

**FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
FAACZ CURSO DE DIREITO**

AMANDA SALDANHA SIBIEN

**TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS? UMA ANÁLISE DA
REGULAMENTAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA**

ARACRUZ

2019

AMANDA SALDANHA SIBIEN

**TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS? UMA ANÁLISE DA
REGULAMENTAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdades Integradas de
Aracruz - FAACZ, como requisito para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Luiza Baleeiro Coelho Souza

ARACRUZ

2019

AMANDA SALDANHA SIBIEN

**TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS? UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO
DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COM O ADVENTO DA REFORMA
TRABALHISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito necessário para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

PROF^a. ESP. LUIZA BALEEIRO COELHO SOUZA
FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ -
FAACZ
ORIENTADORA

PROF. DR. DOLIVAR GONÇALVES
FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
FAACZ

PROF. DR. EDUARDO SILVA BITTI
FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ -
FAACZ

A minha família, razão de minha
existência.
A Deus.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso fosse possível, me deu saúde e força para enfrentar todas as dificuldades.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram o melhor ambiente de aprendizado e excelentes profissionais aos quais sempre pude recorrer.

A minha orientadora, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”

Evelyn Beatrice Hall

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar a tarifação do dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho, que passou a vigorar após a Lei 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, mais especificamente no § 1º do artigo 223-G, o qual propõe que quando o juiz julgar procedente o pedido de indenização de ordem extrapatrimonial, fixe o valor indenizatório de acordo com o teto do salário contratual do ofendido. O novo Título estabeleceu parâmetros e limites questionáveis para as indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais. O tema possui relevância, dado que se trata de direito fundamental da pessoa humana, bem como pela frequência com que figuram nas lides, o que justifica o estudo dessa alteração da CLT. Além disso, o tema deve ser debatido, visto que é de interesse da maior parte da população brasileira, que é empregada do setor privado. Para alcançarmos o objetivo de pesquisa proposto, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo a partir da técnica de pesquisa bibliográfica pautada no estudo do tema em livros, artigos científicos especializados e a própria legislação. Realizou-se, ainda, pesquisa jurisprudencial mediante a análise de julgados sobre o assunto. Através deste trabalho de conclusão de curso, verificou-se os conceitos de dano patrimonial e extrapatrimonial, a evolução histórica e legislativa da reparação dos danos extrapatrimoniais do trabalhador, a competência para julgar, os parâmetros para a fixação do quantum indenizatório e a sua constitucionalidade. Finalmente, constatou-se que, a Reforma Trabalhista trouxe em seu bojo alguns institutos incompatíveis com a Constituição Federal. Diante disto, o objetivo foi demonstrar a inconstitucionalidade da indenização tarifária e também apresentar contrapontos aos argumentos favoráveis a essa tarifação, o que poderá contribuir para a construção do pensamento acadêmico e embasar futura declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da Lei n. 13.467/2017 que estão sendo discutidos na ADI n. 5870, 6069 e 6082, pois fere, dentre outros aspectos constitucionais, os arts. 5º, X e 7º, XXVIII da CF/88.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial. Tarifação

ABSTRACT

This objective monograph analyzes the rate of off-balance sheet damages in the Labor Court, which became effective after Law 13,467 / 2017, called Labor Reform, more specifically in paragraph 1 of article 223-G, which evaluates the time when the judge judges the process. request for indemnity of off-balance-sheet order, fix or indemnify contract in accordance with the contractual salary ceiling. The new title established the limits and the questionable for indemnity of off-balance sheet damages. The theme has relevance, since it deals with the fundamental right of the human person, as well as the frequency with which it appears on the sides, or justifies the study of this CLT amendment. In addition, the topic should be debated, as it is of interest to most of the Brazilian population, which is employed by the private sector. To reach the proposed research objective, the deductive research method was used based on the bibliographic research technique based on the study of themes in books, specialized and personalized scientific articles. A jurisprudential research was also performed using a judgment analysis on the subject. Through this course conclusion work, the concepts of patrimonial and off-balance sheet damages, a historical and legislative evolution of off-balance sheet damages of the worker, a competence to judge, the parameters for the determination of the indemnity quantum and its constitutionality were verified. Finally, it was found that a Labor Reform brought in its group some institutes incompatible with the Federal Constitution. In view of this, the objective was to demonstrate the unconstitutionality of the tariff indemnity and also to show counterparts for the arguments in favor of this tariff, or what may contribute to the construction of an academic thought and to base the future declaration of unconstitutionality of the applicable rights. of Law no. 13,467 / 2017 that are being discussed in ADI no. 5870, 6069 and 6082, here, among other constitutional aspects, the arts. 5, X and 7, XXVIII of CF / 88.

Keywords: Labor Reform. Extra-financial damages. Charging.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA REPARAÇÃO DE DANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	13
2.1 DA DISTINÇÃO ENTRE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E DANOS PATRIMONIAIS.....	13
2.2 DAS ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	19
2.2.1 Dano Moral.....	19
2.2.2 Dano Existencial.....	20
2.2.3 Dano Estético	22
2.2.4 Dano em Ricochete	23
3 DA REPARAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA.....	25
3.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA REPARAÇÃO DE DANOS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO	25
3.2 DA NOVA REGULAMENTAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS TRABALHISTAS INSERIDA COM A LEI 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA)	32
4 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 223-G DA CLT.....	38
4.1 ART. 223-G CRITÉRIOS PARA ENQUADRAMENTO DA LESÃO E TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS?	40
4.2 POSICIONAMENTO FIRMADO	48
4.3 VIRADA JURISPRUDENCIAL? A DECISÃO DO STF NO CASOS REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE TRANSPORTE AÉREO	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia busca analisar o Título II-A inserido na Consolidação das Leis do Trabalho através da Lei 13.467/2017, especificamente o art. 223-G, §1º, a fim de verificar se se trata de tarifação do dano moral, bem como em caso afirmativo, identificar se o ordenamento jurídico brasileiro admite esse tipo de mecanismo.

Justifica-se a pesquisa em razão de o tema ser atual, uma vez que a Reforma Trabalhista é recente, tendo entrado em vigor no final do ano de 2017, e ainda não há posicionamento firme por parte dos Tribunais quanto a interpretação dos novos dispositivos.

Na oportunidade, torna-se importante frisar, que sobre o tema objeto do presente trabalho, já tramitam perante o Supremo Tribunal Tribunal três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a saber: ADI 6082; ADI 5870 e ADI 6069.

Cumprе salientar ainda, que essa temática eleita possui relevância social e jurídica, pois define a pretenção dos reclamantes nas ações trabalhistas, que podem estar tendo seu direito mitigado.

Desta forma, o objetivo geral é analisar a constitucionalidade do art. 223-G §1º da CLT, haja vista que, a princípio, aparenta ter ido em direção contrária da Constituição Federal, que propõe maior proteção ao trabalhador, trazendo vários preceitos genéricos, especialmente para abarcar o maior número de situações.

Os objetivos específicos se pautaram em analisar os parâmetros de indenização por danos extrapatrimoniais contidos na Constituição Federal, os novos dispositivos acerca do tema inseridos na Consolidação das Leis Trabalhistas, os entendimentos firmados pela Jurisprudência antes e depois da Reforma Trabalhista, bem como os reflexos negativos sofridos pelos trabalhadores.

Para elaboração do presente trabalho foi necessária a realização da leitura bibliográfica referente ao tema, utilizando as bases doutrinárias principais, além de

entendimentos jurisprudenciais. O método científico utilizado foi o hipotético dedutivo.

2 DA REPARAÇÃO DE DANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo fará uma breve diferenciação entre as lesões patrimoniais e extrapatrimoniais, porém com enfoque neste último, com objetivo de firmar as premissas teóricas básicas para compreensão do trabalho.

De início, buscar-se-á discorrer sobre o conceito e suas implicações, para, em seguida, discorrer de forma pormenorizada as espécies de reparação por danos extrapatrimoniais, que, inclusive, são aplicadas no Direito do Trabalho, apontando as características que as diferem.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE DANO PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL

A Constituição Federal, trazendo inovações no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, consignou em seu Art. 5º, X, da CF/88, que "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".

O Código Civil de 2002, seguindo a mesma sistemática constitucional, previu em seus arts. 186 e 927 que qualquer indivíduo que venha a causar dano a outro, seja por omissão ou ação praticada por negligência, imprudência ou imperícia, terá o dever de repará-lo, ainda que a lesão afete exclusivamente a esfera moral.

Ao dispor sobre tal reparação, é possível separar o dano em dois grandes grupos, de um lado os danos que ferem a esfera patrimonial, e de outro a esfera extrapatrimonial, ou, como comumente chamada, moral.

Sobre as duas espécies de danos, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2018) defendem que o dano patrimonial é uma lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela, enquanto que o dano

moral ou extrapatrimonial é uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

Em qualquer das duas hipóteses de dano, para que haja o direito de reparação, é imprescindível a presença de alguns requisitos, são eles: a) dano; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva); c) nexos causal. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga, 2018).

Acerca do elemento dano, é de se verificar que mesmo ocorrendo uma violação a um dever jurídico, ainda que se tenha culpa o dolo, em não ocorrendo prejuízo, não há o que se falar em direito à indenização.

Transpondo a imperiosa necessidade de ocorrência de danos, para que haja o direito de reparação, notadamente no âmbito do direito do trabalho, Vólia Bomfim Cassar (2018) traz o exemplo do empregador que não conserva seu maquinário e mesmo assim nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar, uma vez que indenização sem dano acarreta enriquecimento ilícito.

No que tange ao ato ilícito, o art. 927 do Código Civil prevê:

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.

Em outras palavras, havendo dano sem que o ofensor tenha praticado ato ilícito ou abuso de direito, não haverá obrigação de reparação, salvo nos casos do parágrafo único acima citado, em que a natureza arriscada da atividade atrai o dever de reparação de forma objetiva.

Novamente contextualizando o elemento a um caso prático, Cassar (2018) salienta que quando o empregador demite o empregado, sem justa causa, lhe causa dano, tendo em vista que o trabalhador ficará sem renda para sobreviver. Entretanto,

complementa a citada doutrinadora que a despedida é direito potestativo do empregador, e, por isso, o empregado não terá nenhum direito (moral ou patrimonial) além das verbas decorrentes da despedida.

Assim, se o fato ocorrer por culpa exclusiva do empregado, este não terá o direito em ser indenizado, e ainda, se ambos concorrerem a indenização será proporcional a culpa de cada um.

O último elemento necessário é o nexo causal. Sobre este, conceituam Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2016, p. 822): "Por nexo de causalidade, entenda-se que deve haver um liame que vincule a atividade do ofensor com o prejuízo causado".¹

Em outras palavras, o nexo é o elemento que demonstra se foi aquela pessoa que deu causa aquele dano, pois só assim poderá se cogitar em responsabilizá-la. No âmbito do trabalho, deve se investigar se de alguma forma a conduta do empregador deu causa ao dano.

Aprofundando e exemplificando a questão concernente ao nexo causal, Maurício Godinho Delgado aduz (2019, p. 744):

É também decisivo que haja evidência bastante da relação de causalidade entre a conduta do empregador ou de seus prepostos e o dano sofrido pelo empregado. (...) Nos casos de lesão acidentária a relação investigada poderá passar pela pesquisa concernente ao meio ambiente laborativo: se esse meio ambiente é poluído, por exemplo, de modo a provocar certa doença nos empregados, confirma-se o nexo causal.

O nexo causal é o vínculo existente entre o dano e o ato praticado pelo empregador ou pela atividade de risco. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13 do Código Penal).

¹ O STJ, no julgamento do Resp 843060, chegou a conceituar o nexo causal como elemento lógico-normativo (lógico, porque estabelece uma relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

Conforme já dito, é fundamental a compreensão de que, devem estar presentes todos os elementos que compõem a responsabilidade civil. Assim sendo, a ausência de quaisquer desses pressupostos afasta o dever de indenizar, exceto quanto a culpa nos casos de responsabilidade objetiva, para que ocorra a obrigação de reparar o dano.

Posto isso, danos patrimoniais são aqueles que recaem sobre os bens aferíveis em pecúnia; enquanto os não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação aos direitos da personalidade, ou seja, interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária. Contudo, a distinção entre ambos não se faz apenas com base no direito do ofendido, conforme expõe Fernando Pessoa Jorge:

P.ex., a ofensa a bens da personalidade (bens imateriais) frequentemente gera prejuízos de ordem patrimonial, como a perda de capacidade laborativa em razão de ofensa corporal, ou a perda de clientela provocada por violação da honra (JORGE, Fernando Pessoa, 1999, p. 373, *apud* CHAMONE, 2008).

Registre-se ainda que enquanto o dano patrimonial é analisado de forma concreta, com perdas e danos, a fim de restituir a vítima por completo (reparação integral). O mesmo não acontece em relação ao dano extrapatrimonial, uma vez que este é arbitrado por um juiz, através de uma análise de vários parâmetros com o intuito de compensar o mal causado, diante da impossibilidade de se aferir com certeza a extensão do dano, já que este está relacionado ao íntimo do indivíduo, não monetariamente mensurável.

Assim, dano patrimonial ou material é aquele que atinge os bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, cuja avaliação em dinheiro é sempre possível.

Os bens que compõem este patrimônio são considerados de uma maneira geral, tanto os corpóreos como incorpóreos, sem restrições. Estão excluídos, portanto, os bens como a liberdade, a honra, a saúde, a integridade psicofísica, cuja lesão acarreta em dano moral.

Desta forma, o dano patrimonial é a lesão concreta (e não só a ameaça de lesão), que afeta interesse relativo ao patrimônio da vítima, e consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens, ou de um dos bens, que lhe pertencem.

Já no que se refere ao dano extrapatrimonial, essa denominação passou a ser utilizada com mais frequência recentemente no âmbito trabalhista, notadamente pela adoção dessa expressão nos novos dispositivos legais em detrimento da expressão dano moral, tratando-se de expressão mais ampla, de modo a alcançar todas as espécies de dano que não atinjam a esfera patrimonial.

Ocorre que, a conceituação de dano extrapatrimonial enfrenta divergências doutrinárias, de modo que não podemos ter uma definição muito precisa, isso possivelmente ocorre, primeiro por muitos acreditarem que dano moral é sinônimo de dano extrapatrimonial, enquanto outra parcela acredita que o dano moral consista numa espécie do gênero dano extrapatrimonial. De fato, a própria Constituição pode gerar a dúvida, já que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 destaca a existência de três danos, quais sejam: material, moral ou à imagem, apontando, desta forma, o dano moral como gênero, do qual são espécies o dano à honra, à intimidade, imagem e à vida privada.

Dentre os doutrinadores que partem de um conceito por um método de exclusão, temos Maria Celina Bodin de Moraes, que diz ser:

Dano moral seria todo dano não patrimonial, todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e que gerava dor, sofrimento, frustração, tristeza, etc.² Esta noção remonta aos estudos de René Savatier, na década de 40 do Século XX” (MORAES, 2003, p. 151).

Em contrapartida, tem-se outros autores, como José de Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, que definem de outra maneira:

² A despeito da referida conceituação, cumpre consignar o disposto no Enunciado n. 445 do Conselho de Justiça Federal emitido na V Jornada de Direito Civil: "O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento". Tal enunciado já contraria diversas conceituações, inclusive a de René Savatier, pois o dano moral não, necessariamente, irá gerar dor ou sofrimento.

Para estes autores, a distinção não decorreria da natureza do direito lesado, mas da repercussão da lesão sobre a vítima. O dano moral seria o efeito patrimonial causado em decorrência da lesão a um direito, bem ou interesse, e não a própria lesão abstratamente considerada” (BATISTA, 2014, p. 151).

Ambos entendimentos não são suficientes para definir com exatidão o tema, já que nenhum deles formula um conceito descritivo e completo.

Acreditamos que o conceito com maior aceitação é o de que “seriam danos morais, assim, quaisquer lesões à pessoa, à dignidade humana e a direitos da personalidade”, dentre os autores que defendem esta tese estão Maria Celina Bodin de Moraes, Sérgio Cavalieri Filho e Paulo Luiz Netto Lôbo. (BATISTA, 2014, p. 152).

Por conseguinte, entendemos que o ultimo conceito melhor define os danos extrapatrimoniais, os quais passam a ser, além de dor e sofrimento psicológico como era defendido pelos conceitos anteriores, as ofensas aos direitos de personalidade. Conseqüentemente adequando-se ao conceito, os danos estéticos, danos psíquicos, danos biológicos, danos à imagem, uso indevido do nome, danos à intimidade ou privacidade, direito ao esquecimento, danos existenciais, danos à esfera sexual etc.

Infelizmente, a Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017 ao inserir os arts. 223-A ao 223-G que compõe o “Título II-A: Do Dano Extrapatrimonial”, adotou um conceito minoritário e restritivo no art. 223-B ao afirmar que: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Isto porque, ao adotar uma expressão mais ampla, o legislador passa a englobar todas as espécies de dano, por exemplo: moral, estético, existencial, e outros, em um único dano, qual seja, o extrapatrimonial, com um valor limitado no salário do ofendido, de forma que claramente restringe a reparação.

Não obstante, esse não é o conceito adotado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, como será demonstrado.

2.2 DAS ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Antes de iniciar a análise das espécies de danos extrapatrimoniais, mostra-se importante esclarecer que serão objetos de análise exclusivamente as espécies reconhecidas amplamente pela doutrina e jurisprudência, haja vista que a exposição de todas as existentes tornaria o presente trabalho demasiadamente grande, além da possibilidade de evasão da temática objeto de estudo.

2.2.1 Dano Moral

Dano moral é um abalo de ordem subjetiva que, pelo seu potencial de influência na esfera psíquica da vítima, provoque um sentimento episódico ou duradouro de constrangimento ou de diminuição da sua autoestima, causado por um terceiro que, pela sua conduta, cria, reforça ou lhe condiciona a um determinado valor depreciativo de sua honra ou de sua dignidade (EMMANOEL PEREIRA, 2018).

O dano moral em linhas gerais é uma violação aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem, honra, privacidade, dentre outros. O qual causa a vítima um abalo de ordem psíquica que não é mensurável pecuniariamente, mas que lhe gera grande sofrimento. Em razão disso, os magistrados ao analisar cada caso concreto tendem a fixar valores a título de compensação ao mal causado.

Importante salientar que este instituto está entre os mais polêmicos e delicados quando nos referimos a Justiça Trabalhista, tendo em vista a multiplicidade de situações que ocorrem neste ambiente, sua grande demanda, bem como a recente inserção do assunto na própria Consolidação das Leis Trabalhistas.

O fato da enorme quantidade de demandas pleiteando esse tipo de indenização levadas a apreciação do judiciário todos os dias, pura e simplesmente com a intenção de auferir lucro, como, por exemplo, meros desentendimentos no ambiente

laboral sem haver de fato um abalo psíquico, tem tornado o assunto que é extremamente complexo em algo trivial.

Ainda sobre o conceito desse tipo de dano, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 738), nos ensina que “dano moral corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana.”, ou seja, são lesões causadas por terceiros a bens não mensuráveis patrimonialmente.

Quando se volta o olhar para a seara Trabalhista, no que se refere a esse tipo de dano, de acordo com Vólia Cassar:

vê-se que o maior patrimônio ideal do trabalhador é justamente sua capacidade laborativa, que advém de todo um histórico de dedicação, pontualidade, assiduidade, dentre outras. Logo, será lesivo a moral do trabalhador tudo aquilo que afete a sua vida profissional, seja lhe insultando, ou utilizando de sua imagem sem autorização, ou ainda lhe negando o serviço por razões preconceituosas, dentre outras (CASSAR, 2018).

Portanto, percebe-se que o dano moral vai muito além do que se possa imaginar, principalmente quando levamos para o ambiente laboral, uma vez que a dignidade e a honra do trabalhador não são mensuráveis monetariamente.

2.2.2 Dano Existencial

Inicialmente, cabe mencionar que com a Reforma Trabalhista o dano existencial passou a ser previsto expressamente dentre as hipóteses de dano extrapatrimonial, através dos arts. 223-B e 223- C, ambos da CLT.

Sobre este instituto Boucinhas Filho (2013, p. 451, *apud* COELHO, 2018) pontua decorrer da:

[...] conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida,

que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Este tipo de dano ocorre em decorrência da lesão a várias atividades que são necessárias ao desenvolvimento da personalidade do sujeito, tanto do viés pessoal quanto do social. Ou seja, é o prejuízo que o empregado sofre de maneira ilícita e irregular sobre o seu tempo livre, de modo a impedir ou dificultar sua relação social e familiar.

Salienta-se que a doutrina não é pacífica no que se refere à possibilidade de caracterização de dano existencial em ato único do empregador. Tem-se entendido que para a configuração do dano existencial, além do caráter ilícito da violação à vida de relação e ao projeto de vida, a conduta deve ser reiterada, já que o trabalhador não terá prejuízo real ou relevante aos referidos bens jurídicos em ocorrendo um episódio único (COELHO,2018).³

Sobre esse tema, importante observar que o legislador infraconstitucional também visou proteger a intimidade, a autoestima e o lazer do empregado.

A despeito de, ao analisar este dispositivo, possamos achar que se trata de uma proteção “exagerada” ao trabalhador, devemos nos atentar que este direito está claramente protegido pela Constituição Federal, ao passo que estabelece dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, dignidade humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CRFB/1988). Além de tutelar a vida privada (art. 5º, X, CRFB/1988), o direito ao lazer (art. 6º, CRFB/1988) e ao acesso à cultura (art. 215, CRFB/1988).

Em análise aos dispositivos já citados, somados aqueles que tutelam a família (art. 226 e 227, CRFB/1988) e a convivência com os filhos, bem como a educação (art. 229, CRFB/1988), é possível verificar, conforme aduz Diego Jean Coelho (2018), a intenção do legislador em garantir ao indivíduo um mínimo existencial, que se traduz no direito fundamental às condições materiais imprescindíveis à fruição de uma vida digna.

³ Maurício Godinho Delgado (2019, p. 781), inclusive, salientada que para a configuração do dano existencial, a pratica deve ser de maneira repetida, contínua e por longo período.

Para melhor visualizarmos esse tipo de dano na esfera trabalhista, podemos citar a violação aos intervalos interjornadas, que são de caráter obrigatório, uma vez que muitas vezes nesse período é que o trabalhador realiza atividades da vida social e familiar, e em caso de sua supressão poderão ter direito à indenização por esse tipo de dano.⁴

2.2.3 Dano Estético

O dano estético verifica-se quando há uma modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa. De acordo com Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2018, p. 400): "Cuida-se de uma ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da 'permanência', ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados."

Conforme dito, este dano vai poder existir mesmo que não seja permanente nem irreversível, eis que o fato de a pessoa conviver com aquela deformidade em algum período da vida, de forma a lhe causar vexame, já pode configurar o dano.

Mister salientar que é muito comum em casos de acidente de trabalho, a ocorrência do dano estético, sendo muitas vezes verificado em conjunto com o dano moral e/ou material correlato.

É bem verdade que o dano estético aparenta ser uma variante do dano moral quando se analisa o efeito psicológico que ambos geram no sujeito. Contudo, esse tipo de dano não leva em consideração o aspecto biológico em si, mas os efeitos causados em decorrência daquela alteração física no íntimo da vítima.

⁴ O TST, inclusive, apreciou um caso que foi constatado uma jornada de dezessete horas sem observâncias de intervalos interjornada e intrajornada, entendendo que haveria, neste caso, dano existencial (Ag-E-ARR-10503-48.2014.5.03.0142, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 29/11/2019).

Outrossim, o dano estético necessita causar um abalo ao indivíduo, ou seja, só o fato de deixar uma marca na pele não dá ensejo ao direito a reparação, como bem exemplifica Pereira (2018, p.44/45), ao dizer que:

Por exemplo, a cicatriz permanente na face pode ensejar o dano estético, tanto pelo menosprezo gerado por meio do infortúnio na consideração que a vítima faz de si mesma, quanto pelo estigma que o ferimento lhe causará doravante no meio social em que se encontra inserida. Já uma pequena cicatriz na parte inferior do dedo mínimo do pé esquerdo não é capaz de deflagrar o mesmo efeito, pois não possui o potencial lesivo de abalar a harmonia estética do indivíduo. (...)

Outra consideração relevante consiste no fato de que embora não seja necessário que o dano estético seja “evidente”, ele precisa ser, ao menos, aparente.

Importante observar ainda que não é só o dano estético permanente que gera a possibilidade de indenização, isso porque embora possa ser reversível, o tempo em que a pessoa conviveu com aquela alteração em seu corpo, pode ter sido suficiente para lhe causar constrangimento ou repulsa social.

Sobre o tema, veja o que diz a jurisprudência:

EMENTA INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS. O que caracteriza o dano estético é a alteração física sofrida pela vítima que atinge seu aspecto visual, gerando impacto na imagem da pessoa percebida por quem a vê. Inexistindo prova da alteração visual no aspecto físico da vítima, não há dano estético a ser indenizado. (TRT da 4ª Região, 11ª Turma, 0021600-05.2017.5.04.0662 ROT, em 19/07/2019, Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa).

Sendo assim, a indenização por dano estético visa à compensação pela depreciação da harmonia física causada de alguma forma ao indivíduo, devendo restar provado o seu potencial constrangimento.

2.2.4 Dano em Ricochete

O dano moral em ricochete também chamado de dano reflexo é aquele dirigido a uma pessoa, mas quem sente os seus efeitos é outra ligada a ela direta ou indiretamente. Exemplificando, é o caso de um trabalhador que sofre um acidente no ambiente laboral e vem a falecer, o bem atingido diretamente foi a vida dele, porém,

quem irá pleitear indenização é a sua família a qual sofreu indiretamente os efeitos. Ou ainda, o trabalhador que não vem a óbito, mas as consequências da lesão sofrida no ambiente laboral geram a terceiro alguma espécie de dor ou sofrimento.

Importante mencionar que com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista este tema passou a ser alvo de muitas discussões, mas isto veremos em tópico ulterior, no momento vejamos a recentemente alteração do enunciado da Súmula 392 do TST, nos seguintes termos:

DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPE-TÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (redação alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 27.10.2015). Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29.10.2015 e 03 e 04.11.2015. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Conforme se verifica da supracitada súmula, mesmo que o objeto seja a competência do juízo trabalhista, ela deixa clara a legitimidade *ad causam* da família do trabalhador, em pedir indenização por dano moral em ricochete na Justiça do Trabalho.

Isto porque não haveria sentido em se excluir da Seara Trabalhista um direito já consagrado pela Seara Civil, e que é pautado pelo princípio da restituição integral do dano, de maneira que a família não possa ficar à mercê caso seu pai/mãe, esposo (a), filho (a), venha a sofrer algum dano, ou mesmo falecer em virtude do labor.

Por fim, nas palavras de Pereira (2018, p. 72):

não poderiam os reflexos negativos da conduta patronal, devidamente caracterizada como dano indenizável, estar alheios ao sentimento e à psique daqueles que, por afetação decorrente dos efeitos reais e práticos do dano causado diretamente a terceiro que com ele possui íntima ligação, tiveram sua esfera moral abalada de maneira ilegítima e, por isso mesmo, passível de compensação em pecúnia, dada a impossibilidade material de retorno ao status quo ante.

Desta forma, em que pese o dano em ricochete parece ter sido esquecido pela CLT, ao dispor que a "vítima é o titular exclusivo do direito", entendemos que o novo dispositivo deve ser interpretado de forma a abarcar esse tipo de dano.

3 DA REPARAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA

A responsabilidade civil surgiu como matéria pertinente eminentemente ao âmbito civil. Todavia, com as mudanças e evoluções sociais houve a necessidade de utilização deste instituto na seara trabalhista, de modo a reparar os danos acarretados pelos atos ilícitos decorrentes das relações de trabalho, uma vez que é muito comum pedidos de reparação por danos extrapatrimoniais, muitas vezes ocasionados por uma relação abusiva entre empregado e empregador.

Neste capítulo, será tratado sobre surgimento do direito de reparação civil nas relações de trabalho, até a incorporação pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) através da Lei nº 13.467/17, e após será feita uma análise dos novos dispositivos constantes no Título II–A da CLT.

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DO TRABALHADOR ATÉ A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017

O Direito do Trabalho no Brasil pode ser dividido em três fases, de acordo com Leite (2018, p.35) “a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos nossos dias”.

Ainda de acordo com o autor, é só a partir da última fase que realmente se inicia o Direito do Trabalho como conhecemos hoje. Sendo que no ano de 1939 foi criada a Justiça do Trabalho, e outorgada em 01/05/1943 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pelo então presidente Getúlio Vargas.

Insta salientar, que a Consolidação das Leis do Trabalho neste momento reuniu e sistematizou leis esparsas, e criou novos dispositivos acerca das relações

trabalhistas, porém, neste primeiro momento permaneceu silente quanto a danos morais ou extrapatrimoniais.

É com o advento da Constituição de 1988, que se tem uma nova visão no que tange aos direitos sociais no Brasil, o que refletiu diretamente no Direito do Trabalho, uma vez que a Carta Magna consagrou como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e disciplinou no art. 5º, caput, V, X e XXXVI, os direitos inerentes a personalidade, ao considerar invioláveis os direitos à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando à vítima o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

Cumprir destacar que essa valorização da personalidade do ser humano como um direito constitucional e fundamental transformou totalmente o cenário jurídico, ao passo que representou o reconhecimento desse direito que pertence e é inerente a todos. Salienta-se que é através da personalidade que o ser humano se relaciona e adquire outros direitos e deveres. Assim, de acordo com José Roberto Freire Pimenta (2018, p. 21): “o conceito de pessoa e de personalidade encontram-se correlacionados, podendo até mesmo ser dito que, através da personalidade é que advêm os outros direitos do ser humano”.

Posto isso, segundo entendimento de José Roberto Freire Pimenta (2018) quando ocorre o descumprimento das regras que disciplinam o direito da personalidade é que surgem o dano moral e, por vezes, o dano material, pois quando ocorre uma ação ou uma omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito ou cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, gera a obrigação de repará-lo de acordo com os artigos 186 e 927 do Código Civil. Ou seja, neste momento nascerá o direito do ofendido em receber a indenização pelo dano moral e/ou material a ele causados e o correspondente dever do ofensor em indenizar, binômio que, conjuntamente, constitui sua responsabilidade civil.

Dessa forma, tem-se que o direito ao ressarcimento por esses danos moral e material são inerentes às lesões ao direito da personalidade. A isso denomina-se responsabilidade civil, que nas palavras de Gonçalves se define como:

A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (GONÇALVES, 2011, p.24).

Assim, quando um terceiro violar um direito da personalidade e causar dano a outrem terá, em regra, o dever de repará-lo.

Nesse sentido deve-se dizer que a Constituição Federal foi de suma importância para o instituto da reparação civil por danos extrapatrimoniais, ao passo que lhe trouxe grande relevância jurídica e deixou expressa a preocupação com o indivíduo, além de criar um capítulo próprio para tratar da reparação civil.

Seguindo as diretrizes constitucionais, entrou em vigor no ano de 2002 o novo Código Civil, o qual espelhando-se nas inovações trazidas principalmente pela Constituição Federal de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana, passou a conter disposições de proteção aos direitos inerentes a personalidade. Este fenômeno ficou conhecido como a despatrimonialização do Direito Civil, uma vez que até então a preocupação do antigo Código era extremamente afeta a danos patrimoniais.

Sobre o tema, salientam Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2016, p. 59):

O que se quer dizer é que a visão geral do Direito Civil, atualmente, deve ser vinculada à proteção da pessoa em primeiro lugar, e não do patrimônio. Por isso se fala em despatrimonialização, pois a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), implica em considerar, sempre, a pessoa em primeiro plano.

Cumprido destacar, que a responsabilidade civil até era prevista no Código Civil de 1916 em seus arts. 159⁵ e 1.518⁶, contudo, a ideia de dano ou prejuízo ainda era muito restrita à patrimonialidade, no sentido de se tutelar basicamente lesões a bens

⁵ CC/1916, 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.

⁶ CC/1916, Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

materiais e na maior parte fungíveis, o que se denominou de danos emergentes, isto é, o que efetivamente se perdeu, e lucros cessantes, ou seja, o que se deixou de crescer ao patrimônio em virtude da lesão (BRANDÃO, 2009).

Foi então com a evolução do direito, que os danos morais passaram a existir como instituto jurídico autônomo e eficaz, em primeiro momento por reflexo do sistema jurídico norte-americano, até que houve a promulgação da Constituição Federal de 1988 a qual codificou o instituto, restando a questão pacificada.

Destarte, Pedro Lenza (2016, p.63) explica:

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de descodificação do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio etc. Todos esses microssistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o sistema, passando o direito civil por um processo de despatrimonialização.

Entendemos ser de grande importância essa evolução legislativa, a fim de atender aos valores constitucionalmente protegidos, tais como os direitos inerentes a personalidade.

Como já dito, esse fenômeno vem em resposta a constitucionalização de matérias que até o momento eram tratadas apenas em leis esparsas, sendo clara a mudança da visão patrimonialista, na medida em que houve uma maior preocupação com a proteção do indivíduo e os direitos imateriais a ele inerentes.

Corroborando tal entendimento, Angelo Henrique de Oliveira Turato (2015) salienta que, com base em princípios constitucionais, passou-se a influenciar e reger as relações privadas, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à honra, iniciou-se a socialização, ou constitucionalização do direito privado.

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional cumpriu seu dever em se ater aos comandos da Carta Magna, a qual mostra claramente a preocupação com o indivíduo por todo o seu texto.

Afinal, nosso ordenamento jurídico possui uma hierarquia entre as normas, de modo que a nossa Constituição é a Lei Maior que deve servir de parâmetro para todas as leis infraconstitucionais, devendo essas respeitar e interagir de modo a não contrariar nenhum dispositivo, preceito ou princípio da mesma, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Sendo assim, o Código Civil de 2002 acertadamente passou a conter em seu texto dispositivos de proteção aos direitos não patrimoniais do indivíduo, tais como o art. 186 do CC, vejamos o que dispõe: “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.”

Não obstante toda esta evolução histórica, é de se ressaltar que até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 a Justiça do Trabalho não possuía competência para dirimir demandas que envolvessem pedidos de indenização por dano moral ou extrapatrimonial, sendo certo que quando ocorresse na relação de trabalho uma situação que pudesse ser pleiteado esse tipo de indenização, tal demanda seria processada e julgada na justiça comum.

Observando o cenário jurídico existente, e após o Supremo Tribunal Federal no julgamento de lides que envolviam relação de trabalho afirmar a competência da esfera Trabalhista, o constituinte derivado optou por introduzir no texto constitucional a competência da mesma, através da supracitada Emenda, ao que acrescentou o inciso VI ao art. 114 da Constituição Federal de 1988 que passou expressamente a dispor que: “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”.

Ocorre que, em que pese dirimida a questão da competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas com objeto em questão, a Consolidação das Leis do Trabalho nada dispunha sobre a matéria. Com isso, quando verificada uma situação que envolvia dano à esfera extrapatrimonial de direitos do trabalhador, eventual ação trabalhista pleiteando a sua reparação seria decidida mediante as disposições constitucionais e civilistas.

Como já mencionado acima, quando do advento da CLT de 1943 nem se cogitava a ideia de reparação por danos extrapatrimoniais, isto porque “prevalencia a visão patrimonialista do direito, muito distante da valorização atual da dignidade da pessoa humana, proclamada com ênfase na Constituição da República de 1988.” (OLIVEIRA, 2017 p.334).

Nesse sentido, nos casos em que a CLT não oferecesse uma solução para determinado conflito, utilizava-se a analogia e as normas/princípios gerais de direito, conforme previsão expressa do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.⁷

Outrossim, é sabido que a CLT exige compatibilidade entre os ordenamentos/sistemas aplicados, por exemplo, se houver uma lacuna no processo do trabalho, aplica-se o processo civil, desde que seja compatível, sendo necessária a equivalência de principiologia.

Insta mencionar ainda, que a principiologia é muito importante para a ciência do direito, uma vez que “é seu fundamento, a base, a estrutura, o fundamento que irá informar e inspirar as normas jurídicas (MARTINS, 2019, p.124).

Destarte, no Direito do Trabalho, conforme preceito contido no art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, na falta de disposições legais/contratuais, se aplicarão os princípios e normas gerais do direito, especialmente, mas não exclusivamente do Direito do Trabalho. Por conseguinte, os princípios são fontes secundárias.

Maurício Godinho Delgado (2019, p.228) assevera que:

como existem princípios gerais que são aplicáveis ao Direito do Trabalho, evidentemente deverão passar por uma compatibilização com os princípios e regras inerentes a este ramo jurídico especializado, a fim de se evitar o conflito entre a especificidade do ramo justralhista e a diretriz do princípio geral a ser utilizado.

⁷ CLT, 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.

A despeito de ser uma fonte secundária, os princípios orientam a produção normativa e direcionam a própria aplicação da lei. Por isso, aqui, diferentemente do direito civil, as partes estão em situação desigual, sendo o obreiro a parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia, razão pela qual existem princípios tais como o do princípio da proteção⁸, que justamente vem para atenuar esse desequilíbrio fático.

Feito tal adendo sobre como deve atuar o art. 8º da CLT, retomemos a discussão acerca da competência da Justiça Trabalhista, ao analisar a súmula n.392 do TST:

Súmula 392/TST - 20/04/2005. Responsabilidade civil. Dano moral. Dano material. Empregado. Competência. Sucessão. Dependência. Acidente de trabalho. Doença do trabalho. Sucessores e dependentes. Julgamento pela Justiça do Trabalho. CF/88, art. 5º, V e X e CF/88, art. 114, VI. «Nos termos do art. 114, VI, da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Quando se analisa os precedentes que suscitaram na edição da súmula supracitada, O TST salienta, conforme entendimento fixado nos ERR 483206-28.1998.5.03.5555, julgado em 2003, que "Quando o artigo 109, I, da Magna Carta exclui da competência da Justiça do Trabalho as causas de acidente de trabalho, logicamente está a se referir àquelas ações acidentárias dirigidas em desfavor da entidade previdenciária e não às ações indenizatórias de dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho". Além disso, foi destacado que o dano moral por acidente de trabalho configura "típico litígio trabalhista".

Por fim, analisando a fundamentação de outros precedentes da súmula n. 392 do TST, tais como o ERR 60600-84.2000.5.12.0015, conclui-se que grande base da fundamentação do dano moral trabalhista, deriva da Constituição Federal e do Código Civil, não devendo a Reforma Trabalhista afastar a incidência de ambas do julgamento de lides envolvendo a matéria disciplinada no Título II-A da CLT.

⁸ Sobre o princípio da proteção, salienta Sérgio Pinto Martins (2019, p. 133): "Como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando este último superioridade jurídica. Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei. O princípio protetor pode ser uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes."

Nesse diapasão, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o trabalhador lesado busca nela, no Direito Civil e em outros ramos do direito guardada para fundamentar os pedidos de indenização por danos morais em decorrência do contrato de trabalho.

Porém, com a introdução do Título II-A na CLT nota-se clara tentativa de cercear a utilização das fontes subsidiárias do direito para dirimir questões relativas à reparação de dano de natureza extrapatrimonial no âmbito do Direito do Trabalho, o que também tem sido alvo de muitos debates acerca de sua constitucionalidade.

3.2 DA NOVA REGULAMENTAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS TRABALHISTAS INSERIDA COM A LEI 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA)

A entrada em vigor da Lei nº13.467/2017, em 11 de novembro de 2017, alterou substancialmente o teor da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dentre as várias inovações, inseriu o Título II-A à CLT, o qual passou a regulamentar pela primeira vez os danos morais neste ramo específico do direito, contudo utilizando-se da denominação danos extrapatrimoniais.

A nova regulamentação se tornou alvo de muitas discussões, razão pela qual iremos discorrer sobre algumas delas.

Posta tais premissas, passaremos a análise dos artigos inseridos pelo novo Título II-A da CLT, disciplinando os danos extrapatrimoniais, a começar pelo art.223-A o qual preceitua que: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”

Observa-se que o artigo supracitado restringe o julgador no sentido de valer-se apenas dos dispositivos presentes no referido título para analisar questões inerentes a dano extrapatrimoniais.

Nesse sentido, salienta-se que o art. 8 da CLT autoriza a aplicação subsidiária do direito comum “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais” do Direito do Trabalho. Assim, ocorrendo lacuna⁹ na legislação trabalhista aplica-se as fontes subsidiárias, tais como os princípios/normais gerais do direito e a analogia. Ocorre que, o Título II-A afastou a incidência do mencionado artigo no que se refere a temática. Tal situação, nas palavras de Oliveira (2017, p.339):

[...] ao estabelecer que se aplicam “apenas” os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum nesse tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas, como veremos na análise de cada artigo. É certo que os novos dispositivos do Título II-A devem ser considerados na apreciação dos danos morais, mas é inviável afastar por completo a regulamentação a respeito prevista no Código Civil e em outras normas esparsas, mormente porque a regulamentação proposta é limitada e não aponta soluções para todas as controvérsias, como já pacificado no âmbito do direito civil.

Assim, vale dizer que o legislador pretendeu afastar a incidência de normas comuns ao tema, em clara afronta ao ordenamento, sem se preocupar com o trabalhador, e as implicações práticas, como quando estiver julgando um dano moral e material do mesmo evento danoso, onde para um o magistrado poderia se valer de demais normas, e para outro, que é o caso dos danos extrapatrimoniais, ficaria adstrito as disposições previstas no Título II-A da CLT.

Desta forma, o melhor entendimento de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 69) é o seguinte:

Os arts. 223-A a 223-G devem ser interpretados conforme os valores, princípios e regras da Constituição Federal e do Código Civil, sempre que implicarem melhoria da condição social, econômica e ambiental dos trabalhadores.

⁹ De acordo com Noberto Bobbio (2014, p. 113), chama-se de lacuna, quando há uma ausência de norma de regulamenta determinada questão.

Já o art. 223-B objetiva conceituar o que seria dano extrapatrimonial, ao dispor que: “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.”

O primeiro ponto a ser refletido acerca do dispositivo é a complexidade de se formular um conceito que possa englobar toda uma gama de situações possíveis diante do desenvolvimento social e dos direitos da personalidade, não podendo tal conceito ser interpretado de maneira literal no sentido de limitar a possibilidade dos parentes de pleitear, em decorrência do falecimento de um ente querido, o direito à reparação.

Conforme consignado no dispositivo supracitado, o texto aponta que o ofendido é o titular exclusivo do direito à reparação, tal fato traz questionamentos acerca do afastamento dos danos morais em ricochete, assim considerados aqueles danos morais sofrido pelos herdeiros em caso de falecimento do trabalhador, dentre outras situações em que o ofendido não figura no polo passivo da demanda.

Ocorre que, tal entendimento também não parece ser o mais adequado, haja vista que no casos de danos morais em ricochete, quem se sente ofendido é a própria pessoa que o pleiteia, ou seja, no caso de falecimento de um membro familiar em decorrência de acidente de trabalho, é o próprio familiar da vítima do ato lesivo.

Prosseguindo, veja o que dispõe os arts.223-C e 223-D:

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.

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p.69), ao se referir ao art. 223-C, o mesmo salienta:

Deve ser interpretado sistemática, ampliativa e teleologicamente, de modo a considerar também outros bens, como a integridade psíquica, a autoestima, o nome (...). A nosso ver, isso também deve se aplicar ao art. 223-D, uma vez que muitos são os bens imateriais já protegidos por nosso ordenamento, não podendo haver um retrocesso dos direitos conquistados, devendo o rol ser meramente exemplificativo.

Corroborando esse entendimento, é sabido que este dispositivo foi objeto de mudança quando da edição da MP 808/2017¹⁰, a qual não entrou em vigor frente a inércia da Câmara dos Deputados em analisá-la.

Importante notar que o legislador ao apontar taxativamente os bens imateriais passíveis de indenização estaria deixando de lado uma gama de situações, a exemplo disto “basta analisar o art. 223-C da CLT que, ao relacionar os bens imateriais, esqueceu da privacidade. Ora, se o trabalhador teve sua privacidade violada, não poderá ser indenizado por isso que a lei não mencionou?” (CASSAR, 2019, p.913). Salienta-se que a proteção à privacidade está prevista na Constituição Federal no art. 5º inciso X, não podendo a lei infraconstitucional limitar sua aplicação.

Disciplinando a respeito da responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial, prevê o art. 223-E: “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.”

Como os demais dispositivos do Título II-A, esse artigo também gera algumas indagações, tais como:

O empregador responde pelo dano causado pelos gerentes ou por seus prepostos? O empregador ou o tomador dos serviços responde pelos danos extrapatrimoniais causados pelo prestador de serviço? A responsabilidade proporcional na concausalidade lesiva afasta a solidariedade passiva dos coautores, ou cada qual responde apenas no limite da sua participação? (OLIVEIRA, 2017, p. 19)

Inicialmente é bom frisar que este dispositivo trata apenas dos danos extrapatrimoniais, não adentrando ao mérito da responsabilidade por danos materiais advindos da relação trabalhista.

¹⁰ O art. 223-C da CLT, com a MP 808/2017, ficaria com a seguinte redação: "Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural."

Nesse sentido, regra é a de que responde pelo dano quem lhe deu causa. Mas quando se trata de indenizações por acidente de trabalho ou doenças ocupacionais, o responsável costuma ser o empregador, ainda que proveniente de atos dos seus prepostos ou de outros empregados exercendo sua função.

O Código Civil é claro quanto a temática, ao dispor no art. 932, III que o empregador responde pelos atos dos seus empregados, afinal é dele o ônus no momento em que iniciou a atividade econômica, segundo o princípio da alteridade e conforme art. 2º da CLT.¹¹

Deve-se atentar ainda para o fato de que o caput do art. 7º da CRFB/88 ao falar dos direitos dos trabalhadores menciona que além dos ali elencados também haverá outros, ao dispor que: “[...]além de outros que visem à melhoria de sua condição social[...]” sendo claramente uma cláusula de abertura.

Isso porque os direitos trabalhistas não são direitos subjetivos de caráter meramente privado, mas sim direitos sociais, fundamentais e humanos, devendo dessa forma respeitar os direitos e garantias expressos na Constituição, sem excluir os princípios por ela adotados, nem os tratados internacionais em que o Brasil faça parte.

Dessa forma, resta claro que se deve buscar os direitos que melhor amparem o trabalhador, já que comumente serão a parte vulnerável da relação trabalhista, devendo os mesmos serem assegurados de forma progressiva, sem, contudo, se admitir retrocessos.

E por fim, antes de adentrarmos no artigo objeto do presente trabalho, é importante consignar o que prevê o art. 223-F da CLT:

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.

¹¹ CLT, art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

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

Verifica-se que aqui o legislador pretendeu disciplinar de maneira diferente os danos extrapatrimoniais, mas permitiu ao ofendido cumular no mesmo pedido os danos patrimoniais.

Ocorre que, conforme já dito a norma afastou a aplicação subsidiária do direito comum ao dano extrapatrimonial, ao passo que o dano material continua sendo disciplinado pelo Código Civil, assim, o juiz ao julgar o caso concreto decorrente do mesmo evento danoso, em razão da diversidade do tratamento jurídico, terá de aplicar valores separados conforme a natureza do dano, não podendo assim fixar uma indenização única capaz de abarcar os danos sofridos.

Com efeito, a partir desses breves comentários, é de se notar que a regulamentação dos danos extrapatrimoniais na esfera Trabalhista foi introduzida em discordância com outros diplomas jurídicos, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, gerando grandes incertezas e colocando em risco a tutela do trabalhador no que se refere aos seus direitos da personalidade, trazendo o que tem sido denominado de tarificação dos danos extrapatrimoniais.

4 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 223-G DA CLT

Inicialmente, antes de discutir sobre o art. 223-G, introduzido pela Lei nº. 13.467/2017, cumpre transcrever sua redação, *in verbis*:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
 I - a natureza do bem jurídico tutelado;
 II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
 III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
 IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
 V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
 VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
 VII - o grau de dolo ou culpa;
 VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
 IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
 X - o perdão, tácito ou expresso;
 XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
 XII - o grau de publicidade da ofensa.

O art. 223-G, ao que parece foi inserido como forma de impor limites ao fenômeno comumente chamado de “indústria indenizatória”, isto porque os pedidos de indenização por danos morais na Justiça Trabalhista estão entre os pedidos mais recorrentes, e para muitos, os valores tidos como exorbitantes e totalmente desproporcionais acabam contrariando vários princípios constitucionais, tais como da isonomia.

Cumpre mencionar, que quando o assunto é a fixação do valor de reparação por danos morais ou extrapatrimoniais, há uma dificuldade na fixação de uma quantia a ser considerada como “justa”. Por vezes, o valor indenizatório permanece aquém do dano sofrido, em outros momentos, o valor exorbita do dano sofrido, gerando enriquecimento ilícito. Veja um exemplo:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. . VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO PELO EG. TRIBUNAL REGIONAL. TRANSCENDÊNCIA. A matéria diz respeito à adequação do valor fixado pelo eg. TRT para a indenização por dano moral decorrente de doença profissional (Tendinite Estenosante - Síndrome de De Quervain). O eg. Tribunal Regional, após considerar a extensão do dano, a condição econômica da vítima e o caráter pedagógico da medida, decidiu majorar o valor da indenização por dano moral arbitrado pela r. sentença (R\$ 3.000,00) para R\$ 10.000,00 . A causa não apresenta transcendência econômica, política, social ou jurídica. Recurso de revista de que não se conhece, porque não reconhecida a transcendência. (RR - 1001497-76.2016.5.02.0491 , Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 04/09/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2019)

No caso supracitado, o TRT fixou indenização de R\$ 3.000,00, mesmo o empregado tendo adquirido uma doença ocupacional. O TST, por sua vez, entendeu que o valor era irrisório e majorou para R\$ 10.000,00. O aludido julgado demonstra a dificuldade dos magistrados na fixação dos danos morais, que constantemente são majorados ou reduzidos em outras instâncias.

Assim, possivelmente o art. 223-G da CLT, com o intuito de dirimir tais controvérsias e estabelecer uma espécie de limite aos valores judicialmente fixados, resolveu adentrar em um terreno delicado, ao fixar parâmetros para aferição da indenização por danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho.

De acordo com as palavras de Francisco Diego Moreira Batista (2017, p.38), sobre tarifação:

Nunca é tranquila essa estratégia. Havia indenização tarifada na Lei de Imprensa (art. 51, Lei 5260/1967) e em outras normas esparsas no ordenamento brasileiro, assim como algumas indenizações no âmbito do processo civil e do direito civil são fixadas em múltiplos de salários-mínimos. Mas há sempre o risco de o legislador ser acusado de querer engarrafar nuvens, dada a multiplicidade de fatos, nuances e detalhes em cada um dos sinistros e dos eventos agressivos que permeiam as relações de trabalho. As enfermidades são extremamente diversificadas e seu alcance, impossível de ser delimitado; as hostilidades podem variar desde xingamentos e brincadeiras de mau gosto até atos orquestrados de ociosidade forçada, de execração pública e de exposição ao vexame. Condutas antissindicais e atos de homofobia ou de desqualificação do trabalho da mulher tampouco são fatos isolados no mundo do trabalho. Como catalogar toda essa gama em apenas 3 ou 4 patamares? Para muitos, o esforço é válido, pois oferece um mínimo de previsibilidade, de parte a parte, e aumenta a responsabilidade de advogados e magistrados; para outros, o esforço é vão e somente alimentará a incerteza e a frustração dos que perderam seus entes queridos, suas chances de trabalho ou sua própria razão de ser.

Tal preocupação do legislador pode ser vista através do texto de exposição de motivos da lei da reforma, a qual afirma a necessidade de mudança quanto a esse aspecto, ao dizer que:

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar

valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento.¹²

Destarte, a despeito do legislador ter buscado a solução de um problema, que é a insegurança jurídica e a falta de isonomia na fixação da indenização, acabou suscitando outro, isto é, a violação de vários preceitos constitucionais já citados.

4.1 ART. 223-G CRITÉRIOS PARA ENQUADRAMENTO DA LESÃO E TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS?

Ao analisar o § 1º, do art. 223-G da CLT, consegue-se notar que o legislador tabelou e limitou a fixação judicial da compensação pecuniária por dano extrapatrimonial, ao inserir balizas mínimas e máximas a serem observadas pelos magistrados. Veja o que diz sua redação:

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.

No que tange a pessoa jurídica, o § 2º do artigo em comento previu que a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. O 3º, por sua vez, prevê que "na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização".

Em que pese o intuito possa ter sido de trazer maior segurança jurídica aos casos concretos, a opção do legislador acabou por dificultar ainda mais o trabalho dos magistrados, eis que, além de estabelecer 12 (doze) critérios em seus incisos a

¹² Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961.

serem analisados e utilizados para seu convencimento, determinou que enquadrasse toda uma infinidade de situações em 04 (quatro) parâmetros, sendo elas, ofensa de natureza leve, média, grave e gravíssima. Ocorre que, essa tarifação segundo a gravidade da ofensa não há como ser definida objetivamente, até por isso o legislador não se arriscou em tentar defini-la.

Como se pode notar, o critério fixado pelo legislador criou obstáculo ao magistrado em estabelecer um julgamento justo e pacífico, inclusive cerceando a dosimetria adequada ao caso concreto, logo este novo dispositivo viola também o direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF) e a garantia do livre convencimento motivado do juiz (art. 93, IX, CF).

Ora, já que haviam estabelecido elementos a serem sopesados pelos magistrados, deveriam ter parado neste ponto, e deixado ao arbítrio dos juízes no caso concreto fixarem o valor considerado justo e suficiente à reparação da vítima.

Outra questão polêmica trazida por este artigo se dá pelo fato de o mesmo utilizar como parâmetro de fixação do valor indenizatório o salário contratual do ofendido, em grave ofensa ao princípio da dignidade humana, como se 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, dentre outros, variasse de acordo com contracheque do indivíduo.

Posto isso, forçoso dizer que a dignidade da pessoa humana não é mensurável, não podendo ser definida por critérios objetivos, nem condicionada às funções e atribuições que cada um exerce no seu dia a dia, por isso a impossibilidade de se usar parâmetros idênticos para pessoas distintas.

Tal tratamento viola ainda o princípio constitucional da isonomia (art.5º, caput, CF), ao passo que possibilita inúmeros resultados diferentes a pessoas em situações semelhantes, a exemplo disso, se um diretor de uma empresa e um funcionário na função de auxiliar de serviços gerais sofrem um acidente de trabalho na mesma circunstância de tempo e lugar, e com igual gravidade, o diretor irá receber um montante muito maior de indenização em relação ao outro funcionário. Nesse caso,

o dano será o mesmo, mas a reparação será proporcional ao salário de cada um, como se a dignidade do diretor fosse superior axiologicamente a do auxiliar de serviços gerais.

Questão que também merece destaque é a do enriquecimento sem causa, visto que o parâmetro utilizado é o salário do indivíduo. Por conseguinte, uma ofensa de natureza leve, de acordo com o art. 223-G, § 1º, I, geraria em uma indenização de 3 vezes o salário do indivíduo, possibilitando indenizações exorbitantes para os empregados do "alto escalão" em face de danos pequenos, fato que configuraria enriquecimento sem causa.

Interessante observar que o legislador, mais uma vez optou pela inserção de tarifação na legislação, ao estipular o *quantum* indenizatório máximo de 50 vezes o último salário contratual do ofendido a título de reparação de dano extrapatrimonial, em clara afronta a garantia de reparação integral, isso porque em que pese no caso concreto a reparação considerada justa fosse "x", caso esse valor ultrapassasse o tabelado, não se poderia alcançá-lo.

Merece destaque o recente acidente de Brumadinho. O site de notícia da Globo¹³ classificou o caso como "maior acidente do trabalho do Brasil", que deixou 69 mortos. Retomando a questão da tarifação, sob o prisma do acidente de Brumadinho, a indenização devida aos familiares das vítimas que eram trabalhadores estaria limitada pelo art. 223-G, não podendo ultrapassar o máximo de 50 vezes o último salário do ofendido, enquanto que das vítimas que não possuíam vínculo trabalhista não estaria limitada, gerando flagrante desrespeito à isonomia.

Neste caso, é possível verificar em um caso prático à violação a princípios tais como da isonomia, caso os magistrados utilizassem desse sistema tarifário introduzido pelo art. 223- G da CLT, ao tratar diferente pessoas em situação extremamente parecida.

¹³ Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/29/brumadinho-pode-ser-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.ghtml>

Outrossim, é clara a incompatibilidade do sistema tarifário com demais princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico, não podendo deixar de mencionar que num passado próximo tenha sido entendido pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 281, em caso semelhante, que, “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Dentre os precedentes que suscitaram a edição da súmula supracitada, destaca-se o Recurso Especial n. 168.945-SP (98/0022105-0), a qual o relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, salientou que os limites indenizatórios da Lei de Imprensa não mais imperam, porquanto a jurisprudência do STJ já havia sedimentado a orientação de que, após o advento da Constituição de 1988, a reparação deve alcançar a extensão do dano, obedecido o princípio da razoabilidade. Destarte, o artigo da aludida lei que tarifava a indenização, segundo o STJ, não foi recepcionado pela CF/88.

Ao abordar sobre os fundamentos da súmula n. 281 do STJ, Renato da Fonseca Janon (2019) salientou que seus fundamentos caem como uma luva na exegese do art.223-G, §1º, CLT, embora, aqui, o caso seja de inconstitucionalidade, uma vez que a norma é posterior à Carta Magna de 1988.

Importante consignar que o STF muito antes de julgar o ADPF 130/09, que trata sobre a não recepção da Lei de Imprensa, já possuía o mesmo entendimento, conforme se observa da ementa abaixo:

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

estritos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 13-08-2004 PP-00267 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469)

Nesse sentido, no julgado supracitado, foi destacado pelo relator que, considerando que a Constituição Federal trouxe de forma ampla o dano moral propositalmente, a fim de que o aplicador do direito pudesse ter maior liberdade ao apreciar o caso concreto, não caberia a norma infraconstitucional restringir tal dispositivo.

Expressivas também são as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o voto do Ministro 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 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, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009)

À luz das informações contidas, é de se entender que qualquer tentativa de tarifação ou limitação do dano moral, por lei ordinária vai de encontro com o dispositivo constitucional previsto no art. 5º, V e X, devendo prevalecer sempre a Lei Maior e não o contrário, motivo pelo qual a lei em discussão não foi recepcionada.

Conforme já dito a tarifação do dano extrapatrimonial flagrantemente viola a reparação integral uma vez que o art. 5º inciso V e X prescrevem:

Art.5 [...] 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.

Ora, no texto constitucional em nenhum momento se verifica qualquer limitação ao direito de reparação, devendo esta ser aferida pelo julgador de acordo com o dano sofrido em cada situação concreta, não cabendo a lei infraconstitucional a delimitar. Por conseguinte, é inconstitucional qualquer tarifação no âmbito indenizatório.

Nesse diapasão, sobre o princípio da reparação integral prevê o art. 944 do Código Civil: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. ”

Sergio Cavalieri Filho, discorrendo raciocínio sobre tal princípio e sua relevância ímpar, assevera que “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça [...]”, (FILHO, 2019, p.26), nascendo, deste modo, a necessidade de se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico que havia antes da conduta do ato ilícito. Nesse momento surge o princípio da reparação integral ou da *restitutio in integrum*, buscando recolocar a vítima no *status quo ante*, através de fixação de indenização e de forma proporcional ao dano.

Não se pode olvidar que o art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor que compõe o microsistema, aplicável em alguns casos excepcionais ao Direito do Trabalho¹⁴, estabelece “Art. 6. [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”

Cumprе salientar, que a inovação trazida pelo art. 223-G é incompatível com o art. 944 do Código Civil e o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que ao violar o princípio da reparação integral, impede ao ofendido na esfera

¹⁴ Segundo Alexandre Ramos (2005), o Direito de Defesa do Consumidor seria aplicável no caso do fornecedor, pessoa física prestadora de serviços.

trabalhista, ter o mesmo tratamento daquele que busca reparação por dano moral na esfera cível.

Importante asseverar, conforme visto nos artigos supracitados, que este princípio é perseguido por todos os sistemas jurídicos, com o intuito de se alcançar a mais completa reparação dos danos à vítima, em que pese em muitos casos a compensação pecuniária não irá de fato reparar a dor sofrida, quando, por exemplo, se tratar da perda de um ente querido, mas ao menos irá cumprir o seu objetivo pedagógico e preventivo.

Versando a respeito da tentativa legislativa de tarifação de valores, perfeitamente aplicável à norma em comento, salienta João de Lima Teixeira Filho (*apud* FILHO, Roberto Dala Barba, 2017), que essa predeterminação do ressarcimento, ou tarifação, 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.

Diante do exposto, acerca dos princípios abordados, bem como a tarifação realizada pela antiga Lei de Imprensa e a introduzida pela Reforma Trabalhista, esta em nada superou o entendimento já consolidado tanto no STJ quanto no STF, razão pela qual, a nosso ver, levará a fatal inconstitucionalidade do novo dispositivo.

Não se pode olvidar que o art. 223-G, §1º, da CLT também vai contra o art. 11 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual garante a proteção integral dos direitos humanos à honra e à intimidade.

Conforme é sabido, normas internacionais de direitos humanos entram em nosso ordenamento de duas formas, uma como se emenda constitucional fosse, tendo assim o mesmo procedimento e a mesma força hierárquica, já outras, como o Pacto

de São José da Costa Rica, por não passarem por votação no quórum previsto para as emendas, tem o caráter de norma “Supralegal”, ou seja, abaixo da constituição e acima das leis infraconstitucionais, devendo assim, ser respeitada pelo art. 223-G da CLT.

Além disso cumpre analisar o que prevê o §3º do diploma legal, o qual ao tratar da reincidência prevê que o ofensor somente será punido com a pena elevada quando se tratarem das mesmas partes, vejamos o que diz o doutrinador Cavalieri Filho (2017, p.189):

O caráter educacional e preventivo da reparação por danos morais visa sempre ao futuro. Visa servir de fator de estímulo à correção da conduta e inibitório de sua prática. Ao limitar o acréscimo de valor indenizatório apenas à reincidência entre as mesmas partes a norma solapa o caráter preventivo e pedagógico da sanção, deixando de visualizar o fato de que a reiteração da conduta que já foi considerada ilegal em um determinado caso é por si só antijurídica e ofende a direitos fundamentais, e por isso mesmo deve ser tolhida e não tolerada toda a vez que o ato ilícito atinge mais vítimas em razão da manifesta insuficiência de eventual valor indenizatório fixado em demandas anteriores como elemento de dissuasão da conduta.

O que se pretende afirmar é que o intuito de uma indenização por danos morais ou extrapatrimoniais é compensar a vítima e punir o ofensor, logo, em se tratando da reincidência apenas quando praticada entre as mesmas partes, não estaria a lei inibindo o agressor de cometer novas faltas no futuro, já que, dificilmente ajuizará ação enquanto ainda está trabalhando e, logicamente, o ofendido após proposta ação de indenização, dificilmente será novamente contratado pelo mesmo empregador, daí porque nunca se caracterizaria a reincidência.

Tecido tais comentários, cumpre destacar que quando do processo de tramitação da Reforma Trabalhista no Senado houveram ponderações acerca do art. 223-G, tendo sido negociado com o governo, a fim de evitar o retorno à Câmara e conseqüente demora, que seria aprovada, mas em contrapartida deveria ser editada medida provisória contendo alterações substanciais no tema em referência. Desta forma, foi editada a MP 808/2017 a qual alterou o supracitado artigo e relacionou a limitação dos danos extrapatrimoniais decorrentes de relações de trabalho ao teto de benefícios do INSS ao invés do salário contratual do trabalhador. Além disso, afastou os casos de morte da incidência dos parâmetros do §1º.

Contudo, a referida Medida Provisória não foi analisada no prazo estabelecido pela Lei Maior, vigorando hoje os artigos originários da Lei nº. 13.467/2017, os quais claramente estabelecem limitações ao titular do dano, “visto que, pelo prisma literal, não contempla o dano moral em ricochete (a perda de um querido, quando o trabalhador vem a falecer em um acidente de trabalho), bem como a transmissão do dano moral da vítima para os seus sucessores (art.943, CC).

Reitera-se que não se pode admitir a tarifação do dano moral ou extrapatrimonial, cabendo ao magistrado no caso concreto fixar uma indenização que mais satisfaz o ofendido, em que pese, como também já mencionamos, o mesmo não pode ser mensurado pecuniariamente.

4.2 CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL PÓS LEI 13.467/2017

Conforme tratado anteriormente, caso o art. 223-G permaneça no ordenamento jurídico haverá uma insuperável contradição no ordenamento jurídico, na medida em que fatos semelhantes poderão levar a indenizações com valores totalmente desproporcionais contrariando frontalmente os motivos ensejadores da edição da reforma. Por exemplo, em caso de morte causada por acidente no âmbito do trabalho. No caso de um funcionário que recebia o importe de um salário mínimo mensal (atualmente R\$998,00) ao falecer a família poderia receber até o limite de 50 vezes o seu salário, dando uma quantia máxima de R\$49.900,00 de indenização, valor muito aquém do que comumente vem sendo arbitrado no STJ, veja alguns casos concretos:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE EM PLATAFORMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO - MORTE DE FILHO - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - NÚMERO DE LESADOS - RAZOABILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irrisão no arbitramento do quantum indenizatório de danos morais - gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes -, perfaz-se imprescindível somar a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. A observância da equidade, das regras de experiência e bom senso, e dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da reparação de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de lesados pela morte de parente. 2. Ante as peculiaridades da espécie, a manutenção do quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal a quo, em valor equivalente a 500

salários mínimos para cada um dos autores, pais da vítima do acidente laboral, denota equidade e moderação, não implicando em enriquecimento sem causa. 3. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp: 745710 RJ 2005/0068106-6, relator: ministro CESAR ASFOR ROCHA, data de julgamento: 5/12/6, T4 - QUARTA TURMA, data de publicação: DJ 09/04/07 p. 254LEXSTJ vol. 213 p. 128RT vol. 862 p. 116/59 – sublinhei.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE FILHO.ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. PENSÃO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A indenização por dano moral decorrente de morte aos familiares da vítima é admitida por esta Corte, geralmente, até o montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Precedentes. 2. A pensão devida à genitora, economicamente dependente do filho falecido em acidente de trabalho, é de 2/3 (dois terços) dos ganhos da vítima fatal até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, passando a 1/3 (um terço) a partir de então, quando se presume que o falecido 60 constituiria família e reduziria o auxílio dado aos seus dependentes. 3. Agravo regimental a que se dá parcial provimento. (AgRg no REsp 976.872/PE, rel. ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/2/12, DJe28/2/12)

Nota-se que em diversos julgados anteriores a reforma, o STJ concedeu indenizações bem elevadas, levando em conta o sofrimento provocado à vítima e à sua família.

Após a reforma trabalhista, há poucos casos dignos de nota. No julgamento, em 2019, do recurso ordinário n. 0021565-71.2016.5.04.0406, a 7ª turma do TRT da 4ª região, consignou que valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Todavia, ao fixar o valor do dano moral em razão de doença ocupacional, fixou o valor R\$ 5.000,00, sem fazer menção ao art. 223-G da CLT.

Nesse mesmo sentido, o TRT da 3.ª Região, no julgamento do recurso ordinário 0010357-05.2017.5.03.0044, em 2019, a 5ª turma confirmou a sentença do juízo *a quo*, concedendo a título de reparação por danos morais e estéticos R\$100.000,00. No acórdão, não foi feita qualquer menção ao art. 223-G da CLT, fundamentando a indenização na Constituição Federal e no Código Civil.

Por fim, o STJ, em recente julgado (AgInt no AREsp 1335124/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 27/06/2019), confirmou, a título de acidente do trabalho, o valor de R\$ 100.000,00, não mencionando nada sobre o polêmico artigo da CLT.

Diante do exposto, percebe-se que os tribunais pátrios continuam ignorando os preceitos da CLT, no que tange aos danos extrapatrimoniais, optando pela aplicação da Constituição Federal.

4.3 VIRADA JURISPRUDENCIAL? A DECISÃO DO STF NO CASOS REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE TRANSPORTE AÉREO.

Desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, alguns doutrinadores sustentam a constitucionalidade do art. 223-G da CLT pelo argumento de que o STF tem admitido tarificação de danos morais, entendimento este refletido a partir do julgamento de lides envolvendo indenização por danos extrapatrimoniais em casos de transporte aéreo internacional que se utilizaram das disposições contidas na Convenção de Montreal¹⁵.

A fim de melhor contextualizar o leitor quanto às críticas que serão realizadas adiante aos novos dispositivos da Reforma Trabalhista, cumpre-nos adentrar brevemente nas discussões acerca do tema, com objetivo de compreender o posicionamento dos tribunais superiores, mormente do STF, acerca de temas semelhantes ao que ora se discute.

A referida Convenção de Varsóvia, possui o Capítulo III, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador, por (I) morte ou lesão corporal de passageiro; (II) dano à bagagem; (III) dano à carga; e (IV) atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Os artigos do referido capítulo foram objeto de

¹⁵ Exemplos: RE 297901, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 31-03-2006; RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017; ARE 766618, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017.

grande discussão no âmbito dos tribunais, tendo, por fim, o STF pacificado o entendimento. Destarte, cumpre transcrever o posicionamento do STF, *in verbis*:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017)

Nota-se que o STF entendeu que é válido o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a constitucionalidade de tarifação de danos morais especificamente nos casos de transporte aéreo, não é pacífico o entendimento de qual regra utilizar para se julgar situações que envolvam essa temática porque em alguns pontos a mesma se demonstra aparentemente incompatível com o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, Jomar Martins (2018), por exemplo, salienta que um dos casos em que não se aplica a Convenção de Varsóvia é quando há furto de bagagem aérea. Já no que tange ao quantum indenizatório por danos morais ou extrapatrimoniais, o Tratado estabelece limites de responsabilidade do transportador, fixando valores máximos a serem pagos em caso de indenização e proibindo eventuais disposições tendentes a fixar limite inferior ao estabelecido no mesmo.

Importante se faz observar, que até a entrada em vigor da referida Convenção no ordenamento jurídico brasileiro se aplicava o Código de Defesa do Consumidor em casos envolvendo prestação de serviço aéreo internacional, contudo, após sua incorporação e utilização como fundamento das decisões judiciais, passou-se a

gerar dúvidas acerca da sua compatibilidade com o CDC, porque nada trata de danos morais, a duas por se valer de um sistema de tarifação, ao estipular um teto indenizatório.

Ocorre que, esse tipo de situação já objeto de julgamento em outras ocasiões, um exemplo disso é o Recurso Extraordinário 636.331-RJ, transcrito alhures, relatado pelo ministro Gilmar Mendes do STF, e do Agravo em Recurso Extraordinário 766.618-SP, relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, ambos com repercussão geral reconhecida, em que se fixou a seguinte tese: “Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor” (tema 210).

Assim, restou dirimida a questão, não podendo ser a regra do art.178¹⁶ da Constituição Federal invocada para solucionar questões acerca do transporte aéreo internacional no que se refere à indenização por dano moral, pois o artigo em comento trata genericamente da ordenação do transporte aéreo, devendo-se observar os acordos firmados pela União. No caso dos danos morais, que trata-se de uma matéria bem mais específica, estaria havendo limitação a essa modalidade, em contradição com o nosso ordenamento.

Contudo, no ano de 2018 o ministro Luís Roberto Barroso proferiu decisão monocrática dando parcial provimento a embargos de divergência, a fim de conhecer e prover o Recurso Extraordinário 351.750-RJ e, com isso, (BARROSO *apud* VAUGHN; ZARAMELO; AMARAL, 2019).

[...] determinar às instâncias de origem que apreciem novamente o feito, levando em consideração que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre Código de Defesa de Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais.

¹⁶ **CF/88, art. 178.** A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Diferentemente dos julgamentos anteriores, neste caso o pedido referia-se a danos morais decorrentes do transporte aéreo internacional de passageiros. Dessa forma, se observa que o ministro, em decisão unipessoal, não possui o mesmo entendimento já avençado pelo Supremo nos casos anteriores.

Para Gustavo Favero Vaughn, Renan Binotto Zaramelo e Raphael Pires do Amaral (2019):

De nossa parte, sem a pretensão de criticar ou elogiar os termos da Convenção de Montreal (ou de qualquer outra convenção, inclusive a de Varsóvia), consideramos correto limitar o valor de indenização por dano material oriundo de transporte aéreo internacional. De fato, em tal hipótese, há de prevalecer o quanto disposto na convenção como forma de solucionar a antinomia, por força do art. 178, caput, da Constituição, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, não se pode estender esse entendimento para os danos morais. É certo que a Convenção de Montreal não limita toda e qualquer sorte de indenização. O que se tem é a limitação de indenização na seara material (v.g. bagagem, carga, etc.), com ressalva, é claro, aos casos de morte ou lesão corporal ao passageiro, nos quais o dano atinge a integridade física da pessoa e não uma coisa ou situação de fato. Leia-se e releia-se a Convenção de Montreal, não se encontrará limitações à responsabilidade do transportador por eventuais danos morais causados ao passageiro, tampouco se acredita que a conclusão em sentido oposto possa ser alcançada por alguma via interpretativa.

Nesse diapasão, resta claro que não se deve utilizar a tese do Supremo que determina a aplicação do tratado internacional, a fim de limitar o dano moral, isso porque pode gerar graves consequências aos consumidores, que não raras vezes passam por situações que atingem sua esfera extrapatrimonial de tal modo que a simples reparação limitada na norma não seja suficiente frente ao mal causado.

Indubitável é que, em nosso regramento interno além do art. 178, tem-se o 5º, incisos V e X, ambos da Constituição Federal, o qual assegura a todos, sem qualquer distinção, a indenização por dano moral. Dessa forma, em se tratando de relação de consumo pelo serviço aéreo prestado, deve-se utilizar em conjunto o texto constitucional e o Código de Defesa do Consumidor para se definir a importância a ser paga a título de indenização, sendo neste ponto inaplicável a Convenção de Montreal.

Nesse sentido tem sido o entendimento aplicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejamos:

PROCESSO – Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva – Reconhecimento: (a) da legitimidade das partes, dado que titulares dos interesses em conflito, ou seja, do afirmado na pretensão – responsabilidade por danos morais da parte ré por adimplemento contratual insatisfatório e defeito de serviço - e dos que a esta resistem; e (b) do interesse processual, porque, não bastasse a caracterização da existência de uma lide dos fatos narrados na inicial, a parte ré ofereceu resistência à pretensão deduzida na inicial, com necessidade do processo para sua solução judicial, sendo o processo de conhecimento, pelo procedimento comum, a via adequada para esse fim. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL – Por força do deliberado no RE 636331 e no ARE 766.618, em julgados do Eg. STF, sob a sistemática da repercussão geral, passa-se a adotar a orientação de que são aplicáveis as Convenções de Varsóvia e/ou Montreal, que regulam regras de unificação de transporte aéreo internacional e têm prevalência em relação ao Código de Defesa de Consumidor, em ações que têm por objeto contrato de transporte aéreo internacional, realizado na vigência DF 5.910/2012, que promulgou a Convenção de Montreal, de 28.05.1999, **sendo certo que seus limites indenizatórios abarcam apenas a reparação por danos materiais, por danos materiais para as hipóteses ali preestabelecidas, o que não compreende o caso dos autos, que tem por objeto pedido de indenização por danos morais.** RESPONSABILIDADE CIVIL – Configurado o adimplemento contratual insatisfatório e o defeito do serviço prestado pela parte ré, consistente em erro no processamento do pagamento das passagens, com cobrança indevida, e os constrangimentos vexatórios ocorridos nos embarques dos voos, com acusação de fraude na compra de bilhetes, com encaminhamento para sala de segurança de aeroporto estrangeiro (Zurique), onde permaneceram por mais de uma hora, até que o problema fosse sanado, e não caracterizada nenhuma excludente de sua responsabilidade, de rigor, a manutenção da r. sentença, quanto ao reconhecimento da responsabilidade e a condenação das partes rés transportadora e agência de turismo, solidariamente, na obrigação de indenizar os autores passageiros pelos danos decorrentes dos ilícitos em questão. DANO MORAL – Cobrança indevida por erro no processamento do pagamento das passagens e constrangimentos vexatórios ocorridos nos embarques dos voos, com acusação de fraude na compra de bilhetes, com encaminhamento para sala de segurança de aeroporto estrangeiro (Zurique), onde permaneceram por mais de uma hora, até que o problema fosse sanado, constituem, por si só, fatos geradores de dano moral, porquanto com gravidade suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante – Manutenção da condenação da parte ré, ao pagamento de indenização por dano moral fixada na quantia de R\$19.999,94, para cada autor, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento. OBSERVAÇÃO - Observação, para explicitar, como requerido pela Douta Procuradora Geral de Justiça, que as rés transportadora e agência de turismo foram condenadas, solidariamente, ao pagamento da indenização por danos morais fixada. Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1021557-27.2017.8.26.0100; Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2019; Data de Registro: 07/11/2019). (Grifo nosso).

Nota-se que o tribunal entendeu que a tarifação expressa na Convenção de Montreal somente se aplicava aos danos materiais, não abarcando os danos morais, contornando, de certa forma, o posicionamento do STF. Esse também foi o

entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em caso semelhante. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS. TRANSPORTE AÉREO. VOO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO DE VOO E DECORRENTE PERDA DA CONEXÃO. READEQUAÇÃO DA MALHA AÉREA. RECOLOCAÇÃO EM VOO POSSIBILITADA PELA COMPANHIA AÉREA APENAS DOIS DIAS DEPOIS DAQUELE CANCELADO. VIAGEM EM FAMÍLIA. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1[...] 2. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. Uma vez reconhecida a falha na prestação dos serviços de transporte a cargo da ré, mostra-se assente o dever de se indenizarem os autores pelos danos morais experimentados. 2.1. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Acerca do quantum indenizatório relativo aos danos morais, segundo os parâmetros que esta Câmara vem adotando em situações análogas, arbitra-se a indenização no montante de R\$9.000,00 (nove mil reais) para cada demandante, ou seja, em valor aproximado de 10 salários mínimos vigentes. **Quanto à aplicabilidade das regras da Convenção de Montreal, sugerindo a apelada que eventual indenização siga o teto indenizatório previsto no citado regramento, é pacífico na jurisprudência que tais normas são inaplicáveis quando se opuserem àquelas contidas no Código de Defesa do Consumidor, que se trata de lei geral sobre os direitos de consumo,** além de ser posterior à citada Convenção. 3. DANOS MATERIAIS [...]. (TJRS - ApCiv 70072164668 - 12.ª Câmara Cível - j. 10/8/2017 - julgado por Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut - Área do Direito: Consumidor) (grifo nosso).

Sob tal ambulação, parece-nos razoável dizer que a Convenção de Montreal não deve servir de parâmetro para casos envolvendo danos morais decorrentes de transporte aéreo internacional, uma vez que estaria limitando este direito do consumidor, já que existe no seu texto uma tarifação, que só pode ser aplicada para casos de dano material.

Desta forma, deve prevalecer o entendimento segundo o qual o valor arbitrado deve “à luz da razoabilidade, das peculiaridades da causa e em consonância com os ditames constitucionais e da lei de regência que, para relações de consumo, é o Código de Defesa do Consumidor.” (VAUGHN; ZARAMELO; AMARAL, 2019).

Por conseguinte, aplicando-se o mesmo raciocínio à tarifação trazida pelo art. 223-G da CLT, os limites estabelecidos pela legislação não podem ser utilizados para limitar os danos morais sofridos pelos trabalhadores, sob pena de violação da Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, verifica-se que a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 foi precipitada, isso porque, em que pese houvesse necessidade de uma atualização na legislação trabalhista, a fim de atender ao dinamismo das relações de trabalho, esta deveria ser melhor estudada e debatida junto a população, para que se evitasse o que de fato ocorreu, um retrocesso dos direitos adquiridos ao longo da história.

O que realmente se vê é uma alteração legislativa que em sua maior parte prejudicou os trabalhadores, que são o polo mais vulnerável na relação do trabalho, ao violar flagrantemente princípios constitucionais, bem como dois dos principais fundamentos da República, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, previstos no art. 1º da Constituição Federal.

No que se refere aos danos extrapatrimoniais, restou cabalmente demonstrado a intenção do legislador em favorecer os empregadores, restringindo o direito dos empregados em buscar ressarcimento pelos danos sofridos ao seu patrimônio imaterial.

Assim, verifica-se que as alterações inseridas pelo Título II-A da CLT, em especial o art. 223-G, que trata dos danos extrapatrimoniais, padecem de inconstitucionalidade, uma vez que existe importante precedente do STF, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o qual declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88, tendo dentre os motivos elencados a incompatibilidade do Sistema Tarifário de indenizações por danos morais com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que adotamos o modelo aberto de indenização, e a Carta Maior, através do art. 5º, incs. V e X, e do art., 7º, inc. XXVIII todos da CF/88 estabelecem como princípio constitucional a reparação integral dos danos.

Cumprir destacar que o Direito do Trabalho deve se pautar no bem-estar do trabalhador, garantindo a ele e a sua família saúde, segurança, lazer, dignidade, respeito, respaldo ético e jurídico, dentre outros.

Nunca se deve pôr em primeiro lugar os lucros sem se preocupar com o que vai ser daquele trabalhador no futuro, deve-se garantir a ele todos os seus direitos, analisando e interpretando o Direito do Trabalho sob a ótica humanística, principiológica e constitucional, a fim de não haver um retrocesso nos direitos já conquistados.

Portanto, conclui-se que, embora fosse salutar a regulamentação dos danos extrapatrimoniais na Consolidação das Leis de Trabalho, as inovações trazidas pela Lei 13.467/2017, notadamente, aquela que delimita o valor do *quantum* indenizatório, violam princípios constitucionais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, mostrando-se necessário maiores cuidados ao fixar a indenização em decorrência de dano extrapatrimonial nas relações entre empregado e empregador.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. **A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/2017) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Revista dos Tribunais, 2018.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Critérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais.** Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p. 143-170, março de 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/56/23>. Acesso em: 22 de nov. 2019.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. **O dano moral e sua breve história desde o antigo Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/1916).** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2356, 13 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14015>. Acesso em: 25 nov. 2019.

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. Acesso em: 13 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2019)**Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6082/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5640983>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.(2017)**Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 5870/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5640983>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.(2019)**Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6069/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Trad. Ari Marcelo Solon. 2.Ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980146/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. – 14^a ed. rev., atual. e ampl., - 3^a Reimp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

COELHO, Diego Jean. **O dano existencial nas relações de trabalho, à luz da reforma trabalhista**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5367, 12 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64449>. Acesso em: 25 nov. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017 (LGL\2017\5978)**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil V.3: Responsabilidade Civil**. 5. Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

FILHO, Roberto Dala Barba. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho**. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266105,21048-A+inconstitucionalidade+da+tarifacao+da+indenizacao+por+dano>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. (2017) **Direitos trabalhistas fazem parte dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/doutrina/2017/11/06/direitos-trabalhistas-fazem-parte-dos-direitos-sociais>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

GLOBO. **Brumadinho pode ser maior acidente de trabalho do Brasil**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/29/brumadinho-pode-ser-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.ghtml>>. Acesso em: 03 Dez. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro V.7: Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

JANON, Renato da Fonseca. **Reforma trabalhista: 8 razões para se afastar a tarifação do dano moral**. Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294427,61044-Reforma+trabalhista+8+razoes+para+se+afastar+a+tarifacao+do+dano+moral>>. Acesso em: 17 set. 2019.

JUNIOR, Daniel Oliveira Lima. **O dano extrapatrimonial no direito do trabalho: Na forma da Lei 13.467/2017**. 2018. 76 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26447>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARTINS, Jomar. **CDC prevalece sobre Convenção de Montreal se há furto em bagagem aérea**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/cdc-prevalece-convencao-montreal-furto-bagagem-aerea>>. Acesso em 03. Dez. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2018.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

NETTO, José Oliveira. **Dicionário Jurídico Compacto - Terminologia Jurídica e Latim Forense**. 4. Ed. São Paulo: EDIJUR, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. (2017) **O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017**. Publicado em Juslaboris. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/127009>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172757/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta *et al.* **Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988**. Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016d3b12a879423e48b5&docguid=l19cc2660ecb711e8810c01000000000&hitguid=l19cc2660ecb711e8810c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=57&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

RAMOS, Alexandre. **Justiça trabalhista pode aplicar Código de Defesa do Consumidor**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2005-jul-06/justica_trabalhista_aplicar_codigo_defesa_consumidor>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2007 [i.e] 2017, da reforma trabalhista**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 6, n. 9, p. 31-38, out. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentário à reforma trabalhista**. Análise da Lei 13.467/2017 (LGL\2017\5978): artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TURATO, Angelo Henrique de Oliveira. **Direito civil constitucional**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35992/direito-civil-constitucional>>. Acesso em: 20 jul. 2019.CF.

VAUGHN, Gustavo Favero; ZARAMELO, Renan Binotto; AMARAL, Raphael Pires do. (2019) **Brevíssimas notas sobre a indenização por dano moral e o transporte aéreo internacional**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300998,81042-Brevissimas+notas+sobre+a+indenizacao+por+dano+moral+e+o+transporte>>. Acesso em: 26 set. 2019.