

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIRETO - FADIR

FERNANDA FERREIRA DA SILVA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A REFORMA TRABALHISTA

Análise dos critérios adotados para fixação da reparação do dano extrapatrimonial
no Título II-A da CLT

Marabá

2018

FERNANDA FERREIRA DA SILVA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A REFORMA TRABALHISTA

Análise dos critérios adotados para fixação da reparação do dano extrapatrimonial no Título II-A da CLT

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela.

Orientador: Prof. Carlos Henrique Costa Marques

Marabá

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Silva, Fernanda Ferreira da

Danos extrapatrimoniais e a reforma trabalhista: análise dos critérios adotados para fixação da reparação do dano extrapatrimonial no Título II-A da CLT / Fernanda Ferreira da Silva ; orientador, Carlos Henrique Costa Marques. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Direito do trabalho – Legislação - Brasil. 2. Danos morais. 3. Terceirização - Brasil. 4. Relações trabalhistas. 5. Danos (Direito). 6. Indenização. I. Marques, Henrique Costa Marques, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 342.6

FERNANDA FERREIRA DA SILVA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A REFORMA TRABALHISTA

Análise dos critérios adotados para fixação da reparação do dano extrapatrimonial no Título II-A da CLT

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Carlos Henrique Costa Marques

Prof. Ms. Edieter Luiz Cecconello

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos

Conceito: _____

Data: ____ / ____ / ____

“Tudo o que não é eterno, é eternamente inútil”.

C.S. Lewis

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar uma análise do Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, que trata do instituto dos danos extrapatrimoniais no âmbito das relações trabalhistas. A temática ganha repercussão especialmente no que tange aos critérios de fixação do quantum indenizatório, tendo em vista a adoção de tetos pré-estabelecidos para a reparação do dano, ao estratificá-lo em ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima, em vez da análise de cada caso concreto pelo livre arbitramento do juiz, com uso dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Com o fito de demonstrar a indispensável avaliação da constitucionalidade do regramento vigente, foi realizada a análise da necessidade de reparação dos danos extrapatrimoniais, notadamente nas relações de trabalho, bem como quais seriam os parâmetros mais justos para promover a reparação satisfativa. Foi constatado que os renomados doutrinadores e operadores do direito fazem severas críticas ao Título inserido pela Lei nº 13.467 de 2017 na CLT, desde a tentativa de isolamento das situações de violação ao bem extrapatrimonial da aplicação de outros dispositivos de todo o ordenamento jurídico; seleção dos bens tutelados e das pessoas legitimadas para alcançar a reparação, e finalmente, sobre os critérios de fixação da indenização. Diante desse contexto, é salutar a ponderação na aplicação do regramento, e reavaliar como os atuantes do dizer o direito o farão visando a efetivação da justiça, considerando os princípios e normas constitucionais aos quais o ordenamento jurídico brasileiro se submete. Cumpre destacar, a metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, na busca pelo posicionamento e critérios mais aceitos nas doutrinas, jurisprudências e trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema.

Palavras-chave: Danos extrapatrimoniais; Reforma Trabalhista; critérios; proporcionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present an analysis of Title II-A of the Consolidation of Labor Laws of Brazil, which deals with the institute of off-balance-sheet damages in labor relations. The issue is affected especially with regard to the criteria for fixing the indemnification quantum, in view of the adoption of pre-established ceilings to repair the damage, by stratifying it in an offense of a mild, medium, serious or serious nature, instead of the analysis of each concrete case by the free arbitration of the judge, using the principles of proportionality and reasonableness. In order to demonstrate the indispensable evaluation of the constitutionality of the current regulation, an analysis was made of the need to repair the off-balance damages, especially in the labor relations, as well as what would be the most fair parameters to promote the satisfactory repair. It was found that the renowned legal professors and operators of the law criticize the Title inserted by Law 13467 of 2017 in the CLT, from the attempt to isolate the situations of violation to the off-balance sheet property of the application of other provisions of the entire legal system; selection of the protected assets and of the persons legitimized to obtain reparation, and finally, on the criteria for fixing the indemnity. In view of this context, it is salutary to ponder the application of the rule, and to reevaluate how the agents of saying the law will do so with a view to effecting justice, considering the constitutional principles and norms to which the Brazilian legal system submits itself. It should be noted that the research methodology used was the bibliographical review, the search for positioning and more accepted criteria in doctrines, jurisprudence and more relevant scientific works on the subject.

Keywords: Off-balance-sheet damages; Labor Reform; criterions; proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	8
2.1. HISTÓRICO	8
2.2. CONCEITO	12
2.3. CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	14
2.4. DANO MORAL EM RICOCHETE	18
2.5. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO	21
3 PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	24
3.1. O DANO E A REPARAÇÃO	24
3.2. A TARIFAÇÃO NA INDENIZAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL	26
3.3. CRITÉRIOS ADOTADOS PELA DOCTRINA BRASILEIRA	28
3.4. CRITÉRIOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	29
3.5. CRITÉRIOS UTILIZADOS NO DIREITO COMPARADO	32
3.6. SISTEMATIZAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO	34
4 TÍTULO II-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	36
4.1 DA EXCLUSÃO DO DIREITO COMUM	36
4.2 DA CONDUTA DANOSA E DA TITULARIDADE DA REPARAÇÃO	39
4.3 BENS JURÍDICOS TUTELADOS DA PESSOA FÍSICA	40
4.4 BENS JURÍDICOS TUTELADOS DA PESSOA JURÍDICA	41
4.5 DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO DANO	42
4.6 DA CUMULAÇÃO DO DANO MORAL E DO DANO PATRIMONIAL	42
4.7 DOS CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	43
4.8 DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COM BASE NO SALÁRIO DO OFENDIDO	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A falta de critérios objetivos para fixação do *quantum* indenizatório aos danos extrapatrimoniais é um tema recorrente no direito brasileiro. De fato, tarefa árdua é mensurar um valor capaz de reparar um dano a algo tão transcendente e pessoal.

No âmbito do direito do trabalho, na tentativa de suprir a falta destes critérios, em 2017 a Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), dentre outras alterações significativas, inseriu um novo título na Consolidação das Leis do Trabalho destinado ao regramento da indenização por dano extrapatrimonial decorrente de relações de trabalho.

O Título II-A da CLT elenca nos artigos 223-A a 223-G várias disposições polêmicas acerca dos danos extrapatrimoniais, como: os critérios para sua reparação, a titularidade do direito à reparação, os bens jurídicos tutelados, tarifação do dano, entre outros.

O tema escolhido teve como objetivo exatamente descobrir que critérios devem ser considerados pelos magistrados do âmbito trabalhista na reparação do dano extrapatrimonial, se os recomendados pela doutrina e jurisprudência, ou os impostos pela nova lei, de modo a conceder ao ofendido a reparação integral e justa pelo dano.

E quanto aos critérios impostos pela nova lei, são eles eficazes e condizentes com os ditames constitucionais?

Para a verificação das respostas a esses questionamentos, a metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, com a identificação das doutrinas, jurisprudências e artigos científicos mais relevantes sobre o tema, bem como a análise do direito comparado.

Para melhor desenvolvimento do tema, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo será apresentado os principais aspectos acerca dos danos extrapatrimoniais para que seja possível entendê-lo em sua essência, tais como: histórico, conceito, classificação, espécies, e quais seus efeitos no âmbito trabalhista, bem como o papel da Justiça do Trabalho na aplicação da indenização.

No segundo capítulo serão abordados os parâmetros para fixação da indenização aos danos extrapatrimoniais, com análise dos critérios sugeridos pela doutrina, jurisprudência e direito comparado. Dentre esses critérios, merece destaque o da tarifação, principal objeto de crítica deste trabalho.

E, por fim, no terceiro capítulo, serão analisados os dispositivos do Título II-A da CLT, e apresentadas as principais considerações e críticas a cada um deles.

Por último, as considerações finais sobre o trabalho.

2 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Para formar um consenso acerca de um método justo para fixação da indenização dos danos extrapatrimoniais, primordialmente faz-se necessário conhecer a essência deste instituto para compreensão da relevância do estudo do tema.

Nesse sentido, será apresentado neste capítulo um breve histórico acerca da reparação por danos extrapatrimoniais, bem como questões ligadas à sua aceitação. Em seguida será abordado os aspectos que formam o conceito dos danos extrapatrimoniais, suas classificações e espécies, e a partir de quando e como começaram os julgamentos de casos relativos ao tema na justiça do trabalho.

2.1. HISTÓRICO

A intenção de tutelar o ofendido contra os efeitos de prejuízos extrapatrimoniais através de compensação econômica existe desde a Antiguidade.

Na Mesopotâmia, o conhecido Código de Hamurabi demonstrou notável preocupação com os lesados ao instituir a reparação do dano exatamente de maneira equivalente (“olho por olho, dente por dente”), conforme se verifica pela prescrição dos parágrafos 196, 197 e 200 do Código. Vejamos:

(...)

§196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

§197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

§200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.¹

Com esse sistema de “vingança equivalente”, ainda que de forma primitiva, o referido Código trouxe a ideia de compensação pecuniária ao admitir também a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro (BARDINI, 2013, p. 27), o que segundo Valdir Florindo (1996, p. 17), remete ao princípio da ideia de que resultou modernamente na chamada “*teoria de compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais*”.

Nos primeiros códigos das civilizações da Suméria e Índia, mesmo que vinculados à Lei de Talião, já se observava a substituição da punição equivalente pelo dano à integridade física pela imposição de pagamento de multa pecuniária. Segundo Silva (2005, p. 65), isto pode ser constatado nos textos do Código de Ur-Nammu, da Suméria, destacados os seguintes trechos citados por Bardini (2013, p. 27):

- a) se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar;
- b) se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar;
- c) se um homem, a outro homem, com um instrumento geshpu, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar.

Quanto às violações aos direitos da personalidade, como imagem e honra, no Código de Manu, da Índia, previu-se o dever de pagamento de multa. Nesse sentido, seguem alguns dispositivos do código:

Art. 223. Mas, aquele que por maldade chaga a dizer: essa rapariga não é virgem, deve sofrer uma multa de cem panas, se não puder provar que ela foi poluída.

(..)

Art. 264. Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinquenta ou duzentos, um Sudra, uma pena corporal.

(...)

¹ Acesso à tradução do Código de Hamurábi no site www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf

Art. 266. Por ter injuriado um homem da mesma classe que ele, um Dvija será condenado a doze panas de multa; por juízos infamantes, a pena em geral deve ser dobrada.²

No Direito Romano o tema é controverso. A Lei das XII Tábuas previu expressamente o direito de o ofendido lesado em direitos não patrimoniais, tais como a honra e a imagem em caso de injúria verbal, bem como a integridade física em caso de mutilações e lesões corporais em geral, pleitear a reparação em dinheiro, que ficava ao arbítrio do juiz. É o que se depreende de alguns parágrafos da Tábua VII – *De delictis*:

§ 1º Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desses danos ou abandone o animal ao prejudicado.

§ 2º Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare;

§ 3º Aquele que fez encantamentos contra a colheita de outrem; ou a colher furtivamente à noite antes de amadurecer ou a cortar depois de madura, será sacrificado a Ceres;

(...)

§ 8º Mas, se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse intencionalmente;

§ 9º Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses;

(...)

§ 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é homem livre; e 150 asses, se o ofendido é um escravo;³

Apesar do conteúdo dos parágrafos acima, parte da doutrina entende que inexistiu previsão para o dano extrapatrimonial em Roma, e que a reparabilidade só teria surgido, de fato, com a teoria moderna de compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.

No direito moderno, a problemática deu-se em razão da discussão sobre o cabimento da indenização pecuniária ao dano extrapatrimonial. Para os resistentes, não haveria legitimidade moral da atribuição de um preço à dor, sob fundamento de ser o dano inestimável.

² Acesso à tradução do Livro Oitavo do Código de Manu no site <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu2.htm>.

³ Acesso à tradução da Tábua VII da Lei das XII Tábuas no site <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>

Nessa perspectiva, no Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema da reparação dos danos de natureza extrapatrimonial não era pacífico. Aponta Cahali (2011, p. 24), que juízes de todas as instâncias, prontamente recusavam a reparabilidade do dano moral também seguindo o pressuposto de que a dor não tem preço.

Os positivistas, entendidos aqui como os defensores da reparação dos danos extrapatrimoniais, sustentam no conceito de indenização uma ideia de compensação pela dor, não que a quantia em dinheiro elimine o dano, mas tem o potencial de proporcionar ao lesado o acesso a determinados bens (materiais e/ou espirituais) que lhe atenuem o sofrimento. Para esta corrente, imoral é considerar apenas os bens materiais como dignos da tutela jurídica e deixar de indenizar as lesões aos “interesses espirituais”.

A despeito, explica Venosa (2012, p. 312) que a indenização pelo dano exclusivamente moral não objetiva reparar unicamente o *pretium doloris*, mas busca também restaurar a dignidade do ofendido, ou seja, a atenuação do prejuízo sofrido não consiste num *pretium doloris* e sim numa *compensatio doloris*.

A noção de compensação, de acordo com Cahali (2011, p. 19), decorre do contraste entre dano patrimonial, passível de uma indenização para a total eliminação do prejuízo e suas consequências; e dano moral, ao qual não se impõe uma indenização propriamente dita ou ressarcimento, mas sim uma reparação por meio da compensação, em que o ofensor tem a obrigação de pagar uma certa quantia em dinheiro ao ofendido, proporcionando-lhe uma reparação satisfativa.

Atualmente, no ordenamento pátrio está consolidada “a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 05). Assim, considerando o princípio *neminem laedere*, pelo qual se tem o dever de a ninguém lesar, aquele que o faz, causando um mal injusto a outrem deve indenizá-lo.

O instituto da reparação dos danos extrapatrimoniais atingiu maturidade e consolidou sua relevância ao assegurar uma proteção integral do ser humano como pessoa, ao considerá-lo como um ser moral, que no cotidiano pode vir a ser ameaçado em sua integridade física e psíquica.

Em 1976, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já havia decidido pioneiramente e de maneira categórica, que “o dano moral é indenizável, tanto quanto

o dano patrimonial”⁴. Em verdade, a doutrina já começava a se orientar no sentido da reparabilidade do dano moral, enquanto a jurisprudência dificultava sua admissão, todavia, com os avanços jurisprudenciais e o referendo da Constituição Federal de 1988, a figura do dano extrapatrimonial (na época representado apenas pelo dano moral) começou a ser reconhecida.

A Carta Magna previu expressamente a possibilidade de indenizar o dano moral no artigo 5º, inciso V, ao assegurar “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e também consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, estabelecendo-o como elemento principal do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 147):

O que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito.

A mais marcante previsão acerca da indenização aos danos após a promulgação da Constituição foi a cláusula geral de responsabilidade por dano moral no Código Civil de 2002, nos artigos 186 e 927, este sobre responsabilidade objetiva e aquele sobre responsabilidade subjetiva, abaixo transcritos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2.2. CONCEITO

⁴ TJRS, 2.ª Câmara, 29.09.1976, RJTJRS 64/198; 1.ª Câmara, 02.05.1978, RJTJRS 72/309.

No âmbito dos danos, é possível classificá-los como patrimoniais ou extrapatrimoniais, respectivamente, como o causador do próprio prejuízo econômico e o causador do sofrimento psíquico, físico ou moral ao ofendido, guardando relação com a espécie de bem violado.

Na concepção de Varela (1997, p. 28), o dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. Assim, é a lesão, deterioração ou subtração causada ao bem juridicamente tutelado.

Para identificar um dano extrapatrimonial tem sido feita sua contraposição ao dano patrimonial, dessa forma, se o dano não possui as características de dano patrimonial, diz-se que o mesmo é extrapatrimonial. Assim, explica o autor (MIRANDA apud CAHALI, 2005, p. 19.), que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que é, só o atingindo como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”

Ratificando essa concepção, Orlando Gomes (2007, p. 332) afirma que:

A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Ou seja, trata-se de um critério excludente e insatisfatório.

Para Cahali (2011, p. 19), o correto é caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição dos bens que têm um valor essencial ao indivíduo, tais como “a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”, danos que, conforme o autor explica, afetam a parte social do patrimônio moral, diferindo-se dos danos que afetam a parte afetiva do patrimônio moral, como a dor, tristeza, saudade, entre outros. Dessa forma, conclui e exemplifica que, tem-se o dano moral que provoca direta ou indiretamente um dano patrimonial (cicatriz deformante, por exemplo) e dano moral puro (dor, tristeza, por exemplo), os quais não podem ser enumerados exaustivamente.

Vale ressaltar que o termo “dano moral” utilizado para identificar todos aqueles danos aos bens imateriais, da mais íntima personalidade do indivíduo, se impôs pela força de sua expressividade, todavia é criticado justamente devido à

polissemia da palavra moral. Mesmo assim, a doutrina concorda que a denominação não gera prejuízos, pois “o vocábulo moral não se contrapõe a físico e sim a patrimonial” (CAHALI, 2011, p. 21).

Para Pizarro (1996, p. 47) o dano moral refere-se a uma redução na subjetividade da pessoa, derivada da lesão a um interesse não patrimonial. Essa lesão, nas palavras do autor, causa uma “modificação desvalorativa do espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, consequência de uma lesão a um interesse não patrimonial”, atingindo a própria dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, quatro principais concepções acerca do dano moral são apresentadas:

- a primeira, para a qual dano moral é todo dano imaterial sofrido pelo ofendido, que não implique em diminuição patrimonial;
- a segunda, que define este tipo de dano como as violações psíquicas, físicas ou espirituais causadas ao indivíduo;
- a terceira, que tem o dano como violação aos direitos da personalidade;
- e a quarta, que supõe o dano como atentado à própria dignidade da pessoa humana.

2.3. CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Como já visto anteriormente, especifica-se o dano em patrimonial ou extrapatrimonial de acordo com o bem da vida atingido. Outrossim, utilizando-se o mesmo critério, Orlando Luiz Zanon Junior em seu trabalho sobre espécies e critérios de valoração dos danos morais, classifica-os em injúria psicológica, agravo físico ou estético, abalo de imagem ou de crédito e, danos punitivos⁵.

⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647&revista_cadern o=7>. Acesso em 20/08/2018.

Tal classificação proporciona a possibilidade de, ao perceber qual a esfera jurídica afetada pelo dano, discutir acerca de sua comprovação e dos respectivos critérios de cálculo. Além disso, caso verificada a lesão em mais de uma modalidade de dano moral, é cabível a somatória dos referidos prejuízos, considerando que um mesmo ilícito pode incidir negativamente em diferentes aspectos da personalidade.

Segundo o mesmo autor, a injúria psicológica é o tipo mais comum de dano moral, caracterizado pela agressão à honra subjetiva da pessoa, ou seja, ao ânimo da vítima, capaz de lhe causar sofrimento mental, angústia ou sensação de impotência. Trata-se do que se convencionou chamar de “dano moral puro”, ou seja, de uma deterioração verificada apenas no íntimo da pessoa. No direito brasileiro, a esfera psicológica é tutelada também na esfera criminal, a exemplo do art. 140 do Código Penal (CP) que prevê o delito de injúria⁶.

O agravo físico ou estético, por sua vez, afirma o juiz que, é a lesão causada à integridade física da vítima, ou seja, corresponde à dor incidente sobre o corpo (e não ao íntimo). Ambos os agravos (físico e estético) incidem sobre a estrutura corpórea, diferindo apenas quanto à existência de sequelas visíveis, já que o agravo físico é caracterizado pela dor sem deformidade, enquanto o estético tem como característica uma redução permanente da “agradabilidade estética”⁷.

De qualquer modo, a reparação é feita em conjunto, porquanto os dois (físico e estético) dizem respeito à lesão corporal. Um exemplo de dano físico é aquele decorrente de um acidente de trabalho, que obriga a vítima a doloroso tratamento hospitalar ou ambulatorial, por considerável período de tempo. Já o dano estético pode ser ilustrado com a cicatriz resultante de acidente de trânsito. Por fim, cabe destacar que também esta modalidade de dano é mensurável de acordo com o critério de proporcionalidade à extensão do dano, de forma similar à injúria psicológica.

Sobre o abalo de imagem ou de crédito, o autor mencionado afirma que é consubstanciado na lesão à honra objetiva da pessoa, ou seja, à sua reputação perante a sociedade e ao mercado, inclusive de modo a reduzir seu prestígio ou aceitação. Embora ambos digam respeito à tutela da honra objetiva, o abalo de

⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647&revista_cadern_o=7>. Acesso em 20/08/2018.

⁷ Idem.

imagem está mais diretamente relacionado com a figura da pessoa e seu prestígio perante a sociedade, em termos profissionais e/ou na condução da vida familiar e privada. De outro lado, o abalo de crédito diz respeito à capacidade de atrair investimentos ou financiamentos, para atividades de subsistência ou enriquecimento perante o mercado.⁸

Por fim, os chamados danos punitivos ou pedagógicos (*punitive ou exemplary damages*, conhecido também como dano moral coletivo, que não visa simplesmente a reparar aquilo que efetivamente se verificou com o dano. O objetivo desse dano moral coletivo é reparar, ou seja, ter um olhar retrospectivo, e também prevenir a repetição daquele dano, não só pelo agente que o cometeu, mas por todos que fazem parte da sociedade.

Para isso, o valor da indenização do dano é fixado num valor elevado para que se tenha o chamado *chilling effect*, ou seja, o efeito de esfriamento, ao causar nos indivíduos a percepção que praticar o ilícito não compensa. Assim, o objetivo não é pedagógico só em relação ao agente praticante do ilícito, mas também em toda a sociedade para que verifiquem quais são as consequências daquela prática e por isso não a adotem.

Dessa forma diz-se que tem um efeito reparatório e pedagógico, com um olhar não só retrospectivo, mas também prospectivo. Notadamente, mais do que tutelar a segurança jurídica das pessoas, os danos punitivos promovem a estabilidade do sistema, porquanto desestimulam a lesão dos direitos dos outros, sob a forma de uma cláusula penal geral, acessória à obrigação de não lesar (*neminem laedere*).

Em razão de sua principal função residir no caráter promocional (força pedagógica e punitiva), o critério para fixação do respectivo valor não é a proporcionalidade com a extensão do dano, mas sim o da exemplaridade, ou seja, do seu potencial para estimular a modificação das condutas em sociedade. É da natureza do instituto que o valor da reparação seja desproporcional ao dano, porém, devidamente escalonado com a culpabilidade do infrator, guardando equivalência com as peculiaridades do caso concreto.

⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647&revista_cadern_o=7>. Acesso em 20/08/2018.

Flávio Tartuce, numa classificação mais singela, qualifica os danos extrapatrimoniais da seguinte forma⁹:

- a) danos morais (em sentido amplo), como aqueles que causam lesão aos direitos da personalidade. Por exemplo: a inscrição indevida no cadastro de mal pagadores (dano moral direto);
- b) *pretium doloris* (em sentido estrito), como aqueles que causam dor ou sofrimento. Como exemplo: a morte de um parente (dano moral indireto ou por ricochete);
- c) dano estético, como alteração morfológica permanente que causa um afeamento à vítima. São exemplos a perda de partes do corpo como mãos e braços, cicatrizes e deformações, em razão de acidentes do trabalho;
- d) dano existencial, como aquele que frustra o projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo sua socialização e desenvolvimento.

Quanto ao dano existencial, é conceituado pelo TST como:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE.

O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despreciosa a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos

⁹ TARTUCE, Flávio. **Reforma Trabalhista - Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial.** Parte 1. 2017. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/510997744/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-1>>. Acesso em: 25 nov. 2018

sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes.

(TST-RR-1034-74.2014.5.15.0002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015.) (grifo meu)

2.4. DANO MORAL EM RICOCHETE

O dano em ricochete, também chamado de dano reflexo, pode ser entendido como a ocasião em que os efeitos danosos de um ato ilícito praticado contra determinado indivíduo alcançam, além deste, uma ou mais pessoas diversas.

Com efeito, no que atine ao dano moral, a despeito de sua natureza personalíssima, há situações em que não somente a vítima direta do dano é atingida, porquanto outras pessoas, de algum modo vinculadas à vítima, acabam por experimentar, reflexamente, a dor e o sofrimento.

Desse modo, não seria razoável restringir a legitimidade da ação de indenização tão somente às pessoas imediatamente sofredoras do dano moral.

A questão, contudo, está em perquirir quais são os legitimados ativos para a propositura da ação e, bem assim, o quantum do valor a ser fixado, a fim de que se evite a condenação ‘*ad infinitum*’. Ou, como observado por Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 89), a dificuldade, no dano em ricochete, está “em saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano causado a outra pessoa, seja de natureza material ou moral”.

Fora a doutrina francesa que desenvolveu a teoria nomeada de *par ricochet*, segundo a qual, esclarece Yusef Said Cahali (2005, p. 116):

Embora o dano deva ser direto, tendo como titulares da ação aqueles que sofrem, de frente, os reflexos danosos, acolhe-se também o dano derivado ou reflexo, *le damage par ricochet*, de que são os titulares que sofrem, por consequência, aqueles efeitos, como no caso do dano moral sofrido pelo filho diante da morte de seus genitores e vice-versa.

Assim, embora o dano moral em ricochete seja de difícil caracterização pelos Tribunais, diante de sua subjetividade, é certo que ele enseja a responsabilidade

civil do infrator, desde que demonstrado o prejuízo da vítima indireta. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA. PAIS DA VÍTIMA DIRETA. RECONHECIMENTO. DANO MORAL POR RICOCHETE. DEDUÇÃO. SEGURO DPVAT. INDENIZAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 246/STJ. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ E 283/STF. 1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. **2. Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.** 3. Recurso especial não provido. (grifo meu)¹⁰

Vale ressaltar a legitimidade dos pais da vítima sobrevivente em pleitear reparação por danos morais, mesmo que a própria vítima já tivesse sido compensada com uma indenização. Neste caso, REsp 1.208.949, afirmou a Ministra que, conquanto o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, acabou por atingir a integridade moral de terceiros.

Em se tratando de legitimação para requerer indenização por lesão a direito da personalidade de pessoa falecida, é conferida ao cônjuge sobrevivente, segundo o Enunciado nº 275 do Conselho da Justiça Federal aprovado na IV jornada de Direito Civil, e a qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau, de acordo com o artigo 12, parágrafo único do Código Civil.

Para justificar a titularidade do lesado indireto, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 329) leciona:

Baseado em elo jurídico afetivo mantido com o lesado direto, o direito do titular indireto traduz-se na defesa da respectiva moralidade, familiar, pessoal, ou outra. Trata-se, também, de *iure* próprio, que o interessado defende, na ação de reparação de danos denominada *par ricochet ou réfléchis*, a exemplo do que acontece em hipóteses como as de danos morais a empregados, por fatos que atingem o empregador; sócio de uma sociedade, que alcança outro sócio; a mulher, que lesiona o marido; a concubina, que fere o concubino, e assim por diante, como o tem apontado a doutrina e assentado a jurisprudência, delimitando as pessoas que tanto se consideram limitadas.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1208949/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/12/2010.

De se ressaltar que, em seus primórdios julgados acerca do tema em comento, o Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Silveira Venosa, ao julgar o REsp 160.125, no ano de 1999, afastou, de plano, a necessidade de se comprovar a dependência econômica da vítima indireta com a vítima direta, considerando, no reportado caso, que os irmãos seriam legítimos a ingressar em juízo.

Ponderou que a análise desta condição da ação deveria ter como parâmetro a dor suportada pelos irmãos pela morte da irmã, e não a dependência econômica entre eles, pois isto destoa do fim buscado pelo dano moral.

Pensasse de outro modo, diz o ministro, “os pais também não poderiam pleitear a indenização por dano moral decorrente da morte de um filho que não exercesse atividade remunerada, nem pessoa rica teria legitimidade, e assim por diante”.

No ano de 2012, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.076.160, negou a legitimidade ativa de um noivo, ao argumento de que fugia à ordem de vocação hereditária. O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que o ordenamento jurídico brasileiro rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da família direta da vítima, sobretudo aqueles que não se inserem na condição legítima de herdeiro. Contudo, ressaltou o ministro, a possibilidade de eventuais peculiaridades de casos concretos.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE DA GENITORA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE DE FILHO MAIOR E COM FAMÍLIA CONSTITUÍDA. NÚCLEO FAMILIAR INEXTINGUÍVEL FORMADO POR ASCENDENTES E SEUS FILHOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. Inexiste violação ao arts. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. A Quarta Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp 1.076.160/AM (publicado no DJ de 21/6/2012), ressaltando expressamente eventuais particularidades de casos concretos, concluiu que a regra mais consentânea com o ordenamento jurídico pátrio é a de que a legitimidade para propositura de ação indenizatória por dano moral em razão de morte deve alinhar-se *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002; art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916. 3. Consoante a ordem de vocação hereditária,

os ascendentes somente têm seus direitos sucessórios reconhecidos na hipótese de inexistência de descendentes (art. 1.829 do CC), o que poderia levar à ideia de sua ilegitimidade ativa ad causam para a demanda que visa à percepção de indenização por danos morais em razão do óbito de filho com família constituída. 4. Não obstante a formação de um novo grupo familiar com o casamento e a concepção de filhos, o poderoso laço afetivo que une mãe e filho não se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, em que o filho é seu elemento interseccional, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte. Assim, tem-se um núcleo familiar em sentido estrito, constituído pela família imediata formada com a contração do matrimônio, e um núcleo familiar em sentido amplo, de que fazem parte os ascendentes e seu filho, o qual desponta como elemento comum e agregador dessas células familiares. 5. Nessa linha de inteligência, os ascendentes têm legitimidade para a demanda indenizatória por morte da sua prole ainda quando esta já tenha constituído o seu grupo familiar imediato, o que deve ser balizado apenas pelo valor global da indenização devida, ou seja, pela limitação quantitativa da indenização. 6. No caso concreto, constata-se que o falecido era casado e deixou descendentes que receberam extrajudicialmente, a título de compensação por danos morais, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o qual, diga-se de passagem, mostra-se deveras inferior ao que normalmente é concedido em Juízo, apontando para a existência de um valor residual apto a compensar a recorrente pelos danos morais sofridos com o falecimento de seu filho. 7. Recurso especial provido.¹¹

2.5. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O trabalho é a ferramenta que subsidia o indivíduo na busca pela sobrevivência digna para si e para seus dependentes. Muitas vezes, a dependência econômica do trabalhador faz com que tolere os prejuízos causados à saúde física e mental para que não caia na desvantagem do desemprego.

Por vários fatores o trabalhador se encontra vulnerável ao comportamento dos empregadores, que podem ocasionar a ofensa moral, configurando dano ao patrimônio imaterial da vítima. Tais danos podem causar danos psíquicos e sociais, violam direitos da personalidade e afasta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dito isto, é necessário compreender o quão importante é o papel do Estado, ao ponderar as relações de trabalho, intervindo na relação jurídica entre empregador e empregado, promovendo e efetivando os direitos e deveres de cada trabalhador.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça”. REsp 1076160/AM. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 21/06/2006.

A emenda constitucional 45/2004, ampliou a competência da Justiça do Trabalho que deixou de julgar somente as relações de emprego regidas pela CLT.

Antes a Justiça do Trabalho era dotada de competência para julgar e processar somente litígios entre empregados e empregadores. Com o advento da referida emenda novas atribuições foram estabelecidas à Justiça do Trabalho, conforme expõe o art. 114 da CF/88:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.”

Conforme elencado no art. 114 CF/88 é competência da Justiça trabalhista julgar e processar toda a matéria que envolve relação de trabalho, seja com vínculo empregatício ou não. Significa dizer que a competência não será restrita entre ações de empregados e empregadores. Mas abrange também, dentre outras, pessoas físicas prestadoras de serviço autônomo, eventual contra tomador de serviços.

Neste passo caberá a Justiça do Trabalho apreciar o pedido de reparação, decorrente do dano moral ou patrimonial oriundo da relação das relações de trabalho.

A relação de emprego colaciona várias situações que ensejam o dano moral. Em concordância com os ensinamentos de Vólia Bomfim (CASSAR, 2014, p. 953):

O maior patrimônio ideal do trabalhador é a sua capacidade laborativa, que deriva da reputação conquistada no mercado, do profissionalismo, da dedicação, da produção, da assiduidade, da capacidade etc. Nesta linha de

raciocínio, é de se considerar ato lesivo à moral do empregado todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, insultando, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado etc.

O patrão excede quando diminui a capacidade laborativa do empregado, se vale de comentários maliciosos a respeito do funcionário, lançam dúvidas acerca da honestidade do trabalhador, torna públicas informações pessoais do empregado entre outros comportamentos, que ensejam danos morais.

Cabe ressaltar que não é qualquer sofrimento humano que ensejará o dano moral. A conduta do empregador deve ir além de seu direito potestativo como detentor do poder diretivo.

Além disso, a relação de emprego implica em direitos e obrigações a ambas as partes. Neste sentido, não resta dúvidas de que o empregador também possa ser vítima do dano moral causado pelo empregado.

Assim quando o empregado deixa de cumprir com suas obrigações, ou ofende moralmente o empregador, terá de reparar os danos causados por sua conduta

Conforme dispõe a Súmula 227 STJ:

A pessoa jurídica não sente, não sofre com a ofensa à sua honra subjetiva, à sua imagem, ao seu caráter, atributos do direito de personalidade, inerente somente à pessoa física. Mas, não se pode negar, a possibilidade de ocorrer ofensa ao nome da empresa, a sua reputação, que, nas relações comerciais, alcançam acentuadas proporções em razão da influência que o conceito da empresa exerce.

Remetendo novamente à evolução histórica, enquanto se discutia no direito comum a possibilidade de reparação econômica do dano exclusivamente moral, a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a sua promulgação, já contemplava o dano moral e a sua reparação pelo empregado ou pelo empregador, em decorrência da ruptura do contrato de trabalho pela prática de ato lesivo da honra ou da boa fama (artigos 482, alíneas j e k, e 483, alínea e), mediante o pagamento ou desoneração de pagamento das indenizações correspondentes ao distrato do pacto laboral motivado por essa justa causa.

Todavia, essa matéria só passou a adquirir relevância a partir da Constituição de 1988, em face do registro feito nos incisos V e X de seu artigo 5º, que

enumerou, entre os direitos e garantias fundamentais o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e declarou serem 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.

O contrato de trabalho adquiriu status constitucional a partir da Constituição de 1988. As novas conquistas resultantes dos direitos fundamentais e sociais previstos nos artigos 5º e 7º da CF impõe aos empregadores novas responsabilidades, além das de pagar salário, cabendo-lhes oferecer ao trabalhador um local de trabalho sadio, seguro, onde haja inclusive respeito à sua dignidade, à sua personalidade, à própria honra, onde possa trabalhar e ao ser demitido esteja em perfeito estado de saúde física e mental para o seu possível e viável retorno ao mercado de trabalho, sob pena de responder pelas indenizações previstas, decorrentes ou não de infortúnios acidentários ou mesmo de dano moral e perante a Justiça do Trabalho.

3 PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

No direito brasileiro não é adotado, de forma geral, o método do tabelamento para fixação dos valores dos danos extrapatrimoniais, deixando tal tarefa a critério das partes (com seus argumentos) e ao julgador, com critérios de ponderação da realidade e na análise de casos anteriores.

A doutrina brasileira estabelece critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais de forma subjetiva, mas nenhuma forma rígida se conhece. A jurisprudência, por sua vez, tem se esforçado para estabelecer um mínimo de critério quando desta quantificação, utilizando o recurso de julgados precedentes sobre a mesma matéria para balizar as decisões (BATISTA, 2014, p. 145).

3.1. O DANO E A REPARAÇÃO

A noção de responsabilidade, de forma ampla, tem relação com a necessidade de restaurar o equilíbrio existente antes da ocorrência de uma violação a

um direito e da ocorrência de lesão a algo ou alguém. Assim, pode-se dizer que responsabilidade traduz a ideia de restauração do equilíbrio, de reparação do dano.

Assim, a indenização é o meio de retornar às partes ao estado anterior à ocorrência do dano ou, na impossibilidade de fazê-lo, oferecer uma reparação por este dano.

O dano é o elemento central da responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade civil sem culpa (responsabilidade objetiva), mas esta não existirá se não houver dano. Assim para que se configure a responsabilidade civil, há que se verificar que uma ação ou omissão causou um determinado dano, e que houve um nexo causal entre aquela e esse.

O dano, então, como já mencionado, pode ser conceituado como a lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial (material) quanto extrapatrimonial (imaterial).

Pelo fato de não haver um conceito positivo de danos extrapatrimoniais (e sim negativo), não há uma especificação de todos os elementos que o caracterizam, o que deixa o intérprete livre para fazer suas diferenciações e considerações aos danos que atingem a esfera moral do indivíduo.

Mas há que se ressaltar que nem todo dano ao indivíduo gera obrigação de reparação por dano extrapatrimonial. Os meros aborrecimentos ocorridos no dia a dia não geram o dever de indenizar. Somente aqueles que interferem de forma mais intensa e gravosa na personalidade do indivíduo é que podem originar tal dano e dever de reparar. Assim evita-se a industrialização do dano moral.

Quanto à questão da prova dos danos extrapatrimoniais, a doutrina e jurisprudência entende que para prová-lo basta a demonstrar a ocorrência do fato danoso, ou seja, *in re ipsa*, conforme se verifica no pronunciamento do TST:

DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. I — O dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. II — Por isso mesmo é que em se tratando de infortúnio do trabalho há de se provar que ele, o infortúnio, tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. III — É certo que o inciso X do art. 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. IV — Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em virtude de ela ter sido erigida em um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, inciso III da Constituição. V — Significa dizer que a norma do inciso X do art. 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também sequelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social. VI — Constatado ter o recorrido adquirido hérnia de disco em consequência das condições agressivas do trabalho executado, em função da qual se extrai notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, tanto quanto irrefutável depressão por conta do confinamento das possibilidades de inserção no mercado de trabalho, impõe-se a conclusão de achar-se constitucionalmente caracterizado o dano moral (Processo TST-RR-449/2004-561-04-00.9; Rel. Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma).

Como o dano ocorre na esfera moral, imaterial, não há como demonstrar sua existência a olho nu, ou seja, impossível apresentar uma prova material de algo imaterial, ao passo que o fato danoso é possível de apresentar.

3.2. A TARIFICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 previa legalmente em seu artigo 1.536, §1º, o arbitramento para a liquidação de dívidas não quantificadas. Além disso, algumas leis especiais como o Código Brasileiro da Aeronáutica, artigo 84, §1º, determinava que o dano moral fosse estimado no valor entre 5 a 100 salários mínimos.

A reputada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967) limitava o valor da indenização por dano imaterial aos jornalistas e empresas de jornalismo, porém, foi declarada inconstitucional pelo STF após o advento da Constituição Federal de 1988, devido a tarifação prevista em lei.

A declaração da inconstitucionalidade tem fundamento no princípio da isonomia, impedindo qualquer tarifação anterior prevista em lei, e impondo o dever de valorar a indenização de forma livre e ampla.

Diante das novas situações a serem julgadas, o Superior Tribunal de Justiça com a Súmula nº 281 pacificou o tema ao declarar que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, afastando a tarifação legal prevista em lei específica, e principalmente destinada a determinada categoria.

O art. 5º da CF/88 elenca no inciso V a garantia da indenização de maneira proporcional ao agravo. Vejamos:

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Nesse mesmo viés, o art. 944 do Código Civil, dispõe:

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.

É evidente que a noção de proporcionalidade¹² é que deve orientar a fixação da indenização, sendo assim, só é possível valorar a reparação após a análise do caso concreto, sendo desarrazoado os valores estarem predispostos em lei, pois como poderia a lei saber a gravidade do dano e o valor capaz de repará-lo em todas as situações presentes e vindouras?

Segundo Willis Santiago Guerra Filho o princípio da proporcionalidade, através da ponderação de valores, busca a preservação da dignidade da pessoa humana. Mesmo esse princípio não estando expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, é inafastável a sua aplicação visto ser um pressuposto fundamental para efetivação do Estado Democrático de Direito¹³.

Assim também defende a jurisprudência:

¹² O Princípio da Proporcionalidade, intimamente ligado ao da Razoabilidade, relaciona-se ao justo meio utilizado para consecução de determinado fim. Este princípio, por sua vez, se subdivide em três; são eles: 1) Princípio da Adequação; 2) Princípio da Necessidade e 3) Princípio da Proporcionalidade tomada como stricto sensu. O primeiro sub-princípio diz respeito à correta interação entre o meio empregado com o alcance do fim almejado. O segundo, por sua vez, relaciona-se à escolha desse meio, que (seja) o mais suave, ou (seja), o menos nocivo aos interesses dos cidadãos. Por fim, o último visa à utilização dos meios mais adequados em detrimento daqueles que se apresentam menos comedidos, de cuja aplicação resultará maiores desvantagens em relação às vantagens alcançadas. (BARROS, Lorena Pinheiro; BORGHOLM, Danielle. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de mensuração do dano moral**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> . Acesso em 22/11/2018)

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm> Acesso em: 22/11/2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 . DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE OBSERVADOS. Inexiste na legislação pátria delineamento do montante a ser fixado a título de indenização por dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. Oportuno esclarecer que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na hipótese. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR 163-48.2015.5.08.0117, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 30/05/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017).

Em virtude da falta de critérios objetivos, a jurisprudência apoia-se entre outros nos artigos 946 e 953 do Código Civil para o arbitramento da indenização dos danos extrapatrimoniais, que dispõe:

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

A lei processual prevê a liquidação por artigos ou por arbitramento, que é mais adequada ao caso dos danos extrapatrimoniais, também sugerida no artigo 953, ao incumbir ao juiz o dever de fixar equitativamente o valor da indenização.

3.3. CRITÉRIOS ADOTADOS PELA DOUTRINA BRASILEIRA

Na doutrina brasileira, vários autores sugerem critérios para solucionar a falta de parâmetros objetivos na fixação da reparação, todos eles por meio do arbitramento judicial, a diferença está na opinião quanto às circunstâncias que devem ser sopesadas para chegar ao valor da reparação integral.

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 96-100) defende que cabe ao juiz arbitrar a quantia da reparação observando a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, para que a indenização não se torne uma fonte de lucro, que importe em enriquecimento sem causa e fomenta a indústria do dano moral.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 397-406) a indenização mede-se pelo grau de culpa, gravidade, extensão e repercussão da ofensa, intensidade do sofrimento acarretado à vítima, sendo a culpa concorrente da vítima um fator de atenuação da responsabilidade do ofensor.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2009, p. 351-352) a dogmática jurídica oferece dois sistemas de reparação dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto, este último é defendido pelos autores, para o qual a indenização por dano moral deve ter função compensatória, mas observando critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Para Yussef Said Cahali¹⁴ o subjetivismo é intrínseco à estimação do dano moral, e sugere como principais critérios para a justa reparação a proporcionalidade e razoabilidade, bem como o grau de culpa do ofensor, gravidade do dano e da repercussão, patrimônio da vítima e do ofensor, entre outros fatores.

3.4. CRITÉRIOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência baseada em julgamentos anteriores e em parâmetros desenvolvidos pela doutrina costuma estar alinhada em suas decisões. Passemos a análise de algumas repercutidas decisões sobre o tema adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, responsável pela fixação do entendimento acerca da legislação infraconstitucional.

Segundo Francisco Diego Moreira Batista (2014, p. 157-158) “as decisões que tratam do assunto, ao tempo em que reconhecem a inexistência de parâmetros legais, afirmam que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são vetores de julgamento”. Neste sentido, segue o agravo regimental julgado pelo STJ:

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Passim.

AGRAVO REGIMENTAL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- **No que se refere à pretensão de redução da verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.** Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o quantum fosse irrisório ou exagerado, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição (AgRg no Ag 599.518/SP, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 28/04/2009; REsp 1101213/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 27/04/2009; REsp 971.976/ RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22/04/2009; EDcl no REsp 351.178/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 23/03/2009). 2.- **Tratando-se de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que o faz distinto de outros. Assim, ainda que, objetivamente, os casos sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes. Por isso, é muito difícil, nessas situações, apreciar-se um Recurso Especial com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.** 3.- É em razão dessa complexidade que, na 2ª Seção, firmou-se a orientação de não mais se conhecer de Embargos de Divergência quando a discrepância residir em disparidade de valores, em condenações por dano moral, por fatos objetivamente, na aparência, iguais. Daí, a dificuldade intransponível de se alterar, em âmbito de Recurso Especial, a quantificação fixada no Tribunal de origem, a título de reparação. Em consequência, a 3ª Turma deste Tribunal assentou o entendimento de que somente se conhece da matéria atinente aos valores fixados pelos Tribunais recorridos quando o valor for teratológico, isto é, de tal forma elevado que se considere ostensivamente exorbitante, ou a tal ponto ínfimo, que, em si, objetivamente deponha contra a dignidade do ofendido. (omissis) 7.- Agravo Regimental improvido. (STJ – AgRg no AREsp 301.765/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 03/05/2013).

Sem dúvidas, o subjetivismo está presente na análise da fixação da indenização, e deve ser utilizado em cada caso concreto considerando-se as circunstâncias de fato, e as demais indicadas pelo Ministro Relator.

O STJ ao julgar um Recurso Especial em 2011 adotou o chamado método bifásico para a quantificação do dano moral.

Na primeira fase, o julgador fixa um valor base para o dano moral, podendo utilizar de outros julgados sobre o assunto, em seguida, na segunda fase, o julgador

majora ou minora o valor base de acordo com as circunstâncias do caso, utilizando-se das regras de proporcionalidade e razoabilidade. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. **5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.** 6. **Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.** 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ). 9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – REsp 1152541/RS – STJ – T3 – Min. Sanseverino, j. em 13.09.11)

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal considera a tarificação prevista em lei ordinária inconstitucional, por ofender o disposto no art. 5º, V e X, destacando que “estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”.

Assim foi o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, complementando o voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 130/09:

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

Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e

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

3.5. CRITÉRIOS UTILIZADOS NO DIREITO COMPARADO

No ordenamento jurídico de outros países existem diversas formas para a fixação dos danos extrapatrimoniais. Alguns aspectos podem ser analisados para talvez construir um melhor método de fixação da indenização no direito brasileiro ou também para a percepção do que não vale a pena adotar.

Francisco Diego Moreira Batista (2014, p. 162) nos traz os principais regramentos ou diretrizes adotados por alguns países na fixação da indenização. Vejamos.

Segundo o autor (2014, p. 162), no direito inglês existem as tabelas elaboradas pela *Judicial Studies Board* (Conselho de Estudos do Poder Judiciário), chamadas de *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* (Diretrizes para Avaliação de Danos Gerais Decorrentes de Acidentes Pessoais).

Essas tabelas fornecem parâmetros de indenização para todos os tipos de danos corporais a partir de precedentes, com valores mínimos e máximos que o julgador deve obedecer.

Acrescenta o autor sobre o *Judicial Studies Board*, uma espécie de conselho responsável pelo treinamento e aperfeiçoamento do Poder Judiciário do Reino Unido¹⁵. O conselho utiliza a tabela de forma frequente na resolução dos casos submetidos ao Poder Judiciário local. E exemplifica, conforme se pode verificar no próprio sítio eletrônico¹⁶ do Poder Judiciário da Inglaterra e País de Gales, o valor da

¹⁵ Disponível em <http://www.jsboard.co.uk/governance.htm> , acesso em 12/10/2018

¹⁶ Disponível em <http://www.judiciary.gov.uk/publications-and-reports/judicial-college/2013/supplement-to-pi-guidelines> , acesso em 12/10/2018.

indenização por paralisia do tipo paraplegia é tabelado em um mínimo de £120,000 (cento e vinte mil libras esterlinas) e máximo de £155,000 (cento e cinquenta e cinco mil libras esterlinas).

O autor menciona a existência de um *Judicial Studies Board for Northern Ireland*, semelhante ao existente no Reino Unido, mas aplicável à Irlanda do Norte, o qual também edita tabelas para resolução de conflitos relativos a danos corporais e morais.

Prossegue o autor apresentando o direito francês, que não prevê regra expressa para a condenação em danos morais, mas possui uma regra básica em seu Código Civil, precisamente no artigo 1.382, que dispõe “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”, que quer dizer: todo aquele que causar um dano a outrem fica obrigado a reparar a falta.

Quanto à quantificação da indenização, assim como no Brasil, não há um tabelamento de danos e valores, devendo ser fixada em cada caso concreto.

No direito italiano, o autor aponta a previsão do artigo 2.059 do Código Civil, que prevê a limitação dos danos não patrimoniais aos casos previstos em lei: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*” (o dano moral deve ser ressarcido somente em caso determinado pela lei – tradução livre pelo autor).

Para a fixação dos danos morais, existe um tabelamento específico para os danos corporais. As tabelas são diferenciadas: tabelas genovesas, tabelas pisanas e tabelas milanesas. E exemplifica, “a Tabela de Milão utiliza 03 fatores de cálculo: 1) grau de invalidez; 2) idade da vítima; e 3) valor base fixado a partir de médias jurisprudenciais”.

Finalmente, no direito português, menciona-se a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais (Decreto-Lei nº 341 de 1993), que baseada em estudos científicos sobre a perda da capacidade de trabalho em virtude das lesões, estabelece parâmetros variáveis como base para fixação do montante da indenização.

Conclui-se que o tabelamento para fixação dos danos morais é adotado em alguns países mesmo que em áreas específicas. Esse tabelamento, todavia, fixa

critérios básicos e valores que podem variar conforme as circunstâncias do caso concreto.

3.6. SISTEMATIZAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO

Em sua contribuição na Revista de Direito de Viçosa, Francisco Diego Moreira Batista, ao escrever sobre critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais, reservou um tópico em que tenta esquematizar os critérios que podem ser utilizados na análise do valor dos danos morais¹⁷.

Na opinião do autor, como primeiro e mais importante critério, coloca-se o da razoabilidade e proporcionalidade, citando o Professor Doutor Ingo Sarlet (2012, p. 212), “proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência”.

E prossegue detalhando:

Assim, laborando nos três consagrados níveis de tais princípios, podemos identificar os critérios da 1) adequação (ou conformidade), por meio do qual o valor deve ser apropriado, tecnicamente adequado para reparar o dano sofrido; 2) da necessidade (ou exigibilidade), no sentido de que a indenização deve ser a menos invasiva possível na esfera patrimonial do causador do dano; e 3) proporcionalidade em sentido estrito, momento em que se deve ponderar efetivamente se o valor da condenação, embora seja adequado e necessário, é realmente uma indenização de justa medida entre o dano causado e a atitude do agressor.

O segundo critério seria a análise das circunstâncias do caso concreto, em que é observado todo o contexto da situação e das partes. Para o autor, deve-se observar a intensidade do dolo ou grau de culpa do ofensor e também a participação que a vítima teve na ocorrência do dano extrapatrimonial ou no seu agravamento, além disso, a intensidade do sofrimento da vítima, que determinará o agravamento ou diminuição do valor da indenização.

¹⁷ BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Crítérios Para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais**. Revista de Direito (Viçosa), v. 6, p. 143-170, 2014.

O terceiro critério refere-se às condições socioeconômicas do ofendido, já esclarecendo o autor que há discordância na adoção deste, pois alguns doutrinadores afirmam que “a dor do pobre vale tanto quanto a dor do rico”, sendo uma violação à isonomia diferenciar o valor da indenização de acordo com este critério.

Para justificá-lo, defende que esta análise é útil para evitar que a reparação seja uma ferramenta para o enriquecimento ilícito, de forma que mude a condição socioeconômica do indivíduo.

Como quarto critério aponta as condições socioeconômicas do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito. Considerando o princípio da proporcionalidade, “se o ofensor for pessoa (física ou jurídica) de grande porte financeiro, a indenização deverá ser mais elevada do que se tratarmos de uma pessoa humilde, de poucas posses e com parca condição de saldar a dívida”.

Este último critério remete aos já comentados danos morais punitivos (*punitive damages*).

Concluiu o autor (BATISTA, 2014, p. 166) que a partir destes critérios, o julgador tem subsídios suficientes para arbitrar livremente e de forma justa o valor da reparação.

Os critérios básicos têm alicerce no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal e no art. 944, caput, e parágrafo único, do Código Civil (extensão do dano e proporcionalidade).

De forma mais abrangente e específica, é possível sugerir a ordem de aplicação de alguns princípios, como: o princípio da preferência pela reparação *in natura*, se possível; o princípio da extensão do dano; o princípio da razoabilidade; e princípio da tripla função: compensatória, dissuasiva e exemplar.

Ademais, para agravar ou atenuar a indenização podem ser analisados a intensidade ou grau de culpa; a concorrência de culpa; a gravidade objetiva da ofensa; a intensidade da dor da vítima; os reflexos pessoais e sociais do ato, a extensão e duração das consequências da ofensa, os meios que possibilitaram a ofensa e o esforço para minimizá-la.

A análise da intensidade da culpa se justifica pelo fato de que o indivíduo que age com dolo, deverá ter fixado um valor maior do que o que agiu com

imprudência ou negligência. O mais negligente repara com maior valor do que o menos negligente, e assim por diante (proporcionalidade).

Quanto à gravidade da ofensa, a mesma lógica é seguida: quanto mais grave, maior o valor da reparação, e quanto mais duradoura, também.

Acerca das condições socioeconômicas das partes, justifica-se como critério pois, fatores importantes da personalidade podem influenciar diretamente na verificação da gravidade do dano, conforme exemplifica Alexandre Agra Belmonte (2007, p. 172), “uma cicatriz no rosto de quem vive da imagem, como é o caso de uma modelo, por certo atinge a vítima de forma mais intensa, devendo ser mais significativa a indenização”.

Sobre a possibilidade econômica do ofensor, atenta-se para o caso dos danos morais punitivos, para atendimento das funções compensatória e pedagógica.

A soma desses critérios reunidos pela doutrina e jurisprudência são suficientes para subsidiar o livre arbitramento pelo juiz em busca da reparação integral ao ofendido.

4 TÍTULO II-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A inserção do “Título II-A – Do Dano Extrapatrimonial” na Consolidação das Leis do Trabalho, em 2017 pela Lei da Reforma Trabalhista, trouxe uma das modificações mais polêmicas no âmbito do regramento das relações de trabalho. Buscou reger de forma específica a matéria e estabelecer limites para as indenizações extrapatrimoniais na justiça do trabalho.

A princípio, ocorreu a uniformização dos conceitos de vários danos não materiais em um só, qual seja, o de danos extrapatrimoniais, equiparando situações e conceitos jurídicos diferentes, independente de quem sejam as pessoas e os bens atingidos.

A seguir serão analisados os dispositivos desse novo título, e apresentadas as principais considerações e críticas a cada um deles.

4.1 DA EXCLUSÃO DO DIREITO COMUM

No primeiro dispositivo do título destaca-se o isolamento da nova regência normativa das demais normas do ordenamento jurídico.

O art. 223-A da CLT menciona:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos desse título.

Neste artigo, o legislador limita a legislação aplicável, modificando, por exemplo, a dinâmica de utilização do Código Civil de forma subsidiária, o que é permitido em função do §1º do artigo 8º da própria CLT que dispõe que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, notadamente no que não for incompatível com os seus princípios fundamentais.

Quanto à aplicação subsidiária do Código Civil, no que se refere aos danos extrapatrimoniais, vale ressaltar o que prescreve os artigos 927 e 932, III. Assim:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III- o empregador ou comitente, por sus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Além disso, conforme o novo preceito seria excluída a aplicação de outros dispositivos do Código Civil, como os artigos 12, 402, 403, 404, 405, entre outros, que estabelecem os direitos da personalidade, a possibilidade de exigir cessão de ameaça ou lesão a esses direitos, reclamar perdas e danos, etc.

A palavra “apenas” impede o juiz de fazer o que é da natureza da jurisdição: interpretar. Há uma restrição do uso da hermenêutica na aplicação da norma ao caso concreto, fazendo-se a exclusão do conjunto geral normativo e até superior, como a Constituição Federal e as normas internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil, e também das normas inscritas no Código Civil ou outros diplomas da República, que incidem na regulação da matéria e sejam compatíveis com os princípios e a lógica jurídica estrutural da CLT.

Para suprir a lacuna ontológica do ordenamento trabalhista, e considerando a natureza do dano extrapatrimonial, sempre houve um ônus teórico e argumentativo tangenciado pela doutrina e pela jurisprudência.

A aplicação do regramento excludente pode gerar decisões teratológicas. É da natureza constitucional o uso da analogia, dos princípios e da interpretação sistemática, de forma que lei inferior alguma possa restringi-los.

Nesse sentido, a lei geral de introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/2010), dispõe nos art. 2º, §2º, e arts. 4º e 5º que:

Art. 2º, §2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Assim, a interpretação sistemática dos dispositivos supõe que na avaliação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, o juiz não fique restrito “apenas” aos dispositivos do título II- A.

Em pensamento dissonante, Marcus Lopes¹⁸, argumenta que a lei tem o sentido de excluir incidência de outras normas sobre fatos fundados nos danos extrapatrimoniais, mas que não há limitação à interpretação dos fatos, isto porquê “a hermenêutica da lei só pode ocorrer dentro do espectro de incidência da própria lei”.

Para explicar seu posicionamento, o professor e Juiz do Trabalho detalha:

Penso que há legitimidade da lei para regulamentar o fenômeno do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, inclusive em caráter exclusivo, até porque se trata de legislação especial. A meu juízo, não há espaço para a aplicação analógica do Código Civil, porque não há lacuna normativa. Como se sabe, a lacuna jurídica ocorre quando não há disciplina jurídica sobre determinado fato, aplicando-se regra jurídica incidente sobre fato semelhante. No caso do dano extrapatrimonial trabalhista há disciplina jurídica expressa afirmando que apenas a CLT é fonte de direitos.

Não há, todavia, limitação na interpretação dos fatos, de modo que não se vislumbra ofensa constitucional com relação ao devido processo legal, à

¹⁸ COELHO, Luciano Augusto e LOPES, Marcus Aurélio. **Justiça do Trabalho: novo regime do dano extrapatrimonial**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-do-trabalho-novo-regime-do-dano-extrapatrimonial-20112017>>. Acesso em 03 nov 2018.

submissão de lesão ou ameaça de direito ao crivo do Poder Judiciário, ou quanto à fundamentação das decisões judiciais¹⁹.

Em que pese o posicionamento retro mencionado, é inegável que enquanto a lei é estática, os fatos sociais são mutáveis, e partindo das relações humanas surgem novos fatos e situações que podem não ser contempladas pelo direito já posto.

Portanto, uma legislação por mais moderna que seja, não supre todos os casos de incidência. E dentro deste contexto, é prejudicial a limitação ou restrição do instituto do dano extrapatrimonial apenas às regras do título II-A da CLT.

4.2 DA CONDUTA DANOSA E DA TITULARIDADE DA REPARAÇÃO

No artigo 223-B da CLT, o legislador aponta uma definição do dano de natureza extrapatrimonial e elenca os titulares do direito à reparação. Vejamos:

CLT. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Como se pode observar, o dispositivo repete o conceito de dano moral e acresce o de dano existencial, que é aquele que reprime a vida social e privada do trabalhador.

O dano existencial no Direito do Trabalho, conforme lecionam Boucinhas Filho e Alvarenga²⁰, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de conviver em sociedade; ou que o impede de executar seu projeto de vida, resumidamente, comprometendo sua realização pessoal e profissional.

Merece destaque a contradição da CLT ao garantir indenização pelo dano existencial, sendo que exclui a jornada de trabalho, um dos principais fatores para a causa desses danos se excessivas ou não remuneradas, das condições necessárias de higiene e segurança no trabalho, conforme regra do art. 611-B, parágrafo único:

¹⁹ Idem.

²⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti e ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. (http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx) – Acesso em: 10 out. 2018.

Art. 611-B. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Diante disso, a solução é afastar a aplicação do dispositivo acima, e reconhecer o dano existencial como passível de indenização.

Acerca da titularidade da reparação, temos que a vítima pode ser a pessoa física ou jurídica e que a vítima direta é a única titular da reparação.

De acordo com a Súmula 227 do STJ, já se reconhece que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, e assim extrapatrimonial. Agora o reconhecimento se faz também na CLT, visto que o princípio da hipossuficiência não é capaz de justificar o dano que o trabalhador cause ao empregador.

Todavia, a imposição de que o titular exclusivo da reparação do dano extrapatrimonial é apenas a vítima direta do dano, exclui a hipótese do dano em ricochete, conforme foi apresentado no capítulo 1 deste trabalho.

Nessa lógica, o dano extrapatrimonial sofrido por vítimas indiretas, como cônjuge e filhos do trabalhador não é da relação de trabalho e, portanto, não é indenizável. Vale ressaltar que no caso de morte do trabalhador, o dano sofrido pela família decorre da redução da renda pela perda do ente familiar, sendo assim um dano material e não do acidente de trabalho em si.

Como já discutido anteriormente, há situações que ensejam sim a titularidade de pessoas físicas ligadas de forma afetiva, econômica ou juridicamente ao trabalhador vítima direta. Sendo assim, não garantir a reparação a essas pessoas, principalmente no caso de morte do trabalhador, trata-se de uma injustiça que deve ser superada pela Justiça do Trabalho.

Com a exclusão da titularidade das vítimas indiretas para o pleito da reparação há violação à garantia constitucional de reparação do dano moral prevista no art. 5º, V e X da Constituição Federal, também já citado. Portanto, a CLT que deve obedecer a hierarquia do ordenamento jurídico não pode negligenciar tal reparação, sob pena de descumprir a Carta Magna.

4.3 BENS JURÍDICOS TUTELADOS DA PESSOA FÍSICA

Em continuidade o art. 223-C da CLT dispõe:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Trata-se de uma previsão dos bens jurídicos da pessoa física passíveis de tutela em qualquer relação de trabalho.

Alguns dos bens elencados decorrem do próprio art. 5º da CF, como a intimidade, a honra e a imagem. No entanto, com o uso do artigo definido “os” parece que a intenção do dispositivo é formar um rol exaustivo dos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, quando faz muito mais sentido que seja meramente exemplificativo, já que a Constituição da República abriga outras hipóteses de proteção à pessoa humana diante de discriminações com na base etnia, cor, origem, idade, entre outras.

4.4 BENS JURÍDICOS TUTELADOS DA PESSOA JURÍDICA

O legislador decidiu também por elencar, com base na Constituição Federal, os bens jurídicos que dizem respeito à pessoa jurídica, já que também possuem direitos, especialmente em relação a proteção à moral destas. Vejamos o art. 223-D da CLT:

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Da mesma forma que no artigo anterior, resta o questionamento acerca da instituição de um rol exaustivo ou exemplificativo dos bens jurídicos tutelados, já que não há menção à privacidade e à intimidade, por exemplo, citadas na definição de dano moral pela Constituição.

Marcus Lopes²¹ leciona que “a privacidade diz respeito ao sigilo das ações da pessoa” enquanto que a intimidade “se relaciona com a visão de mundo da pessoa

²¹ COELHO, Luciano Augusto e LOPES, Marcus Aurélio. **Justiça do Trabalho: novo regime do dano extrapatrimonial**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-do-trabalho-novo-regime-do-dano-extrapatrimonial-20112017> . Acesso em 03 nov 2018.

e com os sentimentos”, e então comenta que a violação da correspondência ofende a privacidade e a violação da liberdade de expressão ofende a intimidade.

Ainda que de modo exemplificativo, o rol de bens jurídicos inerentes à pessoa jurídica é útil para o intérprete aplicador da norma, pois serve de parâmetro para o enquadramento das eventuais situações que lhe forem apresentadas, lhes dando uma certa segurança jurídica.

4.5 DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO DANO

Em relação à responsabilização pelo dano, o artigo 223-E esclarece quem deve reparar pelo dano extrapatrimonial, no sentido de que o responsável é qualquer um que colabore na ação ou omissão da causa ao dano, independente da proporção de sua participação. Obviamente, a análise da proporção deve ser considerada como critério para fixação da reparação. Como se verá adiante, tal ponderação fica restrita pela lei.

Assim estabelece o art. 223-E da CLT:

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

A determinação da existência de ação ou omissão resulta na exclusão total da responsabilidade objetiva, fixando assim que a responsabilidade pela indenização do dano extrapatrimonial trabalhista é subjetiva, de forma que também possibilita a responsabilidade solidária ou subsidiária, decorrente de lei ou contrato.

4.6 DA CUMULAÇÃO DO DANO MORAL E DO DANO PATRIMONIAL

Num mesmo processo é possível pleitear a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais oriundos do mesmo ato lesivo. É o que dispõe o art. 223-F da CLT, seguindo a Súmula nº 37 do STJ:

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial

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

Súmula nº 37 do STJ. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Conforme se verifica no §1º, o juízo deverá discriminar os valores das respectivas indenizações na decisão fundamentada, não podendo fixar apenas um valor. Inclusive, segundo a Súmula nº 439 do TST, a partir dessa decisão de arbitramento ou de alteração do valor, deve ocorrer a atualização monetária.

Ademais, complementando o art. 223-B, danos emergentes e lucros cessantes podem ser utilizados como critérios para fixar e valorar os danos, deixando claro o legislador que não há prejuízo na avaliação do dano extrapatrimonial, já que possuem natureza jurídica diversa, desde que haja nexo causal entre o dano e a lesão.

4.7 DOS CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

O caput do art. 223-G determina que o juiz deverá considerar as circunstâncias do caso concreto, especificando-as, a fim de fixar o cabimento e o *quantum* da indenização. Segue abaixo as condições a serem analisadas:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juiz 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.

Fixar o valor da indenização dos danos extrapatrimoniais é um mister bastante complexo. Após a verificação do nexo causal entre a ação ou omissão e o

dano, estabelecer um valor pecuniário que corresponda a uma reparação integral através de parâmetros dotados intrinsecamente de subjetividade é uma árdua responsabilidade.

Todavia, diante da subjetividade dos critérios até então construídos e adotados pela doutrina e jurisprudência, a Lei nº 13.467 de 2017 resolveu positivar alguns deles e acabando por gerar controvérsias. Vejamos.

Considerando que no âmbito das relações trabalhistas, a necessidade que o trabalhador tem de continuar no emprego para prover seu sustento e de sua família é evidente, ao elencar a ocorrência de “perdão tácito ou expresso”, o legislador possibilita ao intérprete infelizmente considerar que o empregado ofendido que continue no emprego por algum tempo, ajuizando demanda posterior ao desligamento, já teria tacitamente perdoado o dano, o que é uma presunção.

No mesmo sentido, se considerarmos um empregador que se “retrata espontaneamente” apenas depois do ajuizamento da ação, teria ele o direito à redução da indenização? Parece que a lei dá brechas para o esquivo da reparação integral.

Quanto à análise da situação econômica das partes, há que se ter o cuidado de não se deixar o exagero influenciar e a indenização ultrapassar o razoável. Sugerindo o que deve ser considerado na fixação do montante indenizatório, Maurício Godinho Delgado (2002, p. 605) propõe a observância da equidade:

O montante indenizatório é fixado pelo órgão julgante através de um juízo de equidade. É claro que a sensatez (equilíbrio), equanimidade, isenção, imparcialidade devem operar sempre no exercício desse juízo de equidade. A partir dos critérios orientadores acima expostos, aferidos e cotejados com sensatez, equanimidade, isenção e imparcialidade, estima-se (a operação é de arbitramento) o valor compensatório pelo dano moral ou à imagem produzido. Tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em análise (art. 5º, V e X, CF/88).

Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 218), por sua vez, elenca uma série pressupostos que a doutrina e jurisprudência reúnem para fixação do quantum indenizatório, quais sejam:

- a) a fixação do valor obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente; compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e, pedagogicamente, combater a impunidade;
- b) é imprescindível considerar o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente ou doença ocupacional;
- c) o valor arbitrado não deve servir para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o empregador;
- d) o arbitramento deve ser feito com a devida prudência, mas temperada com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto da ciência jurídica;
- e) deve-se ter em conta a situação econômica das partes, especialmente para que a penalidade tenha efeito prático e repercussão na política administrativa patronal;
- f) ainda que a vítima tenha suportado bem a ofensa, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral tem por objetivo também uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator e a sociedade a punição exemplar para aquele que desrespeitou as regras básicas da convivência humana.

Por conseguinte, engessar os magistrados restringindo-os a critérios especificados em lei pode prejudicar a fixação da justa reparação, aliás, elogiada era a oportunidade que sempre tiveram de livremente fazer suas considerações em cada caso concreto.

Com a positivação dos critérios, vê-se uma tentativa de adoção do método bifásico do STJ comentado anteriormente, de forma que numa primeira fase são estabelecidos os bens jurídicos tutelados (art. 223-C e art. 223-D) e numa segunda fase lhes são atribuídos valores (art. 223-G) atribui os valores a tais bens jurídicos (2ª fase).

Sendo assim, na fixação da reparação a definição do bem jurídico e o seu valor estão restritas a estas duas fases, mesmo que as provas possam ser apreciadas de maneira ampla.

Nesse sentido, Marcus Lopes²² declara que o juiz não está livre para definir o valor da indenização, mas tem um apoio mais objetivo para justificar suas conclusões. E defende:

²² COELHO, Luciano Augusto e LOPES, Marcus Aurélio. **Justiça do Trabalho: novo regime do dano extrapatrimonial**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-do-trabalho-novo-regime-do-dano-extrapatrimonial-20112017> . Acesso em 03 nov 2018.

Com efeito, a maioria das decisões faz da fixação do valor das indenizações por danos morais um mantra, vaticinando que com base na gravidade da ofensa, condição pessoal da vítima e capacidade econômica do ofensor o valor da indenização correspondente a tal montante em dinheiro. Essa fórmula não significa justificativa, sendo apenas retórica para embasar pura arbitrariedade.

A nova lei apresenta inovação que precisa ser testada na prática judiciária e não pode ser descartada de plano, uma vez que serve como ferramenta útil na árdua tarefa de fixação do valor da indenização por danos morais.

4.8 DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COM BASE NO SALÁRIO DO OFENDIDO

Sobre o ponto mais polêmico do Título II-A da CLT, temos com o art. 223-G, §1º, incisos I até IV, a tarifação da indenização por dano extrapatrimonial.

Primordialmente, vale destacar que a ausência de uma limitação objetiva de valores para fixação do dano extrapatrimonial era objeto de elogios da doutrina. Nesse sentido, José Affonso Dallegre Neto (2014, p. 185) argumentava que:

A legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente.

A Lei da Reforma Trabalhista, porém, para regulamentar o tema e oferecer critérios objetivos para a indenização, resolveu adotar a criticável e já declarada inconstitucional em situações similares, como visto no terceiro capítulo deste trabalho, a opção pela tarifação da indenização. Segue o art. 223-G, §1º da CLT:

Art. 223-G, §1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I- a 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;

Ao utilizar de forma subsidiária o Código Civil, o juiz possuía o método do “livre arbítrio” para fixar o valor de reparação no caso concreto, levando em conta os critérios fornecidos pela doutrina e jurisprudência, principalmente com base no princípio da proporcionalidade e verificação da extensão do dano.

Com a nova lei, a fixação do valor da indenização se dá de acordo com o grau da ofensa sofrida. Se de natureza leve será fixado o pagamento de até três vezes o último salário contratual do ofendido; se de natureza média, até cinco vezes; se de natureza grave, até vinte vezes; e por fim, de natureza gravíssima até cinquenta vezes.

Esta tarifação torna um tanto sem sentido o que fora estabelecido no caput do próprio artigo 223-G, que define as considerações a serem feitas para valorar a fixação da indenização, pois o juiz ao analisar cada uma daquelas circunstâncias, pode desde já, chegar a uma importância pecuniária diferente da estabelecida em cada teto de grau de ofensa.

O que acaba ocorrendo é que o valor fixado pelo juiz delimita o dano de acordo com o suposto grau de ofensa, e não o contrário. Ou seja, o verdadeiro limite, de fato, que a lei impõe, é o valor máximo a ser indenizado, sendo o de 50 vezes o último salário contratual do ofendido.

Aliás, a tentativa de tarifação segundo a gravidade da ofensa continua sendo uma forma subjetiva de valoração, uma vez que não há como definir objetivamente o que seria uma ofensa de natureza leve, média, e assim por diante, pois a lei não traz estes conceitos, ratificando assim, o enquadramento do valor encontrado primeiramente pelo juiz ao grau de ofensa.

Se o caput do artigo já oferece as circunstâncias a serem examinadas pelo magistrado, para agravar ou atenuar o caso, é melhor que a fixação do valor seja arbitrada livremente pela razoabilidade do juízo, que na verdade só encontrará o grau da lesão apenas depois de já ter intimamente chegado um valor para a reparação.

Não só bastasse a limitação, esta é feita com base no salário contratual do ofendido, o que é uma grave e evidente violação ao princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, a indenização deixa de ser fixada com base no próprio dano, para ser fixada de acordo com o salário do trabalhador, fazendo com que perca de certa forma sua natureza extrapatrimonial.

A valoração com base no último salário contratual do ofendido gera injustiça ao passo que em situações idênticas, o valor da indenização pode ser diferente, já que existem trabalhadores com diferentes cargos e salários.

Renata Fleury²³ para demonstrar a discriminação causada pela valoração com base tão somente no salário contratual, exemplifica com a possibilidade de:

(...) um diretor de uma empresa sofrer a mesma ofensa que um auxiliar de limpeza e, no entanto, com base em seus últimos salários percebidos, variarem as indenizações de modo drástico, de modo a ser claramente discriminatório, pois a indenização por dano moral que deveria reparar a ofensa a um direito da personalidade da pessoa será, em verdade, mais um objeto de discriminação ao ofendido em seu ambiente de trabalho, havendo duas vezes a ofensa a sua moral.

Nesse contexto, é como se o sofrimento de cada ser humano pela ofensa à sua moral pudesse ser medido pelo seu salário. Pior ainda, a dor do menos remunerado é menor que a do que a daquele que a sofre maior renda, algo totalmente desproporcional e fora do senso de justiça.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso V, que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, ou seja, indica que há uma proporcionalidade entre a ofensa e a reparação, traduzida pelo princípio da reparação integral, em vez do uso da tarifação, que na verdade institui uma punição ao ofendido.

Dessa forma, a Constituição Federal ao dar base ao princípio da reparação integral afasta o uso de critérios rígidos e inflexíveis, fixados em lei. Nesse sentido é que declara o Recurso Extraordinário nº 447.584 pelo STF, para o qual *“toda espécie de limitação prévia, e abstrata ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República”*.

Novamente Renata Fleury exemplifica para ilustrar a desigualdade²⁴:

²³ FLEURY, Renata. **O dano moral na Reforma Trabalhista.**: Inconformidade constitucional. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042-O+dano+moral+na+Reforma+Trabalhista+Inconformid> . Acesso em: 19 nov. 2018.

²⁴ Idem.

Acidente com o elevador de uma obra vertical com duas pessoas em seu interior, causado por falta de adequada manutenção, com a paraplegia de ambos. Um é trabalhador do local e o outro um visitante, sem vínculo qualquer com o dono do empreendimento. A família deste último não terá sua dor tarifada e poderá receber, sob a égide da legislação civil, indenização em patamar acima das cinquenta vezes o valor dos benefícios do regime geral da previdência social, ao passo que o empregado, sujeito à alterada Consolidação das Leis do Trabalho, estará limitado ao que determina a legislação trabalhista – *quid jus?*

Nesse cenário ocorre uma desvalorização dos trabalhadores porquanto são tratados como uma outra categoria de cidadãos, com direitos restritos. Explica a autora retro citada que “a lei os impõe uma condição social inferior, marcada pela desvalorização do trabalho e da dignidade do trabalhador”.

Também acrescenta que no âmbito do direito, é imposto um critério ao juiz do trabalho que não existe para os juízes da justiça comum ou federal, sendo ainda mais descabido já que a justiça do trabalho “julga causas de natureza alimentar, decorrentes da relação de trabalho em que uma das partes é hipossuficiente, não há sentido em que justamente esse órgão fique privado da possibilidade de livremente analisar os parâmetros para fixação de danos morais”.

O uso dos critérios adotados pela doutrina e jurisprudência no livro arbítrio pelo juiz destoa da tarifação legal, e é capaz de atender de forma eficaz a reparação integral, preservando a essência da reparação dos danos extrapatrimoniais.

Nos termos do art. 944 do Código Civil Brasileiro:

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.

Essa lógica é que segue o disposto no art. 5º da Constituição Federal, em que o arbitramento deve considerar a extensão do dano e prejuízos sofridos, a capacidade econômica dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter repressivo da indenização, para fixar a indenização que se afigure mais justa no caso concreto.

Certo é que a dignidade humana não tem preço, nem o prejuízo moral sofrido, todavia, o valor encontrado para a reparação não pode ou deve ter ligação exclusivamente com as funções exercidas pelo trabalhador e a renda que auferir,

sendo a equidade indispensável para a promoção da justiça, e a tarifação rebate o princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Prosseguindo a análise do art. 223-G, no §2º dispõe-se a forma de indenização à pessoa jurídica. Vejamos:

§ 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.

Com este dispositivo, admite-se que a indenização devida por um trabalhador a uma empresa calcula-se pelos mesmos parâmetros de uma indenização devida por uma empresa (de pequeno a grande porte) a um trabalhador, o que pode transparecer desarrazoado, e não ter os efeitos pretendidos de repressão, por exemplo.

Por fim, no §3º do art. 233-G regula-se a questão da reincidência:

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

Depreende-se do dispositivo acima que a reincidência cometida por uma empresa, que pode possuir diferentes pessoas detentoras dos poderes empregatícios, por exemplo, somente é reconhecida se for contra o mesmo trabalhador.

Nesse caso, o combate à prática de ofensa aos danos extrapatrimoniais deixa de ser melhor realizado, tendo em vista que um chefe de departamento de uma empresa, exemplificando, poderá ofender a moral de vários trabalhadores, e assim não será reconhecida a reincidência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como fito analisar quais os critérios para concessão de uma reparação justa e integral aos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho.

Para isso, teve como objetivo geral a abordagem do novo regramento da Lei nº 13.467/2017 no tocante à inserção do Título II-A na Consolidação das Leis Trabalhistas e a discussão sobre cada um de seus dispositivos, com análises feitas pela doutrina e juristas que atuam na seara trabalhista.

Como objetivo específico, a pesquisa apoiou-se na crítica estabelecida aos critérios adotados pelo Título II-A da CLT na fixação da reparação ao dano extrapatrimonial, principalmente à estratificação dos danos e determinação de um teto para suas reparações, baseando-se nos ditames constitucionais e na interpretação sistêmica do ordenamento jurídico. Além disso, expor e sugerir os critérios mais adequados para a justa reparação.

Diante dos argumentos reunidos pela doutrina e jurisprudência, e pela interpretação da Constituição Federal de 1988, foi possível concluir que o sistema de fixação dos danos extrapatrimoniais proposto pela Lei da Reforma Trabalhista é ineficaz e discriminador.

O instituto da indenização por danos extrapatrimoniais no direito do trabalho deve ser amplamente discutido, respeitado e concretizado, tendo em vista que a Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e garante aos trabalhadores e também às pessoas jurídicas, proteção aos direitos de sua personalidade, dignidade, privacidade e outros bens inerentes.

Esses valores pessoais se destacam ainda mais quando dizem respeito à dignidade do trabalho, princípio basilar dos direitos sociais prescritos no artigo 5º, inciso XIII e caput do artigo 6º da Carta Magna, e também ao seu valor social também elencado como fundamento da República em seu artigo 1º.

Sobre a necessidade da reparação, viu-se que esta deve se dá de maneira integral, compensatória e pedagógica, sem violar o princípio da isonomia e da proporcionalidade, conforme determinação constitucional.

Nesse viés, chega-se à conclusão de que o método sugerido pela Lei da Reforma Trabalhista de tarificação dos danos extrapatrimoniais além de ineficaz é inconstitucional, e assim deve ser declarado.

Os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência são capazes de subsidiar o magistrado no livre arbitramento dos valores das reparações, que fará a análise de cada caso concreto, dentro de seu juízo de ponderação.

Por conseguinte, consagra-se a importância da pesquisa para ressaltar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como norteadores da justa reparação, bem como a reunião de critérios objetivos, mas não delimitadores para a análise das circunstâncias do caso concreto e fixação do *quantum* reparatório, a exemplo das condições socioeconômicas do ofendido, do ofensor, benefícios obtidos com o ilícito, entre outros.

Outrossim, constatou-se a relevância da análise das circunstâncias agravantes e atenuantes como aspectos variantes da fixação do *quantum* indenizatório, como a intensidade ou grau de culpa; a concorrência de culpa; a gravidade objetiva da ofensa; a intensidade da dor da vítima; os reflexos pessoais e sociais do ato, a extensão e duração das consequências da ofensa, os meios que possibilitaram a ofensa e o esforço para minimizá-la.

Seguindo tais critérios, mais justa se faz a reparação ao dano extrapatrimonial no âmbito do direito do trabalho, à medida que se funda nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade e em parâmetros elencados pela doutrina e jurisprudência capazes de melhor adequar-se ao caso concreto na totalidade de seus aspectos.

REFERÊNCIAS

_____. **Código de Hamurábi.** Disponível em: <http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf> . Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Manusrti - Código de Manu.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu2.htm> . Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei das XII Tábuas.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm> . Acesso em: 10 ago. 2018.

BARDINI, Heloisa. **Dano moral no direito comparado.** 2013. 211 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2013

BARROS, Lorena Pinheiro; BORGHOLM, Danielle. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de mensuração do dano moral.** Disponível em <http://www.lfg.com.br> . Acesso em 22/11/2018.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Critérios Para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais.** Revista de Direito (Viçosa), v. 6, p. 143-170, 2014.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v.73, n.2, p. 158-185, abr./jun. 2007.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti e ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho.**(http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx) – Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm . Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm .Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1208949/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça”. REsp 1076160/AM. Rel. Min. Luíz Felipe alomão. Quarta Turma. DJe 21/06/2006.

CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3ª Ed. São Paulo: RT. 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**, 4ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Editora Método, 9ª edição, São Paulo, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Luciano Augusto e LOPES, Marcus Aurélio. **Justiça do Trabalho: novo regime do dano extrapatrimonial**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-do-trabalho-novo-regime-do-dano-extrapatrimonial-20112017> . Acesso em 03 nov 2018.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2002.

FLEURY, Renata. **O dano moral na Reforma Trabalhista**.: Inconformidade constitucional. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042-O+dano+moral+na+Reforma+Trabalhista+Inconformid> . Acesso em: 19 nov. 2018.

FLORINDO, Valdir; **Dano Moral e o Direito do Trabalho**; LTr editora, São Paulo, 2ª edição; 1996.

GAGLIANO. Pablo Stolze; FILHO. Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 7.ed. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 17ª ed., 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm> Acesso em: 22/11/2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 3. ed. rev., ampl. e atual. — São Paulo : LTr, 2007.

PIZARRO, Ramon Daniel. **Daño moral: prevención, reparación, punición**. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Reforma Trabalhista - Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial. Parte 1**. 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/510997744/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-1> . Acesso em: 25 nov. 2018

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Dano moral**, 4^a ed., São Paulo, ed. Juarez de Oliveira, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v. IV – Responsabilidade Civil**, 12^a Ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647&revista_caderno=7>. Acesso em nov 2018.