMATRA e requerendo a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 223-A e 223-G, §§1º e 2º, da CLT. Essa ação foi proposta, principalmente, devido ao recente acidente da barragem de Brumadinho, cuja empresa responsável era a VALE.

Nessa tragédia sem precedentes, as maiores vítimas do rompimento foram os próprios trabalhadores da empresa, sendo considerado o maior acidente de trabalho ocorrido no Brasil. Em decorrência disso, trouxe-se à tona para a sociedade, em especial para os leigos que não conheciam as mudanças decorrentes da reforma trabalhista, a injustiça desse artigo 223-G, já que as vítimas, que eram trabalhadores da VALE, terão seu valor indenizatório, quanto ao dano extrapatrimonial, limitado a 50 vezes o salário contratual de cada vítima, sendo um valor irrisório em face dessa tragédia sem precedentes em nosso país.

Isto posto, percebe-se que a inconstitucionalidade desse artigo está em pleno questionamento no Brasil, especialmente após essa recente tragédia de Brumadinho, esperando-se um pronunciamento do STF.

Assim, alguns dos argumentos apresentados nessas ADIs também serão expostos para corroborar o posicionamento defendido de inconstitucionalidade frente aos princípios constitucionais. Também serão apresentados, posteriormente, de forma mais resumida, outros questionamentos trazidos por essas ADIs quanto à violação de outros artigos da Carta Magna.

5.4.1 Violação ao princípio da isonomia

Inicialmente, vislumbra-se, após toda essa explanação sobre as mudanças introduzidas pela Reforma no que tange ao valor da indenização por dano extrapatrimonial na seara trabalhista, que há uma evidente violação ao princípio da isonomia, tanto em relação à limitação obrigatória dos valores indenizatórios por dano extrapatrimonial, quanto principalmente à vinculação do valor indenizatório ao último salário contratual do ofendido.

No que se refere à limitação dos valores decorrentes do dano extrapatrimonial, esse princípio é violado, pois não há limites indenizatórios para os casos de danos morais que ocorrem nas relações civis ou consumeristas. Logo, se duas pessoas, um trabalhador de uma empresa e um consumidor que esteja nessa empresa, sofrerem a mesma situação fática que enseje a reparação por dano extrapatrimonial, aquele que é consumidor, como não há limites para quantificar sua reparação, poderá vir a receber um valor bem superior ao do trabalhador.

Percebe-se, então, que a isonomia de todos perante a lei é violada com essa imposição de limites indenizatórios para os trabalhadores, não havendo nenhum motivo defensável que justifique essa diferenciação entre pessoas no âmbito civil, consumerista ou trabalhista. Na verdade, o que se percebe é uma desvalorização da figura do trabalhador, como se este tivesse direito a receber uma reparação menor do que os demais.

Nesse cenário, um caso real e bem recente que é bem exemplificador da violação da isonomia é o de Brumadinho, pois enquanto os cidadãos, ou seus familiares, que não eram empregados da Vale vão poder requerer uma indenização por danos extrapatrimoniais na Justiça Comum, segundo as regras do Código Civil, não havendo, assim, limite ao valor indenizatório que pode ser conferido pelo Juiz, aqueles que eram trabalhadores da Vale vão ter que se dirigir à Justiça do Trabalho, que se for julgar a demanda conforme essas novas regras da CLT, observará um limite máximo para as indenizações pelos danos extrapatrimoniais.

Portanto, pessoas que estiverem envolvidas na mesma tragédia, devido à relação jurídica que possuíam ou não com a empresa, vão receber indenizações bem discrepantes entre si, não havendo nenhum motivo razoável que justifique essa discriminação, havendo uma total quebra da isonomia de todos perante a lei.

A OAB na sua ADI apresentada reforça esse entendimento, relacionado ao caso de Brumadinho e às vítimas ou familiares que forem entrar na Justiça por reparação por danos morais:

De início, verifica-se que as normas questionadas violam o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) na medida em que dispensa tratamento deveras prejudicial aos litigantes na justiça especializada, uma vez que terão suas indenizações sujeitas a um limitador, ao passo que àqueles que buscarão a reparação na justiça comum não sofrerão qualquer teto.¹³⁷

Em suma, a imposição de tarifação para os trabalhadores, que não existe nos outros ramos do direito, é colocá-lo em posição de inferioridade em relação aos demais indivíduos de relações jurídicas diversas.

Ressalta-se que o trabalhador já se encontra em uma posição de inferioridade em relação ao seu empregador, detentor do poder diretivo da relação, não sendo possível admitir que ainda se imponha a eles mais essa diferenciação, que o coloca em desvantagem em

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5626228>>, p. 12. Acesso em: 12 mar. 2019.

relação aos demais pares na sociedade, como se a dor advinda de dano ocorrido no âmbito do trabalho fosse menos significativa ou de menor valor da que ocorre em decorrência de outras relações jurídicas.

No que concerne à utilização do último salário contratual do ofendido como parâmetro para cálculo da indenização, é mais evidente, ainda, a violação ao princípio da isonomia. É possível perceber, claramente, a transgressão ao princípio, quando a reparação por um dano trabalhista passa a depender do último salário contratual do empregado.

Assim, se dois empregados de uma mesma empresa sofrerem uma mesma situação fática, a exemplo de duas empregadas que em uma mesma ocasião sofram assédio sexual por seu superior, a indenização de uma delas poderá ser maior do que a da outra, caso estas recebam salários diferentes. Então, aquela que, por sua vez, recebe um menor salário, vai receber uma indenização inferior à outra, mesmo que a situação seja idêntica, indo na contramão ao princípio da isonomia.

Essa evidente inconstitucionalidade é defendida por diversos autores, que percebem a anomalia produzida pela Reforma Trabalhista, como bem explica Casagrande:

[...] Ainda que venham a ser superados os precedentes acima referidos e considerada constitucional a tarifação de danos morais, defendemos aqui que há outros óbices constitucionais insuperáveis para a manutenção do sistema instituído pelo legislador, pois a utilização do salário do empregado como parâmetro para fixação do montante indenizatório colide com diversas normas da Constituição, especialmente aquelas que decorrem do princípio da isonomia.¹³⁸

Por derradeiro, os estudiosos que já se debruçaram a escrever sobre essa temática, ainda recente em nosso ordenamento, exemplificam seu posicionamento apresentando casos hipotéticos, similar ao apresentado acima, para corroborar a injustiça dessa previsão normativa, como faz Victor Hugo de Almeida no seguinte trecho:

[...] Caso dois trabalhadores, que percebam diferentes salários, sejam humilhados pelo seu empregador em um mesmo momento e situação, apesar de ser a mesma lesão, os montantes indenizatórios porventura fixados para cada um nos moldes do parágrafo 1º do art. 223-G da aludida legislação será desigual, posto que esses trabalhadores percebem salários diferentes. E nem mesmo há de cogitar que poderia o julgador concluir para um se tratar de lesão leve e, para outro, de lesão média, pois, ainda assim, feriria o tratamento jurisdicional isonômico, em razão de uma

¹³⁸ CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**. Curitiba, Ano 2, número 3, dezembro 2017, p. 6.

mesma lesão, ocorrida em um mesmo contexto, ser graduada de forma distinta [...].¹³⁹

Na tentativa de corrigir essa falha, a MP 808 alterou a parte de se vincular ao salário do empregado, e determinou que fosse vinculado ao Benefício do RGPS. Porém, como a MP não foi transformada em lei a tempo e perdeu sua vigência, a redação do artigo voltou a vincular a reparação ao salário contratual. Mesmo se tivesse continuado a vigor o parâmetro do RGPS, há quem apontasse que ele também não seria parâmetro muito adequado, como explica Castro no seguinte trecho:

A crítica que suscitava o texto primígeno da lei – último salário contratual do ofendido não desaparece com a adoção de outro parâmetro. É que a técnica, em si, é o nó górdio da questão e tem como pano de fundo uma visão preconceituosa do dano extrapatrimonial, de modo a reduzi-lo ao parâmetro de valor de coisas.¹⁴⁰

A utilização do último salário contratual do trabalhador como parâmetro viola a isonomia formal perante à lei, pois não há nenhum motivo plausível para que se imponha diferenciação do valor da reparação em decorrência do salário. Portanto, a igualdade de todos perante a lei, no caso a igualdade jurídica, garantida pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (sendo, portanto, um direito fundamental dos indivíduos), é ignorada nesse dispositivo, pois não há substrato algum que justifique essa quebra da isonomia.

Nesse caso ocorre, como bem explicou José Afonso ao tratar sobre o princípio da isonomia, uma discriminação não autorizada entre pessoas em situações de igualdade, permitindo que permanecessem em condições favoráveis desiguais. A solução, segundo o autor defende, acertadamente, é declarar inconstitucional o ato discriminatório em relação a quantos solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a impetração de uma ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴¹

Corroborando o entendimento de que há uma violação da isonomia perante a lei e uma discriminação não autorizada nesse artigo, Casagrande enfatiza-os expondo de forma clara e exemplar:

E, no plano do direito constitucional positivo, o artigo 223-G da CLT, com a redação da Reforma Trabalhista, viola de forma evidente, flagrante, inquestionável e patente um dos mais básicos postulados da Constituição: a igualdade perante a lei

¹³⁹ ALMEIDA, Victor Hugo de. Análise crítica e enfrentamento da tarifação da indenização decorrente de dano extrapatrimonial pós reforma trabalhista brasileira, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 429.

¹⁴⁰ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A tarifação da indenização do dano moral: pré-fixação do quantum reparatório, apud MIESSA, op. cit., p. 472.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 229.

(CR, art. 5º, inc. I). Esta cláusula constitucional de isonomia não se resume a garantir apenas que o Estado deve tratar a todos de forma indistinta. Significa, essencialmente, na dição da Décima Quinta Emenda à Constituição dos EUA, “a igual proteção das leis (equal protection of the laws). O direito deve proteger a todos de maneira uniforme. A lei não pode criar distinções não justificadas entre os destinatários da norma. O legislador não deve estabelecer distinções legais que não sejam justificáveis pela natureza indistinta daquele que é discriminado.

No caso da regulamentação do dano moral na Reforma Trabalhista, a lei claramente dá um tratamento diferente para pessoas que estão sob mesma condição de fato e de direito, estabelecendo o seguinte: quem ganhar salário menor, terá reparação menor, ou em outros termos, terá “proteção da lei” em menor grau. Ou então, seria mais preciso dizer, “não terá igual proteção da lei”. Isto nada mais é do que uma forma de segregação. Não é uma segregação pela raça, cor, gênero ou nacionalidade: é uma segregação pela renda, pois quanto mais pobre o trabalhador, menor a reparação a ele devida. Os trabalhadores são “iguais” em seus direitos à reparação extrapatrimonial, mas “separados” – por faixa de renda – na hora de distribuição da justiça. [...].¹⁴²

Portanto, a disposição do art. 223-G, § 1º, é totalmente contrária ao princípio da isonomia, nesse caso a igualdade de todos perante a lei, garantida expressamente pela Constituição Brasileira no seu artigo 5º, *caput*.

Diante do exposto, resta evidente a inconstitucionalidade do preceito, por violar diretamente a igualdade entre os trabalhadores e os demais sujeitos de outros campos do direito, mas principalmente por utilizar o salário da vítima como parâmetro para a indenização, provocando quebra na isonomia entre os trabalhadores que recebem mais e aqueles que recebem menos.

5.4.2 Violação ao princípio da proporcionalidade e aos artigos 5º, V e X, 7º, XXVIII, da CF/88

No que se refere ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade, este foi violado sob dois vieses diferentes, tanto pelo legislador ao aprovar o artigo em questão; quanto ao ferir o artigo 5º, inciso V e X, da Constituição Federal, que preveem uma resposta proporcional ao agravo cometido.

Analisando-se, primeiramente, a violação do princípio quando o legislador, ao aprovar a Reforma Trabalhista e mais precisamente o artigo em fomento, não respeitou o princípio, pois aprovou um artigo com uma previsão totalmente desproporcional, não sobrepondo os efeitos negativos e os positivos da medida adotada.

¹⁴² CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**. Curitiba, Ano 2, número 3, dezembro 2017, p. 7-8.

É totalmente desproporcional pois impôs limites obrigatórios para as indenizações extrapatrimoniais trabalhistas e, ainda por cima, vinculou ao salário da vítima, sob o inconsistente argumento de que supostamente evitariam enriquecimentos sem justa causa ou decisões com valores muitos disparates entre si, esse último sendo apontado como uma das justificativas apresentadas no projeto da Lei 13.467/17 para aprovação da tarificação no art. 223-G, § 1º da CLT.¹⁴³

Assim sendo, é totalmente desproporcional, pois colocou os trabalhadores em posição inferior aos demais sujeitos de relações jurídicas diferentes das trabalhistas, além de não considerar que em determinadas situações, em decorrência da sua gravidade, não há o que se pensar em limites máximos, pois o que está em jogo são bens jurídicos que não possuem um valor mensurável, como a vida humana.

Sintetizando esse posicionamento, mediante a apresentação dos aspectos inerentes ao princípio, Natália Costa aborda a questão de forma exemplar:

O princípio da proporcionalidade possui dupla função, a saber: a) proibição da proteção insuficiente; b) proibição do excesso. A primeira vertente ensina que o Estado deve proteger os direitos fundamentais de maneira eficaz e suficiente, situação essa que não observamos na Reforma Trabalhista, visto que ela restringiu o campo de proteção dos direitos dos trabalhadores. Já a proibição do excesso pretendeu com a Reforma a proibição de valores exorbitantes da indenização, enriquecimento indevido de uma das partes. Ocorre que para tanto deveria observar a adequação, a necessidade e a ponderação, optando pelo meio de restrição mais adequado, necessário e que restringisse em menor grau os direitos fundamentais, cenário não alcançado com a tarificação da indenização.¹⁴⁴

Além disso, o princípio da proporcionalidade, por mais que não encontre muitas previsões expressas no texto constitucional, encontra respaldo, por exemplo no artigo 5º, incisos V e X da Constituição¹⁴⁵, em que consta a necessidade que a resposta a um agravo, abarcando o dano moral, seja proporcional, incidindo, pois, o princípio da proporcionalidade

¹⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. 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: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>, p. 46-47. Acesso em 12 mar. 2019.

¹⁴⁴ AGLANTZAKIS, Natália Costa. Quanto vale a dor do sofrimento: a tarificação do dano extrapatrimonial, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 447.

¹⁴⁵ CF/88: "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: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]"

no cenário dos danos morais, trazendo ainda o direito à indenização, sem haver nenhuma previsão de limites mínimos ou máximos.

Portanto, esses dispositivos constitucionais também foram contrariados, ao se impor uma tarifação do dano moral, como vislumbra Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro:

[...] Não há no art. 5º, X, da Constituição da República, previsão de regramento por lei, nem qualquer hipótese que possa remeter a valores pecuniários prévios o direito fundamental à reparação por danos morais; são os princípios – razoabilidade e proporcionalidade – que a informam. Dizer algo diferente é dizer algo inconstitucional.¹⁴⁶

Debruçando-se sobre esses incisos do artigo 5º, percebe-se que neles não há, em nenhum momento, uma imposição de limites máximos à reparação por dano moral, devendo este ser reparado em sua integralidade, sob pena de não haver justiça.

Porém, quando se impõe um valor máximo obrigatório a essa reparação, o direito da vítima de receber uma reparação integral, que seja proporcional ao agravo, é violado, pois mesmo que o julgador considere que cabe uma indenização maior no caso concreto, sob a redação desse artigo, ele está vinculado aos limites que nele constam.

Godinho e Gabriela Delgado corroboram esse entendimento:

Se não bastasse, o art. 223-G, § 1º, incisos I até IV, estabelece tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, se esquecendo que a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Nesse contexto, a interpretação lógico racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita a absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.¹⁴⁷

A ADI da OAB proposta trata bem sobre essa questão, como se percebe no seguinte trecho destacado:

Essa noção de proporcionalidade entre a ofensa e o agravo levam a conclusão de que o regime constitucional da reparação das lesões aos direitos da personalidade é incompatível com a sistemática da tarifação prévia de indenizações que limitam a

¹⁴⁶ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A tarifação da indenização do dano moral: pré-fixação do quantum reparatório, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 472.

¹⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 145-146.

recomposição dos danos sofridos. Nesse sentido, vigora no ordenamento constitucional a figura da reparação integral do dano [...].¹⁴⁸

Nesse diapasão, o artigo 7º da Constituição, que versa sobre os direitos trabalhistas, traz uma previsão no seu inciso XXVIII¹⁴⁹, sobre o direito do trabalhador de receber indenização decorrente de acidente de trabalho, não havendo, da mesma forma, nesse dispositivo, nenhum teto indenizatório.

A ADI 6050 da ANAMATRA destaca a violação desse inciso:

Com efeito, assim como os incisos V e X do art. 5º, da CF, contemplam hipótese de indenização ampla, para aqueles que têm a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem violadas pela imprensa, também o inciso XXVIII do art. 7º contempla indenização ampla para a hipótese de ocorrer dano extrapatrimonial decorrente de relação de trabalho ao empregado [...]. O próprio texto da norma afirma que eventual seguro contra acidentes, por mais amplo que possa ser, não pode excluir a indenização que o empregador estará obrigado a pagar, quando incorrer em dolo ou culpa.¹⁵⁰

O STF já assentou entendimento, em julgados passados, que não é cabível a tarifação da indenização por dano moral, por violar, principalmente, o princípio da proporcionalidade previsto na Constituição Federal, mediante a violação dos incisos V e X do citado artigo 5º.

O posicionamento da Suprema Corte é perceptível no julgamento do Recurso Extraordinário 447584, concernente a artigos da antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), que foi considerada como não recepcionada pela Constituição Federal.

Um dos pontos analisados dessa lei foi justamente a questão que o referido diploma legislativo, no seu artigo 52, impunha limites ao valor da reparação por dano moral decorrente de uma atividade da imprensa. Como se percebe na ementa do Recurso Extraordinário, essa limitação foi considerada inconstitucional por violar os incisos supracitados:

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

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5626228>>, p. 8. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁴⁹ CF/88: “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...]”

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5612680>> p. 15. Acesso em: 12 mar. 2019.

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. (RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148)¹⁵¹

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130), o Supremo consolidou esse entendimento, de não recepção da Lei da Imprensa, incluindo como um dos seus argumentos justamente a questão da tarifação do dano moral nessa lei. Nos votos dos ministros, percebe-se a lembrança constante do art. 5º, V e X, e do princípio da proporcionalidade, a exemplo do ministro Lewandowski, em uma parte do seu voto:

Senhor Presidente, a Lei 5.250/67 foi editada num período autoritário, cujo objetivo - evidentemente não declarado - foi o de cercear ao máximo a liberdade de expressão, com vistas a perpetuar o regime autoritário que vigorava no País. [...] Não impressiona, data venia, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. **É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta,** visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorsão, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. **Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação,**

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário: RE 447.584-7/RJ**. Relator Min. Cezar Peluso, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584ementa.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵²
(grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, já tinha editado a Súmula 281, em 2004, que versa exatamente sobre a tariffação que constava na Lei de Imprensa, além de haver Enunciando de Jornada Civil sobre a proibição em geral, sendo constatável que na doutrina e jurisprudência há uma tendência antiga de não se permitir a limitação prévia da indenização por dano moral, como se extrai da Súmula e Enunciado:

SÚMULA N. 281/STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa.¹⁵³
Enunciado 550 da VI Jornada de Direito Civil: A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.¹⁵⁴

Assim, visualiza-se que há, até o presente momento, um consenso nas Supremas Cortes em não se impor limites obrigatórios às indenizações por dano extrapatrimonial, o que alguns ministros, principalmente do STJ, defendem é que devem ser observados parâmetros para que seja feito o cálculo da reparação, desde que não se imponham limites mínimos ou máximos obrigatórios.

Diante do exposto, defende-se que o artigo 223-G, § 1º da CLT, deve ser declarado inconstitucional por também violar o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, além dos art. 5º, V e X, art. 7º, XXVIII, ambos da CF/88, que garantem o direito a uma reparação integral, proporcional ao agravo cometido.

É papel apenas do magistrado definir os valores indenizatórios justos a cada situação específica, agindo, sempre, é evidente, com ponderação e guiando-se pelos critérios agora estabelecidos no mesmo artigo 223-G que, apesar de trazerem alguns critérios questionáveis, não deve ser desprezado no que tange a essa questão.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5612680>> p. 17-18. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁵⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 550**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/621>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

5.4.3 Violação ao princípio da vedação ao retrocesso social

Passa-se ao questionamento se o novo dispositivo também contrariou o princípio da vedação ao retrocesso social. Considerando que antes da Reforma Trabalhista os trabalhadores que sofriam danos morais decorrentes da relação de trabalho podiam pleitear suas indenizações, segundo o que consta no Código Civil e na Constituição Federal, de acordo com o artigo 5º, V e X, e artigo 7º, XXVIII, assim, não havia limites aos valores indenizatórios, devendo sempre ser calculados de acordo com o agravo e suas peculiaridades, tampouco havia a utilização do salário contratual do ofendido como parâmetro.

Todavia, com o novo artigo 223-G, § 1º, esse cenário mudou radicalmente, devendo os trabalhadores se submeterem agora à tarifação nele imposta, e ainda por cima terem sua indenização ser calculada de acordo com o seu salário.

Diante desse cenário, é certo afirmar que houve um retrocesso social nos direitos dos trabalhadores, no que concerne ao direito de reparação por danos extrapatrimoniais, especialmente porque não há nada na Constituição Federal que permita esse retrocesso, já que os incisos do artigo 5º que versam sobre o dano moral e sua reparação são destinadas a todos os sujeitos abrangidos pela ordem jurídica brasileira, não havendo motivo plausível que justifique os trabalhadores serem excluídos do que consta nesses incisos, ou seja, uma indenização que seja de acordo com a ofensa.

Nesse contexto, ainda pode-se apontar o já citado artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que também se refere à indenização devida ao trabalhador em casos de acidentes de trabalho, sem, tampouco, em nenhum momento, impor limites a essa reparação. Portanto, é de evidente prejuízo essa nova forma de cálculo das indenizações trabalhistas por danos morais, não havendo nenhuma contrapartida aos trabalhadores que torne isso mais plausível.

Assim, os trabalhadores tiveram seus direitos prejudicados, violando, por sua vez, o princípio da vedação ao retrocesso social, que tem como função primordial evitar exatamente que esses retrocessos aos direitos constitucionalmente adquiridos ocorram.

Os legisladores, no momento de aprovação da Lei 13.467/17, não observaram e contrariaram esse princípio, sendo que, nesse caso foi transgredido o seu aspecto negativo, conforme explica Natália Costa Aglantzakis:

Cabe ressaltar também a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, o qual é um limite material à modificação da legislação e da Constituição quanto aos direitos fundamentais sociais já alcançados. Significa dizer que uma vez conquistados no panorama fático e jurídico, não poderão ser suprimidos via emenda constitucional ou legislação. A proibição do retrocesso social comporta um aspecto negativo –

imposição ao legislador para observar os direitos sociais já garantidos – e um aspecto positivo – dever ao Poder Público para concretizar os direitos sociais já regulamentados. [...] Percebe-se que a inovação do dano extrapatrimonial na CLT ofende o princípio da proibição do retrocesso social no aspecto negativo e impõe uma atuação do aplicador da lei quanto ao aspecto positivo. Traduz-se tal aspecto como mais um fato para serem declarados inconstitucionais os artigos em comento.¹⁵⁵

Em suma, considera-se que mais um princípio foi relegado nesse dispositivo, qual seja, o da vedação ao retrocesso social, sendo mais um argumento para que o mesmo seja declarado inconstitucional, ou ao menos seja feita uma interpretação conforme à Constituição, utilizando-o apenas como parâmetro, não sendo obrigatórios os valores propostos, nem mesmo o cálculo da reparação conforme o salário da vítima.

5.4.4 Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

Além das violações aos supracitados princípios, a redação do artigo 223-G fere, ainda, o princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Como já bem exposto no capítulo sobre os princípios, a dignidade da pessoa humana é o cerne do direito constitucional contemporâneo, e o desrespeito à dignidade humana é latente no dispositivo em questão. Primeiramente, por permitir aos que ganham mais receberem indenizações maiores do que quem ganha menos, preterindo os mais ricos aos mais pobres, como se estes últimos possuíssem menos valor do que os primeiros.

A discriminação em face da renda do trabalhador, positivada através dessa utilização do seu salário como forma de calcular a indenização, é totalmente contrária à valorização e ao respeito à dignidade do trabalhador, especialmente aqueles que trabalham em funções com salários menores, como se a sua dignidade fosse proporcional ao valor que este recebe, como sintetizou Casagrande:

O que a lei faz é exatamente isto: embora os trabalhadores sejam merecedores de igual tratamento digno, eles devem ser separados de acordo com seus salários, para fins de mensuração de seu patrimônio moral. Quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador. Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho.¹⁵⁶

¹⁵⁵ AGLANTZAKIS, Natália Costa. Quanto vale a dor do sofrimento: a tarifação do dano extrapatrimonial, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 442.

¹⁵⁶ CASAGRANDE, Cássio. A Reforma Trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**. Curitiba, Ano 2, número 3, dezembro 2017, p. 6.

Vislumbra-se, além disso, o desrespeito a esse princípio nuclear ao se estabelecer valores máximos para as indenizações, já que não acontece o mesmo nas relações de outros ramos do direito, como no cível e no consumerista. Portanto, a dignidade do trabalhador é violada, por esse ser colocado em um patamar inferior aos demais sujeitos de uma sociedade, sendo totalmente injusto e em desacordo com o respeito da dignidade de todos os seres humanos, sejam eles trabalhadores, consumidores ou cidadãos comuns.

Insta ressaltar que também ocorre a violação desse princípio por não haver o respeito ao direito, garantido constitucionalmente, de uma indenização que seja proporcional à ofensa. No dano extrapatrimonial, como já abordado, os direitos de personalidade de um indivíduo é que estão sendo feridos, ou seja, a esfera mais íntima da pessoa humana e diretamente ligada à sua dignidade.

Portanto, não deve haver limites máximos obrigatórios a esse tipo de ofensa, já que não há como mensurar o valor da dignidade de um indivíduo e muito menos atrelá-lo ao valor salarial por ele percebido, devendo ser feita uma análise caso a caso para que se obtenham decisões justas que preservem a dignidade da pessoa envolvida.

Desse modo, levando-se em consideração uma das funções da indenização por dano extrapatrimonial, qual seja a de compensação pelo dano, é necessário o respeito ao direito à reparação integral, de acordo com as peculiaridades de cada situação, guiando-se sempre pela equidade e razoabilidade.

A reparação integral não está sendo respeitada ao se impor limites à indenização, já que mesmo em casos extremos, em que é evidente que o valor indenizatório deve ser maior, os julgadores não o poderão fazer, devido a essa restrição imposta pela reforma.

Corroborando esse entendimento, Almeida faz uma análise exemplar:

[...] Assim sendo, a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, inciso, III, da Constituição Federal, representa o “valor constitucional supremo”, o epicentro de todo o ordenamento jurídico em torno do qual gravitam as demais normas. Trata-se de um valor garantido por determinados direitos, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os próprios direitos sociais, com destaque ao direito ao trabalho em condições dignas. Por isto, cabe ao Estado a tutela da compensação ampla e integral em caso da violação de algum dos bens jurídicos extrapatrimoniais do trabalhador, assentados nos direitos da personalidade e nos direitos fundamentais, cuja medida não encontra limitação no ordenamento jurídico pátrio.¹⁵⁷

¹⁵⁷ ALMEIDA, Victor Hugo de. Análise crítica e enfrentamento da tarifação da indenização decorrente de dano extrapatrimonial pós reforma trabalhista brasileira, Apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 432.

Intrínsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo artigo 1º da Constituição Federal estabeleceu o princípio do valor social do trabalho, que é definido no inciso IV, juntamente com aquele princípio, como um dos fundamentos do país. É totalmente conectado ao da dignidade humana, pois um dos aspectos para que alguém tenha sua dignidade respeitada é relacionado ao trabalho e à sua valorização.

A disposição desse princípio como um dos fundamentos exemplifica bem o valor concedido ao trabalho no nosso ordenamento jurídico, devendo a livre iniciativa, que também é prevista nesse mesmo inciso IV¹⁵⁸, como outro fundamento, ser complementar, não violando o valor social do trabalho.

Nesse contexto, a colocação dos trabalhadores em posição inferior aos demais sujeitos envolvidos em relações jurídicas diversas, quanto à indenização cabível, assim como a vinculação da reparação ao salário do ofendido, afrontam a valorização do trabalho e a figura do trabalhador, desvalorizando, de maneira mais incisiva, aqueles de menor renda, que recebem menores salários.

Portanto, o princípio do valor social do trabalho, que deve pautar e guiar as relações jurídicas trabalhistas, é violado, consistindo em mais um fator que corrobora a transgressão à dignidade do trabalhador.

Finalmente, a própria violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso social já implicam, por si só, uma evidente transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Posto que se o indivíduo não tem seu direito à igualdade respeitado, nem tampouco o direito a ter seus direitos adquiridos respeitados, a dignidade de tal pessoa já está sendo ferida.

Diante do exposto, resta evidente que o artigo em análise deve ser declarado inconstitucional por também violar a dignidade da pessoa humana, ao não respeitar seus direitos de personalidade e o direito à reparação integral de um dano extrapatrimonial, ao querer, através da sua redação, impor um valor máximo à dignidade humana, essa que nunca pode ser convertida em um mero valor pecuniário.

¹⁵⁸ CF/88: “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”

Nesse contexto, o princípio deve ser utilizado na função de parâmetro para controle de atos estatais, como exposto por Sarmiento¹⁵⁹ e comentado no capítulo referente aos princípios, já que o artigo em análise contrariou a dignidade humana de forma evidente, como já exposto.

A declaração da inconstitucionalidade do art. 223-G, § 1º, com base no desrespeito ao princípio da dignidade humana é perfeitamente possível. Inclusive, como se percebeu, ao se analisar alguns julgados das Cortes Superiores brasileiras no primeiro capítulo, esse princípio é utilizado como argumento em diversos casos, sendo apontado, muitas das vezes, como um dos fundamentos para se declarar se um ato/lei é ou não constitucional, ou para conferir a esses uma interpretação conforme à Constituição.

5.5 AÇÕES PROPOSTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após demonstrar a violação de diversos princípios constitucionais na redação do artigo 223-G, § 1º, da CLT, é necessário, de forma mais resumida, apresentar outros argumentos elencados nas ADIs apresentadas perante o STF sobre a temática.

São necessários esses breves apontamentos, pois a análise da inconstitucionalidade do artigo 223-G, § 1º, da CLT, no presente trabalho, guiou-se por uma base mais principiológica, pautando-se na violação de diversos princípios constitucionais, porém as citadas ADIs, além de também defenderem a violação dos princípios supramencionados, ainda apontaram vários artigos constitucionais que também consideram ter sido transgredidos nesse artigo da Reforma Trabalhista.

De forma similar, ambas as ADIs argumentaram, além de todas as razões já apresentadas aqui, que a tarifação do dano moral trabalhista está prejudicando o direito, garantido pela Constituição no art. 93, X, dos magistrados de julgarem conforme sua análise do caso concreto.

Corroborando esse entendimento, a petição inicial da ADI da OAB expõe o argumento:

Cumpra esclarecer que as normas questionadas ao impedirem o magistrado de fixar em favor do trabalhador a indenização ampla, tal como preconizado na Constituição, estão restringindo a atuação do Poder Judiciário, mormente a prerrogativa do juiz de proferir decisão consubstanciada em seu livre convencimento motivado, com vistas a reparar o titular de um direito lesionado (art. 93, inciso IX, da Constituição Cidadã). [...] Isso porque, a partir da constatação do dano e sua graduação (leve,

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

média, grave e gravíssima), o magistrado ficará adstrito ao valor do último salário contratual do ofendido para fins de estipulação da indenização, sem que lhe seja possível qualquer valoração do dano.¹⁶⁰

Assim também o fez a ANAMATRA na petição da ADI 6050 proposta pela Associação, como se percebe no seguinte trecho:

O caso sob exame envolve ainda violação clara à independência do Juiz do Trabalho para julgar as causas e aplicar a lei de acordo com o texto constitucional e com suas convicções, que o em. Ministro Marco Aurélio sempre assinala ser a atuação do Juiz com base na ciência e na consciência.¹⁶¹

Destaca-se, ainda, alguns artigos constitucionais que, segundo entendimento da ANAMATRA e da OAB, preveem o direito ao trabalhador de se obter uma indenização por dano moral de forma ampla e irrestrita, quais sejam: o art. 170, *caput*, e inciso VI¹⁶², art. 225, *caput*, § 3º¹⁶³. Esses dispositivos se referem ao meio ambiente que, por sua vez, engloba o ambiente laboral, assim sendo, as previsões desse artigo se aplicam também às relações trabalhistas e às condições do local em que estas subsistem, cabendo as indenizações previstas quando houverem infrações.

Por último, mas não menos importante, a ADI da OAB lembrou ainda que nesse artigo há princípios específicos do direito do trabalho sendo violados, ressaltando-se que por mais que não sejam considerados, em tese, princípios constitucionais, assim, não possuindo a força vinculante para que determinada norma seja declarada inconstitucional por violá-los, devem ser levados em consideração pelos legisladores no momento da formulação de normas jurídicas.

Desse modo, é importante ressaltar que alguns desses princípios também foram transgredidos no artigo 223-G, com ênfase no da proteção do trabalhador. A petição inicial da OAB destaca isso na seguinte passagem:

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo_bjetoincidente=5626228>, p. 16. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqo_bjetoincidente=5612680> p. 5. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁶² CF/88: “Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”

¹⁶³ CF/88: “Art.225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados** [...]” (grifo nosso).

Tratando-se especificamente do princípio da proteção, infere-se a necessidade de dedicar à parte hipossuficiente na relação trabalhista normas favoráveis, condições mais benéficas (Súmula n. 51 do TST) e interpretações in dubio pro misero, nas hipóteses em que evidenciadas dúvidas quanto aos termos de uma norma ou decisão. Com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em que pesem louváveis diversas das alterações promovidas, tais elogios não se estendem aos arts. 223-A e 223-G, §§ 1º e 2º, da CLT, uma vez que implicaram em desmedido prejuízo ao trabalhador.¹⁶⁴

Isto posto, as citadas ADIs ainda não foram julgadas pelo Supremo, sendo que recentemente, no final de fevereiro, mais uma Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à essa temática foi proposta no STF (ADI 6082), essa de autoria do Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI, também requerendo a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 223-A e incisos I, II, III e IV e do § 1º do artigo 223-G da CLT.¹⁶⁵

Portanto, percebe-se que esse dispositivo tem sido amplamente questionado, fazendo com que a expectativa dos julgamentos dessas ADIs seja grande, a fim de se conhecer o posicionamento que será adotado pelo STF. Contudo, é possível tentar antever a decisão que a Suprema Corte poderá tomar, já que se seguir sua própria jurisprudência e compreensões acerca da temática da tarifação e da violação de princípios constitucionais, é bem provável que a Corte decida por declarar o art. 223-G, § 1º, inconstitucional, ou, ao menos conceda ao dispositivo uma interpretação conforme a Constituição.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5626228>>, p. 6. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6082**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5640983>. Acesso em: 25 mar. 2019.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi analisar as novidades referentes ao dano extrapatrimonial trabalhista decorrentes da Reforma Trabalhista, a fim de verificar se o novo artigo 223-G, § 1º, nas suas disposições, viola princípios constitucionais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, assim, decidir-se acerca da (in)constitucionalidade do mencionado dispositivo.

Foram escolhidos quatro princípios constitucionais para contrapor a esse artigo: o princípio da isonomia, da vedação ao retrocesso social, da proporcionalidade ou razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. Ao se realizar a análise do dispositivo frente a esses princípios, percebeu-se que todos eles foram transgredidos na redação do artigo.

Primeiramente, constatou-se que o princípio da isonomia foi violado em dois momentos: ao impor limitações nas indenizações extrapatrimoniais trabalhistas, que não existem em outros ramos do direito, diferenciando, dessa forma, os trabalhadores dos demais sujeitos de relações jurídicas diversas da trabalhista; mas principalmente ao utilizar o último salário contratual do trabalhador como parâmetro para o cálculo da reparação, prejudicando e menosprezando os que recebem menores salários em comparação com os que recebem mais.

Diante do exposto, não há razões plausíveis que justifiquem essas diferenciações entre pessoas que se encontram em posição de igualdade, havendo uma quebra da isonomia formal por conceder tratamento diverso aos trabalhadores perante a lei. A isonomia formal é garantida expressamente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, devendo, portanto, guiar os legisladores e juristas.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade não foi respeitado ao se aprovar esse artigo, pois os prejuízos decorrentes dele superam os possíveis benefícios, havendo outras maneiras em que se poderia chegar a resultado semelhante. Além disso, a necessidade de que a reparação seja proporcional ao agravo, conforme consta no art. 5º, V e X da Constituição, também foi ferida, pois cabe ao juiz, ao analisar o caso concreto, determinar a indenização cabível, especialmente porque esses incisos e o art. 7º, XXVIII da Constituição, em nenhum momento impõem limites máximos a tais reparações.

O princípio da vedação ao retrocesso social foi violado igualmente, já que antes da Lei 13.467/17 e da criação do artigo em análise a indenização por dano extrapatrimonial trabalhista era calculada conforme as regras constantes na Constituição Federal, que não preveem valores máximos e muitos menos a utilização do salário contratual como parâmetro para realização dos cálculos. Portanto, essa nova forma de se abordar a reparação desse tipo

de dano configurou-se em um verdadeiro retrocesso aos direitos dos trabalhadores, garantidos nos artigos 5º, V e X, e 7º, XXVIII, da Carta Magna, todos de índole fundamental.

No que tange à dignidade da pessoa humana, retomando o pensamento defendido por Kant, não se pode tratar o ser humano como um meio para se alcançar um fim, que nesse caso específico é supostamente evitar indenizações muito elevadas, que causem enriquecimentos ilícitos, e decisões muito discrepantes. Pois, ao se fazer isso, a pessoa humana está sendo tomada como uma mercadoria, como se ela ou sua dor pudesse ter um preço fixo e um limite prévio quantificado, sem levar em consideração todas as variáveis em que está inserido o indivíduo concretamente e a análise de cada caso.

Assim sendo, ao se estabelecer um preço tarifado para a dor do trabalhador, além de menosprezar mais ainda os menos abastados na utilização do parâmetro salarial, o valor intrínseco do ser humano é totalmente violado, conseqüentemente o âmago da sua dignidade humana e todos os demais princípios, que de uma forma ou de outra estão intrinsecamente ligados à dignidade, também são desrespeitados.

Conclui-se, portanto, afirmando-se a inconstitucionalidade do art. 223-G, § 1º, da CLT, introduzido pela Lei 13.467/17, por violar os princípios constitucionais mencionados neste trabalho e demais direitos constitucionais, devendo, por isso, ser extirpado do ordenamento jurídico.

Fica a expectativa quanto ao resultado do julgamento das ADIs ajuizadas perante o STF. Contudo, é de se esperar, perante o posicionamento da Corte em casos antigos, com ênfase na Lei da Imprensa, em que considerou inconstitucional a tarifação das indenizações, aliado à defesa dos princípios constitucionais em diversos julgamentos, que ao julgar o mérito dessas ADIs, considere o artigo 223-G, § 1º como inconstitucional.

Entretanto, enquanto não acontece o julgamento dessas ações no Supremo, é importante se manter atento ao posicionamento que está sendo adotado pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelas Varas de Trabalho ao julgarem demandas que envolvam esse dano moral trabalhista. A dúvida que paira é se esses órgãos resolverão as lides, em sua maioria, conforme consta nos artigos 223-A ao 223-G da Reforma Trabalhista, ou se continuarão julgando conforme os preceitos da Constituição Federal, que garantem uma resposta proporcional ao agravo, sem tarifações prévias impostas.

O Direito do Trabalho tem como função primordial proteger a figura do trabalhador contra as desigualdades inerentes da relação de trabalho, em que o empregador possui o capital e o poder diretivo. Portanto, esse ramo do direito busca conceder e proteger garantias

mínimas básicas ao trabalhador, que o permitam ter uma vida digna, seja no trabalho como na vida pessoal.

Na falácia defendida para se obter a aprovação da Reforma Trabalhista, em que ela era necessária em face de modernizar e flexibilizar as relações de trabalho, os prejudicados, na realidade, foram os próprios trabalhadores, que tiveram inúmeros direitos subtraídos e foram colocados em posição inferior em relação aos demais sujeitos que importam ao direito, desvirtuando o caráter protetivo do Direito do Trabalho ao esvaziar diversos institutos e ao introduzir novos dispositivos que vão na contramão à proteção do trabalhador, como no artigo analisado neste trabalho.

É dever do Estado proteger os seus trabalhadores e garantir seus direitos básicos, não permitindo que lhes sejam impostas condições indignas de trabalho e de tratamento, sob esse falso pretexto de flexibilização e maior geração de empregos.

O crescimento econômico, evidentemente, é de suma importância, mas que isto ocorra de maneira aliada e em consonância com a proteção da dignidade do trabalhador e com a valorização da sua mão de obra, sendo que o contrário, como ocorrido na Lei 13.467/17, somente interessa aos grandes empresários e aos que vão obter lucro com a precarização da relação trabalhista.

Defende-se, então, que um ordenamento jurídico somente é justo quando garante direitos básicos, na medida do possível, a todos os cidadãos, nas suas mais variadas relações jurídicas, especialmente na trabalhista, ramo essencial para a construção de um país.

Portanto, conclui-se o presente trabalho afirmando-se que o art. 223-G, § 1º, foi um dos principais equívocos legislativos da Reforma Trabalhista, sendo necessário que seu teor não prevaleça na ordem jurídica, a fim de se garantir a coerência do ordenamento jurídico brasileiro e o respeito aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da vedação ao retrocesso social, e, em última instância, ao princípio basilar da ordem jurídica posta, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Kleber Henrique S. O dano existencial à luz da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 e MP 808, 14 de novembro de 2017, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

AGLANTZAKIS, Natália Costa. Quanto vale a dor do sofrimento: a tarifação do dano extrapatrimonial, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Victor Hugo de. Análise crítica e enfrentamento da tarifação da indenização decorrente de dano extrapatrimonial pós reforma trabalhista brasileira, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 2. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>, p. 20. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. 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: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em 12 mar. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 550**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/621>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

_____. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 12.547 - DF (2000/0022278-0).** Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000222780&dt_publicacao=12/02/2001>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: RESP 1152541/RS.** Relator Min. Paulo De Tarso Sanseverino, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1152541&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 388: A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_36_capSumula388.pdf> Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41 DF.** Relator Min. Roberto Barroso, 2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4382 SC**. Relator Min. Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544106>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**. Relator Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5612680>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6069**. Relator Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5626228>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6082**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5640983>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário: RE 447.584-7/RJ**. Relator Cezar Peluso, 2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584ementa.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário: RE 477554 AgR**. Relator Min. Celso De Mello, 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28477554%2ENU ME%2E+OU+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpo847m>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário: RE 878694/MG**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n. 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**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1259>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região. **Recurso ordinário: RO n. 1000483-77.2013.5.02.0292**. Relator Des. Cláudia Zerati, 2014. Disponível em:

<<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta011&docId=23fcaeb42b7cc458a2b35f5867ad3e051c1e4a24&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região. **Recurso ordinário: RO n. 0021028-47.2016.5.04.0771**. Relator Des. Marcos Fagundes Salomão, 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/HuTDo6NhnIOFnHAc4jNMHw?&tp=prescri%C3%A7%C3%A3o+danos+morais>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 147440-56.2002.5.01.0202**. Relator Min. Walmir Oliveira da Costa, 2008. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 604-69.2015.5.02.0481**. Relator(a) Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-RR - 118700-19.2002.5.12.0029**. Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 2008. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista: RR 1029-02.2016.5.12.0023**. Relator Min. Marcelo Lamago Pertence, 2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**. Curitiba, Ano 2, número 3, dezembro 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A tarifação da indenização do dano moral: pré-fixação do quantum reparatório, apud MIESSA, Élisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Sondagem especial reforma trabalhista. Indicadores CNI**, 2017. Disponível em: <https://fiea.org.br/public/documentos/03-sondespecial-reformatrabalhista-dezembro2017.pdf>. Acesso em 01 mar. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 3 – Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** – parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. Prescrição nas ações acidentárias sob o enfoque da tutela dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 74, n. 1, jan/mar 2008, p. 137. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/1888>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá, apud CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Mariana. **Reforma trabalhista: o que dizem os que defendem que vai gerar empregos? BBC Brasil**, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>. Acesso em 01 mar. 2019;

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil** - vol. 2 - Direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** - volume Único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.