

A TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

SANTOS, Franciele Alves dos¹
AGUERA, Pedro Henrique Sanches²

RESUMO:

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) teve significativas modificações no ano de 2017, uma delas foi o artigo 223-G, o qual instituiu o sistema de quantificação tarifário do valor da indenização de danos extrapatrimoniais. Anteriormente, a justiça trabalhista, por falta de expressa previsão legal, utilizava o sistema aberto de quantificação de maneira subsidiária, pois este é inerente ao Direito Civil. Porém, com a vigência da reforma trabalhista, a justiça do trabalho passou a se adequar ao sistema tarifário, o qual trouxe parâmetros específicos na lei para sua aplicação. Entretanto, a alteração gerou discussão na doutrina e na jurisprudência sobre sua constitucionalidade, pois, esta alteração, tem como base de cálculo, o salário do ofendido, o que pode afrontar alguns princípios que estão presentes na Constituição Federal (CF), tal como a igualdade. Inclusive, resta-se comprovado os impactos na justiça do trabalho, em razão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram postuladas, e, uma delas, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), e a outra pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A partir desta temática, será discutido, no presente artigo, a constitucionalidade do artigo mencionado, bem como outros elementos necessários para maior compreensão do tema, como o histórico e conceito de dano, assim como seus objetivos e, por fim, os meios jurídicos de correção da inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: dano, tarifação, indenização.

THE EXTRAPATRIMONIAL DEMAGE ON LABOR JUSTICE

ABSTRACT:

The Consolidation of Labor Laws (CLT), had meaningful modifications in 2017, one of them was the article 223-G, that instituted the system of tax quantifications of the value of the indenization of extrapatrimoniais damages. Previously, the labor justice, because of the lack of the express prevision law, used to use the open system of quantifications on a subsidiary way, because this one is inherent of the Civil Right. But, with the vigency of the labor reform, the labor justice started to adapt the tax system that has brought specific parameters in law for its application. However, the alteration had created discussion in the doutrine and in the jurisprudence about its constitutionality, because this alteration has as base of calc, the aggrieved's salary, what can afront some principles that are presents in the Federal Constitution (CF), just as the equality. By this way, is comproved the impacts in the labor's justice, in the reason os the Directions Actions of Inconstitutionality that were postulated, and, one of them, filed by the National Associations of the Labor Magistrated (ANAMATRA), and, the other one, filed by the Order of Lawyers of Brazil (OAB). By this theme, will be discussed, in the present article, the constituicionality about the mentioned article, just as other necessary elements for a bigger comprehension about the theme, as the historic and concept of damage, just as its goals, and, finally, the juridic ways of correction of the constitutionality.

KEYWORDS: damage, work, indemnity.

1 INTRODUÇÃO

O âmbito do trabalho é um dos mais favoráveis a conflitos, e isto é demonstrado pela frequência de embates entre o empregador e o empregado no sistema judiciário. Por ora, grande parte

¹Franciele Alves dos Santos, e-mail: fasantos5@fag.edu.br

²Pedro Henrique Sanches Aguera, e-mail: ph_sanches@hotmail.com

um grande número de pessoas, o qual deve ser discutido e aperfeiçoado para alcançar a melhor aplicação possível em prol do benefício coletivo. Portanto, é evidenciado que as relações de trabalho devem estar equilibradas para melhor desenvolvimento socioeconômico, pois existe um embate entre os direitos da personalidade e as bases que norteiam a economia nacional.

Das relações de trabalho podem ocorrer diversas lides. Uma delas é a do dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, o qual ofende a intimidade, a existência da pessoa, causando angústia e aflição, tornando-se necessário que o Magistrado quantifique a indenização devida. A quantificação em pecúnia do dano extrapatrimonial ainda é algo difícil de ser alcançado, pois existem dois sistemas que tem por propósito a solução de tal conflito, sendo eles o sistema aberto, atualmente adotado no processo civil brasileiro, o qual não contém valores preestabelecidos, ficando a critério subjetivo do magistrado, e o sistema tarifário no qual se encontra valores fixados em lei, em que o magistrado deve aplicá-lo de acordo com o caso concreto, desde que observados os limites prefixados.

Após as alterações realizadas na CLT, em 2017 foram estipulados parâmetros para valorar o dano extrapatrimonial sofrido pelo empregado, no qual o valor indenizatório é constituído com base no último salário recebido. Ademais, foi estabelecido um limite de até cinquenta vezes o último salário do ofendido, ou seja, foi adotado o sistema tarifário de quantificação.

Subsistem pontos favoráveis ao sistema tarifário. O ponto mais benéfico é o afastamento da subjetividade em virtude do fato de existirem valores preestabelecidos, o que traz mais segurança do que se basear em parâmetros genéricos, pois este, acaba em resultar numa maior efetividade para julgar casos semelhantes, visto que, o critério não é mais algo intersubjetivo do Juiz, tornando-os menos díspares.

A dimensão do tema advém de que a alteração adotada pode proporcionar uma desigualdade de tratamento, tendo em vista que o mesmo caso pode acarretar resultados dissímeis para a mesma situação de fato e de direito, em razão da diversidade de salários que integram as relações trabalhistas. Outrossim, a limitação pode impedir que o dano sofrido seja indenizado em sua integralidade. Consequentemente, a inovação trazida pela CLT, em seu artigo 223, alínea 'g', pode estar eivado de inconstitucionalidade por não ser compatível com os princípios constitucionais, como por exemplo a isonomia e a proporcionalidade. Desta maneira, a problemática jurídica da situação narrada questiona se a reforma trabalhista, que ocorreu em 2017 alterando o artigo 223- alínea 'g' da CLT, está de acordo com os princípios constitucionais.

Deste modo, o presente artigo tem por objetivo discutir qual dos sistemas de quantificação é mais adequado aos preceitos constitucionais. Verifica-se que o tema citado é de significativo debate, pois está vinculado a uma esfera que tem grande impacto na sociedade, como é o direito do trabalho.

Tendo em vista que a maior parte da população tem uma relação de emprego ativa, em que podem ocorrer conflitos que resultem em acionar o judiciário, este deve estar preparado para atender as demandas da melhor maneira possível seguindo os ditames constitucionais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Histórico do Dano Extrapatrimonial

O dano pode ferir a moral, a qual consiste em algo subjetivo do ser humano, na qual pode ser referenciada, também, a honra. A honra, como algo inerente da pessoa, passou a ser objeto de discussões já na antiguidade, em vista que sucedeu a ser protegida por códigos, como maneira de que aquele que se sentiu ofendido pudesse ter sua ofensa reparada, mesmo que em alguns casos de forma vingativa.

A honra acompanha o sujeito desde a antiguidade, e a sua reparação é discutida desde Antes de Cristo. Um exemplo é o Código de Hamurabi, que teve por vigência 1792-1750 a.C., no qual continha dispositivos que estabeleciam o pagamento de ciclos de prata, moeda vigente da época, em casos vexatórios, inclusive algumas penas com intuito de reparar o dano moral previam maneiras diversas da pena pecuniária, tal como raspar metade do cabelo (MARTINS, 2018). Inclusive, de acordo com Lima o código citado continha cerca de 282 dispositivos legais que tratavam da defesa daquele denominado mais fraco, havendo o direito a reparação do ofendido pelo mais forte (ÂMBITO JURÍDICO, 2016).

Outrossim, Lima evidencia que no Brasil, uma referência foi o Código Civil de Clóvis Beviláqua, que procurou a proteção do indivíduo, incluindo direitos relacionados a honra. Além disso, cita-se, também, a Constituição Federal de 1988, como sendo o resultado de ambições de um povo oprimido pela ditadura militar, que garantiu que a dignidade da pessoa humana se tornasse uma das bases do atual ordenamento jurídico (ÂMBITO JURÍDICO, 2016).

Levando-se em conta o que foi observado, a Constituição além de reforçar significativamente o direito à indenização por danos no âmbito civil, garantindo a dignidade da pessoa humana, instaurou maior segurança para as relações de trabalho.

Prosperaram, a partir da Constituição de 1998 no que está assentou em definitivo a indenizabilidade do dano moral, as ações de reparação do dano moral em decorrência das relações de trabalho, envolvendo empregador e empregado, e que, no direito anterior, já vinham sendo admitidas com fundamento do direito comum (CAHALI, 2005, p. 528).

Resta-se observado que a indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho, foi o resultado de uma evolução que perdurou anos, além de advir de áreas diversas do direito, como o direito civil e direito constitucional, evidenciando a interdisciplinaridade do direito além de sua unicidade.

Ainda, é significativo discorrer sobre as teorias que abarcaram grandes discussões doutrinárias em decorrência da evolução do dano extrapatrimonial ao longo do tempo, sendo elas a teoria negativista e a teoria positivista. Dessa forma, de acordo com Zaar (2014) os defensores da teoria negativista argumentam que a angústia sofrida pela vítima não poderia ser quantificada em valores monetários, tendo em vista que algumas pessoas são mais sensíveis que outras, além disso em razão da impossibilidade da sua valoração, causaria enriquecimento ilícito ao ofendido, sendo assim nada se indenizava.

Por outro vértice, a teoria positivista entende que é possível o pagamento de indenização do dano extrapatrimonial, já que a reparação pode ter uma função de proporcionar, aos lesados, meios para superar todo o tormento sofrido, posto isto, seu cunho é compensatório (ZAAR, 2014).

Atualmente, observa-se a prevalência da teoria positivista no ordenamento brasileiro, pois esta foi consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V e X no qual assegura o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

É exequível a observância que a indenização do dano extrapatrimonial se adequou ao longo do tempo no direito brasileiro, bem como na sociedade, o que resultou em discussões em muitas áreas jurídicas, porém somente a partir da materialização na Constituição Cidadã passou a ter mais convicções sobre sua aplicação.

2.2 Conceitos e objetivos do dano patrimonial e extrapatrimonial

Primeiramente, torna-se necessário um conceito genérico da palavra “dano”, tendo em vista que não é um tema exclusivo do Direito do Trabalho. Por ora, o dano é interdisciplinar, pois é intrínseco à Responsabilidade Civil. Acrescenta-se que é possível ter influência no Direito Previdenciário como nos casos de acidente de trabalho.

Na opinião de Stolze e Pamplona Filho (2013), o dano consiste em uma lesão causada a algum bem jurídico tutelado, sendo ele de natureza patrimonial ou não, o qual é resultado de uma ação ou omissão. Além disso, o dano é um prejuízo, algum malefício de qualquer natureza causado a outrem, que pode ocorrer por uma conduta comissiva ou omissiva.

Como citado anteriormente, existem variáveis de danos, porém, de maneira tradicional, a doutrina classifica essas variáveis em dano material e dano moral, também denominados dano patrimonial e extrapatrimonial, sucessivamente. O dano patrimonial é aquele que afeta economicamente o ofendido, o qual causa lesões a bens materiais, bens corpóreos aferidos e valores econômicos, podendo ocorrer de maneira total ou parcial. Além disso, abrange possíveis ganhos não alcançados em razão da violação sofrida. Para Maria Helena Diniz, o dano patrimonial consiste em:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios (2006, p. 71).

Ou seja, o dano patrimonial está diretamente ligado à economicidade do ofendido. Por ora, abrange perdas pecuniárias, tais como, os danos emergentes e lucros cessantes.

O dano extrapatrimonial difere do patrimonial, considerando que este não abrange valores econômicos, mas sim emocionais. Por conseguinte, o dano extrapatrimonial afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual do ofendido, sendo que sua atividade é no âmbito dos direitos da personalidade, o que resulta em uma dificuldade em estabelecer uma recompensa justa (VENOSA, 2013).

Na opinião de Martins (2018), o dano é a consequência de uma lesão, a qual resultou em sentimentos de dor, angústia e aflição da vítima, podendo acarretar problemas psicológicos e até mesmo insuficiência no ambiente de trabalho, assim como prejuízo em suas atividades. Verifica-se que, enquanto o dano patrimonial é aquele que ofende bens corpóreos e suscetíveis de valoração pecuniária, o dano extrapatrimonial decorre de maior complexidade pela razão de afetar algo não tangível como é a moral humana e a subjetividade do indivíduo.

Por mais que possa acarretar danos psicológicos, não abrange somente este. De acordo com Venosa,

O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores (2014, p. 41).

Resta-se demonstrado que para alguns doutrinadores de direito, o dano moral não está diretamente ligado a questões psicológicas, mas sim à dor da moralidade que foi ofendida, a qual pode ocasionar danos à psique. Entretanto, não é inerente ao dano extrapatrimonial, ou seja, em um processo judicial não existe a necessidade de análise de perito para que sejam comprovados os danos psicológicos, sendo fundamental somente legitimar o dano à moral do ofendido.

Assim como os conceitos de danos morais e danos materiais são contrapostos, seus objetivos também são. O objetivo da indenização do dano patrimonial é a tentativa de reparar o que a vítima perdeu efetivamente nos casos de danos emergentes e recompensar o que ela poderia ganhar em se tratando de lucros cessantes, ou seja, a remuneração efetuada como indenização para o dano extrapatrimonial tem por objetivo retornar à situação anterior ao patrimônio lesado (MARTINS, 2018).

No caso da reparação do dano extrapatrimonial não há a possibilidade de voltar ao estado anterior que se encontrava, uma vez que se trata de ofensa a elemento psíquico da pessoa. Portanto, seu objetivo de acordo com Martins (2018, p. 36) é “(...) recompensar a dor sentida pelo ofendido”. Em adição, elucida Favaretto que a reparação do dano moral contém três funções norteadoras, sendo elas: a compensação da lesão sofrida no âmbito personalíssimo, a punição do causador do dano e prevenção da realização de novos eventos danosos, abrangendo o agente que praticou a lesão e a sociedade (JUSBRASIL, 2013).

Por ora, o caráter punitivo da indenização do dano extrapatrimonial advém do fato de que, em alguns casos, a condenação ao pagamento de indenização serve como consolo para a vítima, principalmente para aquelas que tem poder aquisitivo maior, no qual o valor em pecúnia não contém tamanha relevância. Sendo assim, é uma maneira da vítima ter o sentimento de que a justiça foi atingida. Para Farias; Rosenvald e Netto (2014, p. 347), o valor em dinheiro tem como função satisfazer a vítima, como uma forma de compensar o ofendido, por mais que não seja de uma maneira perfeita, em razão de que não irá tirar a situação do mundo dos fatos, mas consegue atingir a uma finalidade.

Em virtude dos fatos mencionados, o objetivo da reparação do dano consiste em ressarcir algum prejuízo sofrido, seja ele patrimonial ou moral, além de prevenir a prática reiterada de eventos danosos, pois contém caráter pedagógico. Tais reparações são significativas no âmbito jurídico e social, em razão da facilidade em que conflitos podem surgir. Portanto, é de expressiva relevância o aperfeiçoamento desta temática.

2.3 A tarifação do dano extrapatrimonial de acordo com a reforma trabalhista e seus reflexos na competência no direito do trabalho

Como citado anteriormente, o dano moral não é exclusivo da área trabalhista, visto que no âmbito civil, existe a responsabilidade de indenizar por parte daquele que causam danos, no direito do trabalho já existiam previsões sobre o tema antes da reforma, mas a discussão não era de forma tão aprofundada, pois era usado o direito civil de maneira subsidiária naquilo que não fosse contrário ao texto da CLT.

Sendo assim, a indenização por danos extrapatrimoniais não era alheio à CLT, dado que, em seu artigo 408, havia o consentimento para o ressarcimento de prejuízos que decorressem do fim de contrato a termo antes da data prevista. Assim como nos casos de rescisão contratual indireta (CLT. Art. 483, alínea “e”) e resolução do contrato em decorrência de ações que lesavam a honra (CLT. Art. 482, alínea “k”) (LEITE, 2019).

Previamente, cabe esclarecer algumas teorias acerca da indenização do dano moral. As principais são denominadas sistema aberto e sistema tarifário. Para o sistema aberto, o magistrado avalia o caso concreto e a partir de indicadores que estão previstos na lei, estabelece o quantum indenizatório, ou seja, é uma avaliação subjetiva realizada pelo juiz, que tem por objetivo satisfazer a lesão sofrida pela vítima, enquanto que no sistema tarifário existe um valor preestabelecido por lei, no qual o juiz aplica no caso em questão, desde que observados os limites determinados (MORAES; SOBRINHO, 2014).

Conforme demonstrado, no sistema aberto há presença de subjetividade, já que o magistrado tem maior liberdade para estipular a pecúnia referente à indenização, porém, respeitando os indicativos presentes na legislação. De acordo com Martins (2018, p. 138) “o juiz vai fazer o juízo de equidade para fixar a indenização, analisando cada caso em concreto para fazer justiça. Não haverá um valor preestabelecido ou uma importância tarifada”.

No que tange ao sistema tarifário, o critério é objetivo, pois seus limites estão prefixados. Desta maneira, além de estabelecer indicativos, ocorre também a definição de limites. De acordo com Kumode (2002), “o sistema tarifário admite que o valor da indenização se encontra predeterminado e cabe ao Magistrado aplicá-lo ao caso concreto, atentando para os limites fixados em lei, considerando as peculiaridades de cada situação”.

Levando-se em conta o que foi observado, é possível notar que após a reforma trabalhista, foi adotado o sistema tarifário de quantificação para indenização na justiça do trabalho, ficando estabelecido em lei, os parâmetros para o magistrado, primeiramente, na CLT, no artigo 223, alínea ‘g’ e em seus incisos, a qual estabelece que quando apreciar o pedido, deverá levar em consideração a natureza do bem jurídico, a intensidade do sofrimento ou humilhação, a possibilidade de superação

física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, o perdão, tácito ou expresso, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa.

Todavia, o que realmente evidencia o uso do sistema tarifário é o parágrafo 1º do artigo supramencionado, pois o método de fixar o valor da indenização será de acordo com o salário do ofendido, estabelecendo-se da seguinte maneira: ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido e ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido, sendo, inclusive, vedada sua cumulação. Nota-se que a justiça do trabalho adotou um sistema diferente da responsabilidade no âmbito civil, pois esta, se utiliza do sistema aberto.

Tendo em vista os aspectos apresentados, é possível verificar uma modificação de quantificação do valor indenizatório no direito do trabalho nos últimos anos, que tem por objetivo melhorar e padronizar os valores a serem indenizados. Todavia, existem divergências doutrinárias sobre qual deles é o mais adequado ao cenário jurídico brasileiro além de sua constitucionalidade.

Finalmente, no que diz respeito a opiniões favoráveis ao sistema tarifado, Theodoro Júnior entende ser mais benéfico, com os seguintes fundamentos

(...) evitar-se o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de lege ferenda, seria o dispor-se em lei acerca dos parâmetros e tarifas, sempre flexíveis para que as peculiaridades do caso concreto pudessem ser valorizadas pela sentença (THEODORO JÚNIOR apud MELO, 2004, p. 167).

Ou seja, por mais que existam parâmetros prefixados, estes devem conter flexibilidade, a fim de que o Magistrado tenha liberdade, dentro das limitações previstas em lei, para conseguir adaptar ao caso em concreto. Aliás, a nova regra trazida pela CLT, que pertence ao sistema tarifário, contém critério objetivo como método para fixar a indenização pelo juiz, o que é positivo, pois evita que o quantum indenizatório seja excessivo (MARTINS, 2018). A partir do apontamento dos doutrinadores, constata-se duas grandes vantagens do sistema tarifário: primeiramente afasta o excesso de subjetivismo do julgador, em razão das limitações e evita um valor indenizatório imoderado, pois o valor máximo já está estipulado pelo legislador.

Em contra ponto, uma parcela da doutrina entende que o sistema aberto é mais conveniente para estipular o valor para a indenização, assim como narra Kumode

Os adeptos do sistema aberto, tais como Maria Helena DINIZ, José de Aguiar DIAS, Carlos MAXIMILIANO, Yussef Said CAHALI, acreditam que a quantificação do dano moral deva ficar a cargo do arbítrio do magistrado, justamente por ser da própria essência do dano moral, a subjetividade deste. Não existe a possibilidade de tarifá-lo, segundo esses autores, razão está pela qual, a fixação do quantum indenizatório deva ficar sob a responsabilidade do magistrado, que utilizará critérios subjetivos para avaliar a extensão do dano e o valor de sua consequente reparação (2002, p. 38).

O sistema aberto e o tarifário abordam a subjetividade de maneira opostas, o tarifário vê o subjetivismo de maneira maléfica como citado anteriormente, porém o sistema aberto contempla tal característica como inerente ao dano extrapatrimonial, visto que é necessário para avaliar a extensão do dano em análise ao caso concreto, ficando a encargo do magistrado.

De acordo com Neto (2010), “não há dúvida que o melhor critério para arbitrar o dano moral é aquele em que o magistrado se coloca no lugar da vítima”, o que é possível constituir de maneira mais fácil pelo sistema aberto, no qual há indicativos de como estabelecer o valor da indenização em vez de estabelecer limites.

Segundo LEITE (2019), a alteração analisada pelo legislador pretendia afastar a aplicação das normas presentes no Código Civil. Isso se evidencia em razão do que diz o artigo 223-A da CLT, pois este narra que será aplicado apenas os dispositivos presentes no título mencionado, no que tange à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações empregatícias. Todavia, deve se ater ao Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que dispõe que este deverá observar os valores e normas impostos pela Constituição Federal.

Em consequência

(...) os arts. 223-A a 223-G devem ser interpretados conforme os valores, princípios e regras da Constituição Federal e do Código Civil, sempre que implicarem melhoria da condição social, econômica e ambiental dos trabalhadores (CF, arts. 1º, 5º, 7º, caput, 200, VIII, e 225) (LEITE, 2019, p. 86).

A CLT deve manter observância da Constituição Federal e resguardar seus princípios, o que para alguns doutrinadores não ocorreu com a adoção do sistema tarifário no título do dano extrapatrimonial da referida norma.

No que tange os princípios que norteiam o dano extrapatrimonial, este tem como principais a dignidade da pessoa humana, a igualdade, e a reparação integral. O princípio da dignidade da pessoa humana, que tem previsão no artigo 1º, inciso III da CF, é um dos basilares de todo o ordenamento jurídico. Para Paulo e Alexandrino (2017, p. 90) “são vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade da pessoa humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à

intimidade, à honra e à imagem”, assim descrito o direito a honra, que pode ser ofendida sendo objeto de dano, é resultante do princípio da dignidade.

Quanto ao princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, CF), este tem por objetivo que os iguais que se encontram em equivalência sejam tratados de maneira igualitária, enquanto os desiguais, na medida de sua desigualdade. Do princípio mencionado decorrem muitos outros, inclusive a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão (art. 7º, inciso XXX da CF) (PAULO, ALEXANDRINO, 2017).

Sobre o princípio da reparação integral do dano, este tem previsão no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 944 o qual menciona que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, o magistrado deve buscar uma decisão que, após analisado, o dano causado seja integralmente indenizado, o que é melhor atendido pelo sistema aberto, pois no sistema tarifário fica estabelecido um limite máximo de indenização, não podendo ultrapassá-lo, ou seja, corre o risco do dano não ser indenizado na sua integralidade caso o valor em pecúnia deste ultrapasse aquele previsto em lei.

Como citado anteriormente, a fixação dos valores da indenização ocorre sobre o salário do ofendido, o que, para Martins (2010, p. 147), “haveria desigualdade na fixação de tais critérios. Pelo mesmo fato, dois empregados poderão receber indenizações diferentes em razão de que percebem salários diferentes”. Desta forma, ocorre a desconsideração do princípio da igualdade presente no artigo 5º da Constituição Federal.

Compartilhando posicionamento semelhante, para Carlos Henrique Bezerra Leite,

O art. 223-G, criado pela Lei 13.467/2017, estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação (2019, p. 88).

Nota-se que a maior fragilidade quanto a sua constitucionalidade, está diretamente ligada à base do dano extrapatrimonial ser sobre o salário do ofendido, de maneira que o dano causado à pessoa é valorado a partir de sua classe social, em que pese, a mesma situação pode ter indenizações diferentes, assim propiciando, ainda mais, a desigualdade de tratamento em razão do poder aquisitivo.

Ante os argumentos apresentados, é possível verificar que ambos os sistemas de valoração da indenização do dano extrapatrimonial, contêm vantagens e desvantagens, todavia, deve ocorrer a verificação de qual é mais benéfico e adequado para o ordenamento jurídico brasileiro. Como demonstrado, existe uma ampla discussão sobre a constitucionalidade do sistema atualmente adotado, inclusive é debatido em ações diretas de constitucionalidade que será abordado a seguir.

Ademais, o dano extrapatrimonial teve origem no âmbito do direito civil, porém, tornou-se um tema de pertinência nas relações de trabalho, em vista do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser zelado, inclusive nos vínculos de emprego. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (1999, p. 102) “o dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - e sua respectiva indenização reparadora - são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício”.

Outrossim, com o intuito de cessar controvérsias presentes na discussão sobre a competência, a Emenda Constitucional nº 45, estabeleceu que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização que decorrem da relação de trabalho (ZAAR, 2015). Além de que, o artigo 652, inciso IV da CLT, dispõe que compete às varas do trabalho julgar os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho.

Entretanto, alguns quesitos devem ser analisados para constatar se a competência será da justiça do trabalho ou não. De acordo com Martins (2018, p. 157), deve-se analisar se a conduta danosa foi endereçada ao empregado como pessoa civil ou como trabalhador. Por exemplo, se este foi chamado de desonesto como cidadão ou em decorrência de sua relação de emprego. Deste modo, quando o empregado for ofendido em sua esfera moral como trabalhador enquanto prestava serviços à empresa, a competência para averiguar a situação será da justiça do trabalho. Portanto, a indenização por dano extrapatrimonial é plenamente cabível na justiça do trabalho.

2.4 Meios de correção da norma e ações ajuizadas em face de sua (in) constitucionalidade

Toda norma criada no sistema jurídico deve se atentar aos princípios e às regras descritas na constituição federal de 88, as quais, caso não observadas, poderão ser objetos de ações de constitucionalidade, como maneira de assegurar um ordenamento uno e efetivo, além de evitar instabilidades jurídicas.

Controlar a constitucionalidade consiste em uma forma de adequação, ou seja, compatibilidade de normas, bem como leis conforme a Constituição, ocorrendo a constatação dos requisitos formais e materiais para o ato (MORAES, 2001). Sendo assim, quando uma lei ou norma existente não está de acordo com os ditames constitucionais, ela deve ser adequada para que contenha sua constitucionalidade.

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material, nas palavras de Paulo e Alexandrino (2017, p. 730) “(...) na desconformidade de conteúdo – teremos a inconstitucionalidade material, enquanto na segunda – desconformidade ligada ao processo de elaboração da norma – a

inconstitucionalidade formal”. No caso em discussão, trata-se de inconstitucionalidade material, dado que afronta os princípios expressos na Constituição Federal.

Previamente, é necessário discorrer os meios possíveis para sanar tal inconstitucionalidade, sendo estes, a utilização dos sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade.

O controle difuso, teve origem em um caso americano intitulado “Marbury x Madison”, no qual ocorre uma análise do caso concreto, realizado por juiz ou tribunal, em que o judiciário não aplica a lei, fazendo com que ocorra de maneira excepcional ou de defesa, pois, entende-se a norma como inconstitucional, não estando de acordo com a supremacia da constituição (ÂMBITO JURÍDICO, 2018).

Enquanto que no controle concentrado, não há um caso concreto, pois é a análise da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em um único tribunal, sendo este o Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, é um controle abstrato (ÂMBITO JURÍDICO, 2018). Em outras palavras, no controle difuso é averiguado o caso concreto de acordo com a norma empregada que pode ser inconstitucional, ao passo que no controle concentrado existe a análise da norma em si de acordo com a constituição pelo STF.

Como há entendimento de alguns juristas que a adoção do sistema tarifário é inconstitucional, já ocorrem no sistema judiciário ações diretas de inconstitucionalidade por meio do sistema concentrado.

Sendo uma delas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 6069 ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que tem por objetivo questionar as alterações trazidas pela reforma trabalhista no que se refere ao título sobre os danos extrapatrimoniais, que inclusive mencionou a Medida Provisória n° 808/2017, alegando que esta era mais benéfica ao trabalhador. Todavia, cabe ressaltar que tal medida não foi convertida em lei. Ainda, mencionou afronta à reparação integral do dano, princípio da isonomia, da independência funcional dos magistrados, da proteção do trabalho e da dignidade da pessoa humana (NOTICÍAS STF, 2019).

Além da ADI n° 6069, existe também a ADI n° 5870 ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), a entidade argumenta que não é possível para a lei, impor que tenha limites ao Poder Judiciário para fixar o valor da indenização do dano moral, pois tal atitude acaba limitando o próprio exercício da jurisdição e afeta o princípio da isonomia, em vista da diversidade de salários. Ademais, contém pedido liminar para a suspensão dos incisos I a IV do parágrafo 1° do artigo 223-G da CLT, com a redação dada pela Reforma Trabalhista e também pela MP 808/2017 (PORTAL STF, 2018).

A independência funcional do magistrado tem previsão no artigo 1° do Código de Ética da Magistratura Nacional, sendo este inerente à prática do ofício. Para Magalhães e Ludwig,

a independência funcional do Juiz, assegurada pelas garantias constitucionais da vitaliciedade, da irredutibilidade de vencimentos e da inamovibilidade, é essencial ao exercício da magistratura, na medida em que visa a promover julgamentos isentos de pressão, seja da sociedade, seja de grupos políticos e/ou econômicos, seja dos próprios órgãos jurisdicionais (2016, p. 1).

Desta maneira, a independência do juiz deve ser zelada em suas decisões, desde que esteja dentro dos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro. Por ora, o sistema tarifário limita a sua liberdade de escolha sobre o caso concreto, não podendo exceder os valores expostos na lei, o que pode ferir a independência funcional do magistrado, tendo em vista que estará adstrito em poucas hipóteses de aplicação, além de seu subjetivismo estar limitado.

É possível observar que ambas ADI's contêm argumentos semelhantes, bem como seus objetivos, pois o propósito é de que a Reforma Trabalhista seja interpretada de acordo com a Constituição, em que pese não contenha mais limites previstos, tendo em vista que tais limites possam ir contra a reparação integral do dano, assim como afronta princípios constitucionais.

Outrossim, cita-se situação semelhante que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, a Lei de Imprensa, promulgada em 1953 durante a Ditadura Militar, que também previa métodos de tarifação para a fixação dos danos morais. Entretanto, apesar da citada lei, esta não foi recepcionada pela Constituição Federal, ou seja, foi considerada inconstitucional, sobre a exegese de não ser compatível com nova lei maior. Portanto, este é um argumento válido alegado pela OAB e a ANAMATRA.

Inclusive, o Tribunal Regional do Trabalho do Minas Gerais, 23^o Região utilizando-se do controle difuso de constitucionalidade, por meio da Súmula n^o 48, declarou, o citado artigo, como inconstitucional, com a seguinte redação:

SÚMULA N^o 48 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1^o, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1^o, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5^o, V e X, da CR/88 (BRASIL, 2019).

Após a promulgação da Súmula n^o 48, outros magistrados passaram a utilizá-la como fundamentação em suas decisões, bem como em outros Tribunais Regionais do Trabalho, ou seja, alguns juízes aderiram a inconstitucionalidade difusa do artigo enquanto outros não, o que está

gerando divergência nas decisões, o que é contrário ao objetivo da CLT em aplicar o sistema tarifário, pois teve como propósito uniformizar os valores em relação ao dano extrapatrimonial.

Observa-se que a redação do artigo 223-G da CLT abarcou grandes discussões sobre qual o método correto para averiguação do valor da indenização decorrente do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, no qual alguns juristas estão aplicando o citado artigo de maneira divergente do que está previsto em lei. Desta maneira, é de suma importância que esta questão seja pacificada para melhor atender as demandas no sistema judiciário e seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 223 alínea 'g' da CLT, por meio do sistema concentrado, para que tenha efeito erga omnes e abarque todas as demandas jurídicas por danos extrapatrimoniais na justiça do trabalho.

Diante do exposto na presente pesquisa, resta-se demonstrado a inconstitucionalidade do artigo 223, alínea 'g' da CLT, pois afronta diretamente princípios constitucionais, além de seus malefícios quanto à uniformidade de decisões na justiça do trabalho, bem como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que devem prosperar perante do STF para que sejam analisados mais profundamente o tema, em razão dos argumentos apresentados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente pesquisa, constatou-se que o dano extrapatrimonial tem significativa relevância no direito do trabalho, visto que é uma esfera jurídica que tem impacto na sociedade, pois a maior parte da população tem relação de emprego na esfera privada, sendo plenamente possível ocorrer conflitos. Enquanto o dano patrimonial consiste em uma ofensa a bens valorados em pecúnia, bem como os lucros cessantes, o dano extrapatrimonial refere-se a um sofrimento psicológico, em que causa dor e angústia, podendo inclusive afetar nos seus rendimentos na vida profissional e pessoal.

O dano extrapatrimonial teve uma evolução histórica que perdurou anos, pois a honra acompanha o sujeito desde a antiguidade, e por este motivo, passou-se a discutir se esta forma de dano seria ou não indenizável, porém é estabelecido que sim, em razão da teoria positivista, que compreende a indenização de maneira compensatória, como meio de superar o sofrimento passado. A teoria positivista teve sua efetiva materialização na Constituição Cidadã de 1988.

A partir deste prisma, o dano extrapatrimonial é indenizável, porém, ainda se discute a maneira mais adequada para atingir suas finalidades, que é são, a compensação da lesão sofrida, a punição ao causador do dano e sua prevenção. Para atingir estes objetivos existem dois principais sistemas, sendo o sistema tarifário e o aberto de quantificação, os dois presentes no sistema jurídico do Brasil.

Enquanto o Direito Civil adota o sistema aberto estabelecendo parâmetros genéricos e deixando a cargo da subjetividade do juiz a quantificação do dano extrapatrimonial, que deve ser ressarcido em sua integralidade, o Direito do Trabalho passou a adotar o sistema tarifário, o qual tem valores preestabelecidos em lei, em que o Magistrado deve se atentar e fixar a indenização pecuniária nas margens deste limite, de maneira que se torne algo mais objetivo.

A partir das alterações trazidas na CLT em 2017, especificadamente no artigo 223, alínea 'g', é possível vislumbrar alguns parâmetros subjetivos em seus incisos, tal como avaliar a intensidade do sofrimento e da humilhação e a duração dos efeitos da sentença. Porém, no parágrafo 1º do artigo mencionado, o sistema tarifário é utilizado, pois o valor da indenização é realizado com base no salário do ofendido com o objetivo de padronizar os valores na justiça do trabalho.

A aplicação do sistema tarifário causou divergências nas decisões, tendo em vista que parte do judiciário o considera inconstitucional, pois afronta os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, além de ferir o princípio da reparação integral do dano e a independência funcional dos magistrados. A reparação integral do dano pode ser afetada pelo fato de que o juiz não deve ultrapassar o valor estabelecido em lei, ou seja, existe um limite, caso o dano sofrido ultrapasse este valor predeterminado que não poderá ser aplicado, o que impede a reparação integral nestes casos.

Confere-se destaque à igualdade, pois é um basilar para a criação de normas, a qual foi afrontada pela reforma trabalhista, visto que dois funcionários podem perceber indenizações diferentes pelo mesmo fato, pois os salários de ambos não são os mesmos, e, sendo assim, o valor da moral de um deles é maior em face do outro, ocorrendo discriminação entre os trabalhadores. Desta maneira, nota-se que a maior fragilidade, quanto a sua constitucionalidade, está diretamente ligada à base do dano extrapatrimonial ser sobre o salário do ofendido, de maneira que o dano causado à pessoa é valorado a partir de sua classe social, assim, propiciando ainda mais a desigualdade de tratamento em razão do poder aquisitivo.

Diante do exposto, compreende-se a inconstitucionalidade do artigo 223, alínea 'g' da CLT, porque afronta princípios constitucionais que devem ser considerados para a elaboração da normativa jurídica no Brasil para maior efetividade e estabilidade do direito. Para sanar a inconstitucionalidade, existem dois meios, o controle difuso e o concentrado. O controle difuso já vem sendo utilizado pelos magistrados, e consiste em, no caso concreto, o julgador analisar a constitucionalidade da norma, podendo não a aplicar, porém, não é tão benéfico como o sistema concentrado, visto que cada juiz pode entender de uma maneira, deixando o cenário jurídico instável.

Enquanto o controle concentrado, é a análise em si da lei pelo Supremo Tribunal Federal, contendo o efeito vinculante, abrangendo os processos em curso e os futuros, declarando efetivamente se a norma é constitucional ou não. No caso do artigo 223, alínea ‘g’ da CLT, já existem ações para a declaração da inconstitucionalidade da ADI nº 6069, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ADI nº 5870, feita pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA). As ADI’s citadas devem prosperar no cenário jurídico brasileiro, para que assim, a constituição seja protegida, bem como a igualdade reestabelecida sobre a questão da tarifação do dano extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, PAULO. Marcelo. Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Editora Método, 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**, promulgada em 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Súmula nº 48**. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuítos pedagógico e de Reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88. Mato Grosso: Tribunal Regional do Trabalho, (2019). Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/sumulas/s%C3%BAmula-n%C2%BA-48>. Acesso em: 21 out. 2020.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 125, p. 5 e ss., nov. 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, C.C; ROSENVALD,N; NETTO, F.P.B; **Curso de Direito Civil**. 1.ed. V.3, Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FAVARETTO. Cícero. **A Tríplice Função do Dano Moral**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral#:~:text=O%20instituto%20jur%C3%ADico%20do%20dano,mesmo%20tipo%20de%20evento%20danoso>. Acesso em: 31 ago. 2020.

FREIRE. Raquel de Bastos Rezende Ribeiro. **Aspectos Gerais Sobre o Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-sobre-controle-de-constitucionalidade/ctos-gerais-sobre-controle-de-constitucionalidade/>. Acesso em: 26 out. 2020.

GAGLIANO. P.S; FILHO. R.P; **Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, André Barreto. **Visão Histórica do Direito a Honra**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/visao-historica-do-direito-a-honra/>. Acesso em: 17 de set. 2020.

LUDWIG. MAGALHÃES. Guilherme Guimarães. Cecília Pontes Barreto. **Magistratura, previdência e prerrogativas - Estatuto da magistratura: direitos e garantias**. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/media/com_submissoes/files/2018-04-06-12-00-30-TESE-CONAMAT-2018-aprovada-unanimidade-aclamacao--a--o.doc. Acesso em: 06 de set. 2021

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano Moral Decorrente do Contrato de Trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral. Problemática: Do Cabimento à Fixação do Quantum**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES. A. A; SOBRINHO. R. C. M. T; **O escalonamento do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Direito civil II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Girolamo Domenico Treccani, Joyceane Bezerra de Menezes, Lucas Abreu Barroso. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NETO, José Affonso Dellagravi. **Elementos da Responsabilidade Civil nos acidentes de trabalho**. Revista TST. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho, V.76, n. 1, pp. 99-125, jan.-mar./2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13699/004_dallegraveneto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 out. 2020.

NOTÍCIAS. STF. **OAB questiona limitação de valores de indenizações por danos morais nas relações de trabalho**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403531#:~:text=O%20Conselho%20Federal%20da%20Ordem,Trabalho%20\(CLT\)%20referentes%20%C3%A0%20repara%C3%A7%C3%A3o](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403531#:~:text=O%20Conselho%20Federal%20da%20Ordem,Trabalho%20(CLT)%20referentes%20%C3%A0%20repara%C3%A7%C3%A3o). Acesso: 26 out. 2020.

PORTAL. STF. **Regras da Reforma Trabalhista sobre indenização por dano moral são questionadas no STF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=367459>. Acesso: 26 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 13.ed. São Paulo: Atlas s.a., 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

KUMODE, Ciro. **A quantificação do dano moral**. 2002. 67p. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2002. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44877/M115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

ZAAR, Josué Luís. **O Dano Moral e o Contrato de Trabalho**. ed. do Autor. Cascavel - Paraná: 2014