

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

TARIFF OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE
AND HUMAN DIGNITY VIOLATION

VANESSA ROCHA FERREIRA¹

FABIANA SABINO DE OLIVEIRA CEBOLÃO²

RESUMO

O presente artigo científico busca analisar se a tarifação do dano extrapatrimonial, à luz da Lei nº 13.467/17, é inconstitucional frente aos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, consubstanciados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para se alcançar essa finalidade, organizou-se o trabalho em três itens e utilizou-se de instrumentos como livros, artigos, leis e jurisprudências, para demonstrar como se dava a indenização por dano extrapatrimonial antes da nova lei, bem como para se exemplificar as discussões acerca do tema. O primeiro item realiza uma retrospectiva histórica sobre a origem do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se faz uma análise minuciosa de determinadas espécies de dano, além de realizar citações doutrinárias e jurisprudenciais para corroborar com o pensamento ali exposto. O segundo item, por outro viés, visa delimitar o dano extrapatrimonial a partir do regramento exposto no Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, foram realizadas críticas quanto à forma em que se dá a reparação. Por fim, no terceiro item, realizou-se uma análise acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de declarar inconstitucional essa tarifação por dano extrapatrimonial, bem como se observou, detalhadamente, as afrontas aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, consubstanciados na CRFB/88. Ao final do presente artigo, será demonstrado se o novo regramento do art. 223-G, da CLT, fere princípios e garantias fundamentais e individuais.

Palavras-chave: tarifação do dano extrapatrimonial; dignidade humana; inconstitucionalidade.

1 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Pós-Graduação strictu sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Trabalho Decente (CESUPA-CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-5997-3198>.

2 Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (PPGD/CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente do CESUPA, com registro no diretório do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8199520684491608>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6645-1408>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FERREIRA, Vanessa Rocha; CEBOLÃO, Fabiana Sabino de Oliveira. Tarifação do dano extrapatrimonial e violação à dignidade humana. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 30-51, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8356>.

ABSTRACT

This scientific article seeks to analyze whether the pricing of off-balance sheet damage, under Law No. 13.467/17, is unconstitutional in view of the fundamental principles of equality and human dignity, embodied in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. To achieve this goal, the work was organized into three items and used instruments such as books, articles, laws and jurisprudence, to demonstrate how compensation was paid for off-balance sheet damages before the new law, as well as to exemplify discussions about the theme. The first item provides a historical retrospective on the origin of moral damage in the Brazilian legal system, as well as a thorough analysis of certain types of damage, by making doctrinal and jurisprudential citations to corroborate the thinking exposed there. The second item aims to delimit off-balance sheet damage based on the rules set forth in Title II-A of the Consolidation of Labor Laws. In addition, criticisms were made as to the manner in which reparation takes place. Finally, in the third item, an analysis was made about the Direct Unconstitutionality Action No. 6069, filed by the Federal Council of the Brazilian Bar Association, in order to declare unconstitutional this charge for off-balance sheet damages, as well as to observe the offenses against the fundamental principles of human dignity and equality, embodied in CRFB/88. At the end of this article, it will be demonstrated if the new rule of art. 223-G of the CLT violates fundamental and individual principles and guarantees.

Keywords: *tariff of extrapatrimonial damag; human dignity; unconstitutionality.*

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/17, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe em seu bojo diversas discussões, dentre as quais várias já foram alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a exemplo do novo art. 223-G da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), constante no Título II-A da CLT, que regulamenta a forma como se dará a indenização por dano extrapatrimonial na seara trabalhista (BRASIL, 2017).

Tamanha a relevância constitucional acerca desse tema que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a ADI nº 6069, a fim de questionar os parâmetros de reparação. A referida ADI encontra-se pendente de julgamento.

Diante do exposto, a Lei nº 13.467/2017 instituiu uma “tarifação” do pagamento dessas indenizações de forma a não reproduzir mais o cenário de cifras altíssimas a título de pagamento de dano extrapatrimonial, já que, a partir de agora, pelo novo art. 223-G, §1º e seus respectivos incisos, considera-se o último salário contratual do ofendido para mensurar a indenização da ofensa sofrida (BRASIL, 2017).

Destarte, se dois empregados sofrerem uma mesma ofensa, em uma mesma situação, e recorrerem ambos a Justiça Trabalhista a fim de buscar a digna reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido, receberão valores distintos, caso ganhem salários distintos. Observa-se, nesse contexto, que se passa a valorar a dignidade do trabalhador a partir do valor que consta no seu contracheque.

No que tange a indenização por danos extrapatrimoniais, cumpre salientar que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), antes de sofrer essas modificações, recorria ao Código Civil (CC/02) para tal fixação. Dessa forma, era com base na análise individual de cada caso, somado ao livre convencimento do juiz, que se chegava a um valor de indenização.

No entanto, essa discricionariedade não se repete com o novo texto legal, já que há uma vinculação expressa do juiz ao que está positivado no art. 223-G da CLT, pois somente é possível chegar ao valor de indenização por meio da tarifação do dano extrapatrimonial, que analisa a gravidade do dano e o valor do último salário contratual da vítima.

Essa percepção de desigualdade, que o art. 223-G da CLT trouxe ao mundo jurídico, reproduz uma série de questionamentos acerca das possíveis inconstitucionalidades, desigualdades e violações a direitos e garantias fundamentais que o texto legal vem positivando, pois se permite tratar desigualmente vidas humanas pelo valor de seu salário.

Dessa forma, o presente artigo pretende analisar a inconstitucionalidade da nova redação do art. 223-G, que trouxe em seu bojo diversas violações a dispositivos e princípios constitucionais, tais como o princípio fundamental da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que essa regulamentação pode, a partir da análise dos seus parâmetros objetivos de indenização, favorecer tratamentos distintos, ao ponto de uma mesma ofensa, em uma mesma situação, a dois empregados que percebam salários diametralmente diferentes, sejam indenizados de formas distintas (BRASIL, 2017).

Quanto à metodologia utilizada, nota-se que foram utilizadas técnicas de investigação pura, sendo esta teórica, pela qual se utilizou como fontes secundárias de pesquisa livros, artigos, leis e jurisprudência. Ademais, fora utilizado o método hipotético-dedutivo, já que se constrói a hipótese de que a tarifação do dano extrapatrimonial, advinda da Reforma Trabalhista, viola o princípio da igualdade e da dignidade humana.

Para melhor análise do tema, dividiu-se o presente trabalho em três partes: a primeira parte conceitua e caracteriza o dano extrapatrimonial, além de ser realizada uma retrospectiva histórica do dano no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o início de sua efetiva aplicação; a segunda parte busca delimitar o dano extrapatrimonial, além de analisar os princípios fundamentais da isonomia e da dignidade, a fim de se averiguar possíveis lesões aos referidos princípios, e por fim, a terceira parte trata da inconstitucionalidade da taxatividade do dano extrapatrimonial, bem como quais são as consequências, na prática, da aplicação do art. 223-G, da CLT.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL: RETROSPECTIVA HISTÓRICA, CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

Antes de adentrar nas disposições advindas da Lei nº 13.467/17, faz-se mister lembrar como era a aplicação do dano moral na Consolidação das Leis Trabalhistas antes da Reforma Trabalhista, bem como seu surgimento e incidência inicial no Brasil (BRASIL, 2017).

Preleciona Oliveira que era considerado constrangedor a postulação por dano moral. No entanto, a necessidade de autenticar as dores emocionais e a repercussão desse dano na vida do sujeito, o que em diversos cenários se torna mais prejudicial do que o dano patrimonial em si, gerou um discurso muito positivo de transformar o dano moral em algo justo e indenizável, desmitificando todo o preconceito em requerer o reparo pelo dano sofrido pela vítima. (OLIVEIRA, 2019, p. 260).

Em sendo assim, dispõe Oliveira que:

O primeiro pensamento que surge, quando se fala em indenização, está ligado a efeitos patrimoniais, mensuráveis financeiramente. Atualmente, porém, o Direito avança para proteger não somente os nossos bens, mas os valores imateriais da personalidade, ou seja, além de proteger o que temos, resguarda e valoriza o que somos (OLIVEIRA, 2019, p. 261).

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda demorou a reconhecer a indenização por dano moral. O Código Civil de 1916, em seu art. 159, tornava obrigatória a sua reparação, muito embora não houvesse distinção entre o dano moral e o material. Naquele momento, referia-se apenas ao dano em si, sem as diferenças jurídicas que atualmente se observa.

Em 1988, com a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), passou-se, finalmente, a prever de forma expressa a indenização por dano moral, conforme se verifica no art. 5º, incisos V e X (BRASIL, 1988). Logo a seguir, com o advento do Código Civil de 2002, o art. 186 passou a prever expressamente o dano moral (BRASIL, 2002). Dessa forma, restou consubstanciada a indenização por dano moral na legislação brasileira.

Muito embora o fato do dano moral fazer parte do dia a dia do operador do direito, bem como de toda a sociedade, sendo amplamente discutido e aplicado todos os dias, ainda assim há de se concordar com os dizeres de André Gustavo Andrade, ao afirmar que “O dano moral é, em verdade, um conceito em construção”. (ANDRADE, 2003, p. 139).

Nesse sentido, não é sábio limitar o campo de abrangência do dano moral, tampouco estipular o que cabe nesse contexto de dano e o que não cabe, já que a constante evolução do direito ainda não acompanhou o dano que pré existe no futuro. Não é possível prever, efetivamente, o que será dano moral e o que não será, porque podem ser que futuros danos sejam enxergados lá na frente.

Finalizada essa pequena introdução ao dano moral no Brasil, retorna-se ao foco do dano extrapatrimonial, bem como seu conceito e caracterização.

O termo “dano extrapatrimonial” fora o utilizado pelo legislador e é considerado inconveniente para alguns doutrinadores. Oliveira argumenta que a denominação “dano extrapatrimonial” é inoportuna, pois o termo “dano moral” possui uma precedência já consolidada no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a Reforma Trabalhista, ao utilizar de um novo termo, acaba por gerar estranheza e confusão, além de acabar legitimando a criação de um dano moral atenuado nas leis trabalhistas (OLIVEIRA, 2017, p. 2).

Além disso, verifica-se no próprio texto constitucional, consoante dispõe o art. 5º, inciso V da Carta Magna, que é assegurado o direito de resposta por dano moral, não dano extrapatrimonial. Sendo assim, pode-se afirmar que o legislador buscou inovar um termo já amplamente consolidado no nosso ordenamento jurídico.

O art. 223-B, da CLT, vem conceituar o dano extrapatrimonial, já que preleciona: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.” (BRASIL, 2017).

Verifica-se que se utiliza a expressão “dano extrapatrimonial” como forma de abarcar as demais espécies de dano, quais sejam: o dano estético, o moral, o dano à personalidade, entre outros.

O dano estético ocorre quando há uma lesão, decorrente da relação laboral que acabou por gerar um acidente de trabalho, passando a comprometer a integridade moral da vítima, pois houve uma alteração morfológica em seu corpo, podendo ser ou não uma deformidade, uma marca, uma cicatriz, bem como qualquer mudança que cause choque ou impacto, implicando numa sensação de inferioridade, de baixa autoestima, violando a dignidade da pessoa humana daquele trabalhador (OLIVEIRA, 2019, p. 311).

Nesse contexto, observa-se que o dano estético é ainda mais delicado, pois não se encontra em plano abstrato, tal como o dano moral ou o dano à personalidade, mas é exposto ao trabalhador e a todos ao seu redor, tornando inevitável o difícil e doloroso enfrentamento à lesão. O empregado será obrigado a encarar, diariamente, o resultado daquele acidente de trabalho, bem como terá que lidar com os olhares repulsivos e depreciativos sob si, implicando num nível baixíssimo de autoestima.

Já o dano moral, por outro viés, nos ditames de Oliveira (2019, p. 313), pode-se elucidar que “o dano estético, o corpo mostra; o dano moral, a alma sente”. Sendo assim, o dano moral está estritamente ligado ao abalo psíquico da vítima, ao sofrimento, ao desgaste mental diante do que lhe ocorreu e suas consequências, bem como doenças psicológicas, tais como depressão ou transtorno de ansiedade. É mais difícil de mensurar, estando no plano abstrato e só é sensível a quem sente.

O dano existencial, por outro lado, compromete a própria existência do indivíduo. Como o próprio nome diz, é o dano a existência do ser, no que poderia ser intitulado de “trauma”. O dano a existência do sujeito afeta a sua vida como um todo, pois há o rompimento de um projeto, um plano, um sonho. Não só o indivíduo em si sofre com o dano existencial, mas todo o seu ciclo familiar e de amizade, já que passam a encarar uma nova realidade em conjunto com a vítima.

Exige-se, para tanto, uma reparação integral do referido dano, o que se verifica ser praticamente impossível, na medida em que a qualidade de vida da vítima é diminuída ao ponto de constantemente se ver prejudicada em seus níveis de bem-estar, de se deparar com a impossibilidade de retomar antigos projetos e sonhos. O que o trabalhador antes entendia como “vida”, já não se é mais possível obter na prática, restando, para sempre, o sentimento de impotência diante dos novos fatos que agora o acometem.

Dessa forma, ainda que a Justiça Trabalhista venha a impor uma cifra justa e razoável de reparação a título de indenização pelo dano existencial ora sofrido, ainda assim, o trabalhador não será amplamente reparado, já que é muito difícil retornar ao status quo anterior a lesão.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem firmado o mesmo entendimento:

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. (TST, 2018)

Ademais, Feliciano e Pasqualetto sinalizam que o legislador buscou clarificar a aplicação do dano existencial, como espécie do dano extrapatrimonial, na medida em que impõe na

redação do art. 223-B, da CLT, que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica” (2018, p. 2).

Após essas considerações acerca das espécies de danos que se incluem no conceito amplo de dano extrapatrimonial, faz-se mister assinalar que todas as espécies supramencionadas possuem em seu seio um denominador comum, já que se fundam, necessariamente, conforme dispõe Feliciano e Pasqualetto (2018, p. 2), no “princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, se faz necessário delimitar o dano extrapatrimonial advindo da Reforma Trabalhista.

3. A DELIMITAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano extrapatrimonial começa a ser regulamentado no art. 223-A da CLT, mas a celeuma se instaura em outro dispositivo mais a frente, qual seja, o art. 223-G da referida Consolidação (BRASIL, 2017). Esse artigo estabelece, inicialmente, o que o juiz deve considerar ao apreciar o pedido de dano extrapatrimonial.

O referido artigo torna a reparação pelo dano extrapatrimonial objetiva, estática e taxativa, na medida em que impõe critérios legais e limitações no tocante ao *quantum* indenizatório.

Apesar de o dano não patrimonial ter particularidades, na medida em que cada um o sente de maneira diferente, o que acarreta, necessariamente, em consequências jurídicas distintas, já que o magistrado deve possuir a sensibilidade de analisar caso a caso, ainda assim, o legislador, à luz da Reforma Trabalhista, rompeu com esse entendimento, ao tratar a indenização pelo dano de maneira igualitária para todos.

É importante ressaltar que a reparação pelo dano sofrido é justa e legítima, apesar de hoje se verificar fortemente diversas discussões em torno do que seria a “indústria do dano moral”, termo este que vem retratar uma realidade na qual o sujeito movimentando a máquina judiciária com intuito de auferir lucro pelo “mero aborrecimento”, o qual, por outro lado, busca descaracterizar o dano psíquico sentido pela vítima.

No entanto, questiona-se se, na verdade, as relações humanas não têm evoluído de fato, acarretando em novas formas de violações a direitos e garantias fundamentais, os quais são passíveis de indenização, ou se busca, por outro viés, silenciar os danos extrapatrimoniais com o discurso do mero aborrecimento, intimidando o lesado a recorrer ao Poder Judiciário e buscar a digna reparação pelo prejuízo ora sofrido.

Dessa forma, é fundamental que o magistrado, diante do caso concreto, esteja investido da devida sensibilidade para prosseguir com a análise do dano extrapatrimonial. Finalizadas essas ressalvas, acompanhe o que dispõe o art. 223-G, da CLT:

Art. 223-G: Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da

ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; 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. (BRASIL, 2017)

Feliciano e Pasqualeto (2018, p. 3) assinalam que essa forma de delimitar o dano extrapatrimonial é motivada pela segurança jurídica que, certamente, ocorre com esse tipo de regramento. A Justiça do Trabalho, costumeiramente, foi alvo de críticas pela forma que os magistrados analisavam e decidiam acerca da indenização por danos extrapatrimoniais.

O antigo cenário de jurisprudências que corroborava com indenizações de danos extrapatrimoniais com cifras altíssimas e, muitas vezes, desproporcionais com o dano sofrido pelo trabalhador, motivou também o legislador, cessando muitas reclamações e pleitos de empregadores acerca do tema.

No entanto, a mudança legislativa advinda da Lei n. 13.467/2017 não observou o disposto no art. 7º da CRFB/88, que ao elencar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dispôs acerca do seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador, conforme se verifica no inciso XXVIII (BRASIL, 1988).

Dessa forma, é dever constitucional do empregador a indenização ampla do dano extrapatrimonial ocorrido, o que não se vislumbra no caso concreto, na medida em que, há uma tarifação do valor a ser recebido a título de dano extrapatrimonial no art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017).

Cumprе ressaltar que haverá situações em que o valor tabelado em lei não servirá de reparo ao trabalhador, pois não conseguirá alcançar uma reparação minimamente razoável, tampouco integral, devido à impossibilidade de alcançar todas as ocasiões possíveis.

Ademais, observa-se, também, que o princípio do livre convencimento do juiz não é mais respeitado, na medida em que se retira a margem discricionária do magistrado. Cumprе salientar que a fixação de indenização por dano extrapatrimonial é mais delicada que uma indenização por dano patrimonial. É na análise minuciosa e cautelosa que se auferе um valor digno de reparação, sendo imprescindível que o juiz, ao analisar as circunstâncias do caso, consiga ponderar um valor justo.

Nota-se uma divergência doutrinária quanto às circunstâncias trazidas pelo caput do art. 223-G (BRASIL, 2017). Segundo Silva e Lima (2017, p. 8), o referido artigo, em seu caput, só será aplicável ao dano extrapatrimonial, que para os referidos autores seria a soma do dano moral com o dano existencial, não cabendo, assim, ao dano estético ou o biológico.

Por outro viés, Feliciano e Pasqualeto (2018, p. 2) já defendem a ideia de que dano extrapatrimonial é gênero, sendo dano moral, à pessoa, estético e existencial considerado espécies. Dessa forma, os referidos autores assinalam que o dano estético é visto como um gênero apartado que não sofre tarifação, não estando, portanto, incluso no rol do art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017).

A partir disso, parte-se para os parágrafos do art. 223-G, os quais são alvo de maior discussão entre os juristas. A Reforma Trabalhista passou a estabelecer, no §1º do referido artigo, que em uma eventual procedência do pedido de indenização por dano extrapatrimonial,

o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, de acordo com os seguintes parâmetros:

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, 2017)

A partir da leitura do regramento acima, verifica-se que o critério para auferir o quantum indenizatório a título de reparação pelo dano extrapatrimonial é o valor do último salário contratual do ofendido. A fixação de um limite, nesses casos, já é motivo de discussão entre os operadores do direito. Todavia, constatar que a Reforma Trabalhista trouxe em seu bojo uma tarifação a partir valor do salário do obreiro, é de gerar espanto e diversos questionamentos.

Inicialmente, cabe demonstrar que Oliveira discorda do termo “tarifação do dano extrapatrimonial”, na medida em que a expressão “tarifa” possui regramento próprio. Veja:

Cabe mencionar que a doutrina e até os julgados utilizam a expressão “tarifação do dano moral”, mas preferimos a denominação de “tabelamento dos danos morais”, porque o vocábulo tarifa tem significado próprio na ciência jurídica e ostenta natureza de preço público, tratado no campo do direito administrativo (OLIVEIRA, 2017, p. 11).

A Medida Provisória (MP) nº 808/2017 modificou essa base de cálculo prevista no art. 223-G, advindo da Lei nº 13.467/17 (BRASIL, 2017). De acordo com a MP, o parâmetro seria consoante o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além de excluir dessa tarifação o resultado morte. No entanto, a referida Medida Provisória permaneceu somente na provisoriedade, não sendo convertida em lei, tampouco tendo seus efeitos regulados por decreto legislativo. Dessa forma, a MP 808/2017 caducou.

Feliciano e Pasqualetto ponderam que embora a MP nº 808/2017 tenha apresentado uma base de cálculo divergente da atual disposta na CLT, o que proporcionava um cenário melhor ao obreiro que possui uma renda inferior, além de solucionar o aspecto discriminatório – o qual ainda será abordado no presente artigo –, por outro viés, a tarifação persistiu, nas palavras dos autores, “sem considerar a diversidade de danos extrapatrimoniais e sua extensão existentes” (FELICIANO; PASQUALETO, 2018, p. 4).

Embora a doutrina majoritária venha firmando entendimento de que essa tarifação, ou melhor, tabelamento dos danos extrapatrimoniais seja um retrocesso na legislação trabalhista, Santos argumenta que estabelecer parâmetros de fixação, bem como critérios objetivos, gera uma previsibilidade das decisões judiciais, além de assegurar a isonomia, princípio consubstanciado na Constituição Federal:

[...] em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial [...] (SANTOS, 2017, p. 2).

No entanto, o que se sustenta como discriminatório e passível de violações a direitos e garantias fundamentais não é tão somente o caráter taxativo e limitante do art. 223-G, da CLT, mas justamente a forma em que se ocorre o tabelamento do dano extrapatrimonial. Dispor que a indenização se dará de acordo com o último salário contratual do ofendido é, em linhas gerais, afirmar para o trabalhador que o dano que ele sofreu é mensurado a partir de sua renda.

Desse modo, diversos princípios constitucionais restam incongruentes com o regramento exposto pelo legislador, bem como o livre convencimento do magistrado e a análise discricionária de cada caso, essenciais para se auferir um valor justo, digno e capaz de reparar o dano sofrido. Ora, reputa-se um valor de indenização justamente com o propósito de reparação, de possibilitar um retorno, na medida do possível, ao status quo anterior à lesão, o que se verifica ser complexo quando o dano é extrapatrimonial, já que é de difícil mensuração.

Dessa forma, observa-se que, devido ao fato de um mesmo empregador possuir trabalhadores de diversos cargos e funções, ocorre que cada um recebe uma contraprestação pecuniária pelo trabalho de maneira diferente. Assim, como o parâmetro estabelecido pelo novo dispositivo legal é objetivo, a reparação baseia-se tão somente no aspecto financeiro daquele empregado.

Cumprido salientar que na dinâmica das relações de emprego, é óbvio que um mesmo empregador terá, sob seu comando, empregados que percebam salários de valores distintos. Se dois empregados sofrerem uma mesma ofensa, em uma mesma situação, e recorrerem ambos a Justiça do Trabalho a fim de buscar a digna reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido, receberão valores distintos.

Analisando a legislação, percebe-se de imediato que há uma clara discriminação, já que se permite, diante do exposto em lei, que empregados sejam tratados de maneiras diferentes a partir do valor que recebem a título de salário. Além de isso violar uma série de princípios e dispositivos constitucionais, tal como o próprio caput do art. 5º da CF/88, como será minuciosamente explanado neste artigo, pode-se afirmar que esse dispositivo trabalhista consegue regredir a anos de evoluções no que tange a direitos trabalhistas.

Ademais, a legislação ainda falha em cumprir com o disposto no art. 944 do CC/02, que dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano (BRASIL, 2002). Dessa forma, não há como tarifá-la ou tabelá-la a indenização pelo dano extrapatrimonial com base no salário do ofendido. Ao revés, o valor do contracheque do obreiro pode tanto ser desproporcional no sentido de ser menos do que deveria, acarretando em prejuízos e na manutenção dos efeitos do dano, bem como ser desproporcional a ponto de gerar enriquecimento sem causa pela parte ofendida.

Além disso, o magistrado deve levar em consideração a gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos e a capacidade patrimonial dos ofensores, a fim de encontrar um valor digno de reparação. A indenização por dano extrapatrimonial deve almejar, sobremaneira, o maior grau de reparabilidade da ofensa possível. O retorno ao status quo anterior à lesão, na maioria dos casos, é muito difícil. No entanto, a reparação deve ser justa na maior medida admis-

sível, para que se alcance um nível de reestruturação positivo e justo ao trabalhador, que não tem culpa pelo dano causado e faz jus a uma vida equilibrada, digna e pacífica.

Diante do exposto, pergunta-se qual seria a melhor forma de auferir um valor digno de reparação para um empregado que percebe um salário mínimo ao mês, diante de um dano causado pelo empregador, sendo esse uma multinacional multimilionária, com base tão somente no último salário contratual do ofendido? A indenização deve atender, também, ao caráter pedagógico da condenação, bem como ao caráter punitivo, para que aquela condenação a indenização por dano extrapatrimonial seja um fator capaz de inibir e desencorajar futuras práticas ensejadoras de dano.

A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, já se pronunciou acerca do tema:

No que tange ao valor arbitrado a título de indenização, há que se ressaltar o caráter pedagógico da condenação por dano moral. Uma vez que o art. 5º, V, da Constituição Federal cogita de um critério de proporcionalidade entre a reparação e o agravo infligido à vítima, parece apropriado afirmar-se que a reparação, além de cumprir uma finalidade de compensação, também ostenta um nítido caráter punitivo ao ofensor, destinado a inibir ou desencorajar, pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência de ofensa a bens imateriais preciosos objeto de tutela jurídica. [...] Em suma: cabe ao órgão judiciante, em face do sistema aberto de fixação do valor mediante arbitramento judicial, pautar-se pela razoabilidade e pela equitatividade na estipulação, evitando-se: de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir sua função pedagógica e inibitória. (TST, 2015)

Dessa forma, faz-se mister ressaltar que o tabelamento imposto pela Reforma Trabalhista não alcança, em todos os níveis, um valor digno e justo de reparação. A segurança jurídica que o art. 223-G, da CLT, traz ao ordenamento jurídico brasileiro certamente não corrobora com o caráter pedagógico da indenização. Destarte, é difícil auferir um valor capaz de indenizar o obreiro acidentado apenas com base no seu último salário contratual, muito embora esse critério seja, por si só, discriminatório e limitante, mesmo que não houvesse discussão alguma quanto a esse aspecto, ainda assim, cabe afirmar que a resposta se torna insuficiente diante do caso concreto, devido as particularidades que cada um possui.

Assim, o magistrado, ao realizar a análise minuciosa da gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos (o que se verifica inviável averiguar por meio de uma tarifação legal, devido a infinidade de possibilidades e circunstâncias que podem vir a acontecer), a capacidade patrimonial dos ofensores (que varia, de igual modo, de caso em caso) e o princípio da razoabilidade (na medida em que não se pode auferir um valor superior, tampouco inferior, como já explicitado no presente artigo), além de inibir futuros atos danosos, o que resulta no atendimento ao caráter pedagógico da condenação (esse aspecto é, ainda, mais delicado que os demais, pois é necessário impor ao sujeito um quantum para indenizar a fim de se prevenir futuros atos danosos), para indenização do dano extrapatrimonial.

Portanto, é imperioso destacar tais fatos, bem como levantar esses questionamentos, diante da forma que a nova legislação trabalhista impôs ao trabalhador brasileiro a regulamentação acerca do dano não patrimonial. É mister que o legislador abra uma margem, mesmo que mínima, de discricionariedade para o magistrado, já que o livre convencimento do juiz o

permite analisar o caso com a sensibilidade e delicadeza que são necessárias para a aplicação da lei, ainda mais tratando-se de direitos indisponíveis e que podem vir a violar direitos e garantias fundamentais se não forem aplicados corretamente e da forma necessária.

Nesse sentido, inibir a discricionariedade do aplicador da lei faz com que todos os indivíduos fiquem numa mesma balança, sem a devida averiguação das particularidades e individualidades de cada situação. À vista disso, esse tratamento igualitário, fechado e taxativo pode reproduzir uma série de cenários de desigualdades e de inconstitucionalidades, sendo que o último será visto no tópico a seguir.

No entanto, no que tange ao cenário de desigualdades que podem vir a se instalar no cenário laboral, pode-se citar um exemplo hipotético para melhor compreensão. Imagine que A, auxiliar de produção de uma empresa, percebe como salário o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) mensal, ao mesmo tempo em que B, serviços gerais da mesma empresa, percebe como salário o valor de R\$1.000,00 (um mil reais) mensal. Num dia comum de trabalho hipotético, imagine que ambos se acidentam da mesma forma, pelo mesmo jeito, com os mesmos resultados psíquicos e físicos.

De acordo com a leitura do art. 223-G, §1º e seus respectivos incisos, da CLT, o magistrado deverá realizar a análise para assinalar qual é a natureza da ofensa (BRASIL, 2017). De acordo com o caso, o juízo do caso sentenciou no sentido de que a ofensa fora de natureza grave, devendo calcular a indenização até vinte vezes o último salário contratual do ofendido. Portanto, A receberá o equitativo de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por dano extrapatrimonial, enquanto B receberá o quantum indenizatório de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Note-se que ambos os funcionários foram lesionados da mesma forma, com os mesmos resultados psíquicos e físicos, resultando numa grave lesão à sua esfera moral, tornando o retorno ao status quo anterior a lesão praticamente impossível, tendo sido violados seus direitos e garantias fundamentais, e ainda assim, receberão valores de indenização diferentes. O único fundamento para chegar ao montante indenizatório fora o último salário contratual do ofendido.

Diante do exposto, se positivou no texto legal que está permitido tratar desigualmente vidas humanas a partir do seu salário. O magistrado, ao analisar o caso, não irá investigar todos os aspectos que já citamos no presente trabalho. Em cenário pior a este, o juízo valora o dano extrapatrimonial pelo critério da renda do obreiro. Não bastasse o absurdo, faz-se mister discutir a situação das famílias desses empregados em contextos que geram indenização de dano extrapatrimonial decorrente de morte do obreiro. Novamente, quantifica-se a vida do trabalhador brasileiro a partir do seu salário, gerando indenizações distintas.

Cumprе salientar que já há uma solução extralegal, de grande repercussão nacional, no tocante a essas indenizações por dano extrapatrimonial. Em 25 de janeiro de 2019, o Brasil fora palco de mais um crime ambiental devido ao rompimento de uma barragem em Brumadinho, município de Minas Gerais, que resultou na morte de – até o momento de conclusão do presente artigo – 270 vítimas, sendo que o Corpo de Bombeiros ainda faz buscas em 11 desaparecidos. (CONNECTAS, 2020).

Na ocasião, as vítimas fatais dessa tragédia eram, em grande maioria, funcionários da Vale, cada um com as mais diversas funções, que percebiam salários de valores distintos. De acordo com a leitura do art. 223-G, da CLT, o qual não exclui o resultado morte daquele

tabelamento, cada funcionário receberia, em tese, um valor diferente a título de indenização por dano extrapatrimonial, já que será mensurado de acordo com o último salário contratual (BRASIL, 2017).

Além de revoltante e desumano tal tratamento, diante de uma situação de notoriedade nacional e de calamidade pública, aqueles obreiros, vítimas fatais de uma negligência e imprudência do empregador, perderam suas vidas, o seu bem maior, dos quais todos os direitos e garantias fundamentais visam proteger e resguardar, deixando para trás projetos, sonhos, familiares. Ocorre o desmembramento irreversível do seio familiar, o qual nunca viverá novamente o mesmo plano que considerava como o ideal. Laços de amizade são rompidos eternamente. Resta, apenas, a dor em quem fica e há de se sustentar, tanto emocionalmente quando economicamente, diante de tamanha perda.

Dessa forma, além da irreparável dor de perder um membro familiar, a família ainda há de se deparar com o tratamento desigual que recebe na Justiça Trabalhista, decorrente da tarifação que os incisos do art. 223-G trazem, na medida em que não se exclui mais dessa tarifação o resultado morte, como se vislumbrou na Medida Provisória nº 808/2017, que perdeu a sua eficácia sem ser convertida em lei. No entanto, o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Vale firmaram acordo, a fim de obter uma reparação justa e digna pelos danos materiais e morais ocorridos.

Em 15 de julho de 2019, o referido acordo fora homologado na 5ª Vara do Trabalho em Betim, com previsão de R\$1.600.000.000 (um bilhão e seiscentos milhões reais). Fora decidido que cônjuge ou companheiro, filho, mãe e pai daquelas vítimas fatais, ora empregados da Vale, receberão, individualmente, R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), sendo que R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) será no tocante a dano extrapatrimonial, R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de seguro adicional por acidente do trabalho e os irmãos dessas vítimas receberão R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) decorrente de dano extrapatrimonial. (G1, 2019).

O Ministério Público do Trabalho ainda exemplificou o seguinte contexto familiar: se o obreiro, vítima dessa tragédia, era casado, possuía dois filhos e tinha pai, mãe e dois irmãos, essa família formada por 07 (sete) pessoas receberá R\$ 3.800.000 (três milhões e oitocentos mil reais), (G1, 2019).

Portanto, esse foi o primeiro grande caso que pôs em cheque o disposto na Reforma Trabalhista acerca da temática envolvendo a indenização por dano extrapatrimonial, e que graças a um acordo extralegal entre o MPT e a empresa ofensora, fora possível obter um valor muito além do que seria disposto a título de reparação, pois se havia algum trabalhador que recebia um salário mínimo, ou seja, R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), o máximo que aquela família poderia vir a receber seria R\$ 49.900,00, de acordo com o art. 223-G, parágrafo 1º, inciso IV, da CLT.

Entretanto, embora haja esse precedente extralegal, o STF ainda não opinou pela inconstitucionalidade do dispositivo constante no Título II-A da CLT, portanto, resta em vigor e produzindo sua eficácia, motivo pelo qual se continua com as considerações acerca dessa mudança advinda da Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017). Faz-se fundamental questionar o motivo pelo qual a categoria dos trabalhadores, o qual se sabe, por óbvio, que é a parte hipossuficiente e a mais prejudicada da relação de emprego, deve arcar com esse tabelamento

imposto pelo art. 223-G, da CLT? A legislação trabalhista deve impor ao empregador e ao empregado direitos e deveres, a fim de se buscar, na maior medida possível, um tratamento justo e equânime entre as partes.

Dessa forma, estabelecer parâmetros de indenização que serão incapazes de atingir o seu propósito, qual seja, a de reparação dos danos, além de colocar em patamares mais distintos trabalhadores e empregadores, acaba por gerar um cenário de discriminações no ordenamento jurídico, já que serão proferidas sentenças no sentido de se promover a desigualdade entre trabalhadores pelo valor correspondente aos seus salários.

À vista disso, torna-se necessário analisar se essa discriminação e essa promoção da desigualdade se torna inconstitucional à luz da Constituição Federal de 1988, o que se passa a fazer a seguir.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O presente artigo vem expondo como o novo art. 223-G, da CLT, proporcionou um cenário de desigualdades e discriminações (BRASIL, 2017). Ressaltou-se, ainda, que as indenizações decorrentes de dano extrapatrimonial, diante do regramento exposto em lei, não atingem o objetivo de reparar, tampouco de buscar uma indenização justa e razoável ao obreiro lesado. No entanto, cabe, agora, questionar se tais discriminações e desigualdades são passíveis de inconstitucionalidades perante o disposto na Constituição Federal de 1988.

Sob as margens da Reforma Trabalhista, diversos questionamentos e discussões surgiram entre doutrinadores, juristas, operadores do direito, magistrados, entre outros que vivem e se utilizam do direito no dia a dia. Nesse exato contexto, foram impetradas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), a exemplo da qual faz parte do presente estudo, qual seja, a ADI nº 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), com pedido cautelar, a fim de questionar os artigos 223-A e 223-G, §1º e §2º, da CLT. (STF, 2019).

Cumprе ressaltar que, com o mesmo fulcro de que fosse declarado inconstitucional o regramento acima referenciado, na época sobre a égide da Medida Provisória 808/2017, a qual remetia a base de cálculo ao teto do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) impetrou a ADI nº 5870. Por esse motivo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, relator da ADI nº 6069, impetrada pelo CFOAB, determinou o apensamento dos processos, para que tramitem em conjunto. (STF, 2019).

Ao analisar a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6069, o CFOAB argumenta no sentido de que:

Tem-se, portanto, que as normas em vigor são deveras prejudiciais ao trabalhador e não sintetizam o dever constitucional de reparação integral do dano, consubstanciado no art. 5º, incisos V e X, bem como ferem a independência funcional dos magistrados na ótica do livre convencimento (art. 93, inciso IX), violam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), entre outros, razão pela qual é manifesta sua inconstitucionalidade, conforme será demonstrado (STF, 2019).

Além disso, exemplifica-se, ainda, que sob a égide da MP 808/2017, o regramento de se estipular o valor da indenização por dano extrapatrimonial a partir do teto do INSS era, em comparação com o atual art. 223-G, da CLT, mais benéfico ao obreiro, no entanto, em ambos os casos há conflitos e violações a princípios e garantias fundamentais, “basilares do Estado de Direito, pois limitam a indenização, quando a regra é a reparação integral do dano, a teor do disposto no art. 5º, incisos V e X, da Carta Cidadã.” (STF, 2019)

Até o presente momento, a referida ADI encontra-se pendente de julgamento, constando como “conclusos ao relator” desde o dia 28 de agosto de 2019, conforme se extrai do sistema eletrônico de consulta processual público do Supremo Tribunal Federal.

Avançando no tocante a inconstitucionalidade do dispositivo, é possível encontrar diversos fundamentos que consubstanciem esse entendimento. A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a qual teve como tema central a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), aprovou o Enunciado nº 18, que dispõe ser inconstitucional a aplicação exclusiva do regramento disposto no Título II-A, da CLT, bem como declarou que há tratamento discriminatório.

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do título II-a da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos v e x e 7º, caput, todas da Constituição Federal (AMATRA, 2018).

Diante do exposto, verifica-se que restringir o âmbito de aplicação da indenização por dano extrapatrimonial, como se observa tentar o legislador no art. 223-A, da CLT, resta incongruente com o que propõe a Constituição Federal. No item anterior do presente trabalho, demonstrou-se que ao aplicar a legislação, o magistrado deixa de percorrer acerca dos pontos-chaves que mensuram o valor a ser indenizado a título de dano extrapatrimonial, tal como gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o atendimento ao caráter pedagógico da condenação.

Dessa forma, não há como se esperar que o trabalhador brasileiro seja reparado, ainda que minimamente, diante das atuais circunstâncias ofertadas pelo Título II-A da CLT (BRASIL, 2017). Tal afirmação esbarra em diversos princípios e garantias constitucionais, como o princípio da reparação integral do dano, disposto no art. 5º, inciso V e X, da CF/88, sendo

que o primeiro dispõe “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, portanto, não há como realizar esse juízo de valor dispondo de normas estáticas, na medida em que se incumbe ao magistrado uma análise particular e individual de cada caso.

Assim sendo, tão cristalina a discriminação do art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017), que se pode relacionar com o exposto na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual aprovou o Enunciado nº 588, que dispõe: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial” (BRASIL, 2015). À vista disso, chegou-se ao entendimento de que a renda do sujeito pode ser objeto de mensuração, desde que não seja a única fonte, tampouco o critério mais importante na hora da análise do magistrado, sob pena de se violar o supracitado princípio da reparação integral do dano.

De modo a corroborar com esse entendimento, Oliveira argumenta:

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor [...] (OLIVEIRA, 2017, p. 12).

Ademais, expõe o supracitado art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, 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”. Cumpre salientar que o novo regramento advindo da Reforma Trabalhista, a partir do Título II-A, não nega que é devida a indenização por dano extrapatrimonial, todavia, resta impraticável a aplicação concreta de uma reparação que corrobore com o disposto na Carta Magna, à vista de que o obreiro além de ter a forma de reparação limitada somente pelo disposto naquele Título, ainda sofre com a tarifação do art. 223-G, calculando o valor a título de indenização mediante o seu último salário contratual (BRASIL, 2017).

Dessa forma, faz-se necessário afirmar que há clara violação ao princípio da reparação integral do dano, na medida em que resta impossível, se não impraticável, que se reestabeça ao trabalhador o retorno ao status quo anterior à lesão.

Mais adiante, o art. 7º, caput, da CF/88, dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, inciso XXVIII “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Portanto, é direito do trabalhador obter a justa e digna indenização pelo prejuízo ora sofrido.

Faz-se necessário ressaltar que ao fazer referência à “justa indenização”, isso implica dizer que o valor recebido a título de reparação por dano extrapatrimonial não visa um acréscimo monetário ao obreiro. Ao revés, se busca uma restituição ao que se era antes da ofensa que, se não plena e total, há de ser na maior medida possível, possibilitando ao trabalhador que busque mecanismos para tanto, como tratamento médico-psiquiátrico, psicoterapia, entre outros.

O art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017), não possui a capacidade de respeitar a Constituição Federal, que prevê essa indenização, com o regramento que atualmente possui. O direito ao trabalho é um direito social, conforme prevê o art. 6º da CF/88, o que implica em dizer que se trata de um direito fundamental. Portanto, não basta tão somente uma legislação que traga em seu bojo um texto de proteção, resguardo e direito a uma indenização, ou seja, a lei não deve se limitar a positivação, mas há de se preocupar com mecanismos de efetiva concretização, no sentido de se viabilizar essa reparação.

O direito ao trabalho possui uma investidura de direito fundamental, bem como de direitos humanos. Desse modo, há expressa regulamentação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no sentido de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, possuem o direito a condições dignas e justas de trabalho. Tais condições também esbarram ao discutido no presente artigo, pois em nada se sustenta um meio ambiente laboral que falhe em permitir ao obreiro que se busque uma reparação por eventuais danos que venham a se proceder. Nesse sentido, vejamos o art. 23 da DUDH:

1. Toda a pessoa tem **direito ao trabalho**, à livre escolha do trabalho, a **condições equitativas e satisfatórias de trabalho** e à proteção contra o desemprego.XXXTodos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.XXXQuem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.XXXToda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, grifo do autor).

Consoante o exposto, é necessário averiguar a situação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana frente aos indícios de violação à CRFB/88. Conforme já explicitado exhaustivamente no presente trabalho, as chances de haver uma sentença judicial que conceda indenização por dano extrapatrimonial de maneira diferente a trabalhadores que possuam rendas divergentes, não só é altamente provável, como possível.

Desse modo, como não verificar uma expressa discriminação, legitimada pelo próprio Poder Judiciário e corroborada por uma legislação trabalhista que paute as reparações por dano extrapatrimonial no último salário contratual do ofendido? É uma afronta direta, explícita e cristalina ao princípio da igualdade, consubstanciado no caput do art. 5º da CRFB/88, "**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 igualdade.**" (BRASIL, 1988, grifo do autor)

Ora, se a Carta Maior, guardiã de todos os direitos e garantias fundamentais, expressamente proíbe a inviolabilidade do direito ao tratamento isonômico entre todos, restaria frustrada uma tentativa advinda de lei ordinária, no caso, a CLT, de permitir um tratamento discriminatório e desigual motivado pela renda do obreiro. É imperioso destacar que não há possibilidade de não haver um tratamento discriminatório, pois sempre haverá, em determinado caso, uma parte prejudicada pela decisão do magistrado que conceda um valor, a título de reparação por dano não patrimonial, diferente de outro, tão somente pelo valor de seu salário.

Resta lembrar, ainda, que o contrassenso da nova legislação obteve êxito em agenciar uma regressão a direitos e garantias fundamentais que não há precedentes, e sequer há exageros em comparar essa forma de mensurar o valor a ser pago a título de indenização a um

tratamento degradante e desumano. Pode-se pautar a referida afirmação na compreensão de que, primeiro, ninguém é melhor, maior ou superior, de qualquer modo ou jeito, a ninguém, pelo valor de sua renda.

Feliciano e Pasqualetto possuem o mesmo entendimento, ao dispor: “Nesse sentido, não há como entender avançada ou modernizante, uma legislação que tarifa e limita danos não mensuráveis, que despreza os princípios da igualdade e da proporcionalidade e que faz a legislação trabalhista retroceder por séculos” (FELICIANO; PASQUALETO, 2018, p. 8).

Ademais, a renda do trabalhador, sob hipótese alguma, deve ser critério para análise do magistrado no que tange a indenização por dano extrapatrimonial. Nos sábios ditames de Oliveira (2017, p. 12), “Ora, por que estabelecer indenizações diversas, de acordo com a renda da vítima, para ofensas extrapatrimoniais da mesma intensidade e com o mesmo grau de gravidade?”.

Faz-se necessário ressaltar que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme expõe o art. 3º da CRFB/88, inciso III, é, justamente, a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1988). No entanto, o novo art. 223-G propõe, em século XXI, mais uma nova forma de desigualdade social.

Diante do exposto, com tão somente o que fora explicitado seria possível uma discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo em comento, haja vista que o princípio fundamental da igualdade fora posto em cheque, violando garantias e direitos fundamentais, tal como o direito a ampla e plena indenização.

A forma de indenização por dano extrapatrimonial deve considerar o dano em si e suas circunstâncias. A análise do magistrado deve ser focada no fato, no caso, no que ocorreu e como ocorreu, e sob hipótese alguma deve-se levar em questão, como base de cálculo para se chegar a um valor a ser pago a título de reparação, o salário do ofendido.

Miranda e Lima defendem esta mesma perspectiva ao afirmar:

[...] é possível que o dispositivo seja considerado inconstitucional no momento da sua vigência, pois os danos extrapatrimoniais devem ser fixados com base no próprio dano, não pelo salário do trabalhador, sob pena de perderem sua natureza extrapatrimonial, pois dizem respeito ao dano à moral sofrido pelo trabalhador, sob pena de violação ao princípio da isonomia (MIRANDA; LIMA, 2017, p. 9).

Além do princípio da igualdade, há de se afirmar, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana entra em conflito com esses ditames da nova legislação trabalhista. Primeiramente, ressalta-se que o art. 1º da CRFB/88, em seu inciso III, dispõe que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é, justamente, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Cumprir ratificar que a dignidade de um ser é indisponível, insubstituível e irredutível. Não pode ser objeto de venda, tampouco há possibilidade de alguém desistir da sua dignidade, justamente por ser inerente ao ser, pois todos nascem investidos deste princípio fundamental. Nesse sentido, todas as legislações devem primar por dispositivos que respeitem e estimulem o constante respeito, progresso e cumprimento dessa dignidade.

Destarte, caso haja alguma alteração legislativa, ainda mais se tratar de relevante mudança, como a Reforma Trabalhista, que proporcionou uma série de drásticas modificações no texto da CLT, há de ser observada a coerência temática da nova lei com a Constituição

Federal, o que não se vislumbra no caso concreto. Questiona-se o objetivo do legislador em tariffar o dano extrapatrimonial com base no ultimo salario contratual do ofendido.

Além de falhar em não atender aos propósitos básicos da indenização, tais como a gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos e a capacidade patrimonial dos ofensores, se positiva, de maneira expressa, que a renda do trabalhador brasileiro servirá como base para se chegar a um valor de indenização por dano extrapatrimonial, que ocorre, justamente, quando a dignidade daquele obreiro é violada.

Faz-se necessário exemplificar que a dignidade do ser engloba todos os fatores essenciais a uma vida equilibrada, justa e que se vislumbre respeito a garantias e direitos individuais. Dessa forma, a dignidade humana é desrespeitada quando ocorrem situações em que há abalo no equilíbrio psíquico do trabalhador, ensejando, assim, uma indenização por dano extrapatrimonial. Já fora explicitado no presente trabalho, preferencialmente no item 02, que esse desgaste mental pode ocasionar diversas doenças, tais como depressão, transtorno de ansiedade e/ou síndrome do pânico, sendo essas patologias de difícil tratamento, sensíveis apenas a quem sente e que podem destruir toda uma vida, romper com antigos projetos e desmembrar um seio familiar que antes era harmônico.

Portanto, incabível uma legislação que busque tariffar uma indenização por dano extrapatrimonial justamente pelo seu caráter subjetivo e divergente, já que cada ser sente de maneira diferente, bem como possui consequências individuais. Não é possível estatizar, tampouco estabelecer uma única mensuração possível, para um dano que não possui uma exatidão tão precisa. Aliás, essa espécie de ofensa psíquica pouco se resolve com cálculos matemáticos. O valor atribuído ao obreiro a titulo de reparação deve tentar proporcionar uma vida digna, harmônica e justa na maior medida possível, em respeito a dignidade da pessoa humana e ao princípio fundamental da igualdade.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se acerca dessa tariffação na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, a qual fazia menção a Lei de Imprensa nº 5.250/1967, que em seu Capítulo VI “Da Responsabilidade Civil”, em especial os arts. 51, 52 e 56, buscavam tariffar a ofensa moral que porventura viesse a ser cometida pela imprensa. Ao proferir a decisão, a Suprema Corte assinalou a necessidade de se observar os princípios fundamentais da igualdade e da razoabilidade na hora de fixar a indenização por dano moral.

Vejamos o que dispõe o art. 51 da referida Lei:

Art. 51. **A responsabilidade civil** do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, **é limitada**, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). (original sem grifo).

Analisando a ADPF nº 130, é preciso exemplificar que embora se trate de tema diferente do discutido no presente trabalho, pois se tratava, na época, de tarifação por dano moral em virtude de danos cometidos pela imprensa, faz-se possível realizar uma analogia com o tema ora estudado, na medida em que, aqui, se discute uma tarifação por dano extrapatrimonial, a qual culmina nas mesmas consequências – violação a princípios fundamentais, tal como o da igualdade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, bem como ofende o princípio da reparação integral do dano – e, ainda, proporciona um cenário de desigualdades e discriminações.

Realizadas essas considerações, destaca-se, do voto do Min. Ricardo Lewandowski proferido na referida ADPF, o seguinte:

[...] o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. [...]

.....
[...] Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos (STF, 2009).

Extrai-se, pela leitura dos trechos em comento, que a efetiva concretização do princípio da proporcionalidade, o qual evita exageros ou insuficiências na lei, somente se dá de acordo com as particularidades de cada caso, logo, faz-se necessário que o magistrado, diante de uma situação concreta, vislumbre o valor mais justo e digno a título de reparação por lesão extrapatrimonial, na medida em que qualquer tentativa de limitação por parte da legislação trabalhista não é capaz de abarcar todos os casos que existem ou que podem vir a existir.

Portanto, analisar abstratamente a indenização por dano, como se todos os casos presentes e futuros estivessem plenamente abarcados pela tarifação da legislação obreira, e ainda, obter a crença de que o disposto no art. 223-G, da CLT, é capaz de culminar com uma reparação digna e justa, é mais uma tentativa esdrúxula do legislador de colocar todas as situações imagináveis e inimagináveis sob o mesmo peso, o que não só é impossível, incompreensível e impraticável, como inconstitucional, pois se viola uma série de direitos e garantias individuais ao estabelecer que um ser será indenizado de acordo com seu último salário, permitindo infinitas hipóteses de afrontas a direitos humanos e fundamentais.

Dessa forma, a dinamicidade das relações não permite que qualquer arcabouço legislativo defina de forma limitante como se dará uma indenização, já que é possível que, em determinado momento, algum caso seja julgado de maneira inferior ao que deveria ter sido, reproduzindo desigualdades e discriminações.

Ademais, essa discussão em torno da Lei de Imprensa culminou na Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.". Assim, mais uma vez se vislumbra o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da temática em torno da tarifação por dano extrapatrimonial, não restando dúvidas que esse tabelamento imposto pela CLT é prejudicial e temerário aos direitos trabalhistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalhador encontra-se em posição desfavorável frente ao empregador, que se não em todos, mas na imensa maioria dos casos, possui maior habilidade técnica, jurídica e financeira para enfrentar as judicializações trabalhistas. Não se pode permitir que, em nome de um suposto avanço econômico para o Estado Brasileiro, seja viável existir menos direitos trabalhistas, logo, menos direitos fundamentais e, conseqüentemente, afronta a princípios constitucionais.

Ora, se a Lei Maior estipula a igualdade entre todos, não poderia a CLT, lei ordinária, tratar o assunto de maneira diferente, como fora exaustivamente exemplificado no presente trabalho. É necessário que haja modificações no texto da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a fim de se promover, de maneira constante, evoluções a direitos e garantias fundamentais e individuais.

Ademais, observou-se no presente trabalho que há diversos posicionamentos jurisprudenciais quanto ao tema, em especial a ADPF nº 130, que julgou ser inconstitucional a tarifação do dano moral na Lei de Imprensa nº 5.250/1967, bem como se constata que diversos enunciados foram aprovados, a fim de combater o disposto no art. 223-G, da CLT e evitar tamanha regressão a direitos e garantias fundamentais. Além disso, cumpre ressaltar a solução extralegal promovida entre o Ministério Público do Trabalho e a Vale, a fim de indenizar, de maneira mais justa e digna possível, os familiares das vítimas da tragédia de Brumadinho.

Portanto, uma legislação que traga em seu bojo a possibilidade de sentenças judiciais capazes de proporcionar um cenário de desigualdades entre trabalhadores, não viola tão somente a Carta Magna Brasileira – o que, por si só, já bastaria –, como também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte primordial de verificação se determinado regramento respeita direitos e garantias individuais. A luta em favor dos direitos trabalhistas não pode cessar, tampouco se deve permitir que determinadas legislações corroborem com o atual cenário brasileiro de descaso e estímulo ao desrespeito para com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Diante do exposto no presente artigo, constata-se uma violação expressa a diversos princípios fundamentais, tais como o consagrado princípio da isonomia, conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal, que é assertivo ao declarar a igualdade incondicional perante a lei, sem qualquer distinção, bem como a dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

AMATRA. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ANDRADE, Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. XXX, n. 92, dez. 2003.

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), de 13 de julho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130*. Partido Democrático Trabalhista – PDT. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Processo nº 0017176-39.2019.1.00.0000. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6069*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *OAB questiona limitação de valores de indenizações por danos morais nas relações de trabalho*. In: NOTÍCIAS do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403531>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal*. In: NOTÍCIAS do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista nº: 12389-62.2015.5.15.0094*. Relator: Roberto Nobrega de Almeida Filho. Data de Julgamento: 12.12.2018, 1ª Turma. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661789379/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-123896220155150094/inteiro-teor-661789399?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 104200-52.2010.5.13.0024*. Relator: João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178794857/recurso-de-revista-rr-1042005220105130024/inteiro-teor-178794876?ref=serp>. Acesso em: 23 out. 2020.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Dados: o número da Tragédia de Brumadinho*. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho>. Acesso em: janeiro 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VII Jornada de Direito Civil*. 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. *Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação*. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao-24092018. Acesso em: 20 out. 2020.

G1 (Minas Gerais). *Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2020.

MIRANDA, Aarão Miranda da Silva; LIMA, Amarílis Gonzalez Lima. Análise do regramento do dano extrapatrimonial na legislação trabalhista. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 22, n. 5269, 4 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61931/analise-do-regramento-do-dano-extrapatrimonial-na-legislacao-trabalhista>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional – De acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/17*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 de novembro de 2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 333-368, nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS . *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2017, da Reforma Trabalhista. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017.

Recebido/Received: 05.02.2021.

Aprovado/Approved: 25.04.2021.