

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO.

Andresa Nascimento de Oliveira¹

Henrique Batista de Araujo Neto²

RESUMO

Discute-se acerca da irregularidade trazida no artigo 223-G da Lei 13.467/2017, mais comumente conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, observando-se a necessidade de assegurar a manutenção do texto constitucional, sobretudo o princípio da isonomia. Tem-se que, apesar das evoluções normativas, jurisprudencial e doutrinária do nosso ordenamento jurídico trabalhista e demais campos do direito, os legisladores insistem em elaborar leis que contradizem a Constituição Federal de 1988, a base do universo jurídico brasileiro. Busca-se analisar a inconstitucionalidade, as controversas trazidas pela tarifação de um dano imaterial, tentando encontrar definições mais claras a respeito da maneira apropriada de utilização desse instituto.

Palavras-chave: Tarifação de Dano Imaterial; Dano Extrapatrimoniais; Princípio da Isonomia.

ABSTRACT

It discusses the irregularity brought in article 223-G of Law 13467/17, more commonly known as the Labor Reform Law, observing the need to ensure the maintenance of the constitutional text, especially the principle of isonomy. Despite the normative, jurisprudential and doctrinal evolution of our labor legal system and other fields of law, lawmakers insist on elaborating laws that contradict the Federal Constitution of 1988, the basis of the Brazilian legal universe. It seeks to analyze the unconstitutionality, the controversies brought by the charge of immaterial damage, trying to find clearer definitions regarding the appropriate way of using this institute.

Keywords: Charge of Intangible Damage; Off-balance sheet; Principle of Isonomy.

¹Discente do Curso de Direito na UNI-RN e E-mail: andresa.nascimento002@hotmail.com

²Mestre em Direito pela UFRN, com ênfase na constitucionalização das relações privadas. Especialista Lato Sensu em Direito Processual Civil e em Direito Civil pela ESMARN. Habilitado em Direito da Energia (Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) pelo PRH36/ANP/MCT/UFRN. Graduado em Direito pela UFRN. Professor de Direito Civil do UNI-RN e do IAP Cursos, presencial e on line. Ex-Assistente de Juiz do TJRN. Ex-Assessor da Consultoria Jurídica e da Presidência do TCE/RN. Assessor de Gabinete do TCE/RN. Advogado. Mais: ver curriculum lattes em www.cnpq.br.

1. INTRODUÇÃO

A tarificação de dano extrapatrimonial se exhibe como um tema já questionado, por exemplo, nos artigos 51 e 52 da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa)³, expressamente assinalado pela Súmula 281 do STJ⁴ e pronunciamento expresso do STF na ADPF 130/09, como uma tentativa frustrada do legislador de estipular valores indenizatórios a fim de compensar um infortúnio causado a alguém, como se violação a integridade e dignidade pudesse ter valor especificado em lei determinada.

Englobam os danos extrapatrimoniais toda ação que ofende a honra, liberdade, imagem, saúde, existência plena, convívio com os entes mais próximos, sobretudo, a própria dignidade e integridade do ser humano. Sendo assim, atinge todos os valores inerentes ao indivíduo, àqueles assegurados e tão arduamente conquistados pela força da democracia e trazidos na Constituição Federal de 1988, especialmente, no que tange os incisos V e X do artigo 5º⁵. Contudo, a entrada em

³ **Art. 51.** A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

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

II - a 5 salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

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

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

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

⁴ Súmula 281, do STJ: a indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa.

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

vigor da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) ocorrida no dia 11 de novembro de 2017, afrontou princípios constitucionais fundamentais, já que previamente determina o valor a ser aferido a título de indenização por dano sofrido, vale salientar, sem saber a intensidade, tampouco a repercussão da ofensa na vida da vítima.

Deste modo, a tarifação de dano imaterial deve ser necessariamente consolidada pela interpretação jurídica de cada situação concreta, partindo dessa premissa, está se indexando a indenização por danos extrapatrimoniais de forma prévia, porém não há falar em mensurar financeiramente uma dor sofrida por alguém, pois não sabemos o real reflexo do efeito causado pelo dano na vida padecente. Diante disso, o artigo estabelece que a quantia a ser liquidada, diante da justificativa de indenização, seja efetuada de acordo com a última remuneração recebida pelo funcionário afetado, assim a legislação está partindo de um pressuposto de que as pessoas são desiguais perante a lei, portanto fere um dos fundamentos do Direito do Trabalho, qual seja, sua correlação com a igualdade e sendo um direito social, vincula-se à tentativa de permitir que as pessoas tenham isonomia de oportunidades.

Destarte, cediço que o Direito do Trabalho é um dos ramos que prima pela luta de paridade de armas entre os seres, para que os indivíduos saiam da margem de uma sociedade com distinção entre as pessoas, uma controvérsia surge nesse campo do direito: o artigo 223-G, §§ 1º, 2º e 3º⁶, exposto na Reforma Trabalhista, permite a igualdade de direitos trazida no texto da Constituição Federal de 1988?

Tal discussão sobre o tema merece respaldo levando em consideração que as ações pleiteando dano extrapatrimonial têm sido recorrentes nos últimos anos frente à justiça do trabalho e a nova legislação modifica de forma substancial esse

⁶ Art. 223-G:

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

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

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

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

direito. Sendo assim, a presente pesquisa pode ser justificada sob uma perspectiva social de exposição de direitos e garantias fundamentais da vítima do dano, de tal modo que o princípio da isonomia aliado à dignidade da pessoa humana, bem como a responsabilidade civil, manifestam-se como fatores preponderantes para buscar uma legislação mais justa àqueles menos favorecidos. Nesse sentido, a análise desses institutos torna-se necessária como forma de delimitar as relações hierárquicas dentro do ambiente de trabalho, pois, conforme a nova legislação, o que valerá para compensação do prejuízo sofrido será o último salário recebido. Ainda que se trate de legislação trabalhista, os conteúdos abarcados na Constituição Federal de 1988 devem ser tratados como relevantes aos demais, com fundamento na particularidade que possui em defender e igualar as pessoas, em face das fortuitas formas de abuso de poder, soberania e ultraje aos direitos individuais e transindividuais.

Os objetivos da pesquisa dizem respeito aos esclarecimentos sobre os fatores constitucionais correlacionados ao Direito do Trabalho, corroborando assim com a consolidação de valores inerentes ao ser humano, de tal modo que enfatizem os preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, sobretudo, no que tange aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e a responsabilidade civil, condicionando o princípio da isonomia ao pressuposto maior necessário para a análise das relações de trabalho. E, inequivocamente a tariffação de dano imaterial como um todo deve ser regida pelos ditames constitucionais, especialmente, do que diz respeito à igualdade de direitos, na qualidade de premissa maior das relações jurídicas.

A presente produção faz uso do método logico-dedutivo, por meio do qual se pretende obter uma conclusão sobre a questão suscitada. Para isso, utiliza-se de meios como o levantamento bibliográfico da literatura jurídica, a análise dos dispositivos legais, bem como da pesquisa jurisprudencial atualizada.

O estudo organiza-se na seguinte ordem:

No capítulo segundo está contido como se deu a Constitucionalização da Responsabilidade Civil, mostrando que antes de ter sido positivada a lei da Reforma Trabalhista, toda e qualquer questão suscitada referente a dano imaterial - em qualquer ramo do direito - era fundamentada sob à luz do Código Civil. Então, o cerne da discussão é que tudo que diz respeito ao direito pátrio tem base constitucional, e isso se estende ao Direito Civil, do Trabalho. Esse estudo é

fundamentado no artigo 5º, incisos V e X, demonstrando a relevância da responsabilidade civil e seu assento pela lei maior, bem como sua extensão nas relações de trabalho.

O terceiro capítulo trata do Dano Extrapatrimonial nas Relações de Trabalho, ou seja, o seu conceito, quando se configura e suas espécies. O dano moral é o que mais vai interessar nesse estudo, já que a base do dano imaterial se dá por ele, a reforma só nos trouxe uma nomenclatura mais abrangente para tratar o assunto. Estará disposto neste capítulo algumas formas da sua aplicação nas relações trabalhistas.

O quarto capítulo trata especificamente do art. 223-G, §§ 1º, 2º e 3º da Lei 13.467/2017, no tocante a indexação do dano imaterial, ou seja, a nova legislação quer mensurar financeiramente o dano sofrido pelo trabalhador e assim divide pelo grau de dano sofrido, qual seja, leve, médio, grave e gravíssimo. Como mencionado anteriormente, a indenização será paga de acordo com a última remuneração recebida, o que traz uma tremenda controvérsia, já que dessa forma a legislação fere diretamente o texto constitucional, no tocante ao princípio da isonomia, bem como o fato de já não ter sido recepcionada matéria normativa que limite valores indenizatórios decorrente de dano moral, por se tratar de atividade preponderante a livre convencimento do magistrado.

Por fim, nas apreciações finais, estão dispostos os principais elementos abstraídos pelo desenvolvimento das linhas gerais e específicas dos ditames constitucionais que vão ao encontro da reforma trabalhista. E, consolidam-se os principais elementos que compõe a pesquisa, sobretudo, a defesa do texto constitucional no que concerne ao dano extrapatrimonial e em relação a sua violação, colocando em jogo a dignidade da pessoa humana, mais ainda, a igualdade de direitos, conquanto que enfatiza ainda a não observância da nova legislação trabalhista quanto a preceitos contidos na Lei Maior e já dito inconstitucional, inclusive por meio de precedente do STF, o que pode colocar em instabilidade a segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O novo Direito Constitucional, também chamado de neoconstitucionalismo, desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Segundo Barroso (2005), a constitucionalização do direito acontece em duas vertentes: a primeira, através de um movimento de inclusão na constituição de normas afetas ao direito infraconstitucional, como ocorrera nas constituições portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988). A segunda, por sua vez, quando ocorre uma expansão dos efeitos das normas constitucionais para todos os outros ramos do direito infraconstitucional, por exemplo o direito civil e as relações entre particulares.

Portanto, a ideia de constitucionalização do direito aqui explorada, está associada a segunda vertente supra mencionada, em que se dá um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Infere-se, assim, que a constituição pode ser compreendida como sendo o sol que rege o sistema solar. Sendo que para a correta leitura de cada planeta, como o Código Civil, tem que o ler iluminado pela luz do sol da Constituição.

Com efeito, o estudo da responsabilidade civil foi se aperfeiçoando ao longo dos anos, especialmente, após as grandes guerras mundiais, em que o Estado passou a intervir mais efetivamente na vida privada, movimento esse que aproximou o Direito Civil da Constituição, levando ao que chamamos hoje de Constitucionalização do Direito Civil.

Vale ressaltar que esse instituto, como resultado das ideias tradicionais do Direito Privado, manteve, durante uma longa trajetória histórica, um viés exclusivamente patrimonialista, cujo perfil buscava, de um lado, punir o ofensor e, de outro, reparar os danos causados à vítima. Daí porquê se falava apenas em lesões materiais, facilmente quantificadas com a busca pela equivalência entre o antes e o

depois do dano ao patrimônio do ofendido e, tempos depois, por meio do acréscimo patrimonial que ela deixara de obter após a lesão. Verifica-se, nessas situações, uma valoração econômica, objetiva e calculável.

Diante de profundas transformações ocorridas no campo da Responsabilidade Civil, grandes desafios tem se apresentado aos juristas, e que merecem ser enfrentados a partir da perspectiva da aplicação direta e imediata das normas constitucionais. De fato, somente a perspectiva constitucionalizada é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneos.

Nesse sentido, destaca-se, o Ministro Fachin (2008), como representante da corrente de pensamento que propõe o deslocamento da centralidade hermenêutica do direito civil (fundada no patrimônio), para a pessoa humana e a promoção de sua dignidade. Formara-se, assim, o movimento teórico denominado de “Virada de Copérnico”, fiel a solidariedade social e a igualdade substancial, marcado pela despatrimonialização das relações privadas. Dessa forma, propriedade e o proprietário, perdem o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Desse modo, se antes a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, atualmente, de acordo com Lobo (2011), aponta que os seus fundamentos constitucionais são voltados essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a sua transformação contemporânea: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social.

Nesse contexto, o princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima.

Com o advento da atual Constituição Federal, o princípio da dignidade humana fora consagrado como direito fundamental, em seu artigo 5º, incisos V e X, garantindo o direito a ampla reparação dos danos sofridos, sem qualquer limitação ou tariffação, estatuinto que se constitui em direito fundamental da pessoa humana a reparação devida por danos materiais, morais ou à imagem.

Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil é norteado pela concepção de que sempre que alguém causa um dano a outrem, deve ser compelido a restituir o lesado ao *status quo ante*, restabelecendo o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano, a causa geradora da responsabilidade, desde que existente um dever jurídico (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015).

A constitucionalização do direito dos danos impôs, assim, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada.

Com a nova visão constitucional, que irradiou o direito privado, passou-se a verificar a figura da responsabilidade civil sob o direito da pessoa que sofreu o dano de ser ressarcida. Isso representa o “reconhecimento de que o centro das atenções deve se estabelecer sobre a pessoa da vítima e da asseguarção de seus direitos”, como bem destacou Venturi (2016, p. 03).

Vale ressaltar, que durante anos, em razão do excessivo apego a ótica patrimonialista, o dano moral teve que enfrentar a máxima de que era inestimável ou mesmo imoral compensar a dor moral, monetariamente falando, tese que fora afastada no direito nacional, com a Carta Magna de 1988, colocando a pessoa humana como foco central do sistema jurídico e, por essa abordagem axiológica, surgiram relevantes conseqüências ao direito civil.

Nesse sentido, importa definir as espécies de dano, nas palavras de Cahail (2000), Gomes, o qual afirma:

A lesão ao direito personalíssimo ocorre em duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial⁷.

⁷ CAHALI, Iussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 250.

Nesse cenário, destaca-se a existência na doutrina de dois desdobramentos do dano moral: o subjetivo e o objetivo, que sob uma perspectiva constitucionalizada, corresponde lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios, qual sejam, da liberdade; da igualdade; da solidariedade e/ou da integridade psicofísica de uma pessoa.

A releitura de institutos de direito civil, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (CF/1988, artigo 1º, inciso III)⁸ e a justiça solidária (CF/1988, artigo 3º, inciso I)⁹, tornou-se, portanto, indispensável em todas as situações jurídicas. Nela se inclui, por natural, o direito a reparação de danos, no sentido de que a proteção da pessoa deve ser priorizada em detrimento da perspectiva patrimonial.

Assim, para efeito de reparação do dano e direcionamento à tutela da vítima, em seu aspecto existencial, faz-se, imprescindível, levar-se em conta, outros aspectos igualmente importantes, tais como: o caráter punitivo, pedagógico e exemplar; o papel de consolo à vítima; objetivar o desestímulo de outras práticas ilegais e abusivas; geração de distribuição de renda; bem como se fazer substituir aos deveres do Estado; enfim, é fundamental o surgimento da necessidade de que se promova a reconstrução do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

A análise das atuais funções dos danos morais deve partir da leitura dos dispositivos existentes no Código Civil à luz da Constituição Federal. Isso significa que o sentido e o alcance dos artigos 186 (cláusula geral de ilicitude) e 927 (cláusula geral de obrigação de indenizar) do C.C/2002¹⁰, base legal da responsabilidade civil, devem ser extraídos da perspectiva constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, da justiça solidária e da igualdade, assegurando-se simultaneamente, por exemplo, o dano moral decorrente de

⁸ 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.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁰ 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. 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.

eventual violação do ofendido e os postulados constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório garantidos ao ofensor. (LOBO, 2011).

Logo, a discussão sobre o papel que a responsabilidade civil deve desempenhar no sistema jurídico é o desafio do momento atual, evitando-se que venha a exercer funções incompatíveis com a sua natureza.

Faz-se importante ressaltar que quantificar prejuízos de ordem extrapatrimonial à vida do ser humano, é uma das tarefas mais árduas do Poder Judiciário, sendo fundamental lembrar que ainda que existam critérios ou tarifação, há um elemento importante na vida judicante, a discricionariedade exercida com respeito a vida humana.

Dessa forma, merece destaque o fato de que a Constituição Federal não elegeu um meio determinado para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais. Afinal, se de um lado não há como ela disciplinar todas as questões inerentes a esses danos, mas apenas valores a serem protegidos, de outro, cabe à ordem jurídica infraconstitucional maximizar essa tutela protetiva, estabelecendo os instrumentos materiais e processuais a serem utilizados dentro dos limites da proibição da insuficiência e do excesso, tal como defendido por Canaris (2006).

Por muitos anos, a falta de critérios para a indenização do dano moral levou os juízes a adotar, por analogia, as disposições sobre o assunto de leis específicas, tais como a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) e o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), embora em situações que não envolvessem a mídia ou transporte aéreo, respectivamente.

Portanto, com base nesses diplomas legislativos, os Tribunais inicialmente, estabeleceram a quantificação do dano moral em salários mínimos. Essa prática, não obstante, contrariava de morte a disposição constitucional de tutela integral aos direitos de personalidade, vez que não há qualquer limitação quantitativa para o ressarcimento dos danos morais, salvo nos casos especificados em lei própria.

Mesmo antes da ADPF 130/2009, o STF já possuía diversos precedentes indicando que a tarifação da reparação por danos morais prevista na Lei de Imprensa, não fora recepcionada pela Constituição Federal.

Nessa lógica, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130/2009, se posicionou pela impossibilidade de tarifação do dano moral ao analisar a Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e a Lei n. 4.117/1962 (Lei de

Telecomunicações), adotando o entendimento de que qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de inconstitucionalidade, por ofender o disposto nos artigos 5º, V e X da CF/88, sendo bastante contundente a observação contida na ementa no sentido de que “estariamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”.

É exemplificativo nesse sentido a seguinte ementa da lavra do ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. **É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis.** II. - **A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial** - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estariamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido¹¹.

Assim, como afirmado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferido no julgamento da ADPF 130/DF, examinada em 30/04/2009 pelo Tribunal Pleno, em que foi relator o Ministro Carlos Britto:

Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386-4 SÃO PAULO, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2014, p 295. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>>. Acesso em: 27/02/2018.

linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.¹²

Por tal razão, o entendimento referente a tariffação das leis especiais para a fixação do *quantum* nas ações referentes a danos morais, afastada pelo STF, foi seguido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que consolidou o assunto na Súmula de número 281, na qual lê-se: *"a indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa"*.

Dessa forma, em virtude da "não taxatividade", o magistrado pode atuar com mais liberdade ao estabelecer o montante do dano moral a ser ressarcido, se utilizando dos princípios, de modo que balize e inove as relações jurídicas de acordo com a conjuntura temporal-sociológica na qual se insere, sedimentado na ideia de que decisões principiológicas não são mais ou menos legítimas do que aquelas que tomam por base normas jurídicas ou outras fontes do direito.

3. O Dano Extrapatrimonial nas Relações de Trabalho

A expressão dano, em amplo sentido, é toda lesão que venha ocorrer a qualquer bem jurídico, dessa forma inclui o dano moral. Porém, em estrito sentido, dano é a lesão do patrimônio, e patrimônio é tudo aquilo que provém das relações jurídicas de uma ser humano, ou seja, contemplados em pecúnia. Então, ocorre dano quando há a diminuição do patrimônio, assim uma perda do que era antes do fato. Percebe-se, com isso, que o conteúdo do dano está diretamente ligado ao conteúdo da indenização, de tal sorte que são indissociáveis. (ALVIM, p. 171-172, *apud* GONÇALVES, 2014, p. 365).

Posto isso, compreende-se por danos extrapatrimoniais (termo unificado, mas também amplamente conhecido por dano moral) aqueles que ultrajam o que se entende sobre honra, liberdade, imagem, saúde, existência plena do indivíduo, convívio com os entes mais próximos, sobretudo, a própria dignidade do ser humano. Sendo assim, é imperioso afirmar que o instituto do dano extrapatrimonial

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 2009, p 104-105. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

configura-se como gênero, advindo do seu conceito literal várias espécies. Contudo, cumpri definir que danos extrapatrimoniais são garantias que vão muito além da pessoalidade do dano sofrido, não se trata de unicidade, e sim de preceitos jurídicos fundamentais que abrangem direitos transindividuais. Nesse sentido, traduz uma grande conquista na luta pela dignidade de cada membro que compõe essa coletividade (MEDEIROS NETO, 2012).

Não há falar em danos extrapatrimoniais sem levar em consideração a definição e a grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro do que vem a ser responsabilidade civil, sendo salvaguardo pela lei infraconstitucional. No que tange as relações sociais, esse instituto conduz a proteção aos direitos individuais e coletivos; a segurança jurídica e a pacificação social. Aduz o Código Civil que havendo dano a determinado bem jurídico, quais sejam, patrimonial ou extrapatrimonial, sendo por meio de ato ilícito ou não, o lesante será responsabilizado pela reparação no intuito de suavizar a ação, desta forma restituirá ou compensará a perda sofrida por aquele que foi lesado¹³.

Conforme Diniz (2015), a responsabilidade civil dispõe de uma função dupla, quais sejam, uma função reparatória e outra punitiva. Tais funções servem de garantias para a parte passiva da ação, ou seja, a figura lesada, desta forma assegura o direito à segurança jurídica e punitiva, proporcionando uma penalidade ao sujeito causador do dano. Deste modo, salienta-se, a subsistência de dois deveres inerentes ao cidadão civil: primeiramente a obrigatoriedade da efetivação dos deveres civis fundamentais e por consequência o dever de reparação de dano, acaso haja o descumprimento do primeiro.

Continuando a discussão sobre o assunto, existe uma classificação do dano em duas espécies: Dano Patrimonial (ou materiais) e Dano Extrapatrimonial (ou morais). Sendo assim, designa-se como dano patrimonial toda ação que possa atingir os bens materialmente auferidos, por exemplo, um veículo, uma casa, um estabelecimento comercial, entre tantos outros. Constitui a definição de dano extrapatrimonial tudo aquilo que atingirá o lesado de forma subjetiva, ou seja, o seu interior e/ou exterior de tal forma que modifique, que afete sua esfera emocional,

¹³ Lei nº 10.406/2002 (Código Civil): Título IX (Da Responsabilidade Civil); Capítulo I (Da Obrigação de Indenizar) 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.

psíquica, estética, enfim, o seu bem estar em relação a coletividade, a sociedade. Trata-se de um dano dispensável de valoração pecuniária, agride o emocional e o estado psicológico do sujeito passivo (GONÇALVES, 2014).

Ainda sob a análise do que é dano imaterial, para Gomes (2002, p.332), "a expressão 'dano moral' deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial".

Ao realizar análise doutrinária e jurisprudência brasileira, existe ainda as espécies de danos extrapatrimoniais, objeto de estudo deste capítulo, desta forma, são três e conhecidas como dano moral, dano estético e dano existencial.

Conquanto, deve-se especificar como Dano Moral o ato praticado pelo lesante que tenha um relevante impacto na vida da vítima, necessitando, dessa maneira, certo tipo de reparo. São aqueles relacionados a violação de direitos básicos da personalidade, dando causa a abalos em seu estado emocional e bem-estar. Não obstante, ao verificar a ocorrência desse tipo de dano extrapatrimonial, deve-se levar em consideração a individualidade do caso concreto, com isso a vítima poderá receber o devido reparo diante da situação desonrosa, a fim de compensar o prejuízo sofrido. Vale salientar que meros dissabores do convívio humano não configuram esse tipo de reparação por parte do lesante. Portanto, o valor a ser recebido pela parte lesada será calculado de acordo com as particularidades do caso em concreto. Há casos previstos em lei e doutrina que independem de meios de provas, ou seja, já se presume o dano sofrido (*in re ipsa*) – um grande e recorrente exemplo de dano moral presumido é a inscrição indevida, sem comunicação prévia, em órgãos de proteção ao crédito – dispõe a Súmula 385 do STJ sobre esse assunto quando a parte lesada precisa apenas comprovar a negativação inadequada, porém não poderá haver nenhuma inscrição anterior legítima¹⁴.

Por conseguinte, como garantia aos direitos fundamentais¹⁵ tutelados pela Carta Maior de 1988, com ênfase na dignidade da pessoa humana¹⁶, manifesta-se

¹⁴ Súmula 385 do STJ: da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

¹⁵ 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

novas formas de violação subjetiva, neste sentido, o dano moral torna-se minguado para resolução de todas as demandas atreladas a significação da dor sofrida. Desta forma, nascem no mundo jurídico – após recorrentes casos concretos individualizados, estudos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais – outras duas espécies autônomas de dano extrapatrimonial, quais sejam, dano estético e dano existencial.

Posto isso, segundo lições do *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*¹⁷, caracteriza-se o Dano Estético, com base nas lições do direito francês (no qual se coloca como *tertium genus*), "como aquele que gera uma ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da 'permanência', ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados e não meramente transitória ou sanável (2015, pág.393)". Dessa forma, distintamente do Dano Moral, a esfera afetada é a integridade física da vítima e não a psíquica. Alguns exemplos que demonstram o que vem a ser definido por Dano Estético é uma amputação total ou parcial de membros¹⁸, cicatrizes profundas e extensas, marcas de queimaduras, lesões em órgãos internos são, geralmente, inconvertíveis, acompanhando a vítima ao longo de toda a sua vida. Por mais que se tente, de todas as formas possíveis, fazer um tratamento a fim de reduzir ao máximo a extensão do dano, ou mesmo extingui-lo, a redução duradoura da integridade física se consumou indelevelmente (FARIAS, 2015).

Portanto, trata-se de uma espécie autônoma admitida pacificamente no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a vítima poderá cumular pedido de dano moral, já que o dano causado a integridade física abarca, outrossim, implicações emocionais ao lesado. A súmula 387 do Supremo Tribunal de Justiça foi modificada, aduzindo que "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

Nesse sentido, o Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, relatou sobre a permissibilidade sobre a cumulação de pedidos de Danos Morais + Danos Estéticos:

¹⁶ 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 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁸ O caso da modelo Paola Antonini Franca Costa que teve sua perna amputada após ser atingida por uma jovem embriaga ao volante, nas vésperas da virada do ano de 2014. Quando, por volta das 5h e pouco da manhã, estava colocando suas bagagens na mala do seu carro para uma viagem de fim de ano, infelizmente a tragédia pôs fim aos planos da promissora carreira de modelo da vítima, resultando na amputação da perna atingida na colisão traseira.

“Os valores de indenização, fixados em R\$ 15.000,00 para os danos estéticos, e em R\$ 35.000,00 para os danos morais, não são exorbitantes nem desproporcionais aos danos sofridos pela parte agravada, decorrentes de acidente de trânsito. Ressalte-se que o acidente causou uma cicatriz cirúrgica de aproximadamente 40 cm, em face lateral da raiz da coxa direita do autor, dor física resultante das lesões e do procedimento cirúrgico e susto pela gravidade do acidente”. (AgInt no AREsp 979.520/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)¹⁹.

Por fim, a terceira e última espécie autônoma de dano extrapatrimonial: o Dano Existencial. Significa aquele que causa lesões ao cotidiano e projetos de vida futuros de um indivíduo, retirando deste o direito de usufruir de atividades concernentes a sua rotina, como exemplos temos a prática de esportes, viagens, participação em reuniões sociais. Dependendo da gravidade do caso concreto, poderá afetar a própria execução de atividades laborais e relacionamentos pessoais. Dessa forma, caracterizaria uma das inúmeras formas de dano existencial um acidente em que resultasse a tetraplegia da vítima, por exemplo, pois causaria sérios problemas de deslocamento, conseqüentemente, afetaria, além do convívio social, a atividade laborativa.

Retomando o assunto, o dano existencial é a mais recente espécie de dano extrapatrimonial e insuscetível de prejuízo econômico. Advém do Direito Civil Italiano e segrega-se em duas outras espécies: dano à vida de relações e dano ao projeto de vida. O dano à vida de relações seria a perda da possibilidade de manter relações que já possuía, como uma rotina de prática de esportes ou ainda de algum hobby, como a fotografia etc. Já o dano ao projeto de vida é a impossibilidade de concretizar expectativas de projetos para o futuro, como montar sua empresa, ou concluir curso superior²⁰.

O dano existencial tem sido aplicado também no âmbito do Direito do Trabalho nos casos de jornadas de trabalho exaustivas em que o trabalhador é impedido de cuidar de projetos pessoais ou até mesmo de convívio social. Desta

¹⁹ AREsp 979.520/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, 22/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_ARESP_1294792_efb49.pdf?Signature=FuyXp1VoDNcQ5kp5uC3e%2FBpGVyl%3D&Expires=1544570012&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=3f03a32e72ea4bb6c5a05ae20a5fdc6c>. Acesso em: 11/08/2018.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 29º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

forma, configuraria um verdadeiro estado de “viver para trabalhar” e não “trabalhar para viver”. É o caso da exigência de uma jornada de trabalho de 13 (treze) horas.

Nessa perspectiva, temos o Recurso de Revista do relator Lelio Bentes Corrêa:

LEI Nº 13.015/14. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. 1. A prestação de horas extras, por si só, não gera direito à reparação por dano moral existencial. 2. Segundo José Affonso Dallegrave Neto, o dano existencial, no conceito elaborado por Amaro Almeida Neto, corresponde à "violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindido de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer" (in: Responsabilidade civil no direito do trabalho, 6ª ed., São Paulo: Ltr, 2017). Além de inviabilizar projetos de vida idealizados pelo empregado, de forma mais concreta, pode-se dizer que o dano existencial também se caracteriza a partir da frustração da fruição dos direitos sociais mínimos, dentre eles o direito ao lazer (que contempla a desconexão do trabalho), à saúde e ao convívio familiar (artigo 6º da Constituição da República). (...) (TST - RR: 8050320135040020, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 21/02/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2018)²¹.

No entanto, a aplicação desta espécie de dano ainda não é pacífica no Brasil. Há controvérsias acerca de se tratar de uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial ou estar inserido no conceito de dano moral. Aqueles que defendem sua autonomia afirmam que, diferentemente do dano moral, o dano existencial não atinge a esfera subjetiva da pessoa, mas sim os seus relacionamentos interpessoais.

No direito do trabalho, o dano moral é figurado quando o empregado sofre revistas por parte do empregador de maneira vexatória ou mesmo a constante humilhação por parte do chefe que o expõe ao ridículo perante os colegas; acidente de trabalho; abuso do poder de direção do empregador - gerente ou dono da empresa que maltrata o seu funcionário quando o colocar pra desempenhar atividades além da força natural dele; bem como o assédio moral que se apresenta de diversas formas e uma delas é quando o empregador deixa o empregado sem exercer nenhuma atividade ou com atividades mínimas, até chegar o ponto do funcionário sentir-se inútil por não desempenhar nenhum trabalho.

²¹ RR: 8050320135040020, Relator: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, 21/02/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551834232/recurso-de-revista-rr-8050320135040020/inteiro-teor-551834253?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11/08/2018.

Nesse mesmo ponto de vista, segue redação do REsp, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI:

“No particular, o Tribunal de origem levou em conta a gravidade do fato em si, a jurisprudência local acerca da matéria, tendo em vista o interesse jurídico lesado, bem como as condições pessoais da ofendida e do ofensor, de modo a arbitrar a quantia considerada razoável, diante das circunstâncias concretas, para compensar o dano moral suportado pela recorrida. Assim sopesadas as peculiaridades dos autos, o valor de R\$ 5.000, 00 (cinco mil reais), arbitrado no acórdão recorrido para compensar o dano moral, não se mostra exorbitante. (REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/06/2017)”²²

4. A Tarifação da Indenização por Dano Extrapatrimonial. (IN)Constitucionalidade?

É de comum conhecimento que a Lei da Reforma Trabalhista, sob o nº 13.467/2017, adotou o título de Dano Extrapatrimonial o que era denominado pelo civilista de vanguarda de Dano Moral. Tendo, por óbvio, um objetivo mais abrangente do que viria a ser tratado pela lei, ou seja, não apenas o Dano Moral, como todos aqueles que não são decorrentes de danos patrimoniais, ou seja, indenizável na medida do prejuízo demonstrado, e assim, não preciso, evidentemente, por lei fixar um limite. Sendo assim, o emprego dessa nomenclatura fora propositada. Contudo, a pretensão do legislador foi exatamente amplificar a compreensão da lei para todo e qualquer dano que não seja de natureza material, quais sejam, estético, existencial, moral. De forma resumida, temos a aplicação do artigo 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”.

Dentre os abundosos temas discutidos na justiça trabalhista, os pedidos que contêm a indenização por dano extrapatrimonial proveniente de relações de trabalho estão entre os mais habituais. Não é de difícil constatação quando verificada a jurisprudência, para alguns, em virtude de está havendo uma progressiva compreensão e apreço sobre o tema, para os restantes, não passa de

²² REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 20/06/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201669680>>. Acesso em: 05/09/2018.

um fomento ao locupletamento descomplicado. Em verdade, é que a indenização proveniente de danos morais tornou-se uma recorrente pretensão e tem significativos números perante a justiça brasileira. Por essa razão, não é de se admirar a destinação de um título inteiro apenas para discutir sobre o tema, bem como a especificidade de um teto indenizatório para tentar quantificar uma dor sofrida, tudo isso introduzido na lei 13.467/2017, alvo de grandes discussões e pontos controvertidos. A verdade é que o legislador pretendeu resolver um assunto que não é de sua competência, algo, inclusive, já discutido em precedente do STF.

Dallegrave Neto (2014, p. 185) ressalta que "a legislação positiva é omissa na tariffação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente". Dessa forma, dentre tantas críticas decorrentes da legalização da reforma trabalhista, sem sombra de dúvidas, a maior delas foi quanto à tariffação sobre danos extrapatrimoniais disciplinada nos parágrafos que seguem o artigo 223-G. Ao invés de alcançar a finalidade de regulamentar um assunto, ocorreu exatamente o inverso, pois o que tentou o legislador fazer exibindo uma tariffação ou predefinição objetiva de valores aos danos morais, a ausência de um dispositivo disciplinando sobre a matéria era motivo de exaltação pelos doutrinadores, como trazido acima.

Infelizmente, na busca de acrescentar ao tema tão tempestuoso a sua contribuição, o legislador foi malogrado quanto a optar por introduzir na reforma a tariffação da indenização – outrora já declarada inconstitucional em lei infra e já com atenção especial demonstrado na própria carta maior – com isso, não cabia legislar, ou melhor, tentar regulamentar um tema fora do seu alcance. O artigo 223-G, §§ 1º, 2º e 3º traz consigo algumas lacunas que necessitam serem levadas em consideração na aplicação prática.

Consoante traz Barba Filho (2017) a nossa melhor compreensão, os parágrafos do artigo 223-G carrega consigo duas relevantes deficiências, sendo a primeira quanto ao arbitramento da indenização conforme o pedido e não segundo a causa de pedir, ou seja, o pedido normalmente será indenização por danos morais, já a causa de pedir temos em uma ação um caso concreto de danos decorrente de humilhações e o outro caso será proveniente de uma violência física. Em ambos os casos, sabemos que o empregado poderá ajuizar ação fundada nesses fatos com pedido de indenização por danos morais. É cristalino que não há falar em

litispendência processual quando o pedido for o mesmo, contudo a causa de pedir seja distinta, dessa forma, estamos aqui tratando de diferentes situações e as duas ensejam indenização por danos morais. Todavia, sob essa ótica, só teremos vedação de acumulação quando da existência de duas ações com mesmo pedido e mesma causa de pedir, já que nos casos elencados acima, embora seja o mesmo pedido, não são iguais as causas de pedir - trata-se de pretensões com sua própria autonomia processual - portanto, não há como ter acumulação de indenizações nesse sentido, pois são contextos diferentes.

O segundo ponto de natureza inconstitucional trazido por Barba Filho (2017) é quanto a gravidade da ofensa, isto é, não há como definir e quantificar de maneira determinada o que seria um dano de natureza leve, média, grave e gravíssima. Se a formação do livre convencimento do magistrado já fora influenciado quanto aos agravantes, atenuantes e gravidade da situação, qual a função da fixação do valor, já que esse deveria ser deixado a compreensão do arbítrio judicial? Parando pra observar friamente, a lei é omissa quanto a uma fixação liquidada segundo a gravidade da lesão, já que se preocupa em demonstrar apenas um limite máximo. Destarte, não facilita em nada a tarifação conforme a pressuposta gravidade da lesão, excluindo, por óbvio, somente um teto máximo que deve ser observado pelo julgador. Todavia, resta sem êxito a serventia desse dispositivo, a não ser para acirradas discussões.

Nessa conjuntura o que terá em concreto é que o valor definido pelo magistrado a título de indenização é que determinará o gravidade da ofensa mediante enquadramento da lesão e não o inverso. Em vias práticas, a única coisa que efetivamente o legislador fez foi estipular a tarifação máxima a ser repassada, qual seja, de 50 vezes o último salário contratual do empregado, podendo chegar ao dobro em uma reincidência entre as mesmas partes.

Vale salientar, o descuido do legislador quanto a imposição de um limite quantitativo fundado no último salário do ofendido, pondo em jogo a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física de um ser humano, como se direitos fundamentais assegurados por lei constitucional valessem apenas o seu contracheque. Bens da vida, tutelados por lei maior, não podem e nem devem ser tratados em lei infra como se não tivesse grande relevância, pois carregam consigo pretensão universal, nesse sentido, a situação sócio-econômica da vítima torna-se ínfima em relação a uma

valoração da indenização imaterial. Ou melhor, a própria essência de danos imateriais dispensa qualquer tipo de definição patrimonial, não fazendo sentido algum essa disposição.

Importante relembrar a intenção da Medida Provisória 808, de 14 de Novembro de 2017, como forma de possibilitar maior aderência ao texto original da Reforma Trabalhista, ou seja, a tarificação da indenização por dano extrapatrimonial seria com base no valor correspondente ao teto dos benefícios do INSS e não mais a partir do último salário do trabalhador. Com isso, deixava de ferir diretamente o princípio da isonomia, já que todos teriam um valor igual como parâmetro a título do que seria justo receber pelo dano suportado. Todavia, em 23 de abril de 2018, a MP 808 caducou por falta de discussão dos legisladores e passou a valer o texto original trazido pela lei 13.467/2017.

Nessa mesma linha de raciocínio, é hialina a inconstitucionalidade do conteúdo que rege esse dispositivo, ora discutido, já que - mais uma vez - tenta o legislador dispor sobre a tarificação para fins de caráter indenizatório, quando outrora já havia sido discutida, tendo como exemplo, a lei 5.250/67 (lei da imprensa). Assim, já foi sumulado pelo STJ, sob o nº 281, quanto a "a indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa" existindo expresso pronunciamento do STF, por meio da ADPF 130/09²³, com a finalidade de demonstrar sobre a não recepção desta lei pela Constituição Federal de 1988, não apenas por bases unicamente formais, mormente materiais, entre os quais, o conteúdo relativo à tarificação por danos morais, que fora assegurada nos artigos 51 e 52 da lei em exame.

Sobre o tema, o Ministro Carlos Velloso (2004, p. 297) nos ensina uma indiscutível lição: "Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República [...]"²⁴. Por conseguinte, o que deve ser tomado em linha de conta é o fato de que a Constituição de 1988, dispensou ao dano moral tratamento notável - art. 5º, incisos

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2014, p. 297. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732> >. Acesso em: 27/02/2018.

V e X - pretendendo que a indenização que decorre de tal dano fosse a mais ampla possível, respeitando os demais fatores normativos abarcados por ela.

De acordo com João de Lima Teixeira Filho (2003) no tocante a tentativa legislativa de tarifar valores quanto a indenização de danos morais, é crítico ao dizer que:

Essa predeterminação do ressarcimento, ou tarificação, trata de igual modo lesões essencialmente desiguais. O juiz fica adstrito a valores indenizatórios não raro inadequados ou desproporcionais à lesão perpetrada. A intensidade do dano moral grave necessariamente não encontra correspondência no limite máximo tarifado. E, quanto mais estreita esta faixa de reparabilidade, mais avulta a desconformidade da transgressão praticada com a compensação pecuniária capaz de satisfazê-la. Por isso, o método se nos afigura incapaz de permitir que a dor sofrida seja reparada na devida medida, por uma condigna compensação.²⁵

Gomes Canotilho (1991, pág. 242) aponta o "perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional."²⁶

Antes mesmo da ADPF 130/09, a Suprema Corte já detinha vários precedentes confirmando sobre a não recepção da tarificação a título de reparação por danos morais pela Constituição Federal de 1988, prevista na Lei da Imprensa. Nessa perspectiva, exemplificativo sobre o tema é a ementa da lavra do Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFICAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I.

- O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. **Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos**

²⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo, SP: LTr, 2003. p. 630.

²⁶ GOMES, Canotilho. *Direito Constitucional*, Liv. Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 242.

interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 01.06.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.²⁷

Tem-se, portanto, entendimento firmado pelo STF quanto a inconstitucionalidade de qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação a título de indenização por danos morais, vaticinada em lei infraconstitucional, por afronta direta ao disposto no art. 5º, V e X, sendo de clareza solar tal percepção quando na ementa diz que: “estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”²⁸.

Relevante são as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/09:

O princípio da proporcionalidade, tal como 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.

[...]

Já, a indenização por dano moral - depois de certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça²⁹.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2014, p. 295. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732> >. Acesso em: 27/02/2018.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPR 130/DF, Ministro Ricardo Lewandowski, 2009, p. 103. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

²⁹ *Ibid.* p. 104.

Corroborando com o que fora dito acima, preciosa é a lição de Rodrigues (1983, págs. 208, 209): "Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima"³⁰.

A positivação da reforma, quanto ao tema dos parágrafos do art. 223-G, traz aos dias atuais uma enorme discussão sobre o que lá atrás já havia sido exposta todas as razões pelas quais qualquer tentativa de se indexar valores, em lei ordinária, de forma a afrontar o que está disposto na lei maior, não será por esta admitida. Nesse contexto, pode até ser que o STF, inesperadamente, venha a alterar sua razão de decidir (*ratio decidendi*), afrontando vários de seus precedentes no tocante a essa temática, não obstante, seguindo o fluxo lógico, é bem provável que ao chegar tal situação aos Tribunais Superiores, esta seja declarada inconstitucional por todas as razões expostas. Dessa forma, concluo sobre a inconstitucionalidade da tarifação de danos imateriais trazida pelo art. 223-G, §§ 1º, 2º e 3º, introduzidas pela lei 13.467/2017 na CLT.

5- APRECIÇÕES FINAIS

Do presente estudo retira-se a razão pela qual é indiscutível a importância da legalização do instituto da responsabilidade civil trazida com atenção especial pela Constituição de 1988, pois veta a figura do legislador tratar de forma leviana o que diz respeito a preceitos fundamentais; direitos mínimos assegurados e tidos como invioláveis, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sobretudo, a sua própria dignidade e integridade, psíquica e física.

Conforme se depreende da interpretação desta pesquisa, a utilização da constitucionalização da responsabilidade civil, como forma de reparação por danos imateriais sofridos - e levando-se em consideração o tempo que existe a previsão normativa para este instituto no ordenamento jurídico pátrio - ainda se apresenta como algo difícil de ser utilizado, exigindo cautela e conhecimento daqueles que formalizam no cotidiano a sua utilização, qual seja, a figura do magistrado, com isso não se pode em lei inferior discutir os valores mínimos e máximos permitidos a fim de uma indenização, quando se tem que levar em consideração todo um contexto

³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Saraiva, São Paulo, volume 4, 7ª ed., 1983, págs. 208, 209.

prático. Não se trata mais apenas de patrimônio físico e sim de uma tentativa de amenizar uma consternação, não sendo um mero dissabor do dia a dia.

Levando-se em consideração que há várias espécies de danos, onde ainda existe uma subdivisão entre material e imaterial, pode-se concluir que a reforma trabalhista (Lei 13.467/17) tentou modificar o termo comumente conhecido como dano moral, com a finalidade de abarcar no termo extrapatrimonial uma maior possibilidade de judicialização, onde se pretende conseguir indenizar o que jamais poderá ser reparado em pecúnia. Em verdade, não passa de uma tentativa - frustrada - de repor uma perda irreparável, na maioria das vezes, como por exemplo no caso de um dano estético e/ou existencial.

Dessa forma, é absolutamente inadmissível, sobretudo inconstitucional, querer o legislador compensar o dano moral com uma pré determinação em lei, além do mais, a forma escolhida fere diretamente princípios fundamentais trazidos pela lei maior.

É possível verificar-se, então, que se o judiciário começasse a utilizar como balança o que diz no artigo 223-G da reforma para decidir o quantum de indenização que seria justo para aquele determinado caso em concreto - onde se deverá considerar a vítima, a situação, o vexame a que foi submetida, a pessoa que ocasionou a lesão ao direito, o justo valor, entre outros - poria em jogo a importante função do juiz, já que ele é o responsável, e de forma imparcial, de compreender e submeter as leis aos que nela confiam e dependem para ter solucionado o seu litígio. Jamais poderá o legislador assumir uma função que não é de sua competência, acima de tudo quando se trata de um assunto tão suscetível, que vai além de uma perda meramente material, muitas vezes atinge os limites mais profundos que uma pessoa pode ser subjugada, e com isso, ser algo irreversível.

A manutenção da inconstitucionalidade da tarifação sobre danos extrapatrimoniais resta imprescindível, visto que existe pronunciamento expresso da mais alta corte jurídica do país. Utilizar o artigo da lei 13.467/18 é retroceder, em muito, tudo que já fora tão arduamente conquistado pela multiplicidade das demandas. Além de afrontar o princípio da isonomia entre os seres, em razão do parâmetro adotado ser o último salário contratual do empregado, ou seja, quem ganha mais conseqüentemente poderá receber um montante maior, o que torna

inviável achar uma justa solução para casos similares. Com isso, ao invés de exercer a justiça, acabará o órgão decisivo cometendo arbitrariedade.

Por isso, buscou-se elencar e relacionar os variados meios para conseguir demonstrar todas as controvérsias que surgem com a admissibilidade da lei e como o legislador foi incapaz de encontrar uma justa maneira para não cometer desigualdades, e é para evitar esse tipo de equívoco que existe a separação dos poderes exposto na Constituição. À vista disso, não há necessidade do poder legislativo atropelar ao que é atribuído ao judiciário, só e somente ele tem condições mínimas necessárias para avaliar o que o demandante pretende naquela demanda, e muitas vezes, não é que aquele valor recebido vá extinguir o que ele passou ou perdeu, mas é uma forma de ser enxergado por alguém, de ter seu direito minimamente repostos.

Sob este prisma, buscou-se trazer à tona uma realidade na qual a formalização da lei não anuncia, e assim não atinge seu objetivo maior que é a equalização das decisões, ou seja, ao invés de unificar e diminuir as demandas judiciais, contrariamente fará com que a quantidade de recursos aos tribunais superiores aumentem, pois, via de regra, será onde o demandante verá o seu direito assegurado no momento que for declarada a inconstitucionalidade no teor da decisão *a quo*. Além disso, podem os causídicos debruçarem-se sobre a quantidade de precedentes normativos dos tribunais superiores para sustentar a sua tese e garantir a segurança jurídica das decisões.

É, pois, com essa finalidade que se coloca a presente discussão, de modo a provocar no público interessado a reflexão sobre a forma como se opera a aplicação da tariffação de danos imateriais, sobretudo em relação a sua inconstitucionalidade. Espera-se que mais pessoas se engajem nessa temática no propósito de buscar a evolução sempre constante dos raciocínios aqui elencados, colocando-se sempre receptivo às críticas e diferentes formas de interpretação. O que mais importa é finalizar sabendo que uma discussão, que certamente já tenha se colocado diante de algumas pessoas interessadas nesta temática, permaneça ativa e provoque a sensibilidade dos agentes envolvidos.

6- REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, volume 240, abril/junho, 2005.

BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 63, p. 187-193, nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 979.520/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, 22/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_ARESP_1294792_efb49.pdf?Signature=FuyXp1VoDNcQ5kp5uC3e%2FBpGVyl%3D&Expires=1544570012&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&responsecontenttype=application/pdf&xamzmetamd5hash=3f03a32e72ea4bb6c5a05ae20a5fdc6c>. Acesso em: 11/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 20/06/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201669680>>. Acesso em: 05/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386-4 SÃO PAULO, Rel. Ministro Carlos Veloso, 2014, p. 295. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 2009, p. 104-105. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386, Rel. Ministro Carlos Veloso, 2014, p. 297. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 396.386, Rel. Ministro Carlos Veloso, 2014, p. 295. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPR 130/DF, Ministro Ricardo Lewandowski, 2009, p. 103 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPR 130/DF, Ministro Ricardo Lewandowski, 2009, p. 104 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27/02/2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 8050320135040020, Relator: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, 21/02/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551834232/recurso-de-revista-rr-8050320135040020/inteiro-teor-551834253?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11/08/2018.

CAHALI, Iussef Said. **Dano Moral**. 2.ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Canotilho. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Liv. Almedina. 1991.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva. 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012.

Rodrigues, Silvio. **Direito Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 1983.

SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo, SP: LTr, 2003.

VENTURI. Thaís G. Pascoaloto. **A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa**. In: Civilística, a.5, n. 2, 2016. Disponível em < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Venturi-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.