

FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

Alciene da Silva Pinheiro

**DANO EXTRAPATRIMONIAL: questionamento da
constitucionalidade da tarifação no âmbito trabalhista**

**IPATINGA
2019**

ALCIENE DA SILVA PINHEIRO

**DANO EXTRAPATRIMONIAL: questionamento da
constitucionalidade da tarifação no âmbito trabalhista**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Ipatinga -
FADIPA, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Rodrigues de Almeida

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA
2019**

Dedico esta, assim como minhas demais conquistas, aos meus pais. Obrigada pela paciência, pelo incentivo, pela força e principalmente pelo carinho. Valeu a pena toda distância. Hoje estamos colhendo, juntos, os frutos do nosso empenho. Esta vitória é muito mais de vocês do que minha!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, que me deu saúde e forças para superar todos os momentos difíceis a que eu me deparei ao longo da minha graduação, ao meu pai Alírio de Souza Pinheiro, e minha mãe Maria de Fátima da Silva Pinheiro, por serem essenciais na minha vida e serem meu grande exemplo de ser humano, aos amigos por toda a ajuda, apoio e compreensão pela ausência durante este período, em especial à Karine Marques Bicalho, que sempre me apoiou, incentivou e acreditou em minha capacidade, por ter me ensinado a ser uma pessoa melhor e não desistir dos meus sonhos. A todos os professores por me proporcionar conhecimento, não apenas racional, mas cada um que com seu jeito único ter me demonstrado como exercer a profissão com caráter e ética acima de tudo, e por terem contribuído para meu aprendizado. Em especial, ao meu orientador Prof. Geovani Rodrigues de Almeida, por todo apoio e paciência ao longo da elaboração deste trabalho, que além de orientador foi um amigo durante todo o curso, com quem eu sempre pude contar este trabalho não poderia ser feito sem o seu apoio.

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."

(Bandeira de Mello – Jurista Brasileiro)

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho, inserida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei n.13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Mesmo após a edição da MP nº 808/2017 foi estabelecido parâmetros e limites discutíveis para as indenizações que decorrem da tarifa. Tendo em vista os direitos fundamentais e a frequência que se figura lide a respeito, importante frisar a relevância dos danos extrapatrimoniais nas relações trabalhistas. Ademais, importantes aspectos que estão relacionados à reforma, e possui diferentes pontos para serem esclarecidos e debatidos, por ser assunto de interesse de grande parte do proletariado do Brasil. Portanto, para o desenvolvimento deste trabalho acadêmico foram utilizados diferentes métodos, tanto dedutivos, quanto dialéticos. A princípio partindo de estudos evolutivos, o qual teve sua origem de povos civilizados na antiguidade, bem como, conceitos dos danos, para, com isso, aplicar ao direito do trabalho. Portanto, a investigação dos conceitos, precedentes, historicidade, e jurisprudência, doutrina, tem como finalidade, demonstrar a inconstitucionalidade da indenização tarifária e, além disso, contrapor argumentos a favor dessa tarifação, os quais são embasamento para futura declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 13.467/2017 que ainda estão sendo discutidos na ADI nº 5870, pois, por não estar de acordo, fere, dentre outros aspectos constitucionais, os arts. 5º e 7º da CF/88.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Espécies de dano. Tarifação do dano extrapatrimonial.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 07 |
| 2 DANO EXTRAPATRIMONIAL..... | 08 |
| 2.1 Evolução histórica do dano extrapatrimonial..... | 10 |
| 3 ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS | 12 |
| 3.1 Dano moral..... | 12 |
| 3.2 Dano existencial | 13 |
| 3.3 Dano estético..... | 13 |
| 3.4 Dano morte | 14 |
| 4 SISTEMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS | 16 |
| 4.1 Sistema aberto..... | 16 |
| 4.2 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro | 17 |
| 4.3 Impossibilidade de tarifação do valor do dano extrapatrimonial..... | 19 |
| 4.4 Análise com base nos artigos inseridos pela Lei nº 13.467/2017 | 20 |
| 4.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5870..... | 26 |
| 5 CONCLUSÃO | 28 |
| REFERÊNCIAS..... | 29 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por meio um estudo acerca do dano extrapatrimonial no advento da reforma trabalhista, trazida pela Lei nº 13.467/2017 de iniciativa do ex Presidente da República, Michel Temer.

Nessa ótica, a presente monografia teve também, o objetivo de analisar a tarifação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho adotado pela Reforma Trabalhista, em que a fixação do valor do dano sofrido pelo empregado, será baseada no salário que o mesmo receber. Objetivando trazer os principais fatores que levam ao questionamento da constitucionalidade da referida inovação objeto de ação de inconstitucionalidade, que está sendo discutida na ADI nº 5870 pelo STF.

A inserção do “Título II – A: Do dano Extrapatrimonial”, artigos 223-A ao 223-G na CLT, estabeleceu medidas e limites discutíveis para as indenizações decorrentes das relações extrapatrimoniais, mesmo após a edição da MP nº 808/2017.

Há grande importância dos danos extrapatrimoniais nas relações trabalhistas, dito que são direitos fundamentais e constitucionais da pessoa humana, sobretudo, as questões relacionadas com a Reforma Trabalhista possuem destaque e devem ser abordados, tendo em vista se tratar de um tema de interesse para a população brasileira, que é empregada do setor privado.

Com isso, objetivando abordar tais conceitos dos dois sistemas de Reparação Civil: o Sistema Aberto e o Tarifário. Sendo aquele utilizado por todos os ramos do Direito. Deste modo, foi adotado o Sistema tarifário por várias leis anteriores à Constituição Federal de 1988, que não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, como a Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa).

2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

Primeiramente deve-se ater ao conceito de dano extrapatrimonial conforme a visão de diversos doutrinadores do nosso ordenamento jurídico pátrio.

Segundo a doutrina de Süsskind o dano extrapatrimonial “é o resultado de uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, em que a agente causa prejuízo ou viola direito de outrem, por culpa ou dolo”.

Já Savatier, o dano extrapatrimonial é “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”.

Por fim, o dano extrapatrimonial para João de Lima Teixeira é “o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiros que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa”.

A procura por uma indenização correta, equilibrada e adequada ao lidar com a responsabilização de danos de natureza extrapatrimonial é o propósito do Poder Judiciário ao se deparar com determinadas situações em que ocorre a ofensa ao direito da personalidade do ofendido. Portanto, suposições foram criadas e recriadas com a finalidade de alcançar uma justa reparação. Sendo assim, não foi diferente no Direito do Trabalho.

Luís Felipe Salomão, ministro, ao julgar processo que tramitou em segredo de justiça, analisou valor da indenização e segundo ele, o método “traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso”.

Uma parte dos doutrinadores entende que o dano extrapatrimonial surge a partir de uma exclusão, sendo danos morais todos aqueles que não sejam patrimoniais. Outra parte defende que os danos extrapatrimoniais como todos aqueles que causam uma ofensa ao ofendido.

Por fim, a corrente que demonstra melhor definir o que seria os danos extrapatrimoniais é a que consideram danos morais todos os que violam os direitos da personalidade, ou seja, ofende a dignidade humana.

Diante disso, é brilhante a análise de Orlando Gomes, quando ele menciona que: “este dano não é propriamente indenizável, sendo que a indenização significa a eliminação do prejuízo e de suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial”.

Ocorre essa divergência doutrinária por existir uma parte da doutrina que entende que dano moral é sinônimo de dano extrapatrimonial, enquanto existe quem entende que dano moral é uma espécie de dano extrapatrimonial. Essa divergência ocorre com força no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 onde destaca-se que existe três tipos de danos, que são, o material, moral e a imagem. Apontando o dano moral como espécie do gênero dano extrapatrimonial.

O fato dos danos patrimoniais serem denominados como danos materiais, e extrapatrimoniais como danos morais, acaba por causar importantes danos aos demandantes da ação, uma vez que ao solicitar a reparação somente por danos morais, exclui-se a oportunidade de se reparar danos psicológicos que são possivelmente irreconhecíveis pelos profissionais que exercem o direito. A preponderância dos pedidos de reparação por danos morais se dá por ignorância da forma geral e suas concepções corretas, sobretudo por grande preconceito que ainda existe diante dessas questões.

Orlando Gomes e Rodolfo Pamplona Filho (2002) acerca do dano extrapatrimoniais menciona:

Aquela, de reposição natural quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava antes do estado danoso. Mas como quase não é possível a reparação ao seu estado natural, há também a reparação pecuniária, que possui a finalidade de caráter compensatório. Tendo em vista, que se o autor do dano, não pode restabelecer o estado efetivo da coisa que danificou, deverá pagar a quantia correspondente a seu valor.

Na definição tradicional, temos que o “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. Isto de acordo com os estudos de René Savatier, na década de 40 do Século XX”.

Tal conceito parte da própria palavra extrapatrimonial, dando a entender que é um dano que extrapola o patrimônio. Posteriormente, extrapola manifestação de diversos autores, assim como José de Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues e Maria Helena Diniz.

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”.

“O último e contemporâneo conceito de dano moral mostra que seriam danos morais, assim, quaisquer lesões à pessoa, à dignidade humana e a direitos da personalidade”, sendo citados como autores que defendem esta tese Maria Celina Bodin de Moraes, Sérgio Cavalieri Filho e Paulo Luiz Netto Lôbo.

Agora se adequando ao conceito atual, o dano extrapatrimonial, vai além de dor e sofrimento psicológico como era defendido pelos conceitos posteriores. 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, entre outros. No entanto, a Reforma Trabalhista, Lei nº 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 taxativo no art. 223-B: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que fenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

2.1 Evolução histórica do dano extrapatrimonial

Com o passar do tempo, o ser humano sentiu necessidade em se resguardar diante dos sofridos ataques não só físicos, mas também morais. Diante disso, o dano moral foi adquirindo aceitação através da evolução das civilizações.

Na Mesopotâmia, em torno do século XXIII a.C. no código de Hamurabi, foram os registrados as primeiras referencias objetivando o dano e sua reparação, onde, necessitaria haver uma associação que equivale o dano e a reparação, em conformidade com a categoria social do infrator e sua vítima, com a proteção dos mais fracos e oprimidos.

Através da famosa Lei de Talião "olho por olho, dente por dente", o Código de Hamurabi ressarcia vítima à custa de outra lesão similar, onde os efeitos sobre o lesionado seriam os mesmos efeitos sobre o causador da lesão. Ainda, no Código de Hamurabi, existem parágrafos que disciplinam a reparação do dano por meio de indenização pecuniária proporcionando satisfação compensatória.

Com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, o dano moral passou a ter previsão expressa em seu art. 5º, V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Já no direito Romano, desde a Lei das XII Tábuas (452 a.C.) havia uma pequena noção da reparação do dano em forma de pecúnia e não importava se a lesão era de natureza patrimonial ou extrapatrimonial conforme o autor a seguir:

A partir da Lei Aquilia (286 a.C.) e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. Há, contudo, enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano acerca da extensão de tal ampliação, não sendo poucos os que como GABBA, **afirmam ter inexistido, em Roma, a regulamentação do dano moral**, cuja reparabilidade teria surgido de fato, como teoria moderna nunca cogitada entre os antigos. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 4, grifo nosso).

Ainda assim, a doutrina majoritária é firme no entendimento de que a indenização do dano moral remete a antiguidade. Com isso, entende-se que mesmo nessa época não era claro a distinção entre ilícito penal e cível, onde houve o surgimento de hipóteses de solução de conflitos a respeito de danos que se assemelham aos que se veem nos dias de hoje.

E com isso, no decorrer dos anos, esse dever de reparar os danos foi tornando cada vez mais importante, alcançando até as constituições democráticas contemporâneas através de um movimento chamado de constitucionalismo humanitário, que surgiu pela CF/88.

Por estes acontecidos, essas questões ganharam cada vez mais destaques e se tornaram objeto de estudo. Onde, vários estudiosos se dedicaram e se dedicam até os dias de hoje, ao estudo dessa matéria, por ser importante fazer uma análise sobre os conceitos acerca desse tema, levando em conta os valores pecuniários para se fazer uma reparação proporcional, que é o grande problema sobre o tema, por não se tratar de um dano material.

3 ESPÉCIES DE DANO EXTRAPATRIMONIAIS

Ressalta-se que existem na doutrina inúmeras espécies de dano extrapatrimoniais, analisando-se aqui os mais relevantes, caso contrário, a pesquisa se tornaria exaustiva, além da grande possibilidade de evasão sobre o tema.

3.1 Dano moral

Nota-se que quando se diz que o dano é extrapatrimonial, significa dizer que aquele dano causou além de um prejuízo financeiro por perecimento de algum objeto, mas sim, um dano na intimidade da pessoa, que vem a ferir dignidade humana, sendo capaz de retirar sua paz interior.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006) afirmam que:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. É o dano que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

O Doutrinador Wilson Melo da Silva (1999) define dano moral como sendo:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material como saliente Demogue. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos. Danos morais, pois, seriam, exemplificada-mente, os decorrentes das ofensas a honra, decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, a liberdade, à vida, à integridade corporal.

Observa-se que o dano moral é de acordo com o texto constitucional vigente, passível de reparação, conforme seu art. 5, 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.” (BRASIL, 1988).

3.2 Dano existencial

O dano existencial é visto como uma construção doutrinária e jurisprudencial que ganhou força com o passar do tempo e passou a ser visto como uma espécie de dano extrapatrimonial.

Muitas das vezes é confundido com o dano moral, mas não são sinônimos um do outro, apesar de serem muito próximos. O dano existencial, para Keila Pacheco, *apud* Amaro Alves de Almeida Neto (2019) é definido:

O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.

Para uma melhor compreensão do dano existencial, cita-se como exemplo o Bullying, que é caracterizada pela prática dolosa de discriminar terceiro, mais comuns em áreas escolares. Estes danos podem causar sérias consequências no futuro da vítima de Bullying.

Preste atenção que nesta espécie não se trata se reparar um dano causado, mas sim um dano que possa vir a causa como no exemplo acima, da criança não querer frequentar à escola.

Neste sentido o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul condenou uma grande rede de supermercados à indenizar, por dano existencial, um ex empregado por comprimi-lo a cumprir à jornadas de trabalho excessivas. O Juiz Raul Zoratto San-Vicente assim proferiu:

Há dano existencial quando a prática de jornada excessiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar. (JORNAL VALOR ECONÔMICO, 2013).

3.3 Dano estético

O dano estético é entendido como uma aparência física da vítima que deve ser levados em consideração aspectos pessoais da vítima.

Antes da conceituação do dano estético, há que se ressaltar que ele pode derivar de atos ilícitos, danos decorrentes de cirurgias (responsabilidade civil do médico) dentre outros fatores.

Para um lutador de boxe, uma cicatriz em sua face ou outro local de menor destaque, não será considerado dano estético, e muito menos consequência para dano moral. Pelo contrário, irá engrandecer sua fama e marcar sua profissão. Já na vida de uma modelo, tal cicatriz irá não somente prejudicar sua vida profissional como fatalmente gerar lhe um dano moral (dependo da causa do dano), como também um dano psíquico de grande intensidade.

Há que se ressaltar ainda que essa mesma lesão ocasionada em uma mulher que exercesse a profissão que não tivesse ligada à beleza, restaria configurado o dano estético, tendo em vista que a lesão não traria nenhum benefício como acontece com lutador de boxe, pelo contrário causaria no mínimo malefícios à autoestima.

Nas palavras de Pamplona Filho (2015, p. 993) conclui o referido autor sobre a reparação do sobre dano estético,

a maior dificuldade em tema de reparação do dano moral puro, e, assim, do dano estético, relaciona-se a apuração do seu montante, principalmente, pela impossibilidade de ajustar-se o equivalente pela dor moral. Certo é que o Código Civil, nos arts. 1.538 e 1539, indicam certos critérios. Em face do art. 1533, do mesmo Codex, tem-se atribuído ao juiz certa discricionariedade na apuração da indenização. Mas, a doutrina e a jurisprudência vêm indicando que sempre deve ser considerado: o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. A solução do problema da estimação do quantum deve ser casuística. E, em matéria de dano estético, deve haver, no arbítrio judicial, uma reparação satisfatória.

3.4 Dano morte

Nesta hipótese, há o prejuízo sofrido diretamente pela vítima. E há o dano por ricochete, que é o sofrido por terceiros (parentes ou não).

O dano morte, apesar de ser um dano próprio, pela particularidade de a vítima não mais existir, poderá ser demandado por terceiro, pois, se o dano morte estabelece o dever de indenizar, logo, essa indenização irá se incorporar ao patrimônio da vítima e, por sucessão, poderá ser demandado por seus herdeiros. Existe também a possibilidade de cumulação objetiva, podendo o dano morte ser demandado pelo sucessor da vítima, que também poderá demandar conjuntamente o dano sofrido por ricochete, que é o da dor do terceiro em consequência da morte da vítima. (REIS, 2008, p. 57, grifo nosso).

A pessoa que morre em decorrência de um ato ilícito, perde a chance de viver, gera um dano extrapatrimonial de grande proporção. Há quem entenda que isso é suficiente para constituir uma obrigação de indenização autônoma, diferente do dever de indenização por ricochete, que é devido às pessoas atingidas pela morte daquele indivíduo.

4 SISTEMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A procura por uma indenização correta, equilibrada e adequada ao lidar com a responsabilização de danos de natureza extrapatrimonial é o propósito do Poder Judiciário ao se deparar com determinadas situações em que ocorre a ofensa ao direito da personalidade do ofendido. Portanto, suposições foram criadas e recriadas com a finalidade de alcançar uma justa reparação. Sendo assim, não foi diferente no Direito do Trabalho. Portanto, Luís Felipe Salomão, ministro, ao julgar processo que tramitou em segredo de justiça, analisou valor da indenização e segundo ele, o método “traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso”.

4.1 Sistema aberto

O sistema aberto que foi adotado pelo Direito Brasileiro após a Constituição de 1988 é aquele que defende a não tarifação do dano por valores predeterminados pelo legislador. Defende que a definição do valor indenizatório por danos morais seja adotada por um critério subjetivo que será atribuído ao Juiz da causa. Caberá ao Juiz a fixação dos valores, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme previsão da legislação. Além de observar as questões peculiares de cada caso, devendo sempre ser levado em consideração às condições econômicas da vítima e do agressor.

Nesta linha de pensamento, retrata Kumode (2002):

No sistema aberto, é atribuída ao juiz a competência de estabelecer o valor indenizatório, de forma subjetiva e correspondente à satisfação da lesão experimentada pela parte. O magistrado utilizará seu raciocínio e bom senso ao estabelecer o quantum indenizatório, avaliando a extensão do dano e sua repercussão no meio social, bem como a situação econômica do ofensor e da vítima. Verifica-se que são critérios subjetivos a serem levados em consideração. Os adeptos do sistema aberto, tais como Maria Helena Diniz, José de Aguiar DIAS, Carlos MAXIMILIANO, Yussef CAHALI, acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste. Não existe a possibilidade de tarifar a dor, segundo esses autores, razão esta pela qual, a fixação do quantum indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua consequente reparação.

Ou como assegura Theodoro Júnior (2007)

O juiz em cujas mãos o sistema jurídico brasileiro deposita a responsabilidade pela fixação do valor da reparação do dano moral, deverá fazê-lo de modo impositivo, levando-se em conta o binômio “possibilidade do lesante” – “condições do lesado”, cotejado sempre com as particularidades circunstanciais do fato [...] Dentro dessa ótica, não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. [...] Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser /feito dentro do quadro circunstancial do fato, e principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá que ser equilibrado por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, [...] pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa. [...] ao juiz não é dado arbitrá-la em quantia maior. Pode reduzi a indenização, mas não ampliá-la, diante da regra da adstrição da sentença ao pedido [...].

4.2 Histórico de utilização do sistema tarifário no direito brasileiro

O Brasil utiliza, atualmente, na maioria dos ramos do direito, o sistema aberto de reparação civil, à exceção da seara trabalhista que recentemente adotou o modelo tarifário. No entanto, antes do advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) existira diversas legislações que utilizava a tarifação para estabelecer o valor da indenização por danos extrapatrimoniais.

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), [...] foi o primeiro diploma legal a estabelecer margens para os valores das indenizações por danos morais.” Gonçalves (2009, p. 379).

Sobre tal lei acrescenta Batista (2014, p. 154):

Havia diversas leis especiais que previam a tarifação legal. O artigo 84, §1º, Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962 (posteriormente revogado pelo Dec. Lei 236, de 28/02/1967), determinava que o juiz estimasse o dano moral no valor entre 5 a 100 salários mínimos. (grifo nosso).

Ainda sobre a tarifação das indenizações, o Código Eleitoral, a Lei nº 4.737, de julho de 1965, fazia referência ao Código Brasileiro de Telecomunicações como parâmetro para a fixação de indenizações, conforme Santana (2007, p. 23):

O Código Eleitoral [...], por intermédio do artigo 243, §2º, [...], ao regular a propaganda partidária, determina que, nos casos de calúnia, injúria ou difamação, o ofendido pode buscar a reparação civil do dano moral, nos moldes disciplinados pelos artigos 81 a 88 do Código Brasileiro de

Telecomunicações – [...], **inclusive a tarifação** prevista no artigo 84, §§ 1º a 3º, cujo valor máximo correspondia a cem (100) vezes o maior salário mínimo vigente no país. (grifo nosso).

Por último exemplo, apresenta-se o Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que segundo indica Santana (2007, p.25):

[...] por via do artigo 257, ao disciplinar a responsabilidade civil do transportador aéreo, fixava o valor máximo da indenização por dano moral. Dessa forma, em razão de morte ou lesão de consumidor ou tripulante motivada por acidente verificado na execução do serviço, seja a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque, o valor máximo da indenização previsto para a reparação do dano moral correspondia a três mil e quinhentas (3.500) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), enquanto, no caso de atraso do transporte aéreo, o valor máximo estipulado foi fixado em cento e cinquenta (150) Obrigações do Tesouro Nacional.

E com relação a fixação do quantum Santos (2015) escreve

A justa indenização do dano moral deverá compensar, com a justa indenização, o constrangimento, o estresse, a dor, a tristeza, a profunda humilhação, a vergonha pela injustiça sofrida, o dilaceramento no recôndito do espírito ofendido, resultante do ato ilícito perpetrado pelo empresário ou seus prepostos, em se tratando de relação de emprego. A indenização deverá reparar o dano da forma mais completa possível e o magistrado deverá ter como parâmetros os seguintes elementos objetivos e subjetivos:

- As condições econômicas, sociais e culturais de quem cometeu o dano e principalmente de quem sofreu
- A intensidade do sofrimento do ofendido
- A gravidade da repercussão da ofensa
- A posição do ofendido na sociedade
- A intensidade do dano ou a gradação da culpa do responsável
- Um possível arrependimento evidenciado por fatos concretos
- Uma possível retratação espontânea e cabal
- A equidade
- As máximas da experiência e do bom senso, como preconiza o art. 335 do CPC
- A situação econômica do País e dos litigantes e;
- O discernimento de quem sofreu e de quem provocou.

Devido a esta subjetividade, caberá ao Juiz analisar e fixar o valor do dano extrapatrimonial, conforme leciona Batista (2014)

apesar dessas dificuldades, o valor da indenização deve ser fixado na sentença, e o juiz ao fixar o valor, deve agir com prudência, com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme as especificidades de cada situação, de modo a não fixar valores ínfimos ou que importem em enriquecimento sem causa.

4.3 Impossibilidade de tarifação do valor do dano extrapatrimonial

Determina-se no CC de 2002, que nos casos em que houver, injúria, calúnia, difamação ou ofensa a liberdade pessoal, restará configurado indenização para os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, não tendo previsto valor fixo, mas sim, o juízo de igualdade. Já na CF de 1988, com base na dignidade da pessoa humana, não recepcionou as leis e tratados que tarifavam o dano extrapatrimonial, firmando entendimento pacificado, inclusive com súmula do STF e STJ, que este sistema conflitava com a Constituição.

No entanto, ao redigir a lei nº 13.467 de 2017, o legislativo trouxe à tona mais uma vez no ordenamento jurídico esta discussão, que se dá por uma tentativa errônea do legislador de assegurar à classe de empresário algo, que vai contra o ordenamento jurídico pátrio e os princípios estabelecidos pela constituição, destaca-se que “estabelecer a tarifação, não traz solução para equidade da indenização do dano moral”, conforme ensina Zavala de Gonzales, por outro lado, conforme destaca Diniz (2001, p. 245) [...] “uma vez que não se fixam pisos máximos ou mínimos, deixando-se uma margem de avaliação judicial, que possibilite transpor os reguladores indicativos estabelecidos em lei”.

No que consiste a fixação do valor da indenização dos danos extrapatrimoniais Neto, Mota e Cavalcante (2017, p. 527) “estabelece que, conforme o art. 944 do CC a indenização é aplicada conforme a expansão do dano causado”. Portanto, de acordo com a extensão causada pelo autor do dano e o sofrimento da vítima pelas lesões morais sofridas não importe de indicar valor fixo.

Alves (2016. p. 39-40) assim diz, sobre a tarifação:

[...] verifica-se que o dano existencial, assim como o dano moral), não comporta a tarifação nas indenizações, prevalecendo o sistema aberto, por meio do qual o julgador possui a prerrogativa de fixar o valor da indenização de forma subjetiva, sem deixar, no entanto, de considerar critérios objetivos²⁸⁶, obedecendo a contornos preestabelecidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Desta mesma forma Trindade (2017) destaca que “Qualquer forma de tarifação, deverá ficar a cargo do Juiz analisar o caso concreto e a equivalência entre os prejuízos e o ressarcimento proporcional com dano sofrido”.

Ledur (2016) em sua obra defende que a reparação do dano deve adotar o sistema aberto, ficando a cargo do Juiz deliberar em relação ao quantum, observando que a condenação deve surtir efeito pedagógico e econômico, fazendo com que se desestimule a reincidência.

4.4 Análise dos artigos inseridos pela Lei n. 13.467/2017- Reforma trabalhista

Neste tópico abordaremos as alterações e possíveis entendimentos acerca da inconstitucionalidade dos artigos entrepostos pela Lei 13.467/17, que diverge da redação da CF/88.

Mas antes, se verá a análise feita por Vólia Bomfim Cassar a respeito da taxatividade do dano extrapatrimonial trazida pela reforma trabalhista:

A tese da taxatividade dos bens imateriais que podem ser indenizados quando atingidos também é injusta. 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 por que a lei não a mencionou? Ressalto que o inciso X do art. 5º da Constituição menciona expressamente o direito de indenização pela violação da privacidade, logo, não pode a lei (CLT) infraconstitucional limitar sua aplicação. Defendo, por isso, a não taxatividade dos bens imateriais, seja para a pessoa física, seja para a jurídica. Entretanto, a matéria é nova e muitos defenderão a posição oposta. De acordo com os arts. 223-A e seguintes da CLT:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) 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. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) 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.” (NR) 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. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) 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. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) § 1.º 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. § 2.º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.) I – a natureza do bem jurídico tutelado; II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III

– a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X – o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa. § 1.º Ao 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 – para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II – para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. III – para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 2.º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1.º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. § 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória. § 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. (NR) (2017).

Partindo para a análise, o artigo 223-A inicia o tema sobre a inconstitucionalidade, e segundo o texto da lei, configura-se ordenamento de superioridade na sistemática jurídica brasileira: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

No entanto, sobre as contradições do referido artigo, dispõem Delgado e Delgado (2017, p. 145):

[...] o art. 223-A menciona que à matéria enfocada no referido Título II-A [...] aplicam-se “apenas os dispositivos deste Título”. Mas a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do preceito legal demonstra, às escâncaras, que **há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil**, que incide, sem dúvida, na regulamentação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação. Ademais, **havendo alguma necessidade de integração jurídica, incidem, sim, as regras sobre indenizações por dano moral insculpidas no Código Civil Brasileiro** e em outros diplomas normativos da República, respeitada a compatibilidade de tais regras externas com os princípios e a lógica jurídica estrutural da Consolidação das Leis do Trabalho [...]. A propósito o próprio art. 223-F, caput e §§1º e 2º, se refere à indenização por dano material, sem fornecer qualquer critério para a sua avaliação e seu cômputo – circunstância que demonstra óbvia lacuna normativa, tornando essencial a integração jurídica com respeito às regras do Código Civil de 2002. (grifo nosso).

Existe, portanto, indícios da inconstitucionalidade sobre o referido artigo, tendo em vista que o tema é abordado na CF/88, onde se classifica os direitos de personalidade, visto como cláusulas pétreas. Portanto, assegura o artigo 5º da CF/88, e seus incisos V, X e XII, o princípio do direito da reparação integral dos danos materiais e extrapatrimoniais, a inviolabilidade da vida privada, da imagem, da honra e da intimidade, garantida a indenização e o sigilo de dados, comunicações e correspondências.

Ainda na CF/88, em seu artigo 7º, XXVIII, discorre sobre o direito do empregado, “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Entretanto, partindo do pressuposto que não há norma que abranja todas as hipóteses de desenvolvimento social, com base na constante mutação social. E a lei, que através da hermenêutica jurídica, não acompanha o desenvolvimento social, fazendo com que esta área tão específica do direito, careça de uma fonte subsidiária de apoio, com estipulada no artigo 8º §1º da própria CLT.

Conforme o “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” opinam Delgado e Delgado (2017, p. 146):

Como parâmetro geral, o preceito é evidentemente válido. Porém, conforme se conhece da diversidade das situações sociojurídicas existentes no mundo do trabalho, **há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada**, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o) ou a(o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extrapatrimoniais. **Na hipótese do evento morte da vítima**, tais pretensões são manifestas e, em princípio, garantidas, abstratamente, pela ordem jurídica (embora, é claro, na prática, fiquem na dependência das indenizações previstas no Direito). (grifo nosso).

Portanto, cabe observar que o artigo polemiza o fato que diz respeito a exclusão da possibilidade de indenização pelo dano morte, ao ponto que a interpretação leva a essa conclusão quando determina a exclusividade do direito a reparação do ofendido. Portanto, o art.5º, inc. XXX da CF/88 garante como direito fundamental, a herança, assim como o Código Civil, em seu art.12, garante a legitimidade dos sucessores para fazer jus a indenização decorrente dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo *de cujus*.

“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”.

Sobre o artigo acima, Silva (2017, p. 60) aborda: “quem poderá falar que o rol do art. 223-C é taxativo? [...] mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados, como a dispensa de pessoas em idade avançada [...] e assuntos ligados à nacionalidade do empregado [...]”. De tal modo, “ao que parece, a vontade do legislador foi estabelecer um rol *numerus clausus*. No entanto, a melhor interpretação é considerá-lo como um rol meramente exemplificativo, sob pena de vulneração do princípio da restituição integral”. (NAHAS, *et al.*, 2017, p. 199)

“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”.

Nesse caso, “expressamente autoriza a reparação de dano extrapatrimonial da pessoa jurídica [...] abraçando a tese de que a pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial, segundo a jurisprudência e doutrina nesse sentido.” (CASSAR, 2017, p. 111).

Entretanto, observa-se que cabe ao legislador ter atribuído o sigilo das correspondências como próprio também da pessoa física, tendo em vista que este é originalmente um direito fundamental do indivíduo, estabelecido pelo art. 5º, inc. XII, da CF/88.

“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.” Destaca-se a solidariedade entre os que contribuem para a ofensa do bem jurídico, que já era visualizado no art. 942, parágrafo único, do CC.

A seguir, tem-se a redação colacionada do penúltimo artigo do Título II-A 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.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. (BRASIL, 1943).

Existe, portanto, uma importante análise sobre o art. 223-F, *caput*, e §§1º e 2º feita por Nahas, *et al.* (2017, p. 200):

A reforma consagra o entendimento jurisprudência e doutrinário de **que a reparação por danos pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais** decorrentes do mesmo ato lesivo. O STJ possui a Súmula 37 a respeito: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” O dispositivo da CLT é mais abrangente, pois fala em cumulação não só dos danos morais, mas também dos extrapatrimoniais, como por exemplo, **os danos estéticos**. Na hipótese de condenação, a sentença deverá discriminar os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. (Grifo nosso).

Portanto, Silva (2017) aborda pensamento diverso quando questiona a ausência dos danos estéticos no art. 223-F, que apesar de fazer parte dos danos indenizáveis pela jurisprudência do TST e do STJ, não pode ser entendida de forma restritiva. Concluindo, portanto, que os danos estéticos são danos extrapatrimoniais, e não encontram fundamento científico, aderindo a probabilidade destes danos não serem submetidos à tarificação.

Por fim, o art. 223-G encerra este novo título da CLT, assim como também é o mais criticado:

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.

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

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

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

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 1943).

O presente artigo aborda a tarifação das indenizações, baseada em um critério que ofende o princípio da igualdade, deixando transparecer que o dano moral dos menos favorecidos financeiramente portasse menor valor.

Verifica, no *caput*, inc I a XII, que o juiz, ao proferir uma decisão possui 12 critérios, a ser considerados, portanto, devera trazer-lhes à tona a fundamentação sob pena de estar sendo omissos, e acarretar a nulidade da decisão, como se fosse, uma dosimetria da indenização. (NAHAS *et al.*, 2017, p. 201).

Barba Filho (2017) crítica toda temática deste artigo. Afirmando que os direitos fundamentais possuem presunção de totalidade, e, por isso, devem ser tutelados para todos, pelo fato de ser seres humanos, se tornando irrelevante, a situação socioeconômica do ofendido, para valoração da indenização por dano extrapatrimonial.

Em sequência, o autor aborda que a indenização deve ser atribuída conforme o pedido, e não a causa de pedir:

Não coincidem, nem há litispendência entre demandas, quando embora o pedido seja o mesmo (e.g. indenização por danos morais), a causa de pedir seja distinta (i.e. um pedido de danos morais em razão de humilhações e um pedido de danos morais decorrente de violência física). Se um trabalhador, em determinada situação, foi ofendido verbalmente ou humilhado por ato do seu empregador. É nesse sentido que deve ser interpretada a vedação da acumulação, e não como nos leva a interpretação literal do artigo. (BARBA FILHO, 2017, p. 188).

Barba Filho (2017), continua criticando o teor do artigo, onde aborda a tarifação segundo a gravidade da ofensa. Que, em vez de solucionar, torna ainda mais difícil a resolução na prática, fazendo com que, cada magistrado possa proceder conforme seu entendimento do que é a lesão de natureza leve, média, grave e gravíssima, por não haver entendimento firmado a este respeito.

Destaca também, Barba Filho (2017), que a determinação de reincidência por partes idênticas, resta prejudicada o caráter educacional, e preventivo da reparação dos danos morais. Pelo contrário, serve de impulso, tendo em vista que a lei já estabelece uma tolerância.

Cássio Casagrande (2017), também aborda em seu artigo o seguinte acerca da tarifação do dano extrapatrimonial:

O que a lei faz é exatamente isto: embora os trabalhadores sejam merecedores de igual tratamento digno, eles devem ser separados de acordo com seu salário, para fins de mensuração de seu patrimônio moral. Quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador. Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho. Observe-se que não se pode alegar aqui que os desiguais devem ser tratados desigualmente na exata medida de sua desigualdade. As trabalhadoras, no caso em questão, não são desiguais quanto aos fatos e ao direito. Todas são merecedoras do mesmo tratamento digno por parte do empregador, independentemente de sua condição social. Não se pode ter como válido o postulado de que a dignidade de uma pessoa humana decorra de seu “pertencimento” a uma posição no mercado de trabalho (e, pior ainda, de que a dignidade será tanto menor quanto menos ela receba). Aceitar esta ideia é o mesmo que dizer que a dignidade depende do pertencimento a uma raça, etnia ou religião. Isto contraria o imperativo categórico kantiano, crucial para a definição da modernidade e dos direitos humanos, de que todos os homens são dignos de igual consideração e respeito (o respeito dirige-se sempre a pessoas, não a coisas. [...] se examinamos atentamente ao conceito de respeito pelas pessoas, percebe-se que se baseia sempre na consciência de um dever que um exemplo nos apresenta e que, portanto, o respeito nunca pode ter nenhum outro fundamento que não seja o moral. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática*). Foi justamente inspirado neste princípio que a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 estabeleceu no seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Vólia Bomfim Cassar (2017) continua acerca da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, e discorda dizendo que:

A limitação dos valores do dano moral contida no p. 10 do artigo 223-G da CLT, chamada por uns de tarifação e por outros de tabelamento indenizatório, é de duvidosa constitucionalidade por limitar a reparação prevista no texto constitucional (art. 5º, X e V da CF), principalmente depois da decisão do STF a respeito de tema similar. Previsto na antiga Lei da Imprensa (RE 315.297).

Entende-se, portanto, ser realmente questionável essa tarifação trazida pela Lei nº 13.467/17 (Lei da reforma trabalhista), uma vez que ofende princípio da isonomia contido na CF/88 em seu art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

4.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5870/17

A Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA propôs a presente ADI (ação direta de inconstitucionalidade) nº 5870 em razão dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT (Decreto-Lei nº 5.452/43).

Entende-se que a ADI ofende o art. 5º, incisos V e X, onde existe a garantia da reparação integral do dano extrapatrimonial. De acordo com a constituição, é aceitável concluir que está garantido um meio de trabalho com equilíbrios, a todos, havendo sempre a proteção deste meio, sobretudo, as atividades consideradas lesivas que ocorrem. Desta forma, ao ajuizar a ADI, entende a ANAMATRA que o texto da constituição conferiu sem dúvida a integral reparação ao trabalhador.

Assim entende o TST:

A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos, como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela 46 defesa da saúde do trabalhador e melhoria das condições de trabalho. Citasse, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal (Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017).

Importante ressaltar argumento levantado pelos Ministros do STF Gilmar Mendes e Marco Aurélio, onde entendem que em sede da ADPF nº 130/2009, a não tarifação cabe, de preferência, ao sistema aberto, tendo em vista que fica a critério dos juízes a estipulação dos valores de indenização. No entanto, o problema em questão não se dá por resolvido com o sistema de tarifação, tendo em vista que continuará ocorrendo falha do ser humano, e ocorrendo exigência de serem feitos de juízos de valores, pois, diante da reforma, não houve definição do que se deve ser entendido como lesões de natureza leve, média, grave e gravíssima.

Assim, pode-se perceber que se trata de um assunto com muita complexibilidade, que originou diversas discussões jurídicas buscando solucionar este problema trazido pela reforma trabalhista que permeia uma grande discussão, inclusive no STF até os dias atuais.

5 CONCLUSÃO

Através deste estudo, observou-se que a tarifação do dano extrapatrimonial não está de acordo com o artigo 5º V e X, e também no art. 7º XXVIII, disposto na Constituição Federal, ao determinar que a reparação é proporcional ao dano causado. O limite determinado no valor da indenização não assegura que o ofendido receba reparação adequada.

Cabe ressaltar que a tarifação prevista na lei nº 13.467/2017 não caminha junto com a dignidade da pessoa humana, nem com o princípio da isonomia, pois, a indenização varia de acordo com o salário, sendo assim, aquele com salário maior, terá indenização superior ao que recebe salário menor.

Resta, portanto, determinar que a lei nº 13.467/2017 reste inconstitucional, e que não permita que se reduza os direitos dos trabalhadores em relação ao dano extrapatrimonial.

No entanto, enquanto os dispositivos citados não são declarados inconstitucionais, espera-se que determinados órgãos da Justiça do Trabalho faça a aplicação das novas regras partindo da interpretação hermenêutica, racional, lógica e principalmente, trazendo como pilar, o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como, os direitos do trabalhador no artigo 7º da CF.

REFERENCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<https://esaude.net/dano-existencial-a-tutela-da-dignidade-da-pessoa-humana.html>>. Acesso em: 11 maio 2019.

ALVES, Julia Araújo de Melo. **O reconhecimento do dano existencial na justiça do trabalho**: a dignidade da pessoa humana tutelada sob a perspectiva do projeto de vida e da vida de relação frente às atividades laborais. 2016. p. 39-40. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12698/1/2016_JuliaAraujoDeMeloAlves.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Reforma Trabalhista**: ANAMATRA ajuíza ação no STF contra a limitação de indenização por dano moral. Brasília-DF, publicado em: 20 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26013-reforma-trabalhista-anamatra-ajuiza-acao-no-stf-contra-a-limitacao-de-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III**, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.7, n. 63, p. 187-193, nov./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=63&edicao=10505>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito**, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p. 143-170, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/56/23>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Relator: Min. Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). **Diário Eletrônico da Justiça**, 06 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CASAGRANDE, Cassio. **O dano moral e a dignidade na régua do salário**. [S. l.], 22 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/doutrina/2017/11/22/dano-moral-dignidade-na-regua-do-salario>>. Acesso em: 11 maio 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **CLT compara e atualizada com a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

DINIZ, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: **Atualidades jurídicas 2**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A Cláusula Geral de Tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. **Revista de Direito Privado**, v. 14, n. 54, abr./jun. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-conceito-e-evolucaohistorica_55906.html>. Acesso em: 28 jan. 2018.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.4: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KUMODE, Ciro. **A quantificação do dano moral**. 2002. 67p. Monografia (Graduação).

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

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. **CLT comparada urgente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAMPLONA FILHO, R. **O dano moral na relação de emprego**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba - PR, 2002. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44877/M115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

REIS, S. P. Dignidade Humana e Danos Extrapatrimoniais. 2008. 112p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 67. Disponível em: . Acesso em 02 de jan de 2019.

SANTANA, H. V. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 175, p. 21-40, jul.-set./ 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p21.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na lei nº 13.467/2007, da reforma trabalhista. **Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista II**. Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, V.7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SILVA FILHO, Artur Marques da. A responsabilidade civil e o dano estético. **Doutrinas Essenciais, Danos Morais**, Org. Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. v.1.

SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e a sua reparação. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v.22.

STJ: O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral; 24 out. 2018. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20REsp%201152541>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 5.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

TRINDADE, Rodrigo. **Reforma trabalhista**: 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/79-70uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarialdo-trabalho>>. Acesso em: 05 out. 2019.