

O Dano Extrapatrimonial na Reforma Trabalhista

Rodolfo Pamplona Filho

Cyntia Possídio

Karina Possídio Lustosa

RESUMO

Palavras-chave: reforma trabalhista, dano extrapatrimonial, reparação integral, ônus da sucumbência, sistema de tarifação, inconstitucionalidade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Palavras-chave: reforma trabalhista, dano extrapatrimonial, reparação integral, ônus da sucumbência, sistema de tarifação, inconstitucionalidade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

1- Introdução

Em 11 de julho de 2017, após um rápido, para não dizer atropelado, processo legislativo, o Congresso Nacional passou em revista a legislação trabalhista brasileira, aprovando uma ampla reforma de dimensão equivalente à que se inaugurou com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 1943.

Essa reforma vem sendo festejada pelos setores produtivos, como se fosse a tábua de salvação para os problemas econômicos vivenciados no Brasil, ao mesmo tempo em que repudiada pelas instituições comprometidas com a defesa dos direitos sociais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Passando ao largo desses aspectos de viés ideológico, dentre os diversos temas tangenciados por esta importante reforma, sobrepõe-se a questão da disciplina específica do dano extrapatrimonial

nas relações de trabalho, a partir da inserção pela Lei n. 13.467/2017, do Título II-A, à Consolidação das Leis do Trabalho, com a consequente inclusão dos artigos 223-A a 223-G, destacando-se, em especial, um específico sistema de parametrização dessa espécie de dano quando tem por ofendido o trabalhador brasileiro.

Não é possível avançar numa análise sobre esse tema, sem antes avaliar a que se destina a reparação do dano extrapatrimonial, definindo-se, assim, qual o seu objeto de tutela, somente a partir do que se pode aferir o que seria uma indenização justa.

De igual modo, é importante passear pela evolução da reparação do dano extrapatrimonial no Brasil, a fim de se perceber que nem mesmo na legislação civilista, sistema próprio para o enfrentamento da matéria, de cunho eminentemente civil, a matéria foi tratada com as restrições impostas pela nova lei trabalhista.

Para além de se confrontar a nova disciplina com as disposições contidas no texto constitucional, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, é fundamental estabelecer um paralelo entre esta nova sistemática na reparação do dano e a anteriormente prevista na Lei de Imprensa, a qual também continha previsão de tarifação nos casos de responsabilidade civil, tendo sido eliminada do nosso ordenamento, tendo em vista que não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

2- Delimitando o conceito de reparação integral.

O tema da responsabilidade civil é de relevante interesse social, sendo terreno fértil para grandes debates jurídicos, ante o desenvolvimento das sociedades ao longo de décadas, impulsionado pelo avanço tecnológico e cultural, o que faz despertar grande interesse dos doutrinadores e estudantes.

Dadas as repercussões que produz no seio social, impactando nas diferentes formas de relações jurídicas encetadas, esse, porém, é um instituto de grande complexidade.

Além dessas características, a matéria da responsabilidade civil sustenta a prerrogativa de ser um dos mais dinâmicos institutos jurídicos, haja vista que evoluiu, a passos largos, desde o prelúdio da civilização humana, quando vigorava a vingança coletiva; progredindo para uma vingança privada, sob a guarida da Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente” -; passando por uma fase cujo principal fundamento estava lastreado na culpa; até chegar à contemporaneidade, em que há uma ampla valorização do ser humano, sob a égide do transformador princípio da dignidade da pessoa humana, presente em quase todos os ordenamentos jurídicos mundiais. Nos presentes dias, o direito dos danos está centrado no socorro da vítima e, não mais, no causador da ofensa.

A matéria relacionada à indenização por dano extrapatrimonial é uma, dentre tantas do sistema de reparação, que tem causado muitas discussões no mundo jurídico. Discute-se a compreensão dos tipos de dano nela inseridos, dentre os quais o dano moral, o cabimento da reparação em favor da pessoa jurídica, o dano à imagem e a autonomia do dano existencial, assim como busca-se uma reflexão acerca do melhor sistema de aferição e quantificação desta espécie de dano.

Quanto ao primeiro aspecto, apesar dos intensos debates, certo é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já acomodaram as muitas discussões existentes, carecendo ainda de calorosos debates, contudo, o segundo ponto acima suscitado, que trata da questão relativa à quantificação do dano extrapatrimonial.

A reparação de um dano pressupõe a possibilidade de recomposição do bem lesado, todavia, em se tratando de dano extrapatrimonial, isso nem sempre é possível. Daí porque a indenização advinda deste tipo de dano submete-se, em regra, a dois critérios: “o da reparação *in natura* e o da reparação pecuniária por equivalência.” (MELLO, 2011, p. 104).

Demonstrando as dificuldades de se estabelecer uma só reparação *in natura*, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, amparado no escólio de Orlando Gomes e Aguiar Dias leciona:

Tanto *Orlando Gomes* como *Aguiar Dias* entendem que a reparação natural corresponde melhor ao objetivo de restaurar, mas ambos reconhecem que, na prática, a reparação

específica geralmente é impossível. [...] A outra modalidade de reparação é aquela em dinheiro, consistente numa indenização por perdas e danos. *Orlando Gomes e Aguiar Dias* consideram-na a mais comum ou mais frequente, e outros dos nossos civilistas só a ela se referem como forma de reparação do dano. A Constituição Federal vigente exige-a sempre quando se trate de dano moral. (SILVA, 2011, p. 15).

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da reparação integral do dano, assim dispondo os artigos 5º, inciso X, da Constituição da República, 944 do Código Civil Brasileiro de 2002 e 6º do Código de Defesa do Consumidor:

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:

[...]

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;

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O fenômeno da constitucionalização do Direito, gerado a partir da Constituição da República de 1988, mudou o eixo do Direito Civil que passou a tutelar também os direitos fundamentais da pessoa humana, e não somente os direitos de propriedade e demais direitos subjetivos patrimoniais. Assim, a responsabilidade civil passou a ser estudada a partir de duas dimensões de extrema relevância, partindo-se da premissa de ser este um importante instrumento de proteção

da pessoa diante da diversidade de riscos a que está sujeita, quais sejam: o supremo valor da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade sob a tutela constitucional.

2.1 O supremo valor da Dignidade da Pessoa Humana

Quase num mantra, a Carta Constitucional de 1988 consagrou o supremo valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como princípio fundamental que apontará quais interesses serão tutelados pelo Direito. Esse fundamento é de observância imperativa em todos os ramos do Direito, na medida em que as normas constitucionais são como fundamento geral que orientam a leitura das normas infraconstitucionais, o que imprimiu mudanças significativas na estrutura tradicional do direito civil que, a partir de então, tutela o ser humano qualificado pelo valor da dignidade. No Direito do Trabalho, esta orientação adquire ainda maior força, dada a circunstância específica de tutelar o trabalho humano.

Ante a vagueza e excessiva subjetividade da expressão e, considerando o amplo alcance que se lhe é atribuído na ordem jurídica, muitas são as tentativas doutrinárias de se estabelecer um significado para a dignidade da pessoa humana. Maria Celina Bodin de Moraes reconhecendo a dificuldade dos estudiosos (não só os juristas) em estabelecer um conceito preciso para este supremo valor, diante da sua excessiva fluidez, pondera:

Mas em que consiste a dignidade da pessoa humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada? Esta é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos, de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir da sua inserção nas longas constituições, merecedora de atenção privilegiada do jurista, que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e pelo atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado (MORAES, 2010, p. 75).

Não obstante toda dificuldade conceitual, foi no Cristianismo que, primeiramente, foi aceita a ideia de o indivíduo possuir dignidade. De acordo com o pensamento cristão, a dignidade humana era atribuída sob dois fundamentos:

[...] o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural (MORAES, 2010, p. 77).

Não se pode deixar de mencionar que a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não propriamente pela atividade criativa do constituinte, e sim, sob o lastro do imperativo categórico formulado por Immanuel Kant, que foi o primeiro a entender a dignidade como um valor moral e de interesse geral, dizendo ele que a dignidade é tudo que não tem preço, distinguindo daquilo que tem um valor, pecuniário ou estimativo, nesses termos:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 1986 *apud* LÔBO, 2003, p.1).

Sarlet (2007), refletindo sobre qual seria a principal dificuldade na elaboração de uma efetiva conceituação da dignidade humana, admite que esteja no fato de ela não se referir aos aspectos mais ou menos específicos da existência humana, como o é a integridade física, a intimidade, a vida, a propriedade, etc.; ao revés, relaciona-se com uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano¹, de tal maneira que integra o valor próprio que identifica o ser humano como tal.

Definindo um conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento sustenta:

Como já ressaltado, considero que o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, que deriva de uma leitura da ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica. (SARMENTO, 2016, p. 92).

Para tanto, entende o autor serem estes, *prima facie*, os componentes do princípio em referência:

¹ Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que pelo menos a maioria dos estudiosos pensam dessa maneira.

“o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas”. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Ultrapassada a problemática conceitual, obtemperem-se que, na seara do direito civil-constitucional, em havendo qualquer agressão à dignidade da pessoa humana, impõe-se a necessária reparação do dano extrapatrimonial. Isso porque “A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de *epicentro dos epicentros*” (FACHIN, 2010, p. 1). E continua o autor:

O dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima. Consolida-se a ideia de compensação pelo sofrimento. O direito civil, por isso, passa a ‘inquietar-se com a vítima’ (FACHIN, 2010, p.).

A mensagem de Luiz Edson Fachin, sem dúvida, é muito atual, na medida em que o direito dos danos contemporâneos está centrado no socorro da vítima e, não mais, no causador da ofensa.

2.2 Os Direitos da Personalidade Sob a Tutela Constitucional

A partir da alteração da perspectiva constitucional sobre o ordenamento jurídico, passou-se a reconhecer a preponderância da proteção da personalidade humana sobre o patrimônio, a serviço da pessoa humana. Recorde-se que “O direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo [...]”. Entretanto, “[...] não é direito sobre a própria pessoa: é direito que se irradia do fato jurídico da personalidade [...]” (MIRANDA, 2000, p.38).

A grande polêmica em torno dos direitos da personalidade “refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana e ao modo de melhor tutelar essa necessidade” (MORAES, 2010, p.112).

Acrescenta Moraes (2010) que, em sendo o princípio constitucional da dignidade, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, não há que se atribuir uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade. Doutro norte, também não há que se falar exclusivamente em direitos subjetivos da personalidade, já que a personalidade humana realiza-se por meio de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, e não necessariamente através de um direito subjetivo. E mais, a Constituição de 1988 garantiu tutela especial e privilegiada à pessoa, em suas relações extrapatrimoniais, quando assegurou, como princípio fundamental, a dignidade humana.

Borges (2009) afirma que “por ser histórico, o princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser apreendido perante o caso concreto”. E segue afirmando que “[...] o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. [...] Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano”. (BORGES, 2009, p. 20)

De tal sorte, reforça-se a ideia de que há um sem-número de situações jurídicas subjetivas que devem ser tuteladas pelo Direito, na medida em que, na nova ordem constitucional, o que se deseja amparar é o valor da personalidade humana, sem limites de gênero, salvo aqueles postos no interesse de outra pessoa com igual dignidade. Nos dizeres do grande civilista Pietro Perlingieri:

A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie*² concretas, em hipótese autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentado como um

² *Fattispecie*, palavra italiana, que significa (dir.): Produção de consequências jurídicas, especialmente relacionadas a casos examinados em um Tribunal; conjunto de circunstâncias objetivas que afetam uma relação jurídica; hipótese legal; ação típica.

problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em situações isoladas, como nas teorias atomistas (PERLINGIERI, 2008, p. 764).

Em seguida, brilhantemente, Perlingieri (2008) conclui que a personalidade não é um direito, mas sim um valor (o valor fundamental do ordenamento), estando na base de uma série aberta de situações existenciais. Enfatiza que nem sempre essas situações subjetivas assumem a forma de um direito subjetivo. Destarte, não há um número fechado de hipóteses tuteladas, vez que tutelado é o valor da pessoa, sem limites, ressalvado aqueles colocados no seu interesse e nos de outra pessoa.

Goffredo Telles Jr., citado por Maria Helena Diniz, também pontifica o entendimento de que a personalidade não é um direito, mas um conjunto de caracteres próprios da pessoa, explicando ele:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (TELLES JÚNIOR, 1972 *apud* DINIZ, 2009, p.120).

Lôbo (2003) se filia à excelência da doutrina de Perlingieri quanto ao entendimento da tipicidade aberta, aduzindo que os tipos previstos na Constituição e na Legislação Infraconstitucional não esgotam as situações suscetíveis de proteção jurídica à personalidade. Adiciona que a tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela e que, ao lado da tipicidade socialmente reconhecida, estabelece os amplos limites da consideração dos tipos de direitos de personalidade, quais sejam: os tipos previstos na Constituição e legislação civil; os tipos reconhecidos socialmente e aqueles conforme a cláusula geral de tutela da personalidade - que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

É cediço que “nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigência da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva” (PERLINGIERI, 2008, p. 765).

Entretantes, ainda que a personalidade seja um valor unitário, averso a limites, nada obsta que o ordenamento jurídico anteveja alguns direitos relacionados com o valor personalidade, que a doutrina, comumente, nomina de “tipos gerais de direitos da personalidade”, a exemplo de Paulo Lôbo.

Isto posto, a ordem jurídica brasileira (doutrina, legislação e jurisprudência dos tribunais) prevê alguns tipos gerais de direitos da personalidade, dentre os principais porquanto mais invocados: direito à vida; direito à liberdade; direito à integridade física e psíquica; direito à verdade; direito à igualdade formal (isonomia) e material; direito ao nome; direito à privacidade; direito à honra; direito moral do autor; direito à identidade pessoal.

A Constituição Federal, além da representativa previsão inserta no inciso X do artigo 5º, quanto às indenizações por dano material ou moral quando violados determinados aspectos da personalidade do indivíduo, também assegura outras tutelas específicas de direitos de personalidade, em outras várias passagens da Magna Carta, sempre relacionando com danos morais, explícita ou implicitamente.

Assim, é inegável que, em havendo ofensa à personalidade humana, decorrem, principalmente, danos morais em sentido amplo (imateriais ou extrapatrimoniais), contudo, ante a inteligência do artigo 5º, inciso X, poderá acarretar, também, a reparação por dano material³. Doutra banda, só há que se falar em dano moral se houver lesão a bem integrante da personalidade humana.

³ Há que se alertar nesse ponto que, inobstante a doutrina tradicional classificar dano indenizável em: a) patrimonial ou material; e b) extrapatrimonial, imaterial ou moral, esse procedimento se reveste, em verdade, numa indubitável imprecisão técnica, haja vista que dano moral e extrapatrimonial não são, necessariamente, expressões sinônimas; do mesmo modo que dano material e patrimonial não possuem o mesmo significado. Esse descompasso terminológico muito se deve à redação legislativa do artigo 5º, incisos V e X, da CF/1988, visto que nesses dispositivos o legislador trata como gênero o dano moral que é espécie.

Atente-se que poderá haver a cumulação das indenizações por danos materiais e morais, conforme determina o Enunciado nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴.

Mas há uma ressalva a ser feita. Indo mais além, há que se considerar que, dentre os bens integrantes da personalidade que, segundo Cavalieri Filho (2008), alguns deles constituem núcleo duro da personalidade: são os bens personalíssimos, que se referem à pessoa humana e somente a ela; integram o âmbito do que a Constituição denomina de dignidade da pessoa humana. Dessa feita, nem todos os bens que integram a personalidade compõem a dignidade; e os que integram a dignidade são os ditos personalíssimos, a exemplo da intimidade, próprio nome, honra, etc.

Feita a ressalva, é possível distinguir dano moral em sentido lato, daquele em sentido estrito. Cavalieri Filho (2008) conceitua o primeiro como sendo aquele referente a qualquer ofensa à personalidade humana; enquanto que o segundo diz respeito ao dano que atinge a personalidade e constitui a própria dignidade humana, o que impõe dizer que esta somente o ser humano pode sofrer⁵.

Assim, seja qual for o tipo de dano concernente a um direito de personalidade, certo é que ele será enquadrado dentre os tipos de danos extrapatrimoniais e deverá ser, assim como sói ocorrer com o dano material, ser reparado na sua integralidade, o que importa análise em torno da profundidade da invasão produzida sobre os direitos de personalidade do indivíduo, mais precisamente no que toca à dimensão da violação da dignidade da pessoa humana.

3- Importância da definição de critérios para aferição da indenização justa.

⁴ STJ Súmula nº 37 - 12/03/1992 - DJ 17.03.1992. Indenizações - Danos - Material e Moral - Mesmo Fato - Cumulação. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

⁵ Sem negar os conceitos que Cavalieri utiliza para distinguir o dano moral em sentido lato daquele em sentido estrito, há grandes doutrinadores, a exemplo de Fernando Noronha, que trazem um entendimento mais simplório, mas nem por isso menos utilizado, qual seja: o dano moral *lato sensu* é uma expressão sinônima do dano extrapatrimonial (é gênero); enquanto o dano moral em sentido estrito é uma das espécies do dano extrapatrimonial, do qual também fazem parte os danos estético, existencial, ambiental, à honra, etc.

Para que se possa alcançar a reparação integral do dano extrapatrimonial, por certo, há de se encontrar o melhor critério de aferição da justa indenização para a violação que se busca reparar. Grande é a discussão em torno da quantificação do dano extrapatrimonial, mas a verdade é que múltiplos são os elementos a serem considerados para se aferir, com justiça, a melhor forma de compensação para a vítima do dano.

O primeiro critério a ser considerado, sem dúvidas, há de ser a gravidade da lesão. É o olhar sobre o resultado da conduta que permitirá ao julgador definir, com maior justiça, o *quantum* indenizatório. Disso deflui que é do caso concreto, portanto, que emergem os elementos que definem o valor da indenização.

Diante dessa assertiva, pode-se concluir, de plano, que quanto maior for a invasão na esfera da personalidade do indivíduo e repercussão social do dano, maior será a necessidade de reparação e, por conseguinte, a indenização devida.

Ocorre que, em face dessa circunstância, indagar-se-á de que forma será possível identificar o nível de gravidade da lesão. Se analisadas situações extremas, como, por exemplo, a que produz o resultado morte, talvez seja mais fácil aferir a gravidade, mas quando a lesão gravita em torno de limites menos objetivos quando da observação do caso concreto, é fundamental que ao julgador sejam dados elementos capazes de balizarem a condenação no caso concreto.

Nesse sentido, torna-se relevante identificar quais outros elementos não de ser investigados para que, a partir da análise em torno de sua cumulação, possa se chegar ao melhor critério para definição do valor indenizatório.

A quantificação do dano extrapatrimonial é tarefa difícil, sobretudo pelo alto grau de subjetividade que emanam das decisões judiciais, daí porque é tão importante a definição desses elementos a serem investigados para que se possa aferir o que é justo ser arbitrado num caso concreto.

Não se pode deixar ao exclusivo arbítrio do julgador a definição dos limites da reparação, de modo que é crucial para a justa medida da indenização, que sejam estabelecidos elementos de investigação para aferição do *quantum*.

A definição de tais elementos, entretanto, não representar uma tarifação do dano, a partir da qual se estabeleceriam contornos rígidos para delimitação do valor, servindo, tão somente, como parâmetro para o necessário arbitramento da indenização.

Disso resulta a distinção entre um sistema de parametrização do dano extrapatrimonial de um sistema que se arvora à sua tarifação. Este último pressupõe a definição prévia de limites mínimos e máximos, desvinculado, dessa forma, do caso concreto que se analisa.

Na parametrização, o que se busca é o alinhamento de critérios, cuja análise conjugada orientará o julgador na medida mais justa para a reparação.

Definir estes elementos, pois, deve ser a tarefa do legislador, em detrimento da pretensão de um modelo que almeje a tarifação, precisamente o que resultou da recente reforma trabalhista operada.

Não se pretende nesse trabalho definir quais seriam esses critérios, o que implicaria uma análise mais pormenorizada, até mesmo de direito comparado, mas destacar a importância de se ter tais parâmetros, ao mesmo tempo em que se revela a consequência nefasta e injusta que resulta de um sistema de tarifação.

5- O sistema de tarifação e os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Cumprido, neste capítulo, a priori, fazer algumas considerações a respeito do dano, visto que principal pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, na medida em que é premissa inquestionável, não havendo como se falar em dever de indenizar sem a ocorrência de um prejuízo. “Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 70).

Schreiber (2009) sustenta a conceituação de dano como sendo uma lesão concreta a uma regra que estabelece sua relação com outro interesse igualmente tutelado, não sendo, portanto, uma lesão abstrata a um interesse merecedor de tutela. Assim, o autor compreende o dano como cláusula geral de seleção dos interesses merecedores de tutela em concreto, o que significa dizer que o dano passa a determinar o merecimento (ou não) de tutela dos interesses que, inobstante abstratamente protegidos, colidam com interesses igualmente tutelados.

No entender do doutrinador, essa abordagem tem significativa importância prática, em virtude de abrir espaço para a discricionariedade judicial, permitindo ao magistrado selecionar, ao examinar o dano, os interesses concretamente tutelados, implementando uma efetiva ponderação de interesses.

Stolze e Pamplona Filho (2010) destacam a importância de se contrapor aos ensinamentos da teoria clássica do Direito Civil que entendia ser indenizável apenas o prejuízo decorrente da violação do patrimônio economicamente aferível, vez que é de se levar em conta que a vulneração dos direitos inatos à condição humana também induz a uma reparação.

Acrescente-se, ainda, que para que haja o dano passível de reparação, faz-se necessária a presença de alguns requisitos, os quais foram assim enumerados pela jurista Maria Helena Diniz:

a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado. [...] b) Efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjetural. [...] c) Causalidade, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado, ou seja, o dano deverá estar encadeado com a causa produzida pelo lesante. [...] d) Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado. [...] e) Legitimidade, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisará ser titular do direito atingido. [...] f) Ausência de causas excludentes de responsabilidade, porque podem ocorrer danos [...] que não resultem dever ressarcitório, como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima etc. (DINIZ, 2007, p. 65, grifos da autora).

Outro ponto que merece destaque no estudo do dano é a imprecisão terminológica que circunda a matéria. A tradicional doutrina costuma classificar o dano indenizável em: a) patrimonial ou material; e b) extrapatrimonial, imaterial ou moral. Essa classificação tem se mostrado confusa e, por vezes, alvo de equívocos, isso porque há quem entenda que as expressões patrimonial e material não são sinônimas. Mas não só. A confusão maior reside na utilização da expressão dano moral com sentido idêntico ao dano extrapatrimonial ou imaterial.

Assim, há que se esclarecer que o termo “dano patrimonial” não tem o mesmo significado daquele presente no vocábulo “dano material”, porquanto este se refere ao dano a objetos do mundo externo (dano a coisas); enquanto que o dano patrimonial (ou econômico), diz respeito à violação de interesses passíveis de avaliação econômica, contrapondo-se ao dano extrapatrimonial, quando há violação aos interesses não suscetíveis de apreciação pecuniária.

Esse descompasso se dá, muito provavelmente, em decorrência de previsões legislativas, como as consignadas no artigo 5º, incisos V, da CF/1988 que estabelece ser “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; bem como a previsão do inciso X ao assegurar “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”. Ora, em ambos os dispositivos, o legislador trata como gênero o dano moral que é espécie. Sem duvidar, teria sido mais apropriada a utilização do termo “dano extrapatrimonial”.

Após essas ressalvas semânticas, há que se pontuar que a doutrina estabeleceu várias classificações do dano, sendo que duas apresentam um maior destaque. Uma, já mencionada, que considera a possibilidade do dano ter, ou não, valor econômico, classificando-o em *dano patrimonial* (ou econômico) e *extrapatrimonial* (ou moral em sentido amplo); a outra, considera a natureza do bem atingido pelo dano, classificando-o em *dano à pessoa* e *dano a coisas*.

Feitas essas considerações acerca do dano, passa-se ao ponto nodal deste artigo, qual seja, o estudo sobre a tarifação do dano extrapatrimonial nos moldes definidos no ordenamento trabalhista brasileiro, a partir da Lei nº 13.467/2017.

A reforma trabalhista inseriu um novo título à Consolidação das Leis do Trabalho, o Título II-A, dispondo de modo específico sobre o dano extrapatrimonial nas relações de emprego, nos seguintes termos:

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.

É de bom alvitre, esclarecer, que o presente trabalho não tem a pretensão de fazer uma ampla abordagem em torno da alteração legislativa imposta pela reforma trabalhista neste sentido, mas não se pode deixar de fazer o registro, neste ponto, quanto à excessiva e injustificada pretensão de se restringir a reparação desta espécie de dano nas relações de trabalho.

As disposições ali contidas, claramente, restringem as pretensões a serem deduzidas em juízo, seja quanto aos legitimados, na medida em que limitam a titularidade do direito à vítima, mas também em função de uma tentativa de enumeração dos tipos de dano indenizáveis, além da parametrização e tarifação para a fixação da indenização devida.

Conforme já citado no tópico anterior, a Constituição Brasileira de 1988 deu especial destaque à reparação por danos, sejam os materiais (art. 5º, V), extrapatrimoniais (art 5º, V e X), os decorrentes de acidentes de trabalho (art. 7º, XXVIII), condenação criminal (art. 5º, XLV); lesão ao meio ambiente (art. 225, parágrafo 3º), dentre outros.

De igual modo, o Código Civil Brasileiro dá especial atenção ao tema da responsabilidade civil, reservando um capítulo tão somente para tratar da obrigação de indenizar, entre os artigos 927 e

943, e da indenização propriamente dita, entre os artigos 944 e 954, sem que neste ponto tenha feito qualquer referência a um sistema de tarifação para se definir o *quantum* ou mesmo uma parametrização para conter o julgador em limites para sua fixação.

Ao contrário, o artigo 944 traz em si uma proposital amplitude, compatibilizando-se inteiramente com o sistema de reparação integral adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, definindo que a indenização mede-se pela extensão do dano⁶.

De igual modo, ao dispor sobre o dano moral, em seu artigo 5º, inciso X, o legislador constituinte o fez do modo mais amplo possível, não impondo qualquer limite para a sua fixação, nem tampouco para a definição do valor do dano.

Essa foi a mesma linha percorrida pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 6º, consoante já acima transcrito, definiu como direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos que lhe forem causados, circunstância que somente poderá ser aferida no caso concreto.

A reforma trabalhista, na contramão dessa ideia, contempla uma série de disposições entre os artigos 223-A e 223-G, que muito mais impõem amarras ao julgador, pouca margem lhes deixando para a análise do caso concreto, única forma de se perquirir a verdadeira e justa reparação.

Consoante leciona Luiz de Pinho Pedreira da Silva (SILVA, 2011, p. 61), a exemplo do que se dá na esfera cível, o dano moral trabalhista pode ocorrer nas fases pré-contratual; contratual; na extinção do contrato e até mesmo na fase pós-contratual. Em qualquer circunstância, entretanto, “tanto pode ele ser causado pelo empregador ao empregado como por este àquele ou aos seus familiares ou prepostos”.

⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Primeiramente, releva-se destacar a importância que a reparação de um dano provocado no âmbito de uma relação trabalhista tem para a sociedade em geral, dado que todo cidadão, em alguma medida, trava relações desta natureza, que materializa a condição do seu sustento e de toda a sua família.

Nesse sentido, não nos parece muito difícil concluir a proeminência deste tipo de relação em face das relações puramente civis, nas quais o elemento volitivo ganha maior relevo e a autonomia privada contornos mais evidentes.

Por essa razão, as relações trabalhistas são mais rigidamente normatizadas e fiscalizadas pelo Poder Público, especialmente no tocante à segurança e saúde do trabalhador, circunstância que interessa a toda a sociedade. Não se pode admitir, pois, que nessa espécie de relação jurídica, a reparação do dano padeça de maiores restrições na sua incidência em relação àquelas emanadas da legislação civil, sejam as contidas no Código de 2002 ou até mesmo aquelas vertidas nas leis esparsas, a exemplo da lei de imprensa.

O tema atinente ao acidente de trabalho ilustra bem a importância da reparação civil no campo do Direito do Trabalho, evidenciando que esta tem o condão não só de compensar a vítima do dano e sua família, como também de conter novos infortúnios, na medida da punição exemplar aplicado ao agressor. Nesse sentido, interessante o desabafo de Georges Ripert, citado por Ney Maranhão, ao tratar especificamente :

As estatísticas mostram quantos acidentes custa um quilômetro de exploração de vias férreas, um ano de circulação de automóvel, a extração de tantas toneladas de carvão. A ciência que, frustrando a doença, consegue prolongar a vida humana, é impotente para prevenir todos os acidentes, e mesmo sabendo curar as feridas, faz aleijados. É justo que as vítimas sejam designadas à fatalidade? [...] os que possuem bens materiais criam, pela exploração respectiva, novos riscos; os que estão privados de riqueza sofrem as consequências desta exploração intensiva. Há uma classe social de autores dos prejuízos e uma outra das vítimas. Ora, a parte mais pobre da população é precisamente a mais exposta: são os operários da indústria que estão em contacto permanente com as coisas perigosas; os que circulam a pé pelas estradas que são apanhados pelos automóveis. [...] A morte dum rico proprietário enriquece os parentes; a morte dum operário priva uma família do seu amparo (RIPERT, 1937 *apud* MARANHÃO, 2012, p.2).

Observe-se, sem a menor pretensão de fugir ao objeto do estudo definido neste trabalho, mas apenas como forma de exemplificar o que se pretende dizer, que o art. 223-B da consolidação reformada restringe o titular da pretensão reparatória à figura do ofendido, fazendo parecer excluir daí os seus sucessores; e o art. 223-C contempla uma enumeração dos tipos de danos extrapatrimoniais sujeitos à reparação. Faz parecer o legislador ordinário uma manifesta pretensão de definir um rol taxativo de tipos, o que não converge com a melhor e mais robusta doutrina acerca do tema produzida até aqui.

Nessa linha de intelecção, Schreiber (2009) reconhece a considerável expansão dos interesses lesados, pontuando que a esteira do conteúdo aberto da dignidade humana faz surgir novos danos, o que não se compatibiliza com uma delimitação legal dos tipos, *in verbis*:

O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a definitiva consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos, conquistas da ciência jurídica contemporânea, ampliaram imensamente o objeto protegido pelo direito em face da atuação lesiva. [...] E na esteira do conteúdo inevitavelmente aberto da dignidade humana, novos danos vêm sendo invocados, suscitando aceras controvérsias no que tange a sua ressarcibilidade (SCHREIBER, 2009, p. 4).

Mencione-se, também, no tema acerca do alargamento dos danos indenizáveis, a importância dos direitos da personalidade, vez que vigora no sistema jurídico brasileiro a tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na Legislação Civil não esgotam as situações existenciais passíveis de proteção jurídica. Assim, há uma infinidade de situações que, se violadas, darão ensejo à indenização por danos extrapatrimoniais, expandindo, sobremaneira, o alcance dos danos indenizáveis, sendo, por mais este motivo, indevida a limitação pretendida.

Posto isso, não há como limitar os interesses existenciais, porque “o seu conteúdo inclui aspectos diversos da pessoa humana que vêm se enriquecendo, articulando e diferenciando sempre mais” (SCHREIBER, 2009, p. 88). A essa impossibilidade de se estabelecer fronteiras, dada a própria natureza dos aspectos existenciais, os tribunais têm utilizado a expressão “o grande mar” da existencialidade, de modo que muitos consideram infindos os limites dos danos merecedores de tutela.

Nesse passo, além dos danos extrapatrimoniais comumente reconhecidos (danos à privacidade, estético, à integridade psicofísica, à saúde, à honra, etc.), tem sido crescente o surgimento de “novos danos” ou “novos tipos de danos”, ante “o mar sem fim” das situações existenciais. Sistematizá-los é tarefa insana!

As cortes mundiais de justiça têm reconhecido novos danos existenciais e, a título de exemplo, têm-se os seguintes: dano à vida de relação (ou dano existencial em sentido estrito); dano sexual; dano do custo de um filho indesejado; dano de brincadeiras cruéis (*bullying*); dano decorrente do rompimento do noivado; dano em virtude de uma separação após a notícia de gravidez; dano por abandono afetivo, dano-morte, dentre tantos outros, muitos dos quais com ampla incidência nas relações trabalhistas.

O artigo 223-G semeia o caminho da tarifação, e é esse o ponto que releva destacar no presente trabalho, passeando pelos parâmetros que deve seguir o julgador ao fixar o grau de responsabilidade do agente causador do dano, o que também destoa da melhor doutrina sobre a matéria, na medida do cerceamento da análise ampla e livre do juiz na análise do caso concreto. Neste ponto, leciona Reis (1997):

[...] o melhor critério é o de confiar no arbítrio dos juízes, para a fixação do *quantum* indenizatório. Afinal, o magistrado, no seu mister diário de julgar e valer-se dos elementos aleatórios que o processo lhe oferece e, ainda, valendo-se do seu bom senso e sentido de equidade, é quem determina o cumprimento da lei, procurando sempre restabelecer o equilíbrio social, rompido pela ação de agentes, na prática dos atos ilícitos. (REIS, 1997, p. 103)

A tarifação vem, afinal, prevista no parágrafo primeiro do art. 223-G, associando os limites de valor da reparação ao salário contratual do ofendido.

Como forma de fugir às críticas que se iniciaram, tendentes a demonstrar que aquela previsão fazia com que um mesmo mal fosse reparado com diferentes valores, a depender do salário do ofendido, apressou-se o Executivo criativo, por meio da Medida Provisória 808/2017, em definir como critério para aferição do valor do dano o teto do Regime Geral da Previdência Social e não mais o salário do ofendido, tentativa, contudo, frustrada pela perda de validade da citada norma.

A verdade, entretanto, que o sistema de tarifação é um mal em si, pois ao agressor com grande potencial econômico será dirigido o mesmo limite definido para o micro ou pequeno empresário quando compatíveis o grau da lesão por eles praticada.

6- A semelhança do sistema de tarifação do dano extrapatrimonial da Lei 13.467/2017 e aquele previsto na Lei 5.250/1967 – Lei de Imprensa.

Como dito anteriormente, o sistema de tarifação do dano extrapatrimonial previsto na Lei n. 13.467/2017 vai além das disposições contidas nas normas constitucionais, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Em compasso com a ideia de reparação integral do dano, estes diplomas normativos optaram por não adotar critérios rígidos para a quantificação do dano, deixando ao arbítrio do juiz a tarefa de identificar, a partir da análise do caso concreto, os elementos de convicção à definição do *quantum* devido para uma justa reparação.

Merece destaque nesse ponto uma abordagem sobre a ADPF n. 130, que extirpou do mundo jurídico a Lei de Imprensa, nela contida as disposições dos artigos 51 e 52, precisamente aquelas que definiam limites para a reparação do dano decorrente de responsabilidade civil⁷.

⁷ 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 decoro de alguém;

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

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

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

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

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

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

Não é demais recordar que a lei em referência foi editada no período do regime militar, não merecendo maiores considerações, neste ponto, acerca das restrições a direitos impostas aos cidadãos brasileiros nesta dura fase de vilipêndio aos princípios democráticos.

Certamente este foi o pano de fundo que norteou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF supracitada, ao final do que acolheu as alegações nela contidas, lançando olhar atento sobre diversos dos dispositivos desse diploma normativo, que pouco se justificavam no plano jurídico, representando, em verdade, uma ideologia política de um passado nefasto e de restrições a direitos desmedidas.

Numa análise monocrática da ADPF, acerca dos arts. 51 e 52 da Lei n. 5.250/67, proferiu o Ministro Relator Carlos Ayres Britto o seguinte voto, suspendendo-os por 180 dias até julgamento de mérito da ação:

Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão “*a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem*”); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) **arts. 51 e 52.**

Referidos dispositivos, como visto acima, definiam limites de valor nos casos de responsabilidade civil, de forma assemelhada ao que ora dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho com a reforma inaugurada com a Lei n. 13.467/2017.

Ao final, a ADPF foi julgada procedente, conforme ementa que segue transcrita, cuja colação faz-se justificada pelas sábias lições produzidas e que tanto se compatibilizam com o objeto do presente estudo:

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

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. a imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.

Pode-se dizer, pois, que as disposições contidas neste novo diploma legal trabalhista, relativas ao dano extrapatrimonial, mais se alinham aos anseios de um período apartado dos ideais democráticos, na medida em que fazem renascer disposições sepultadas em nosso ordenamento precisamente pelas restrições a direitos em si contidas.

Nessa linha de intelecção, é fácil concluir pela incompatibilidade do sistema de tarifação do dano extrapatrimonial, previsto expressamente na reforma trabalhista, com a Constituição Brasileira vigente, por violação manifesta ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que limita a compensação do dano pela indenização a um dado valor previamente tarifado na lei, mas nem sempre o mais justo para a solução do caso concreto e, por conseguinte, ao modelo de reparação integral do dano claramente albergado nas disposições constitucionais, como já acima explicitado.

Como imaginar possível predefinir os limites de uma reparação sem que, nesse momento prévio, se possa conhecer a extensão do dano? Um dado evento pode gerar diferentes consequências ao cidadão, a partir de um conjunto de variáveis somente passíveis de análise no caso concreto.

As circunstâncias pessoais e existenciais são essenciais para que se possa aferir os efeitos de uma conduta num determinado caso, para uma determinada pessoa e, por conseguinte, para se identificar o justo *quantum* indenizatório. A famosa máxima de Ortega y Gasset define que o homem é o homem e suas circunstâncias (ORTEGA Y GASSET, 1914, p. 43/44), havendo, por isso, de se levar em conta tudo o que o circunda, desde o próprio corpo até o contexto histórico em que se insere, de maneira que não se pode partir de um juízo prévio acerca das circunstâncias de cada um, adotando-se uma premissa de igualdade formal, necessariamente falaciosa, nesse caso, cuja consequência não será outra se não a produção de conclusões igualmente falsas.

Para melhor subsidiar o leitor na perspectiva da abordagem aqui aduzida, convém a citação do filósofo em referência:

¿Cuándo nos abriremos a la convicción de que el ser definitivo del mundo no es materia ni es alma – no es cosa alguna determinada-, sino una perspectiva¿[...] Ahora bien: la perspectiva se perfcciona por la multiplicación de sus términos y la exactitud com que reaccionemos ante cada uno de sus rangos. [...] Hemos de buscar a nuestra circunstancia, tal y como ella es, precisamente em ló que tiene de limitación, de peculiaridad, el lugar acertado en la imensa perspectiva del mundo. [...] Em suma: la reabsorción de la circunstancia es el destino concreto del hombre. (ORTEGA Y GASSET, 1914, p.42).

O ser humano é plural e múltiplas são as possibilidades das relações sociais e interpessoais. Qualquer rol taxativo, nesse sentido, equivale a aprisionar as possibilidades que marcam a experiência humana.

A ideia de uma reparação integral, pois, mais se compraz com um sistema aberto, que confere ao juiz ampla liberdade na identificação das circunstâncias específicas do ofensor e do ofendido, enriquecendo a instrução processual com elementos que melhor permitirão à solução justa que o caso requer.

O grande risco de um sistema parametrizado, com limites mínimos e máximos de valor para a reparação do dano extrapatrimonial, é o de estimular o magistrado a padronizar os seus julgados a partir de critérios objetivos, acomodando também as partes a perseguirem o tipo de conduta praticada, subsumindo-a objetivamente aos critérios legais de parametrização e tarifação e desprezando-se, com isso, as características singulares do ofensor e do ofendido que podem maximizar e até mesmo minimizar os danos.

A ofensa à honra ou uma brincadeira pejorativa, dirigida a quem não pertence a uma minoria ou que não vivencia condições existenciais singulares, não tem o efeito devastador que se projeta sobre quem carrega essas circunstâncias em suas experiências.

A título exemplificativo, imagine-se a situação em que alguém é ofendido por seu superior hierárquico, no ambiente de trabalho, sob a alcunha de “filhinho de papai” como forma de lhe impingir a mácula da acomodação, sendo esta uma pessoa absolutamente tímida e refratária ao convívio social, há muito tratada por profissionais da área de saúde, inclusive pela síndrome do pânico que desenvolvera. Agora, imagine-se que essa mesma situação ocorra com um profissional resoluto, aguerrido, que sofre com a perseguição do chefe, em função de sua orientação sexual. Em ambos os exemplos, suponha-se a ocorrência de retratação espontânea pelo ofensor.

Apesar das condutas do ofensor, nos exemplos acima, serem objetivamente idênticas, as consequências advindas de cada uma delas são absolutamente diversas, como diversos serão os danos daí decorrentes, pois. É certo que os parâmetros para a fixação do dano previstos no artigo 223-G da CLT reformada, até permitem a análise destas circunstâncias, mas até que ponto uma instrução processual avançará com a necessária profundidade sobre tais elementos se a lei desestimula tal providência ao enumerar o que deve o julgador perquirir ao apreciar o pedido, ao mesmo tempo em que define uma gradação para a ofensa, que vai de leve à gravíssima?

Em tempo de modernidade líquida (BAUMAN, 2001), em que tudo é dinâmico e volátil, e as relações são marcadas pela inconsistência e incerteza, tomando a forma que as forças sociais

momentâneas determinam, é muito arriscado implementar a mudança estabelecida na reforma trabalhista no tocante à quantificação do dano extrapatrimonial.

Seria razoável, a partir de um sistema de tarifação do dano, limitar a um valor predeterminado a quantia máxima a ser paga pelo ofensor? E se este, por ser um homem de incontáveis posses e contumaz em postura dessa ordem, não for, por isso mesmo, o tipo de profissional mais cuidadoso no trato com as pessoas? Conhecer previamente os limites do seu risco não seria um estímulo para manter a prática de sua desrespeitosa conduta?

Além disso, ao se definir um limite máximo para a reparação do dano, flagrantemente se viola o princípio da isonomia, porquanto uma empresa de grande porte será apenada, por um mesmo fato, com um valor idêntico ao de uma empresa de pequena porte que adotou a mesma conduta.

Esse limite conduz, ainda, a um absurdo maior que é o de, em muitos casos, não conferir à reparação o caráter pedagógico que lhe é próprio. Isso porque o limite máximo de 50 (cinquenta) vezes o salário contratual do ofendido, elevado ao dobro na hipótese de reincidência, pode ser muito pouco significativo para empresas que faturam dezenas e centenas de milhões e bilhões, como sói ocorrer em grandes corporações e conglomerados.

7- Conclusões

As alterações operadas na Consolidação das Leis do Trabalho pela recente reforma trabalhista, introduziram disposições atinentes ao dano extrapatrimonial a incidirem nas relações de trabalho, definindo, dentre outras regras, parâmetros para a fixação do grau de culpa, além de um sistema de tarifação com valores máximo e mínimo para a quantificação do dano.

A partir da análise feita no presente trabalho, é possível compendiar as ideias aqui expostas nos seguintes termos:

1- O instituto da responsabilidade civil contemporânea deve ser estudado em compasso com o valor constitucional da proteção da dignidade humana, de modo que a pesquisa implementada

expôs que os tipos de direito de personalidade previstos na Constituição e na Legislação Civil, não esgotam as situações existenciais suscetíveis de proteção jurídica, não sendo adequado um sistema que se pretende fechado em relação à tipologia dos danos.

2- Pela mesma razão acima aduzida, e tendo em vista ser o princípio da dignidade da pessoa humana uma cláusula geral de tutela da pessoa, este não se compatibiliza com um sistema de tarifação do dano extrapatrimonial, haja vista a limitação que sistema desta ordem impõe à reparação exemplar deste tipo de dano.

3- Da análise da compatibilidade entre a tarifação definida na Lei n. 13.467/2017 e as demais normas de regência contidas no texto constitucional, no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, pode-se facilmente perceber a maior restrição estabelecida para a persecução da reparação do dano extrapatrimonial na seara trabalhista, circunstância injustificada quando se tem em mira o fato de ser o trabalho humano o objeto de tutela do Direito do Trabalho, sendo, dessa forma, a pessoa humana o sujeito destinatário de suas normas e a sociedade a maior interessada nessa proteção.

4- Rememorando o julgamento da ADPF nº. 130, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, considerou não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei 5.250/1967 – a chamada Lei de Imprensa –, pode-se estabelecer um paralelo entre o sistema de parametrização e tarifação ora adotado pela recente reforma e aquele previsto na lei em destaque, concluindo-se que este é um parâmetro que mais se distancia dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, mais se afeiçoando a um modelo de Estado que não tem por base os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia e, por isso mesmo, com estes conflitante.

1- Referências

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Direito Civil contemporâneo**: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, p. 238-261, 2008.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução: Humberto Laport de Melo. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Crítérios para a Fixação de Danos no Direito do Trabalho.** *In:* TEPEDINO, Gustavo; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves. **Diálogos entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 459-476, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. *In:* TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Direito Civil contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional.** São Paulo: Atlas, p. 100-102, 2008. 63

_____. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COURTIS, Chistian, La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. *In:* Ni um paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2009.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. **Danos existenciais: “precificando” lágrimas?** *In:* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 12, p. 229-268, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6136433>. Acesso em: 19 de jan de 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade Civil Contemporânea no Brasil:** notas para uma aproximação. Disponível em: <http://fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf> . Acesso em: 19 de jan de 2018.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. **A Dimensão Existencial da Pessoa Humana, o Dano Existencial e o Dano ao Projeto de Vida:** Reflexões à Luz do Direito Comparado. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/23/artigos/artigo07.pdf . Acesso em: 19 de jan de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, vol.1, 2010.

GASSET, J. Ortega Y. **Meditaciones Del Quijote: Meditación Preliminar. Meditación Primera**. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes: Madrid, Serie II, Vol. I, 1914. Disponível em: <http://www.hugodelcastillo.com/Documentos/meditacionesdelq00orte.pdf>. Acesso em 18 jan. 2018

GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.

JUNIOR, Amaury Rodrigues Pinto. **A Quantificação do Dano: acidentes do trabalho e doenças ocupacionais**. São Paulo: LTr, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n. 141, p. 99-109, 1999.

_____. **Danos Morais e Direitos da Personalidade**. 200?, Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/7843/public/7843-7842-1-PB.htm>. Acesso em 20 de jan de 2018.

MALLET, Estêvão. **Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MARANHÃO, Ney. **Responsabilidade Civil Contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas**. Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21818/responsabilidade-civil-contemporanea-influencia-constitucional-e-novos-paradigmas> >. Acesso em: 19 de jan de 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral: problemática do cabimento à fixação do quantum**. São Paulo: Atlas, 2 ed., 2011.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, Vol. 7, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível**. In: Revista Brasileira de Direito

Constitucional. São Paulo: RBDC, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: < .esdc.com.br/RBDC/.../RBDC-09-361-Ingo olfgang Sarlet.pdf >. Acesso em: 20 de jan de 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2 ed., 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.