



GUIDO SUMECK CARMINATTI

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Ji-Paraná
2020

GUIDO SUMECK CARMINATTI

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Artigo apresentado no Curso de Direito, em Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário São Lucas 2020, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Marlete Maria da Cruz Correa da Silva

Ji-Paraná
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

C287d Carminatti, Guido Sumeck.

O dano extrapatrimonial na responsabilidade objetiva. / Guido Sumeck Carminatti. – Ji-Paraná, 2020.
32 p.

Artigo Científico (Curso de Direito) - Graduação em Direito – Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, 2020.
Orientação: Prof. Esp. Marlete Maria da Cruz Correa da Silva.

1. Lei 13.467/2017. 2. Direito trabalhista. 3. Constitucionalidade.
4. Responsabilidade civil. 5. Objetiva. I. Silva, Marlete Maria da Cruz Correa . II. Título.

CDU 349.2

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Jennyfer Martins de Sena CRB
11/998

GUIDO SUMECK CARMINATTI

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Artigo apresentado no Curso de Direito, em Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário São Lucas 2020, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Marlete Maria da Cruz Correa da Silva

Ji-Paraná, ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA ¹

Guido Sumeck Carminatti ²

RESUMO: A reforma trabalhista de 2017 que veio com o advento da lei 13.467 de 13 de julho de 2017 trouxe uma importante disposição no que tange ao dano extrapatrimonial no âmbito trabalhista com os artigos 223 e seguintes. Tal alteração trouxe diversas discussões tanto doutrinárias quanto judiciais. Faz-se o mister destacar ainda que houve a tentativa de alterar os artigos no tocante ao dano extrapatrimonial com a MP 808 de 2017, porém esta restou infrutífera, uma vez que não foi convertida em lei. Desta forma, o presente artigo tem a finalidade de trazer a abordagem quanto os efeitos no âmbito trabalhista, gerando ainda a possibilidade de ajuizamento de ações em face do empregado objetivamente, restando a discussão quanto a constitucionalidade deste por meio da ADI 6050 que será discutida brevemente para decidir se os dispositivos tem escopo constitucional ou não.

Palavras-chave: Lei 13.467/2017. Direito Trabalhista. Constitucionalidade. Responsabilidade civil. Objetiva.

EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE TO OBJECTIVE RESPONSIBILITY

ABSTRAT: The 2017 labor reform that came with the advent of Law 13,467 of July 13, 2017 brought an important provision regarding off-balance sheet damages in the labor scope with articles 223 and following. This change brought several discussions, both doctrinal and judicial. It is necessary to highlight that there was an attempt to change the articles with respect to off-balance sheet damage with the MP 808 of 2017, but this remained fruitless since it was not converted into law. Thus, this article aims to bring the approach regarding the effects in the labor scope, also generating the possibility of filing actions against the employee objectively, leaving the discussion about the constitutionality of this through ADI 6050 that will be discussed shortly to decide whether the provisions have a constitutional scope or not.

Keywords: Law 13.467 / 2017. Labor law. Constitutionality. Civil responsibility. Objective.

1 – INTRODUÇÃO

O direito do trabalho tem passado por várias mudanças, trazendo uma melhora significativa no que tange a relação entre o empregador e empregado, uma vez que a relação trabalhista que existia em 1945 com o texto celetista alterou-se substancialmente, em especial no tocante ao dano moral decorrente das relações de trabalho, hoje chamado de dano extrapatrimonial

Essa alteração de nomenclatura, bem como certos elementos para a caracterização do dano extrapatrimonial evidenciam um marco dentro das relações trabalhistas, tendo em vista que a máxima de que tão somente o empregador tem a responsabilidade pelos atos do empregado se findou com a edição do novo texto celetista que veio com a lei 13.647 de 2017 sendo este um marco de grandes discussões entre a doutrina e a jurisprudência, trazendo a

¹ Artigo apresentado no curso de graduação em Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como requisito para conclusão do curso, sob orientação da professora Marlete Maria da Cruz Correa da Silva

² Guido Sumeck Carminatti, graduando bacharel no curso de direito pelo Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas (2020), estudante. E-mail guido.carminatti@hotmail.com.

³ Marlete Maria da Cruz Correa da Silva Graduada em Direito pela Universidade de Taubaté (1987) e pós-graduada em 1996 em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes e em 1998 em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Vale do Rio Doce-MG. E-mail marletesilvasaolucas@edu.br.

possibilidade da responsabilização objetiva dos empregados pelos seus atos e possibilitando ao empregador a punição deste pelo que realizar no exercício laboral.

Cabe salientar que a responsabilidade que tratamos vem do direito civil, uma vez que anteriormente, por não haver disposição dentro do texto celetista, ficava o magistrado amarrado ao que dispõe o código civil de 2002 e assim passou-se a ter maior segurança para o empregador, visto que houve a parametrização do dano moral decorrente da relação de trabalho.

Um dos objetivos deste artigo é a análise quanto os artigos 223 e seguintes da CLT, visando acrescer a gama de estudos em que se observa o dano extrapatrimonial, uma vez que este tem sido objeto de diversas discussões.

O método utilizado para o desenvolvimento do artigo foi o hipotético-dedutivo, uma vez que estamos diante tão somente de uma hipótese, a qual testamos ela durante toda a abordagem, obtendo por fim considerações sobre o tema, fundamentando-se na lei, doutrina, jurisprudência e demais meios de pesquisa.

Pois bem, devemos iniciar nosso estudo abordando a evolução histórica da responsabilidade civil dentro do direito civil, o conceito de responsabilidade civil, seus elementos, os quais veremos a conduta do homem, o dano e o nexo, a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, adentrando assim no que tange ao dano extrapatrimonial, onde veremos seu conceito, a possibilidade de acumulação dos danos, o dano extrapatrimonial no âmbito trabalhista, a competência da justiça do trabalho, as fases de ocorrência do dano que se dividem em três, sendo a fase pré-contratual, contratual e pós contratual, quanto ao prazo prescricional deste, a perpetuação desses direitos, quanto o ônus da prova nestes casos, os critérios para avaliação e fixação do quantum indenizatório, vendo assim a inconstitucionalidade da norma, a aplicação exclusiva e a taxatividade, chegando assim na conclusão do artigo.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem uma história bem densa e lenta, onde que de forma geral, o dano causado sempre foi combatido pelo direito, porém, o que tem se modificado ao longo da história foi apenas a forma que o direito tem encontrado para confrontar os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

A evolução da histórica da responsabilidade civil, apenas se observava se houve omissão ou ação do agente causador do dano sem se ater se houve culpa ou não do causador. Como nessa época apenas as regras de convivência social eram levadas em conta, reações como a agressão física do ofendido em relação ao ofensor eram diretas e comuns. Dessa forma, essa ação podendo ser exemplificada com a terceira lei de Newton, onde que toda ação gera uma reação e, portanto, a ação de ofender gerava a reação exercida por meio da vingança coletiva lesionando o ofensor, caracterizando pela “reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa de seus componentes” (Diniz, 2010).

Inicialmente, a responsabilidade civil começou a aparecer na sociedade em Roma, fazendo com que a retaliação pelo agredido perdesse o condão de vingança, e passasse a ser legitimada e reconhecida pelo poder público.

Na vingança privada que acontecia antes de haver essa transição de que o ofendido deveria bater as portas do poder público para buscar a solução do problema causado pelo agressor, era em síntese vigorada pela lei de talião, portanto, “olho por olho, dente por dente.”, ou seja, o dano que o agressor causava gerava uma reação brutal do ofendido.

Talião que foi utilizado a priori pelos povos do oriente médio, e conseqüentemente, influenciaram de forma consistente nas regras dos povos que vieram após estes.

Nessa fase da história, o poder público se manteve parcialmente inerte, visto que este se manifestava apenas para declarar quando o agredido poderia utilizar seu direito de retaliação e os limites deste produzindo um dano idêntico ao que foi recebido pelo agredido (Diniz, 2010), prevalecendo assim no direito romano a responsabilidade objetiva, tendo seu fundamento no princípio da equidade.

Sucedendo a vingança privada, passou-se a composição pelos agentes (agressor e agredido), tendo o agredido iniciado a buscar vantagens e benefícios em forma de compensação pela agressão sofrida pelo agente. Surgindo assim o princípio que o patrimônio responde pelas agressões cometidas pelo agressor, deixando, portanto, a pessoa do agressor de lado.

Quando houve o surgimento da lei de Aquilia, considerada como o princípio utilizável para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando assim a responsabilidade

extracontratual, podendo ser denominada também como “Responsabilidade Aquiliana” começou a quantificar o dano causado pela medida de quem deu causa a este.

Havendo a ultrapassagem deste período, o estado se tornou o detentor absoluto do *ius puniendi* (direito de punir), surgindo, portanto, a ação derivada da responsabilidade civil.

No Brasil, por haver adotado os ordenamentos de Portugal como parâmetro normativo para as relações privadas, tendo o ordenamento Afonsino que vigorou de 1446-1514, Manuelinas 1521-1595 e por fim o ordenamento Filipino 1603-1916.

Em 1916, com a chegada do código civil elaborado por Clóvis Beviláqua, se verificou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, que exige robustez da culpa do agente causador do dano, na falta deste, poderia haver a presunção.

Observando o código civil de 1916 e o atual Código Civil, se percebe que não há alterações quanto a teoria subjetiva da responsabilidade civil (art. 186 CC/02) havendo ainda uma ampliação do ato ilícito, estabelecendo o exercício de um direito quando houver a violação econômica, social ou até mesmo nos limites da boa-fé e dos bons costumes. Dessa forma, houve o condicionamento do exercício de um direito que deva vedar seus abusos.

Sintetizando o exposto, a responsabilidade civil na história é marcada pela noção de reparar um dano causado a outrem. Partindo inicialmente da confusão entre a responsabilidade civil e penal com a vingança privada, até o conceito atual que será tratado no próximo tópico.

3 - CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil *a priori* tem por objetivo restabelecer o equilíbrio tanto jurídico quanto patrimonial quando houver um fato em que o agente tenha transgredido a norma preexistente recuperando o *status a quo*. Dessa forma, é importante indicar o que Venosa (2012, p. 2-3) em sua obra nos traz:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

A responsabilização civil é o instituto da reparação civil que visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano sofrido injustamente, visando, portanto, reparar o dano sofrido injustamente em decorrência de ação ou omissão de terceiros.

Desta forma, responsabilidade civil é o dever de indenizar alguém por um dano sofrido, a necessidade de assumir consequências pelo ato praticado como o doutrinador (Venosa, 2016), onde que o responsável que violou a norma, sendo este obrigado a reestruturação o *statu quo ante*, devido a conduta danosa (Gonçalves, 2018).

Assim, deve o indivíduo que lesou outrem deve suportar as consequências de seus atos, sendo assim o instituto da responsabilidade civil o meio destinado a estabelecer regras para o ressarcimento deste.

4 - ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Observando o Código Civil de 2002, em especial o art. 186, vemos os elementos que compõem a responsabilidade civil, estes que são: a conduta humana, dano e o nexo.

Ressalta-se que os requisitos supracitados se mostram essenciais para que seja caracterizado a responsabilidade civil, excluindo casos que versem acerca de responsabilidade objetiva, visto que a mesma não tem como elemento necessário a demonstração da culpa e dolo para ocorrer o dever de indenizar.

Dessa forma, se faz necessário a análise individual deste tripé que compõe os elementos da responsabilidade civil.

4.1 - CONDOTA HUMANA

Como vemos disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, como elemento da responsabilidade civil o ato ilícito deriva de um ato voluntario de um indivíduo sendo este pela ação ou omissão do agente gera lesão ao direito de outrem.

Deve ressaltar que a conduta só pode ser atrelada ao ser humano, mesmo que de forma indireta (Pessoa Jurídica), pois este precede a voluntariedade do agente que está expressa no

artigo supracitado. Ou seja, a voluntariedade pode ser verificada quando o agente é levado por elementos externos a causar dano, sendo diferente de dolo, visto que não há intenção de causá-lo.

Nas palavras do doutrinador (Gagliano, 2014, p 74) “a consciência daquilo que se está fazendo” conclui-se que a voluntariedade não precede de forma necessária a consciência do agente que irá causar a agressão ao direito de outrem.

4.2 - DANO

O doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2012 p. 76-77) traz a sustentação de que o dano se encontra no centro da obrigação de indenizar, sendo, portanto, o requisito essencial para a caracterização do ilícito. Ou seja, não há o que se falar em indenização, nem mesmo em ressarcimento uma vez que não havendo o dano, haverá a responsabilidade sem culpa, porém, não pode haver responsabilidade sem dano.

Este posicionamento fica completamente atrelado ao art. 927 do Código Civil de 2002 em sua integralidade, afastando qualquer dúvida ao afirmar que somente há a obrigação de reparar aquele que causa dano.

O dano pode ser definido como direto ou indireto, ou seja, direto está atrelado diretamente a ação ou omissão do agente, já o indireto é aquele que decorre de um dano posterior.

4.3 - NEXO

O nexo, em breves palavras, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano ocorrido.

Venosa nos diz que o nexo de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano.

Sem existir essa linha entre a conduta e o dano, fica impossível de haver a verificação da existência da responsabilidade civil, como consequência, a obrigação de reparar restará

afastada para todos os efeitos. Até porque caracterizar esta obrigação sem que haja a análise do nexo, a segurança jurídica será prejudicada.

Em especial, a análise do nexo se diferencia das demais por ser a mais criteriosa, pois esta tem o condão de limitar a extensão da obrigação de reparar do agente, ou seja, como forma de proteger o agente causador do dano de exacerbo este delimita as ações causadas pelo agente causador do dano.

5 - TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

É oportuno destacar que neste artigo não iremos tratar de todos os tipos de responsabilidade civil, visto que são as mais variadas. Portanto, necessário se faz destacar a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva.

5.1 - OBJETIVA

A priori, podemos definir como o dever de indenizar independente de comprovação de culpa ou dolo, bastando a mera configuração do nexo causal da atividade com o objetivo atingido.

Dessa forma, vemos que no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor corrobora com a ideia de que o dever de indenizar o dano causado independente de culpa do agente que lesionou outrem.

Assim, o doutrinador Sergio Cavalieri Filho nos traz o seguinte:

[...] na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a Teoria do Risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dele decorrente.

Sintetizando as palavras do doutrinador, podemos afirmar que todo prejuízo poderá ser atribuído ao que sofreu o dano e a obrigação de reparar será objetiva ao causador do dano, independente de culpa.

5.2 - SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva será observada quando o causador de determinado ilícito atinge certo resultado em razão de sua conduta, gerando assim, uma obrigação de reparar o dano causado apenas se sua responsabilidade for consumada.

Assim, Sergio Cavalieri Filho diz que “A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Dessa forma será a culpa, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva”

Já na visão de Caio Mário da Silva Pereira, “o que sobreleva na caracterização do fato jurídico humano, como fator etimológico da iliceidade, não é qualquer fator de ordem espiritual ou moral, como acentua HENoch D. AGUIAR, porém, a relação puramente mecânica de causa e efeito, ou a materialidade da transgressão”

Dessa forma, a responsabilidade subjetiva, apenas onde houver a conduta contrária a lei que produza lesão a outrem será considerada.

6 - CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano extrapatrimonial atualmente, tem gerado diversas discussões doutrinárias, onde uma parte da doutrina entende que o dano extrapatrimonial é apenas uma derivação do dano moral, e uma parte da doutrina entende que o dano extrapatrimonial engloba o dano moral e o patrimonial.

Dessa forma, o doutrinador Cavalieri em sua obra assevera que o dano extrapatrimonial significa o mesmo que dano moral vejamos:

[...] a moderna expansão do dano ressarcível acima referida, com a aparição de múltiplas espécies completamente novas, seja pela sua origem, seja pela sua amplitude, ainda nos parece mais correto e seguro classificar o dano nas suas duas modalidades tradicionais – o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial. As demais são meras subespécies que acabam por ensejar bis in idem no momento de quantificar a indenização.

Porém, devemos lembrar que tratando de dano extrapatrimonial, tratamos tanto de bens corpóreos e incorpóreos, ou seja, bens extrapatrimoniais são os bens incorpóreos que não

possuem qualquer representação econômica, sendo derivado os direitos da personalidade, necessitando de elementos básicos para obter uma vida digna, sendo estes elementos básicos a os bens morais e essenciais.

A dignidade da pessoa humana como um elemento basilar do estado democrático de direito, como vemos na Constituição Federal (Art. 1º, III da CF/88) vemos os elementos que por influência francesa acabaram por serem incorporados a nossa Carta Magna, sendo esta a Igualdade, Liberdade e Fraternidade, permitindo dessa forma que cada um individualmente possa desenvolver sua autonomia para buscar seus próprios ideais e ter acesso à aos bens da vida.

Observando o artigo 223-C da Consolidação das Leis Trabalhistas vemos que o rol inserido não é apresentado de forma exaustiva. Vejamos:

- Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 I - a natureza do bem jurídico tutelado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 III - a possibilidade de superação física ou psicológica; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VII - o grau de dolo ou culpa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 VIII - a ocorrência de retratação espontânea; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 X - o perdão, tácito ou expresso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
 XII - o grau de publicidade da ofensa.

Deve se ressaltar ainda os danos extrapatrimoniais da pessoa jurídica, que são a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo das correspondências.

7 - DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANOS

Ao adentrar na possibilidade de cumulação de danos, devemos buscar um norte nos ditames da Constituição Federal, em especial no que dispõe no art. 5º, V e X:

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;

Observa-se nesta pisada que a violação dos direitos a personalidade que são exprimidos no dispositivo constitucional, podem acarretar danos materiais e extrapatrimoniais pela violação do direito constitucional.

Dessa forma, o STJ já entende que uma conduta pode desembarcar ao mesmo tempo em danos patrimoniais, morais e estéticos de forma cumulada, sequencialmente as súmulas 37 e 387 do tribunal veio exprimindo seu entendimento:

Súmula n. 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Súmula n. 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

É mister esclarecer que o dano estético se difere do dano extrapatrimonial, que é de ordem psicológica, portanto causa um sofrimento mental que em decorrência desse vem a angustia, vergonha, aflição e afins. Portanto, é factível que haverá a deformação humana externa ou interna, diferente do dano extrapatrimonial que é um dano psíquico.

Temos ainda a decisão do TST que chancela a cumulação das compensações por dano moral e estético decorrente do acidente de trabalho, visto que os direitos são divergentes. Vejamos a ementa:

EMENTA: ... 2. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. O entendimento deste colendo Tribunal Superior é no sentido de que há possibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético, uma vez que, embora oriundos do mesmo fato, os bens jurídicos tutelados são distintos. Precedentes. O Tribunal Regional, portanto, ao concluir pela impossibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético em decorrência do acidente de trabalho sofrido pelo autor, proferiu decisão em dissonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte Superior (Proc. n TST-ARR-1917-03.2012.5.08.0126; CAPUTO BASTOS, Ministro Relator).

Não obstante, cabe destacar quanto a súmula n°. 387 do STJ, o qual arremata e sana qualquer tipo de dúvida quanto a possibilidade de acumulação das indenizações de dano estético e dano moral, o qual combinado com a decisão supracitada finda qualquer tipo de discussão quanto a possibilidade de que haja a cumulação das devidas indenizações:

Súmula n. 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Diante desta, como já chancelado pelo entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho combinado com a súmula nº. 387 do STJ, fica claro e evidente que há a possibilidade de cumulação de indenizações por danos extrapatrimoniais, materiais e estéticos.

8 - DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

O dano extrapatrimonial é normalmente visualizado na justiça do trabalho através do dano moral propriamente dito. Assim, a doutrinadora Bomfim Cassar caracteriza o dano moral como “condutas abusivas praticadas pelo empregador direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado que aferem seu estado psicológico”.

Na mesma tomada, Resende, define que o assédio moral “a prática de perseguição constante a um empregado ou um grupo deles, com vistas à humilhação, constrangimento e isolamento do grupo, prática esta que provoca danos à saúde física e psicológica do trabalhador, ferindo sua dignidade”. É oportuno ainda destacar que o TRT da 10ª região trouxe uma bela redação no tocante ao assédio moral no âmbito do direito do trabalho:

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. O assédio moral no ambiente de trabalho caracteriza-se, genericamente, pela prática sistemática e reiterada de atos hostis e abusivos por parte do empregador, ou de preposto seu, em face de um determinado trabalhador, com o objetivo específico de atingir sua integridade e dignidade física e/ou psicológica, degradando as condições de trabalho, de molde a comprometer o desenvolvimento da atividade laboral. Hipótese em que restou configurado o assédio moral.

Já, corriqueiramente, observa-se que na seara trabalhista quando ocorrem acidentes que deixam marcas corpóreas ao empregado o dano estético é levantado. Assim, Resende explana:

“Por fim, se a lesão acidentária causa dano estético, assim considerada a lesão que compromete a harmonia física da vítima, em relação ao padrão médio da sociedade, também deve ser indenizada, podendo inclusive haver cumulação com a indenização por danos materiais e por danos morais. Mencione-se como exemplo a seguinte hipótese: empregado sofre acidente de trabalho e perde um braço. Recebe indenização por danos materiais (custo do tratamento, redução da capacidade laboral etc.), por danos morais (pela dor moral de passar pelo problema e de ver reduzida sua capacidade laboral de forma definitiva) e ainda por danos estéticos (pela alteração de sua apresentação estética, de forma que o mesmo torne-se diferente do padrão normal da apresentação física humana).”

Não obstante, o entendimento jurisprudencial atualmente se amolda ao entendimento supracitado. Veja:

INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRABALHO. PERDA PARCIAL DO DEDO INDICADOR DIREITO. VALOR DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), ARBITRADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, MAJORADO PARA R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS). Cabe ressaltar que esta Corte vem se posicionando no sentido de que o dano estético é independente do dano moral, podendo haver cumulação de indenização entre os referidos danos. O mesmo fato - acidente de trabalho/doença profissional - pode acarretar, além da indenização por dano moral, o dano estético, pelo sofrimento consubstanciado na alteração da harmonia física da vítima. Assim, a dor intrínseca e o abalo psicológico são indenizáveis a título de dano moral, e os reflexos visíveis no corpo da vítima devem ser indenizados a título de danos estéticos. No caso, o Regional consignou que o acidente acarretou em amputação parcial do dedo indicador direito e que o dano estético consistiu de lesão externa e visível, com deformidade física permanente, segundo fotos anexadas à perícia. Dessa forma, verifica-se que o valor da indenização por danos estéticos em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) encontra-se aquém do dano físico permanente sofrido pelo reclamante, motivo pelo qual se eleva o quantum indenizatório em R\$20.000,00 (vinte mil reais). Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - ARR: 241185720145240066, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)

Não menos importante, faz-se o mister, trazer à tona quanto o dano existencial, visto que este é levantado quando ocorre uma violação ao direito de liberdade de ir e vir do empregado por situações geradas por outrem.

Assim, Alvarenga e Boucinhas Filho trazem uma esplêndida definição quanto o dano existencial:

“O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomençar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. [...] No âmbito das relações de trabalho, verifica-se que a existência de dano existencial quando empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. [...] Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo”.

Por ser recente o dano existencial, no judiciário trabalhista é possível observar que o mesmo já vem sendo aplicado. Podemos observar a seguir:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA E CONTÍNUA DE HORAS EXTRAS. PREJUÍZO CONFIGURADO. 1) A imposição de jornada excessiva ao empregado, por si só, não implica ato ilícito apto a ensejar o pagamento de indenização a título de dano existencial, especialmente quando não comprovado, pelo empregado, prejuízo efetivo. 2) Na hipótese, o Tribunal Regional, valorando o conjunto fático-probatório, concluiu ter sido demonstrado que a jornada cumprida pelo reclamante o privou de "projetos pessoais e de manter relações pessoais, familiares e sociais, representando afronta aos direitos fundamentais do colaborador". Registrou que "o autor trabalhava todos os dias por mais de 13 h, com pausas intrajornada de 45 min e apenas duas folgas mensais, durante todo o curso do contrato, que perdurou de 01.08.2010 a 16.04.2016". 3) Nesse contexto, considerando o quadro fático registrado pela Corte de origem, insuscetível de reexame nesta fase recursal, de natureza extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, constata-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual, a submissão do trabalhador à jornada exaustiva habitual, quando demonstrado o efetivo prejuízo do empregado, como evidenciado na hipótese, implica lesão a direito de personalidade e, portanto, dano moral, na modalidade de dano existencial, a ensejar indenização, nos termos dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. fls. PROCESSO Nº TST-RR-1029-02.2016.5.12.0023 Firmado por assinatura digital em 24/10/2018 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. (TST - RR: 10290220165120023, Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)

Desta forma, fica clarividente que o dano extrapatrimonial pós reforma trabalhista ganhou uma verdadeira força e os magistrados o tem aplicado quando verificado a prática de danos extrapatrimoniais contra o empregado.

9 - DA COMPETENCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça Comum era a jurisdição competente para processar e julgar os pedidos de indenização por danos morais decorrentes da relação de trabalho até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. A referida alteração, dentre outros dispositivos, ampliou a competência da Justiça do Trabalho ao modificar o art. 114 da Constituição Federal que passou a contar com o inciso VI, acrescentando, no âmbito jus laboral, as ações de indenização por dano moral e material decorrentes da relação de trabalho. A Justiça do Trabalho, diante da omissão do texto celetista, os conflitos relacionados aos danos morais eram dirimidos à luz dos artigos 5º, incisos. V, X e 7º, inciso XXVIII da Carta Magna, além das normas contidas nos artigos. 186, 187 e 927 e seguintes do Código Civil.

10 - FASES DE OCORRENCIA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.

O dano extrapatrimonial não precisa ser necessariamente quando o empregador já tiver contratado o empregado, visto que em certos casos existe a fase pretérita ao contrato bem como uma fase após o fim do contrato. Portanto, neste ponto dividiremos a abordagem iniciando na fase pré-contratual, a fase contratual e a fase pós-contratual.

10.1 - FASE PRÉ-CONTRATUAL

O dano em fase de pré-contrato, é aquele pretérito a contratação, ou seja, o possível empregado nesta fase ainda não possui um vínculo jurídico com o empregador.

O doutrinador Sergio Martins quanto a fase pré-contratual assevera que:

“Essa fase é aquela que compreende o período anterior ao contrato de trabalho, ou seja, é a fase dos testes, exames médicos, apresentação de currículo, questionários, psicotécnicos, compreendendo nesse processo a seleção para o trabalho e as tratativas do contrato de trabalho”

Neste mesmo entendimento temos decisões judiciais que verificam a responsabilidade existente e seu dano em fase pré-contratual:

RECURSO DO RECLAMANTE. RECURSO DO RECLAMADO. DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. O respeito à boa-fé exige uma conduta leal dos contratantes em todas as fases negociais, caso contrário, gera ou poderá gerar a responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual da parte que a violou. O princípio da boa-fé atua como parâmetro à limitação da autonomia privada. Portanto, mesmo não havendo a formalização do contrato de trabalho, pela anotação da CTPS, já a fase das tratativas vincula as partes. Na hipótese, a conduta da demandada ao frustrar a real expectativa do autor em ter seu emprego já garantido, configura, também, flagrante desrespeito ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos. A atitude da reclamada foi totalmente contraditória à sua conduta de realizar diversos procedimentos próprios do ingresso do trabalhador nos quadros de funcionários de uma empresa, razão pela qual deve responder pelos danos de ordem moral sofridos pelo reclamante. Desta forma, tendo ocorrido ato ilícito ou ato abusivo do empregador, nexo causal e o dano espiritual propriamente dito, está configurado o dano moral individual, que deverá ser reparado no caso em pecúnia. Recurso a que se dá provimento, no particular. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes KENNEDY ENGUEL BARROS, como recorrente, e APB SERVIÇOS - TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA e SUPERMERCADO PADRÃO DO FONSECA LTDA como recorridos. (TRT-1 - RO: 01007649520185010038 RJ, Relator: ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 11/09/2019, Quinta Turma, Data de Publicação: 08/10/2019)

Assim, resta claro quanto a possibilidade de que haja a configuração do dano extrapatrimonial, até mesmo antes de haver um vínculo jurídico entre empregado e empregador.

10.2 - FASE CONTRATUAL

Na fase contratual, onde há um vínculo jurídico entre empregador e empregado, o empregador como meio astuto a findar o contrato de trabalho como forma de acobertar um ato discriminatório.

Assim, os tribunais têm admitido que o ato preconceituoso gere o direito do empregado em ter a reparação pelo dano extrapatrimonial.

Dessa forma, o dano extrapatrimonial decorre de a esquiva do empregador adimplir com suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho entre empregado e empregador.

O doutrinador Alexandre Agra Belmonte nos traz o seguinte ensinamento acerca do dano extrapatrimonial na fase contratual:

“[...] ocorrendo o dano moral decorrência direta do desenvolvimento do contrato de trabalho, o conflito e o enfoque desse conflito eram trabalhistas e, igualmente, a responsabilização decorrente e não poderia existir jurisdição diferente que, com justiça e conhecimento especializado da dinâmica e características da relação de trabalho, sujeitos envolvidos e condições da prestação de serviços, pudesse melhor decidir sobre a eventual ocorrência de dano moral e a justa reparação.”

Coadunando com o mesmo pensamento do doutrinador Alexandre, Diogo Nicolau Pítisca traz o ensinamento:

“O dano pode ser infligindo quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, tais como, as de higiene e segurança do trabalho e de respeito a personalidade e dignidade do trabalhador. Também este pode ser autor do dano moral ao empregador se descumprir a sua obrigação acessória, derivada da relação empregatícia, de tratá-lo igualmente, e aos seus representantes, com respeito a sua personalidade e dignidade. “

Diante disso, fica claro quando o empregador transpassa seus limites quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana e demais e utiliza-se da medida de fim do contrato de trabalho para suprimir de tal agressão ao princípio fica clara a agressão ao empregado:

EMPREGADOR QUE DEIXA DE PRESTAR SOCORRO AO EMPREGADO ACIDENTADO E TOLERA CHACOTAS E HUMILHAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO. DANO MORAL CONFIGURADO. O empregador deve zelar por um ambiente de trabalho seguro e saudável, o que não feito pela reclamada, que deixou à própria sorte o empregado caído ao solo, sendo indiferente ainda diante de humilhações empreendidas pelos colegas de trabalho. Assim agindo, deve arcar com a indenização por danos morais ante a omissão de socorro e conivência com o inadequado comportamento de seus empregados.

(TRT-3 - RO: 00335201308203005 0000335-07.2013.5.03.0082, Relator: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida, Quinta Turma, Data de Publicação: 30/06/2014, 27/06/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 149. Boletim: Sim.)

RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA. ASSÉDIO MORAL. HUMILHAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO. DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O tratamento humilhante e vexatório por parte do superior hierárquico, com violação da honra e imagem do trabalhador, de forma reiterada, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, configura o assédio moral, cuja responsabilização prescinde da prova de efetivo dano suportado pela vítima, bastando que se prove tão somente a prática do ilícito do qual ele emergiu (dano in re ipsa).

(TRT-4 - RO: 00011754120115040023 RS 0001175-41.2011.5.04.0023, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 15/05/2014, 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Desta forma, corroborando com as decisões, percebe-se que o dano extrapatrimonial em sede de contrato já firmado entre empregado e empregador e havendo abusos do empregador em face do empregado, se utilizando de artifícios para suprimir o dano extrapatrimonial finda o contrato com o empregado neste intuito.

10.3 - FASE PÓS-CONTRATUAL

Chegando a fase pós-contratual, verificando o fim do contrato de trabalho, existem situações onde o dano extrapatrimonial não se finda com o mero fim do contrato, visto que danos a personalidade do empregado podem se perpetuar na vida do mesmo de forma devastadora.

O Tribunal Superior do Trabalho entende que o mesmo é competente para processar e julgar este tipo de ação, por ser decorrente da relação de emprego mesmo que já se analise apenas determinada situação ocorrida dentro da relação de emprego. Desta forma, o Tribunal editou a sumula 392 do TST:

Súmula nº 392 do TST

DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (redação alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 27.10.2015) - Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29.10.2015 e 03 e 04.11.2015

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Em que pese existam doutrinadores que se contrapõem a esta ideia, entendendo que não por já haver se findado a relação trabalhista, tal dano transpassa o direito do trabalho,

ladeando a justiça especializada e ficando a cargo da justiça comum para trazer a resolução do conflito, entendimento este que os doutrinadores Pinho Pedreira e Pamplona asseveram em suas obras.

Porém por se tratar de um entendimento minoritário e pelo Tribunal Superior do Trabalho já ter se pronunciado quanto a situação do dano extrapatrimonial em fase pós contratual fica claro que a priori não haverá vicissitude quanto o entendimento atual, visto que este se amolda aos preceitos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

11 - PRAZO PRESCRICIONAL DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Devemos ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, a Consolidação das Leis Trabalhistas deixa claro quanto o prazo específico para a proposição de ações que versem acerca de crédito resultantes da relação trabalhista. Façamos a menção do disposto no art. 7º da Constituição Federal de 1988 bem como o disposto no art. 11 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A perda de tal prazo trará um resultado gravoso ao empregado, onde que haverá perda do direito de postular em juízo quanto danos decorrentes do trabalho.

Dessa forma, a partir da extinção do contrato de trabalho, o empregado terá prazo de dois anos para a postulação em juízo requerendo as devidas reparações pelo dano extrapatrimonial sofrido pelo mesmo.

Devemos aprofundar um pouco vendo um breve conceito do que se trata prescrição, nas palavras do doutrinador Alexandra Agra Belmonte:

“Prescrição é a perda do poder de exigir, n plano jurídico, o cumprimento de um dever jurídico, pelo não exercício dessa pretensão, num determinado prazo, estabelecido pelo legislador”

A prescrição dessa forma, atingirá o direito a pretensão. Como haverá a perda, este atingirá os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, pretensões ligadas ao direito subjetivo ao passo que admitem a violação passam a ter prazo prescricional.

O prazo bienal, o qual o empregado tem para ajuizar a reclamatória trabalhista, deve-se observar que este estará adstrito ao direito subjetivo, uma vez que se consagra na doutrina a subjetividade do dano extrapatrimonial.

Deste modo, como a relação de trabalho já estará findada, o ajuizamento da ação terá o caráter de buscar a reparação do dano sofrido pelo empregado, uma vez que não haverá a pretensão de se buscar a modificação ou a extinção da relação jurídica que já chegou ao seu termo final.

Uma vez que o Código de 1916 de Clovis Bevilacqua, fazia a diferença entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais para efeitos prescricionais, verifica-se a vedação de ofício do reconhecimento de tal prescrição.

Já o Código de Miguel Reale de 2002, o mesmo deixou de lado a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais para efeito de conhecimento independentemente de requerimento, passando a autorizar magistrados a reconhecer quanto a prescrição de ofício, desde que tal reconhecimento beneficiasse incapazes, porém com as alterações no código oriundas do tempo e a evolução do direito, em 2006, a lei 11.280 revogou expressamente o artigo 194 do código de Miguel Reale e alterou o parágrafo 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, enunciando que caberá ao magistrado pronunciar-se de ofício quanto a prescrição.

Portando, como regra, o juiz deverá se manifestar de ofício quanto a situações em que se verificar a prescrição, coisa que não foi adotada pela Justiça do Trabalho, visto que esta entende que não deve se manifestar de ofício, pois tal reconhecimento traria uma incompatibilidade com os princípios que regem as relações de trabalho, dependendo sempre da comprovação da parte que será beneficiada com tal arguição. (Alexandra Agra Belmonte, 2020, p.356)

12 - DIREITOS PERPETUOS

Devemos observar ainda que existem direitos que não serão alcançados pela prescrição, ou seja, são direitos perpétuos que poderão ser postulados a qualquer momento pelo ex empregado.

Dessa forma, anotações para fins de prova junto a previdência social são imprescritíveis conforme o art. 11 § 1º da CLT. Vejamos:

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

Portanto fica claro que não são todos os direitos que possuem prazo prescricional, vemos aqui que tratando de anotação na carteira para fins de comprovação junto a previdência social, o prazo será “*ad eternum*”.

13 - ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova quanto ao dano extrapatrimonial, devemos observar primordialmente o que a Consolidação das Leis Trabalhistas consagra em seu artigo 818, I, bem como o que dispõe o parágrafo primeiro deste mesmo artigo:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Como incumbe ao reclamante fazer prova do dano sofrido, no caso do dano extrapatrimonial, verifica-se que a desnecessidade de fazer prova do dano, uma vez que este se faz de forma presumida em casos por exemplo de ofensa a honra (*in re ipsa*).

O doutrinador Sergio Cavalieri Filho em sua obra, utiliza o exemplo de exigir de uma mãe a comprovação do sofrimento ou grau de sofrimento pela perda de um filho, fazendo assim, esta prova ser fugir totalmente a razoabilidade a empregada.

Porém, com o dispositivo trabalhista quanto ao parágrafo primeiro, o ônus dinâmico da prova é criado. Vejamos o que o doutrinador Flavio Tartuce leciona:

“Assim, nos casos em que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova ou se houver maior facilidade de produção da prova do fato contrário, o juízo poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso ao tradicional.”

Desta forma, o critério diverso do tradicional, entende-se que haveria a inversão do ônus da prova, considerando ainda a hipossuficiência do trabalhador.

14 - CRITERIOS PARA AVALIAÇÃO E FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATORIO

Passemos a uma das situações que mais ensejaram discussão no âmbito legislativo como no judiciário, uma vez que se passou a tabelar o quanto o dano extrapatrimonial quanto a reparação do dano ocorrido ao ofendido, uma vez que o dano pode ocorrer também oriundo das ações do empregado em face do empregador.

14.1 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

Vemos que a Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual foi reformada no ano de 2017, trouxe consigo a tarifação do dano extrapatrimonial, em seu artigo 223-G, parágrafo 1º, 2º e 3º. Observemos o que a norma dispõe:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

[...] Omissis

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

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

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

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

Fica explícito que a CLT veio versando e tabelando um tema que a própria Constituição em seu artigo 5º, V e X onde que explicita que a reparação do dano moral, material ou a imagem devem ser ter uma reparação completa e justa. Observemos o dispositivo constitucional:

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:

Omissis

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;

Verifica-se, portanto, nas palavras do Ministro Aires Brito que tratamos de uma inconstitucionalidade latente, levando em conta que o artigo da lei fere diretamente o disposto na Carta Magna de 1988.

Salienta-se ainda que não somente a inconstitucionalidade da norma quanto ao Artigo 5º, V e X da CF/88, mas também quanto a violação do livre convencimento do juízo, uma vez que esta é disposto no Artigo 93, IX da CF/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

omissis

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O doutrinador José Miguel Media lecionando acerca da inconstitucionalidade desta norma afirma o seguinte, “*esse assunto assume importância de relevo, não apenas em razão do modo em que é estruturado o sistema normativo, mas também, em razão da complexidade como se apresentam os problemas sociais. Identificar o que é problema, no plano dos fatos, diz respeito às provas*” e continua com um alerta “*a Constituição e a Lei processual brasileiras deixam bastante claro- até com extremada contundência- a opção pela fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988; art. 11 do CPC/2015)*”

Mesmo que haja uma celeuma no que tange a discricionariedade do magistrado e o livre convencimento, suas decisões devem de forma exaustiva e devidamente fundamentada. Faz-se o mister destacar o artigo 489, parágrafo 2º do CPC/15:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Portanto, resta claro que o parágrafo único do artigo 223-G, parágrafo único vai totalmente na contramão da CF/88, bem como dispõe contrariamente ao que não foi alterado juntamente com a reforma trabalhista quanto ao artigo 765 da CLT, e portanto vemos a incongruência e a sua inconstitucionalidade do Artigo 223-G, parágrafo único:

Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Por fim, deixando clara a inconstitucionalidade, vemos que alguns tribunais já estão julgando no sentido da inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT. Assim, o pleno do TRT/MT declarou a inconstitucionalidade por meio do processo de arguição de inconstitucionalidade nº 0000239-76.2019.5.23.0000, editando assim a sumula 48 do TRT/MT.

SÚMULA Nº 48 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, 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 § 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 intuitos pedagógico e de Reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88.

Já no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 6050, vemos que o tema foi levado a discussão, porém até o momento houve qualquer decisão, estando a data de julgamento prevista para o dia 04 de junho de 2020.

Portanto, tem-se o entendimento de alguns tribunais que entendem que a norma é inconstitucional, porém o órgão guardião da constituição ainda não se manifestou quanto ao tema, o qual será levado a discussão brevemente.

14.2 - APLICAÇÃO EXCLUSIVA

Quando observamos que o artigo 223-A da CLT cria um rol taxativo e restritivo, impossibilitando a criação de qualquer outro diploma que venha disciplinar acerca do tema do dano extrapatrimonial, vemos que este não veio com o intuito de proteger o empregado nas relações de trabalho, uma vez que o que se dispõe até o artigo 223-G da CLT não é suficiente para dispor todas as possibilidades de que o empregado possa ter uma reparação do dano sofrido bem como o inverso pode ocorrer, onde a empresa fica restrita aos ditames da lei quanto os danos sofridos.

Com a leitura do artigo 223-G, percebemos que o legislador, trouxe no espírito da norma restringir o dano extrapatrimonial a uma orbe complexa e separada para todos os efeitos, sendo possível verificar que a lei Celetista possua um statu de superioridade ante a Carta Magna de 1998 e tratados internacionais que possuem statu de norma constitucional. Vejamos o que leciona o doutrinador Ferreira Brito:

“Tentou o legislador elevar o novo diploma legal a um patamar normativo supra hierárquico e exclusivo; isto é, estaria acima da Constituição da República, dos tratados internacionais e não se comunicaria com outras leis de mesma natureza hierárquica, como o Código Civil.”

Não obstante, Dallegrave Neto corrobora com o entendimento de Ferreira Brito, uma vez que ao colocar a CLT como normativa única e exclusiva para dispor acerca do dano extrapatrimonial sem se ater a necessidade de adequação ao dispositivo constitucional, será óbvia sua inconstitucionalidade:

“Não cabe ao legislador ordinário alijar expressamente o alcance de outras normas, sobretudo as normas constitucionais ligadas ao tema. O sistema jurídico contém regras próprias de integração, revogação e harmonização. Uma delas é justamente a submissão das leis ordinárias à Lei Maior. Não existe microssistema jurídico (CLT, CDC, CC, CPC) divorciado do sistema constitucional. Vale dizer, assim como o sistema solar tem o sol em seu centro, cujas luzes alumiam os demais planetas, o sistema jurídico tem a Constituição Federal em seu centro, iluminando e influenciando todos os microssistemas que orbitam em torno dela.”

Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Borges concluíram que a norma disposta no artigo 223-A é clara quanto a limitação da proteção do trabalhador:

“A expressão ‘apenas’ contida no caput do art. 223-A da CLT deixa clara a intenção do legislador da não aplicação de outras normas de mesma hierarquia acerca do dano extrapatrimonial trabalhista. Por esse motivo, a reparação de dano decorrente de responsabilidade objetiva, que está regulada genericamente no Código Civil, não será

aplicada por alguns. Muitos defenderão que as lesões morais trabalhistas ocorridas após a vigência da Lei 13.467/2017, decorrentes de responsabilidade objetiva, não comportam reparação.”

Vale ressaltar que deixar de lado a responsabilidade civil trabalhista considerando a aplicação integral do artigo 223-A da CLT, quando essa espécie de responsabilidade acaba direcionando o risco da atividade ao empregado, mudando por completo o espírito da normativa trabalhista inicial do ano de 1943 da época de Getúlio Vargas onde o empregado de fato era alheio a vontade do empregador e não possuía meios para ser defeso.

Porém, mesmo aos mais entusiastas da reforma trabalhista, não devemos fugir aos princípios que regem a Carta Magna brasileira, uma vez, que tal disposição acaba minorando e violando a ampla tutela da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III da CF/88.

O doutrinador, neste pensamento dispõe o seguinte:

“a promessa é difícilima de ser cumprida, mesmo pelos mais eufóricos defensores da reforma, haja vista a imprevisibilidade das condutas sociais, a vastidão da criatividade humana, para não dizer da perversão humana”.

Fica demonstrado ante o exposto que a exclusividade oriunda do Título II-A da CLT no tocante ao dano extrapatrimonial se mostra inconstitucional, uma vez que a norma inferior deve se espelhar na Carta Magna e não ao contrario como ocorre nesse ponto, violando ainda o próprio conteúdo da Constituição, no que tange a restrição da dignidade da pessoa humana.

14.3 - DA TAXATIVIDADE

Ao passo da discussão quanto a taxatividade, vemos que os artigos 223-C e 223-D da CLT dispõem acerca da pessoa física e pessoa jurídica respectivamente:

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.

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.

Tais dispositivos não se apresentam de forma determinável quanto o seu entendimento, se taxativo ou exemplificativo, onde que leva a doutrina na sua grande maioria caracteriza este rol dos artigos supracitados como exemplificativos, uma vez que a reforma trabalhista deixou

de dispor acerca de direitos de personalidade os quais são encontrados na CF/88. Retirando da obra de Delgado vemos sua explanação acerca destes:

“Mas, obviamente, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da regra examinada deixa claro que se trata de elenco meramente exemplificativo. Afinal, a Constituição da República combate ‘quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV, in fine, CF), ao invés de apenas aquelas escolhidas pela Lei da Reforma Trabalhista. Ademais, o rol incluído no art. 223-C deixa de fora alguns aspectos acentuados pelo próprio art. 3º, IV, da Constituição da República (etnia, cor, origem, idade, por exemplo), além de se omitir sobre outros listados pelo art. 1º, caput, da Lei n. 9.029/1995, em sua redação conferida pela Lei n. 13.146/2015 (por exemplo, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, etc.).”

Como o legislador pretendeu com esta norma limitar os danos extrapatrimoniais quanto da relação trabalhista, deixou de elencar certos direitos a personalidade para ambos as partes integrantes da relação de trabalho.

Dallegre Neto traz um entendimento oportuno a ser citado:

“Nessa esteira, impende lembrar o alcance do art. 5º, incisos V e X, e § 2º, da Constituição Federal, os quais asseguram a todos indenização por dano moral, com resposta proporcional ao agravo, sendo inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sem excluir outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição. Ora, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Com base nesse quadro constitucional a indenização será sempre medida ‘pela extensão do dano’ (conforme reforçou o caput do art. 944 do Código Civil). Não se ignore que todo direito infraconstitucional, CLT inclusive, submete-se a essas diretivas proeminentes que conferem eficácia ao sistema jurídico.”

Assim, por todo o exposto até o momento, fica claro que o juízo que aplicar tais artigos deve entendê-los como exemplificativos, de modo que não haja uma minoração dos direitos de personalidade do empregado.

14.4 - DA TARIFAÇÃO

A responsabilidade civil sempre buscou a efetiva reparação de quem sofreu o dano, não obstante, esta reparação tem dois caracteres: o punitivo e o pedagógico ao causador do dano para que assim o ocorrido não venha a se repetir.

Portanto a legislação brasileira, em especial, a própria Constituição em seu artigo 5, V e X deixou claro que a reparação do dano deve ser feita na medida de sua extensão, ou seja, fica a cargo do magistrado definir os valores hábeis que abarquem os dois caracteres supracitados.

Vemos que o novo texto celetista, oriundo da lei 13.467/2017, tem uma grande crítica quanto ao artigo 223-G, o qual traz uma série de tariffações para os danos extrapatrimoniais, tendo assim uma das maiores críticas doutrinarias.

Como falamos a pouco, a constituição deixou aberto ao próprio magistrado a função de delegar valores que sejam suportáveis e atendam o caráter pedagógico e punitivo, porém, com a taxatividade, limitou-se as penalidades até o máximo de 50x o salário de quem sofreu o dano, caso seja reincidente o dobro deste.

Dessa forma, haverá casos onde o ofendido em hipótese alguma irá ter uma reparação do dano sofrido, bem como o ofensor jamais terá uma multa que atenda os caracteres supracitados, causando assim danos absurdos caso seja aplicado a sua literalidade. Delgado traz alguns apontamentos acerca do texto da lei bem como a disparidade que o artigo apresenta.

“a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, §1º, I, II, III e IV); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, §2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, relembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§3º do art. 223-G).

Viceja grande discussão ainda, uma vez que o artigo 223-G, §1º, I a IV fere um dos princípios constitucionais basilares que é o direito a dignidade humana, previsto no artigo 1º, III.

Como fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana não possui parâmetro para ter uma medida, visto que “possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos.” Nas palavras de Enoque Ribeiro dos Santos.

Cabe ressaltar que a parametrização do valor do dano pelo salário percebido pelo ofendido, ataca novamente um princípio constitucional que é o princípio da isonomia, uma vez que tratarão empregados e empregadores de forma desigual sem buscar uma isonomia entre estes. Igualar a balança entre o ofendido e o ofensor.

Quanto o artigo 223-G § 3º da CLT, vemos que há uma fuga do legislador no tocante ao caráter educativo e preventivo da punição civil, indo na contramão do mesmo, criando uma blindagem a prática de determinados atos, tendo assim, uma maior incidência destas práticas.

16 - CONCLUSÃO

Observando que o dano extrapatrimonial disposto nos artigos 223 e seguintes do texto Celetista, incluídos com a lei 13.467/2017, bem como as consequências quanto a responsabilização do empregado, eximindo a responsabilidade do empregador quanto a sua responsabilização pelos atos cometidos por seus empregados, gerando assim uma sensação de isenção de responsabilidade do empregador.

O desenvolvimento deste decorreu de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, posicionamentos doutrinários entre outros artigos científicos e demais conteúdos relacionados ao tema exposto.

Chegamos à conclusão que o dano extrapatrimonial, de tal maneira veio para proteger tanto os empregadores dos danos provenientes da conduta do empregado, afastando assim a responsabilidade do empregador sobre os atos do mesmo e ao mesmo tempo, a proteção do empregado quanto as espécies de dano que o mesmo pode vir a sofrer em decorrência de seu trabalho como exposto no artigo 223-A até o artigo 223-D da CLT.

Percebe-se ainda que a parametrização do dano extrapatrimonial não possui escopo na Lei Magna, restando claro quanto a inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT na sua totalidade, visto que a parametrização do dano fugirá a duas naturezas essenciais para a parametrização que deve ficar a cargo do magistrado, que é a natureza punitiva e a natureza pedagógica que servira tanto ao empregado e ao empregador para coibir a prática de atos que venham ser considerados danos extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS

AGRA BELMONTE, Alexandre. **Danos extrapatrimoniais nas relações de Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2020.

ALVARENGA, R. Z. de; BOUCINHAS FILHO, J. C. **O dano existencial e o direito do trabalho**. Revista TST, Brasília, vol. 79, abril/junho de 2013;

BRASIL. **Código Civil de 1916, Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020;

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020;

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020;

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 de maio de 2020;

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 de maio de 2020;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário n. 00006122320175100103**. Relator: DAMASCENO, André Rodrigues Pereira da Veiga. Data de Julgamento: 07/03/2019, Data de Publicação: 14/03/2019. Disponível em: <<https://trt10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692198457/recurso-ordinario-ro-6122320175100103-df/inteiro-teor692198477?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2020;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Súmula 48 nº 48**. Cuiabá: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/sites/portal/files/groups/stp/trt_arginc_00023976.2019.5.23.000.pdf>. Acesso em: 25 maio. 2020;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 241185720145240066**. Relator: PIMENTA, José Roberto Freire. Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/247153079/arr241185720145240066?ref=serp>>. Acesso em 25 de maio de 2020;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 10290220165120023**. Relator: PERTENCE, Marcelo Lamego. Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643118620/recursoderevistarr10290220165120023/inteiro-teor-643118640?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2020;

BRITO, Maurício Ferreira. **Regime de exceção do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho**. O que mudou com a reforma trabalhista, 28/03/2018, p. 3. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/regime-de-excecao-do-danoextrapatrimonial-decorrente-da-relacao-de-trabalho-%E2%80%A6>6. Acesso em 02 de maio de 2020;

CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PENAFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil: Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**, [S. l.], p. 01-02, 1 abr. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-e-pressupostos-da-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 20 maio 2020.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

Senado Federal, 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 20 de maio de 2020;

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano Moral Decorrentes do Contrato de Trabalho**. p. 124.

TARTUCE, Flavio. **Reforma Trabalhista**. Dano extrapatrimonial. Parte 4. São Paulo: Jornal Carta Forense, 2018. Disponível em:

<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/534390712/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-parte-4>> Acesso em: 22 de maio de 2020.

TEIXEIRA, Fernanda Rodrigues. **O dano extrapatrimonial no direito do trabalho**: Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista. Orientador: Prof. Márcia Leonora Orlandini. 2019. 61 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Conclusão do curso de Graduação em Direito) Uberlândia/MG, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. Vol. 4.