

Voto conjunto ADI 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A matéria objeto das ações diretas de inconstitucionalidade em julgamento é extremamente sensível. A Reforma Trabalhista, ao estabelecer parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório dos danos extrapatrimoniais buscou, de certa forma, garantir um mínimo de isonomia, tanto em relação aos empregadores quanto em relação aos empregados, diante da discrepância das decisões judiciais no país. Por outro lado, justamente por tratar-se de dano extrapatrimonial, que atinge a esfera de personalidade da pessoa, a escolha de um parâmetro de uniformização deve, igualmente, respeitar a individualidade do sofrimento causado e não gerar ainda mais discriminações.

Com tais preocupações em mente, passo à análise das ações apregoadas.

1. Da necessidade de análise conjunta das ações diretas de inconstitucionalidade 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082.

Considerando o disposto nos arts. 126 e 127 do RI/STF, uma vez que as ADIS 5870, 6050, 6069 e 6082 questionam a constitucionalidade dos arts. 223-A e 223-G da CLT, na redação conferida pelo art. 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), a bem da economia e instrumentalidade processuais, trago-as a julgamento em conjunto.

2. Da legitimidade das proponentes

Passo, então, à análise das preliminares de ilegitimidade ativa da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI).

Atendendo à representatividade adequada, a entidade de classe deve preencher os seguintes requisitos: abrangência nacional; delimitação subjetiva da associação; pertinência temática; e compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado.

Esse é o atual posicionamento do STF, o qual pode ser sintetizado no seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 8º, 9º E 10 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 125/2012, DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 42, §§ 1º E 2º, E 142, § 3º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS. ARTIGO 22, XXI E XXIII. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece os seguintes requisitos a serem atendidos pelas entidades de classe no ajuizamento de ação de controle concentrado: a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado. Requisitos atendidos pelas associações postulantes. Legitimidade ativa reconhecida. (...) 4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente. (ADI 4.912, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 24.5.2016).

Quanto à legitimidade da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), na ADI 5.316, de relatoria do Rel. Min. Luiz Fux, este Supremo Tribunal reconheceu a possibilidade de legitimidade da entidade em casos como o presente.

Quanto à legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), reporto-me ao voto da Min. Rosa Weber, quando do julgamento da ADI 3.470, de sua relatoria:

“Reconheço **legitimidade *ad causam*** à **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI**, forte nos **arts. 103, IX, da Constituição da República** e **2º, IX, da Lei 9.868/1999**, bem como o vínculo de **pertinência temática** entre o objeto da demanda e a missão institucional da autora. Trata-se de entidade **integrante da estrutura sindical** brasileira em **grau máximo confederação**, representativa, em âmbito nacional, dos **interesses** dos trabalhadores atuantes em diversas etapas da cadeia produtiva do **amianto**, da produção à utilização como matéria-prima.” (grifos no original)

Não restam dúvidas de que, se a CNTI gozava de legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade para defender os trabalhadores que atuavam na cadeia produtiva do amianto, também será legitimada para propor a presente ação direta, que afeta os interesses dos trabalhadores de modo geral, entre eles os da indústria.

Desse modo, forçoso concluir pela legitimidade de associações representativas de parcelas de uma mesma categoria, como no caso da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) e da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) para a propositura de ADI.

3. Perda de objeto da ADI 5870

Preliminarmente, cabe declarar a prejudicialidade da ADI 5870, diante da perda de vigência da MP 808, de 14 de novembro de 2017.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação da norma impugnada pela sua não conversão em lei, quer com sua rejeição expressa, quer pelo decurso do prazo sem que tenha havido apreciação pelo Congresso.

Nesse sentido, confirmam-se ainda os seguintes precedentes: ADI 2.087, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 8.5.2018; ADI 1.080, Redatora do acórdão Min. Rosa Weber, Dje 13.9.2018; ADI-AgR 2.542, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 21.10.2017; ADI-AgR 3.408, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 15.2.2017; ADI 5.809, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 27.4.2018.

Passo, portanto, à análise de mérito das ADIs 6050, 6069 e 6082, que impugnam o art. 223-A e 223-G, §§1º, 2º e 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

4. Direito delitual e funções da reparação por danos extrapatrimoniais

Discute-se nesta ação a constitucionalidade do sistema legal de “tabelamento” dos valores de indenização por danos extrapatrimoniais sofridos no âmbito das relações de trabalho. Antes de me dedicar aos limites impostos à determinação do valor de reparação, volto minha atenção à análise do dano, elemento essencial para que se fale em responsabilidade civil e, conseqüentemente, em dever de indenizar.

O dano é conceito de difícil delimitação e pode ser compreendido como a lesão a um bem jurídico. Costuma-se diferenciar esse tipo de dano em dois tipos, patrimonial e extrapatrimonial. Os danos patrimoniais (materiais) geralmente são definidos sem muita dificuldade, em regra como aqueles que atingem os bens – corpóreos ou incorpóreos – da vítima, como uma casa, um automóvel ou o direito de crédito do cidadão. Os danos extrapatrimoniais, por sua vez, ensejam certa divergência na doutrina quanto à sua precisa definição, especialmente quando considerados sinônimo de danos morais.

O professor **Sergio Cavalieri Filho** ensina que, por muito tempo, houve restrição à ideia de se reparar financeiramente a dor ou a angústia, tidas como fundamentos do dano moral. Com a superação dessa percepção, passou-se a admitir o ressarcimento pelo dano moral, desde que não cumulado com o dano material. Atualmente, não restam dúvidas sobre a possibilidade de se compensar o dano moral, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X) e na legislação infraconstitucional, independentemente da configuração de dano patrimonial ou não.

A doutrina reconhece, ademais, que o dano extrapatrimonial não se restringe ao dano moral. **Judith Martins-Costa**, por exemplo, enumera como espécies de dano extrapatrimonial “os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os ‘danos a projeto de vida’, e ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, os danos à vida de relação, inclusive o ‘prejuízo de afeição’ e os danos estéticos” (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, v. 19, 2001. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001, p. 194).

Na mesma linha, **Nelson Rosenvald** defende uma tipologia “aberta” dos danos extrapatrimoniais, chamando atenção para o deslocamento do exido da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo, sintoma da proliferação de danos decorrente do aumento de interesses merecedores de tutela, que indica a necessidade de superação da dicotomia dano material/moral. Defende o autor:

“Para superar a abordagem tradicional do direito brasileiro pela qual dano moral e dano extrapatrimonial se equivalem – tal como dois lados de um mesmo quadrado –, doravante, para o direito civil pátrio sustento a existência de um gênero, o “dano extrapatrimonial”, dividido em 4 espécies, quais sejam: dano à imagem; dano estético; dano existencial e dano moral. Não se trata obviamente de uma classificação exaustiva, pois diferentes rótulos fatalmente se estabelecerão ao longo do tempo, todavia cremos que o ‘Zeitgeist’ aponta para uma classificação quadripartite do dano extrapatrimonial, definindo-se este, em sentido amplo, como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Esta abrangência conceitual propicia três vantagens: a) abre ao magistrado espaço para a ponderação de bens conforme as peculiaridades de cada lide permitindo que a fundamentação constitua a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar um ou outro sentido; b) permite que a doutrina conceba critérios objetivos para orientação judicial face às inevitáveis tensões entre direitos fundamentais; c) oxigena a cláusula geral do artigo 186 do Código Civil, tornando-a permeável aos influxos de consistentes argumentos que densificam normas constitucionais, tais como a indenização por omissão de cuidado nas relações familiares (art. 226, CF) e o dano derivado do direito ao esquecimento na sociedade de informação (art. 220, § 1º, CF).” (ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. Coluna Migalhas de Responsabilidade Civil. Publicado em 23 de abril de 2020. Site Migalhas. Acesso em 18 de outubro de 2021.

A Constituição conferiu ao dano à imagem tratamento autônomo perante o dano material e moral (art. 5º, X, CF). Trata-se de tutela de dimensão específica da personalidade, sendo a captação não autorizada da imagem alheia suficiente para gerar o dano, independentemente da ocorrência de lesão à honra ou à vida privada da vítima. Não se trata, é

claro, de um direito absoluto, devendo ser ponderado com outras normas constitucionais, podendo ser mitigado diante da liberdade de informação, por exemplo (ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. **O direito à imagem e seus contornos na jurisprudência**. Migalhas de Peso. Publicado em 13 de julho de 2020. Site Migalhas. Acesso em 18 de outubro de 2021).

O STJ, por meio da Súmula 403, consolidou o entendimento segundo o qual “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. No chamado caso Maitê Proença, inclusive, o STJ consignou que o direito à imagem comporta um duplo conteúdo: tanto o interesse moral quanto o interesse material do ser humano cuja imagem for utilizada indenevidamente (REs 764.735, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, 4ª Turma do STJ, julgado em 5 de novembro de 2009).

A professora **Teresa Ancona Lopez**, reconhecida especialista no tema, ensina que o dano estético se refere a uma lesão à beleza física, ou seja, “a harmonia das formas externas de alguém”, importando em qualquer modificação física sofrida pela pessoa em relação ao que ela era. (LOPEZ, Teresa Ancona. O Dano Estético: Responsabilidade Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 37)

Majoritariamente, a doutrina defende a possibilidade de cumulação de danos morais e estéticos, tese já referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Como ilustração, transcrevo a ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 769.719-DF, relator Min. Hélio Quaglia Barbosa:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Acidente de trânsito. Atropelamento. Ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais. Danos morais e estéticos. Valores mantidos. Incidência da Súmula 7-STJ. Agravo regimental improvido.

1. É possível cumular as pretensões indenizatórias por danos morais e estéticos, proveniente de um mesmo ato ilícito, desde que, efetivada a produção de dano estético, seja possível apurar e quantificar autonomamente os valores.

2. A indenização somente pode ser alterada por este Superior Tribunal de Justiça se exorbitante ou irrisório, o que não é o caso dos autos, sob pena de exigir o reexame dos fatos e provas.

3. Nos casos de responsabilidade extracontratual, têm como termo inicial a data em que ocorreu o evento danoso. Súmula n. 54-STJ.

4. Agravo improvido.” (DJ 28.5.2007)

Uma categoria de dano extrapatrimonial que se destaca no Direito do Trabalho é o chamado dano existencial. De origem italiana, é conceituado pela jurisprudência trabalhista como aquele “cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.” (TST Recurso de Revista (RR) 10347420145150002- Publicação em 13/11/2015)

Segundo **Flávio Tartuce**, para uma primeira classificação dos danos morais, em sentido próprio, “o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento angústia e depressão”. É um dano moral in natura, que consiste no que a pessoa, individualmente considerada, sente em face da violação de um direito seu por um ato ilícito de outro. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2, p. 406-407)

A ocorrência de dano dá ensejo ao dever de indenizá-lo. Surge, então, a responsabilidade civil, que se opera com o objetivo de reparar ou compensar o dano causado a terceiro decorrente de uma ofensa a direito alheio. Nesse sentido, leciona **Carlos Roberto Gonçalves** :

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Poder-se afirmar, portanto, que a responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19)

A respeito da natureza jurídica da reparação, **Maria Helena Diniz** ensina que:

“Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.” (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131-132).

Sobre a indenização de caráter punitivo, parte da doutrina defende que se estabeleça uma quantia que supere o dano efetivamente sofrido, a fim de se punir a atitude do ofensor. **Judith-Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler** assim dispõem sobre a função punitiva da responsabilidade civil:

“A figura do *punitive damage* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não dano punitivo, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória e valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade da punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se nesse aspecto funcional aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” (MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o Direito Brasileiro. R. CEJ. Nº 28. Brasília: Edição jan./mar., 2005, p. 15-32)

Essa linha interpretativa da responsabilidade civil pretende recompor os danos, de modo que a reparação determinada não seja inferior ao proveito obtido com o ato reprovável. Tem o objetivo, também, de desestimular a conduta ilícita. Esta Corte, no AI 455.846, reconheceu que a indenização civil por dano extrapatrimonial exerce dupla função:

“[...] a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“ *punitive damages* ”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.” (AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.10.2004).

Também o Tribunal Superior do Trabalho se valeu dessa modalidade para determinar o valor que considerava justo para ser pago em reparação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO do reclamante. Valor arbitrado à indenização por dano moral. Aparente violação do art. 944 do CC, a autorizar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO À SÍLICA. DOENÇA PROFISSIONAL. A jurisprudência desta Corte vem admitindo a interferência na valoração do dano moral com a finalidade de ajustar a decisão aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade contidos no art. 5o, V, da Constituição Federal. De fato, diversos são os critérios adotados para fixar a indenização por danos morais, dado que não se há medir apenas a extensão do dano, como aprioristicamente preconiza o art. 944 do Código Civil, se o parágrafo único desse dispositivo, ao remeter o intérprete à equidade, proporcionalidade e à análise da culpa do ofensor, descola-se da vertente teórica que vislumbra função somente compensatória para a reparação civil e a impregna de elementos afetos à subjetividade. **Há**

lastro jurídico consistente, portanto, para extrair da ordem jurídica as funções dissuasória e punitiva, as quais transcendem o escopo de mensurar a dor, a vexação ou o constrangimento resultantes da ofensa a bens extrapatrimoniais e autorizam que o juiz fixe indenização em valor que também sirva para tornar antieconômico ao ofensor insistir na ofensa e para constranger, tal qual se apreende no direito comparado (punitive damages) pelo mal que já consumara. Em igual senda segue a exegese do art. 5º, V e X, da Constituição Federal. A não ser assim, a perspectiva do causador do dano será a de quem se insere em uma relação custo-benefício, estimulando-se a indústria do dano moral, qual seja, aquela em que a lesão extrapatrimonial, pelo que custa, pode compensar financeiramente para o ofensor. No caso dos autos, "não há dúvidas de que as lesões decorrentes da doença ocupacional provocaram forte abalo moral ao autor, que tem que conviver com a angústia de estar incapacitado permanentemente para as atividades laborais que desenvolvia na reclamada", segundo o Regional. Logo, **a indenização fixada (R\$ 30.000,00) não atende à função compensatória, porque grave a extensão do dano, e menos ainda se revela punitiva e inibitória.** O fato de o dano resultar da exposição do trabalhador a sílica, poeira mineral que desde tempos imemoriais devasta o aparelho respiratório, atesta o elevado grau de culpa da empresa e denuncia a desproporção entre o dano e a indenização arbitrada, quando considerados os aspectos acima referidos. **Eleva-se o valor da reparação a R\$ 100.000,00, com vistas a alcançar a aludida proporcionalidade.** Recurso de revista conhecido e provido. Agravo de instrumento não provido. (ARR - 220000-59.2009.5.15.0008, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 23/09/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/09/2015) – grifos meus

Percebe-se, nesse exemplo do TST, a importância de se garantir ao juiz certa liberdade – limitada por outros princípios igualmente importantes –, para que fixe uma indenização que considere justa à vítima do dano extrapatrimonial. Por outro lado, percebe-se a ausência de padrões pré-estabelecidos por lei que permitam uma valoração objetiva do *quantum* indenizatório.

5. Regime jurídico de indenização por danos extrapatrimoniais na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

Até o advento da Reforma Trabalhista, a Justiça do Trabalho se utilizava das normas de Direito Civil (artigos 186 e 927 do CC) e de Direito Constitucional (art. 5º, V e X, CF) para julgar as ações por ressarcimento de danos morais ocorridos no âmbito laboral, uma vez que a CLT nada tratava sobre a matéria.

O diálogo de fontes entre, de um lado, o Direito do Trabalho e, do outro, o Direito Civil e o Direito Constitucional, foi inaugurado pela doutrina e plácido na jurisprudência. Em artigo acadêmico, o falecido Ministro do TST, Walmir Oliveira da Costa, explicava que, no campo do direito do trabalho, o ato ilícito gerador de dano moral, passível de ressarcimento, poderia se verificar na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho ou, até mesmo, após a extinção do contrato de trabalho e exemplifica:

“Na fase preliminar do contrato de trabalho (pré-contrato), o candidato ao emprego será passível de sofrer discriminação, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, no processo seletivo ou durante as negociações sobre as condições contratuais. (...)”

Durante a execução do contrato de trabalho, a ofensa aos atributos valorativos das partes do contrato de trabalho ocorre com maior frequência ou reiteração; em regra, devido o estado de subordinação do empregado às ordens e orientações do empregador, detentor dos poderes diretivo e disciplinar.

A prática do dano moral após a dissolução do contrato de trabalho (fase pós-contratual) constitui hipótese mais improvável ou remota, mas que ocorre com certa frequência, mormente na controvérsia em torno do motivo da ruptura contratual (justa causa ou pedido de demissão), cabendo ao ofendido comprovar que o ato ofensivo aos seus valores íntimos tem relação com as figuras de empregado e empregador, ambos agindo nessa qualidade jurídica, ou que deriva do extinto contrato de trabalho.

O agente ativo do dano à intimidade (sentido amplo) praticado nas relações trabalhistas, tanto pode ser o empregador, em maior proporção, conforme demonstra a prática jurídica, como o empregado, quando restar configurado qualquer dos atos lesivos da honra e boa fama tipificados nos arts. 482 e 483 da Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT), na Lei nº 9.029/95 ou na legislação complementar que trata da matéria.

Relativamente às condutas do empregador que são suscetíveis de gerar dano morais ao empregado, além de outras, a doutrina trabalhista indica as seguintes: não cumprimento das normas básicas de proteção à saúde do trabalhador, que resulte doença do trabalho e deixe sequelas físicas e psicológicas (lesão por esforço repetitivo ou outra doença profissional); rebaixamento funcional e salarial, com a finalidade de humilhar o empregado e fazê-lo pedir demissão; revista íntima de empregada, sem as cautelas devidas, que lhe cause constrangimento; assédio sexual no trabalho; práticas discriminatórias em processos de admissão ou manutenção do vínculo de emprego; ato lesivo da honra e boa fama (pena disciplinar e dispensa injuriosa ou infamante); anotação desabonadora do motivo da resolução contratual na Carteira de trabalho; agressão física que resulte prejuízo à intimidade, por ato do empregador ou seus prepostos etc.

No que se refere às condutas antijurídicas que podem ser praticadas pelo empregado, são exemplo: ato lesivo da honra e boa fama do empregador ou seus prepostos; atentado contra o patrimônio da empresa ou de terceiros relacionados ao trabalho (furto, roubo, apropriação indébita), que, reflexamente, ofenda direitos da personalidade; concorrência desleal ao empregador, com perda de clientela deste, quando também resultar prejuízo à honra objetiva da empresa ou à honra subjetiva do empresário (dano moral reflexo); quebra do dever de sigilo profissional, que ocasione prejuízos imateriais ao empregador; agressão física ao empregador ou seus prepostos, que lhes resultem prejuízo à intimidade, etc.” (COSTA, Walmir Oliveira da. **Dano Moral**, Ver. TST, Brasília, Vol. 73, nº 2, abr /jan 2007, p. 107-109).

As ações por danos morais relacionadas à relação de trabalho, inicialmente, suscitaram dúvida quanto à competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho. O Superior Tribunal de Justiça declarava a competência da Justiça Comum para instruir e julgar a causa, uma vez que a matéria era tratada a partir do regramento estabelecido pelo próprio Código Civil.

Com a Emenda Constitucional 45/2004, o art. 114, inciso VI, da CF, atribuiu competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho.

Curiosamente, a Emenda Constitucional 45/2004 convalidou a legalidade do dano moral decorrente das relações de trabalho, ainda que, à época, fosse a Consolidação das Leis Trabalhistas omissa a esse respeito. Isto é, o constituinte derivado parece ter superado as controvérsias acerca da incidência do regime de responsabilidade civil extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho, ao fixar a competência da justiça especializada para processar e julgar as pretensões deduzidas a partir dessas causas de pedir.

Por opção política do legislador ordinário, implementou-se, a partir da Lei 13.467/2017, um regime jurídico específico voltado à definição do direito aplicável ao dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas.

A mudança foi acrescida à CLT pela Lei n. 13.467/2017, no Título II-A, arts. 223-A a 223-G. O art. 223-A determina que se apliquem à reparação do dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho apenas o dispositivo do Título II-A; o art. 223-G, nos §1º e 2º, por sua vez, fixa como base de cálculo para o teto do valor indenizável o salário contratual do ofendido – ou, se pessoa jurídica, o do ofensor, vedada a acumulação. Eis o teor das normas que integram o Título em questão:

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

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

Art. 223-C A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integralidade 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.

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

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

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

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

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

- I – a natureza do bem jurídico tutelado;
- II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII – o grau de dolo ou culpa;
- VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
- IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X – o perdão, tácito ou expresso;
- XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII – o grau de publicidade da ofensa.

§ 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.

Ainda que a maior parte dos artigos contidos no referido Título II-A não tenham sido objeto de impugnação específica nas ações ora em julgamento, no bojo da ADI 6069, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil arguiu a inconstitucionalidade do referido art. 223-A da CLT, naquilo que este dispositivo delimitou que “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas os dispositivos deste Título**”.

De acordo com o requerente, referido dispositivo violaria o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), dentre outras razões, porque “a Constituição contempla a amplitude da indenização por dano extrapatrimonial, de modo que a sua aplicação não poderia ficar restrita ao título II-A, da CLT”.

Ainda conforme a parte autora, o art. 223-A da CLT não só afastaria a aplicação do art. 944 do Código Civil, que mede a indenização pela extensão do dano, como também desconsideraria as proteções constitucionais conferidas às relações de trabalho (art. 7º) e ao meio ambiente (art. 225).

Posição semelhante a essa foi perfilhada pela PGR em seu parecer juntado aos autos da ADI 5870, mesmo que, na referida ação, não tenha sido impugnada a constitucionalidade do art. 223-A da CLT.

A PGR sustenta que “restou clara a pretensão do legislador da Lei 13.467/2017 de promover o isolamento disciplinar dos direitos fundamentais de personalidade na órbita das relações de trabalho, para submeter-lhes à referida restrição reparatória”. Ainda conforme a PGR:

Esse isolamento disciplinar redutor de tutela jurídica de direitos existenciais no âmbito das relações de trabalho enseja restrição de direitos fundamentais determinada pela condição de empregado ou prestador de serviço da vítima em face do ofensor. Contraria-se, com essa fórmula, a relevância da posição ocupada pelo trabalho e pelo meio ambiente de trabalho saudável na ordem constitucional, em violação aos arts. 1º-IV, 170, 193, e 225-§3º, da Carta Magna. Nega-se,

ainda, a amplitude do direito fundamental à indenização por acidente do trabalho, previsto no art. 7º-XXVIII da Constituição.

A meu ver, essas posições são tributárias de um movimento de críticas da doutrina trabalhista que imputaram à Lei 13.467/2017 a tentativa de extirpar das relações de trabalho a incidência, por empréstimos, do regramento e dos princípios gerais de responsabilidade civil derivados do Direito Civil e do Direito Constitucional.

Nesse ponto, **Augusto César Leite de Carvalho**, por exemplo, assevera que “o novo art. 223-A da CLT tenta excluir a proteção constitucional ou mesmo a do Código Civil, quiçá a do direito comparado, ao prever que somente os dispositivos a ele seguintes tutelariam a personalidade do trabalhador” (CARVALHO, Augusto César Leite de. *Princípios do Direito do Trabalho sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 21).

No mesmo sentido, **Maurício Godinho** e **Gabriela Neves Delgado** defendem que “o novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar o avanço cultural e jurídico, por meio da nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos.

Segundo a nova lei, não cabe mais falar em dano moral, estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos de força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana” (DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017**, 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 145).

Com todas as mais respeitosas vênias a esses entendimentos, parece-me que a pecha de inconstitucionalidade atribuída ao art. 223-A da CLT é inspirada por uma desconfiança – **por assim dizer congênita** – da doutrina a respeito dos objetivos norteadores da Lei 13.467/2017.

Digo isso porque a disciplina legislativa em momento algum afastou – e nem poderia afastar – a aplicação dos princípios constitucionais que regem as relações de trabalho, seja no âmbito do regramento dos danos extrapatrimoniais, seja em qualquer outra dimensão das relações jurídicas trabalhistas.

Ainda que a norma prevista no art. 223-A expressamente circunscreva o tratamento da reparação extrapatrimonial às disposições do Título II-A, é inequívoco que, ao apreciar cada caso concreto, o magistrado deverá proceder a uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico pátrio, no que se insere o inafastável respeito aos princípios constitucionais.

Despiciendo ainda observar que eventuais lacunas na aplicação da legislação trabalhista poderão ser colmatadas pelos juízes por meio do recurso à analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942). Disso resulta que, ao menos naquilo que não implicarem contrariedade expressa ao regime da CLT, os parâmetros fixados no Título IX do Código Civil, poderão ser supletivamente aplicados às relações trabalhistas.

Tampouco assiste razão ao argumento de que a criação de um regime específico de responsabilidade civil para as relações de trabalho violaria o princípio da “isonomia”. Fosse esse argumento abstratamente verdadeiro, seriam inconstitucionais todas as disposições infralegais que, de alguma maneira, dispusessem, fora do Código Civil, acerca do regime de reparação por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais em relações jurídicas específicas.

Não havendo qualquer inconstitucionalidade *in abstracto* na simples criação de um regime jurídico específico para disciplinar a responsabilidade por danos extrapatrimoniais no âmbito da Justiça Trabalhista, entendo que seria necessário adensar interpretações poderiam eventualmente levar a situações concretas de inconstitucionalidade.

A parte autora da ADI 6069 sugere, por exemplo, que devido à autonomia do Título II-A da CLT somente a lesão a bens jurídicos específicos poderia ser considerada para fins de dano extrapatrimonial.

O Conselho Federal da OAB aduz, por exemplo, que “o art. 223-C somente considera a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física como bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física” e, assim, “deixa de considerar outros tantos, como por exemplo, a etnia, a idade, a nacionalidade, a crença religiosa, previstos na Constituição da República”.

Com as mais devidas vênias, porém, entendo que essa argumentação de inconstitucionalidade se assenta equivocadamente em uma interpretação assaz restritiva da norma.

O art. 223-C simplesmente dispõe que “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”. Não me parece ter havido qualquer tentativa do legislador ordinário de conferir às expressões “honra” ou “intimidade” qualquer conteúdo normativo taxativo.

Nesse aspecto, tenho por oportunas as considerações de Alvarenga e Souza ao destacarem que o art. 223-C da CLT “aponta, **de forma apenas exemplificativa** os bem jurídicos tutelados e cuja defesa dá ensejo ao pagamento de indenização por danos morais” (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli e SOUZA, Luiza Baleeiro. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 196, p. 63-85, 2018). Trago à baila a observação feita pelas autoras de que:

Um estudo dos dispositivos [da Reforma Trabalhista] pelos métodos de interpretação mais simplistas, tal como o método gramatical, poderá evidenciar, mais uma vez, que as normas em comento promoveram uma proteção ineficiente dos direitos dos trabalhadores, haja vista que, novamente, parece ter o dispositivo limitado os bens jurídicos tuteláveis em sede de danos extrapatrimoniais àqueles expressamente previstos no enunciado normativo. Tal interpretação, contudo, não deve prevalecer, devendo-se considerar como meramente exemplificativo o rol de direitos da personalidade citados pelos dispositivos em comento (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli e SOUZA, Luiza Baleeiro. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 196, p. 63-85, 2018).

Assim, com as devidas vênias, entendo que a arguição de inconstitucionalidade neste ponto não ultrapassa uma simples problemática de interpretação legislativa.

Ademais, não deixa de ser curioso que o parâmetro de controle invocado para a impugnação do dispositivo seja o próprio art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que ao tratar do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, faz menção apenas aos bens jurídicos “honra” e “imagem” das pessoas. Fosse conferida ao texto constitucional

interpretação tão gramatical e estanque como a foi dada pelos requerentes ao art. 223-C da CLT, estaríamos diante de um verdadeiro paradoxo hermenêutico.

Por todas essas razões, julgo **improcedente** a ADI 6069, no que se refere à alegação de inconstitucionalidade do art. 223-A da CLT.

Ainda quanto à autonomia do Título II-A da CLT, mesmo que este ponto não tenha sido suscitado de forma direta pela Requerentes, considero que existe uma dúvida relevante – e que precisa ser dirimida por este STF – no que diz respeito à constitucionalidade do art. 223-B da CLT.

Esse dispositivo passou a restringir a legitimidade da propositura de ação por danos morais, na seara trabalhista, à pessoa da vítima. Reitero a redação da norma: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Devido à carga restritiva da expressão “titulares exclusivas”, tornou-se assente na doutrina o entendimento de que a inovação legislativa teria excluído a possibilidade de indenização extrapatrimonial na Justiça do Trabalho pelo chamado dano reflexo ou dano em ricochete. A esse respeito, conforme defendem mais uma vez Rúbia Alvarenga e Luiza Souza:

O art. 223-B da CLT, ao mencionar que as pessoas físicas ou jurídicas que sofreram a ofensa à esfera moral ou existencial são as titulares exclusivas do direito à reparação do dano de natureza extrapatrimonial, parece indicar intensão de afastar o chamado dano moral reflexo ou em ricochete, ou seja, quando o direito violado é de uma pessoa, mas quem sofre os efeitos da lesão é outra pessoa” (ALVARENGA, Rúbia Zanutelli e SOUZA, Luiza Baleeiro. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 196, p. 63-85, 2018).

Essa restrição, todavia, parece ter imprimido, na Justiça do Trabalho, uma minoração do patamar protetivo que resta vigente no sistema do Direito Civil. O art. 948 do Código Civil positiva a hipótese do dano reflexo (ou dano em ricochete) ao dispor que:

Art. 948 – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Assim, o dano em ricochete consiste nas consequências na esfera de terceiros decorrentes do dano sofrido pela vítima direta: no caso do dano morte, os parentes que sofrem a insuportável dor da perda; no caso de danos físicos graves, os parentes que passam a sofrer consequências na sua esfera de direitos.

No Direito Civil, os legitimados a propor demandas visando a indenização por dano reflexo está intimamente ligada ao nexo de causalidade, relacionando a proximidade lógica existente entre o interesse lesado da vítima direta com o interesse lesado da vítima indireta. (Silva, Rafael Peteffi da. STJ reforça caráter autônomo do dano reflexo ou por ricochete. CONJUR, publicado em 17 de fevereiro de 2020). No REsp 1.734.536-RS, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o STJ explicou algumas das principais premissas teóricas do dano reflexo. Segundo o Ministro:

“Penso que o dano moral por ricochete, ou préjudice d’affection, é personalíssimo, autônomo em relação ao dano sofrido pela vítima do evento danoso e independente da natureza do evento que causa o dano, conferindo, desse modo, aos sujeitos prejudicados reflexamente, direito à indenização pela simples e básica circunstância de terem sido atingidos em um de seus direitos fundamentais.

(...) É que o dano moral em ricochete não significa o pagamento da indenização pelo dano moral aos indiretamente lesados por não ser mais possível, devido ao falecimento, indenizar a vítima direta. São indenizações autônomas, por isso devidas independentemente do falecimento da vítima do evento causador do dano.” (REsp 1.734.536-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma do STJ, julgado em 6 de agosto de 2019).

Penso que uma interpretação que desconsiderasse a possibilidade de acionamento da Justiça do Trabalho pela hipótese de dano em ricochete resultaria em estado de absoluta inconstitucionalidade. Essa leitura do art. 223-B da CLT faria com que o largo âmbito de proteção do art. 5º, inciso V, da CF restasse esvaziado, na medida em que se inviabilizaria a reparação de danos por acidente de trabalho que resultasse, por exemplo, em morte da vítima.

Essa discussão ganhou uma grande relevância na Justiça do Trabalho principalmente por conta dos graves e tristes acidentes ocorridos na Mina do Córrego do Feijão em Brumadinho/MG, na data de 25 de janeiro de 2019, em uma das barragens de rejeitos da empresa Vale S.A., o qual vitimou fatalmente aproximadamente 250 (duzentos e cinquenta) trabalhadores próprios e terceirizados (e outros cidadãos não trabalhadores da empresa), além de ter devastado ambiental e socialmente toda a região.

Conforme informação trazida aos autos da ADI 5.870 pela PGR, foi celebrado, e devidamente homologado, acordo judicial na Ação Civil Pública nº 0010261-67.2019.5.03.0028, movida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região -, em face da Vale S.A., cujo objeto central era a justa reparação dos danos morais e patrimoniais dos familiares dos trabalhadores fatalmente vitimados pelo acidente do dia 25/01/2019, além de outros direitos trabalhistas de natureza individual homogênea de sobreviventes e familiares (estabilidade no emprego; atendimento médico; auxílio-creche; auxílio-educação, etc.) e de compensação por danos extrapatrimoniais sociais (“dano moral coletivo”).

Situações graves como essa poderiam eventuais sofrer algum tipo de imunização do ponto de vista da responsabilização aquiliana se entendêssemos que a Reforma Trabalhista afastou qualquer hipótese de dano reflexo do novo regime do Título II-A da CLT.

Por esses motivos, entendo ser necessário **conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 223-B da CLT**, afastando-se qualquer interpretação que impeça o exercício de pretensão, em juízo, de reparação de dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho pela hipótese do dano em ricochete ou dano reflexo.

6. Quantificação dos danos extrapatrimoniais

O aspecto central das arguições de inconstitucionalidade ora apreciadas diz respeito ao art. 223-G da CLT, em especial ao seu § 1º, que fixou, com base no salário-mínimo, valores-referência de piso e de teto para a quantificação da sanção reparatória dos danos extrapatrimoniais.

Sobre esse ponto, as partes autoras sustentam que a norma em questão violaria os princípios constitucionais da reparação integral do dano, da livre convicção racional do magistrado, da proporcionalidade e da razoabilidade e, da proteção do trabalho e da proibição do retrocesso social.

Compreendo que, a despeito das especificidades do regramento trabalhista, o debate sobre a constitucionalidade da tarifação de indenizações por dano, a rigor, é mais amplo e se insere na tortuosa discussão sobre os limites do legislador na antecipação abstrata dos elementos da reparação por responsabilidade civil aquiliana. Tal discussão não é nova e tampouco típica do caso brasileiro, conforme será aprofundado a seguir.

6.1. Tarifação de dano e metodologias de arbitramento no Direito Brasileiro e no Direito Comparado

O debate sobre se é possível ao legislador ordinário fixar, de forma genérica, parte ou todos os elementos que informam o arbitramento judicial traça suas origens no período pré-constitucional.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, era comum que os Tribunais aplicassem analogicamente, diplomas legislativos que previam valores-máximos de reparação por danos materiais ou morais em situações específicos. Nesse sentido, além da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa), a Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), por exemplo, definia que o valor da indenização por calúnia, difamação ou injúria deveria ser fixado entre cinco e 100 salários mínimos. De forma semelhante, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) dispunha que “a responsabilidade do transportador (arts. 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (arts. 233, 234, § 1º, 245), estaria sujeita aos limites estabelecidos neste Título (art. 257, 260, 262, 269 e 277)”.

Todos esses diplomas legislativos compunham o chamado “Sistema de Tarificação Legal da Indenização”, o qual consistiria na “previsão, pelo legislador do montante da indenização correspondente a determinados eventos danosos” (SANSEVERNO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010).

Com a promulgação do novo texto constitucional e a inauguração da disciplina do seu art. 5º, inciso V, que consolidou entre nós o princípio da reparação integral do dano, o STF foi chamado a discutir se o modelo de tarificação teria ou não sido recepcionado pela nova ordem.

A jurisprudência consolidada deste Tribunal sugere que a constitucionalidade dos sistemas legais de tarificação depende da natureza do dano reparado.

Nesse sentido, quando do julgamento do RE n. 636.331, de minha relatoria, entendi pela constitucionalidade do tabelamento fixado na Convenção de Varsóvia, por se tratar apenas de indenização por dano material. Confira-se, nesse sentido, trecho do meu voto:

“(…) O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.

Corroborar a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar declaração especial do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal.

Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível.

Assim, meu voto é no sentido de declarar a aplicabilidade do limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais

acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. (...)”

O assunto foi analisado novamente durante o julgamento do ARE 766.618, em que se reconheceu a constitucionalidade da padronização do *quantum* indenizatório por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia. Colho trecho do voto do relator, Ministro Roberto Barroso:

“Quanto ao ponto, e apenas para registro, não vislumbro qualquer sombra de invalidade material na previsão de um teto para a indenização. Não há dúvida de que a defesa do consumidor tem matriz constitucional (CF/88, art. 5º, XXXII; art. 170, V). Todavia, não se trata de um valor absoluto, que imponha, sempre e em qualquer caso, a prevalência dos interesses do consumidor. Cuidando-se de um princípio, a tutela do consumidor pode ser validamente restringida pela incidência simultânea de outros fins e valores constitucionais.

Certamente, há limites a serem observados, dentre os quais a proporcionalidade ou razoabilidade da restrição. Não se admitiria, por exemplo, que um tratado (assim como uma lei ou um regulamento) viesse a esvaziar a proteção concedida ao consumidor. Não creio, porém, que seja essa a hipótese examinada.

Como a transportadora assume a obrigação de entregar a bagagem no destino, íntegra, ela só pode oferecer o serviço se puder antecipar minimamente o risco a que se expõe. Afinal, esse é um componente do preço que será cobrado: é razoável que quem transporta obras de arte cobre quantias mais elevadas do que quem leva ração para animais, por exemplo. No caso do transporte aéreo internacional, que é um serviço massificado, a definição individualizada do preço seria inviável, sem contar que importaria ao passageiro o desconforto de exhibir seus pertences à transportadora. No entanto, tampouco se poderia admitir que a indenização fosse determinada exclusivamente pelo que o consumidor afirmasse em juízo até porque, não tenho inspecionado o conteúdo das malas, a empresa jamais poderia fazer prova de valor diverso.

Nesse contexto, a solução dada pela Convenção é bastante razoável: adota-se um padrão, aplicável à generalidade dos casos, que permite à empresa definir um preço igualmente uniforme. Admite-se, porém, que o passageiro declare um valor mais elevado e eventualmente pague uma quantia adicional para garantir uma indenização maior. Como se vê, não se impõe uma restrição absoluta ao consumidor ao contrário, ele pode sempre afastá-la, preenchendo uma declaração especial de bagagem.”

Como se percebe, há certo consenso quanto à tarifação dos danos materiais. Não acontece o mesmo, porém, quando se trata da indenização por danos extrapatrimoniais.

No julgamento do RE n. 447.584 (Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 16.3.2007), que declarou a não recepção do art. 52 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), assentou-se que “toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República”.

Na ocasião, acompanhei o voto do relator, ressaltando “que a Constituição, na verdade, faz uma opção clara no sentido da preservação de valores. Claro que a liberdade de imprensa tem um valor fundamental na democracia e deve ser preservada, todavia não há de se fazer em detrimento de valores centrais como a própria expressão da dignidade da pessoa humana”.

A Lei de Imprensa foi novamente objeto de análise da Corte, quando do julgamento da ADPF 130, ocasião em que se declarou não recepcionada referida lei na sua integralidade. Colho trecho da ementa do julgado:

“5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais

fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. (...)” (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 05.11.2009)

Confirmando a impossibilidade de tariffação, pode ser citado o teor da Súmula 28 do STJ, anterior à ADPF 130: “A indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa”. No âmbito doutrinário, a VI Jornada de Direito Civil, de 2013, reforçou esse entendimento, com a aprovação do Enunciado n. 550: “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

Parece-me, portanto, que existe uma forte sinalização da jurisprudência deste STF no sentido da **impossibilidade de se tariffar o dano moral**, mediante modelo legislativo que subtraía totalmente do juiz o seu arbitramento. **Isso não equivale**, evidentemente, **à proibição de métodos que ajudem a estabelecer a quantificação do dano extrapatrimonial**.

A ausência de critérios objetivos para a quantificação dos danos morais – seja nas relações de trabalho seja nas relações civis aquilianas em geral – naturalmente desperta preocupações relacionadas à segurança jurídica e à previsibilidade da extensão das sanções reparatórias.

Diante da rejeição ao modelo de tariffação, a doutrina e a jurisprudência passaram a estabilizar parâmetros a serem observados pelo magistrado na fixação da indenização por danos extrapatrimoniais, tais como a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. A inexistência de parâmetros objetivos de fixação, todavia, pode levar à disseminação de decisões muitas vezes contraditórias, desiguais, com valores irrazoáveis, tanto para mais quanto para menos.

Não é à toa que, no campo do Direito Civil, mesmo após as decisões do STF relacionadas à Lei de Imprensa, a busca de critérios para valoração do dano moral já foi objeto de diversas iniciativas legislativas como, por exemplo, o PL 523/2011, de autoria do Deputado Walter Tosta, que previa indenizações entre dez e 500 salários mínimos, ou o PLC 169/2010, de iniciativa do Deputado Marcus Vinicius, que propunha a alteração do art. 953 do Código Civil, de modo a acrescentar um parágrafo com o seguinte teor: “na fixação da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a

situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado”.

Diante dos inequívocos problemas de previsibilidade do arbitramento judicial do dano moral, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reagido na construção de metodologias. O Tribunal vem adotando o chamado “ **método bifásico** ”, modelo segundo o qual o julgar primeiro analisa um valor básico para a reparação, considerando o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes, e, depois, verifica as circunstâncias do caso concreto (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes, entre outros fatores) para fixar o valor definitivo da indenização. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2, p. 430)

O método, desenvolvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino a partir de sua tese de doutorado defendida na UFRGS, sob orientação da profa. Judith Martins-Costa, consiste em dividir a fixação do valor em duas fases. Em um primeiro momento, chega-se a uma quantificação de um valor básico, com base na gravidade do fato em si. Por exemplo, em um caso de morte, procura-se analisar um grupo de casos semelhantes na jurisprudência, verificando-se como tem sido quantificada a indenização, chegando-se a uma média extraída dos casos catalogados.

Em um segundo momento, após quantificar o valor básico, por exemplo 500 salários-mínimos segundo a jurisprudência do STJ no caso de homicídio, “passa-se a fixação definitiva da indenização, trabalhando-se com as circunstâncias do caso para elevar ou diminuir esse montante”. Nesse momento, o magistrado deve considerar a gravidade do fato em si, a culpa do ofensor, eventual culpa concorrente da vítima, situação econômica do ofensor, etc.

Para o Ministro Sanseverino, a utilização dessa sistemática concretiza, com razoabilidade, a regra do parágrafo único do art. 953 do CC, procedendo-se ao arbitramento equitativo da indenização. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002 e a jurisprudência do STJ** . VI Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 75 a 83).

Apenas para que fique claro que as dificuldades de quantificação de danos extrapatrimoniais não se limitam ao direito pátrio, cumpre-nos uma breve incursão no Direito Comparado.

Em Portugal, o art. 496 do Código Civil, ao tratar do direito a indenização por dano não patrimonial, determina que “ *o montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494*” .

No entanto, embora a normatização seja um tanto aberta em relação aos critérios para o estabelecimento do valor, o país possui uma Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, promulgada pelo Decreto-Lei n. 341, de 30 de setembro de 1993, que, tomando por base estudos científicos sobre a perda da capacidade de trabalho em virtude de cada lesão, estabelece parâmetros variáveis que servirão de base para o julgador na hora de fixar o montante da indenização. Em 2007, o Decreto-Lei 341 foi substituído pelo Decreto-Lei n. 352, que traz agora duas tabelas: uma destinada a proteger os trabalhadores no âmbito do direito laboral e, outra, direcionada à reparação de danos no Direito Civil.

Na Alemanha, também não há uma previsão legal com critérios taxativos para a fixação do valor da indenização. Os juízes, porém, costumam se valer do padrão adotado em casos anteriores (Tabela *Schmerzensgeld*):

“In Germany the method of awarding damages for non-pecuniary loss is based on principles developed over the years by the German Federal Court. Of crucial importance is the landmark decision of the ‘Bundesgerichtshof’ (BGH) on 6th July 1995⁴³, which established both the functions of this type of damages within the compensation system and the guiding criteria for their assessment.

(...)

According to the German procedural law, the assessment of damages is based on the discretion and conviction of the judge, who has to take into account all the circumstances of the case. As there are no statutory tariffs for the compensation of different types of injuries, judges use non-statutory tables – ‘Schmerzensgeldtabellen’ as guidelines when determining the amount of compensation” ()

A Inglaterra possui limites legais em valores. No caso de acidente fatal, o *Fatal Accidents Act* 1976 limita o valor indenizável em 15.120 libras esterlinas. Em relação a outros danos extrapatrimoniais, inexistente um tabelamento, cabendo ao juiz decidir o caso concreto com base nos precedentes (JSB Guideline) e nas circunstâncias específicas do caso:

“In the UK there is no table for assessing bodily injury claims. The courts judge the cases based on precedents and the particulars of the individual case. However, in 1992 an important judicial education institution developed guidelines. These so-called “JSB Guidelines” prescribe a certain compensation range for each injury, including both pain and suffering (non-economic damages in the widest sense) and every other form of non-economic loss.” ()

Já o Canadá estabeleceu limites de valores para a compensação de danos morais, que devem ser seguidos, salvo circunstâncias excepcionais:

“The Damages Trilogy is a reference to three Supreme Court of Canada decisions from 1978, all of which involved catastrophically injured youths. These decisions helped shape the law regarding personal injury compensation in Canada. They created a rough upper monetary limit for non-pecuniary damages, but established that pecuniary damages were not subject to such ceilings. Except in exceptional circumstances, the limit for non-pecuniary damages was set at \$100,000. This figure has since been increased to take inflation into account and now sits in the \$350,000 range.” ()

Seguindo modelo parecido, a Irlanda possui uma tabela pré-fixada com a indicação dos valores correspondentes aos danos extrapatrimoniais:

“It is widely accepted that the making of an award of general damages for pain and suffering is a somewhat artificial task. It involves the judge seeking to convert the pain and suffering of a given claimant into a monetary award which he or she considers to be reasonable by way of compensation. That is a difficult task and one

which has historically led to judges making widely varying awards of damages in respect of relatively comparable injuries, a result which not only offends the principle of equality before the law but results in unnecessary appeals and the incurring of additional costs, apart altogether from the burden that such appeals place on the Courts' own scarce resources.

These Guidelines seek to promote a better understanding of the principles governing the assessment and award of damages for personal injuries with a view to achieving greater consistency in awards notwithstanding that cases will invariably have their own unique features." (tabela disponível em:)

Embora com tratamento muito variado no Direito Comparado, o modelo adotado na Itália, talvez, seja o mais inspirador para o direito brasileiro atualmente.

A reparação dos danos extrapatrimoniais no direito italiano passou por um conturbado período de modificação e construção, até alcançar a aceitação doutrinária e jurisprudencial.

A doutrina e jurisprudência italianas também elegeram alguns critérios para estabelecer a reparação do dano não patrimonial. Do art. 2059 do Código Civil italiano extrai-se a função satisfativa da reparação, sendo que o valor deve resultar da proporção entre prejuízo e quantum. Também o critério da gravidade do fato, da conduta, sendo que a ofensa, para ser indenizável, "precisa ultrapassar um certo limite mínimo de tolerabilidade".

Outro critério analisado é o "da intensidade do sofrimento da vítima" que, em face da sua subjetividade, pode ser identificado de três modos: 1) contexto moral e intelectual do ofendido; 2) sensibilidade do homem médio; 3) sensibilidade subjetiva do indivíduo, psicologicamente identificável.

Quanto à fixação do valor, explica Lucas Faccio que a técnica de tabelamento das indenizações pelos tribunais italianos começou relacionado ao tema da reparação dos danos à saúde, posteriormente compreendidos como danos biológicos. Inicialmente, sugeriu-se o método reparatório como valoração equitativa pura pelo magistrado. Posteriormente, desenvolveu-se o chamado método genovense, "conhecido por multiplicar o triplo do valor da pensão social anual pelo coeficiente de capitalização estipulado conforme a idade e o sexo da vítima, e considerar o percentual do grau de

efeitos posteriores da lesão”, considerado inválido pela Corte de Cassação em 1993.

Mais desenvolvido que os anteriores, o modelo pisano, que extraia valores de percentuais estatísticos de invalidez e de precedentes jurisprudenciais, mostrou-se uma introdução ao futuro método conhecido como tabelar.

A última forma de valoração, portanto, ficou conhecida como método do tabelamento. Explica o autor:

“Ele surge como uma alternativa para minimização das incertezas que pairavam sobre os valores concedidos à título de danos biológicos. O objetivo era evitar decisões extremamente diferentes em casos próximos dentro do mesmo tribunal. Por conta disso, alguns tribunais começaram a elaborar suas próprias tabelas, sendo a mais famosa a do Tribunal de Milão, que, nos primeiros anos dessa técnica, serviu de base para outros tribunais criarem suas próprias tabelas, como os de Florença e Veneza.” (FACCIO, Lucas G. A quantificação do dano moral: o uso de tabelas no direito italiano e a sua viabilidade no direito brasileiro, p. 112).

O método tabelar acabou ganhando a preferência da Corte de Cassação para valorar o dano biológico, muito pela uniformização da proteção a direitos lesados quando os efeitos do prejuízo sejam parecidos e pelo que a doutrina chamou de personalização, “**que consiste no dever do magistrado, a despeito do valor extraído da tabela, observar as particularidades de cada caso**”. O dano biológico, para o direito italiano, é entendido como um dos tipos de danos não patrimoniais, diverso do dano moral, que consiste em qualquer violação injusta à integridade psicofísica da pessoa. Para a doutrina italiana, ao contrário dos danos morais, “os biológicos não possuem uma essência estritamente subjetiva, sendo possível o uso de critérios puramente objetivos para sua valoração”. (FACCIO, p. 113)

Com o tempo, alguns tribunais começaram a elaborar suas próprias tabelas, trabalho realizado pelos observatórios de justiça civil de cada tribunal (grupo de estudiosos formado por advogados, juízes, médicos-legistas e professores), sendo o mais conhecido o de Milão. Com o crescimento do método, a Itália já discute a criação de uma tabela única nacional, com o objetivo de proporcionar maior harmonização. Atualmente, a tabela de Milão vem sendo adotada pela maioria das Cortes superiores e sendo a tabela de Milão adotada, preferencialmente, pelas Cortes superiores

e, hoje, é utilizada, também, na orientação da fixação de valores de danos morais.

Observa Lucas Faccio, no entanto, a grande preocupação dos pesquisadores de Milão com a particularização de cada caso:

“A despeito da importante função orientadora e harmonizadora exercida pela tabela de Milão (pelas tabelas em geral), tanto a doutrina quanto a jurisprudência italiana preocupam-se em evitar que haja uma padronização injusta das indenizações. Na recente decisão da Corte de Cassação, sentença n. 25817 de 2017, essa preocupação restou bem clara, inclusive com a garantia da possibilidade de se ultrapassar os valores propostos nas tabelas, quando no caso concreto se identificar alguma peculiaridade que não tenha sido considerada anteriormente.

Nesse sentido, no julgamento n. 18611 de vinte e dois de setembro de 2015, a Corte de Cassação explicitou a posição de que no momento em que o magistrado efetua a personalização do caso, é possível que haja um rompimento nos limites mínimos e máximos dos valores apresentados nas tabelas. Todavia, a própria Corte faz uma importante ressalva: para que isso ocorra é necessário que o juiz motive adequadamente as circunstâncias e o modo como as particularidades foram observadas, justificando o aumento ou a diminuição dos valores.” (FACCIO, p. 119)

Todo esse arcabouço do Direito Comparado quão complexo é o debate acerca da tarifação do dano moral extrapatrimonial.

8.2. Interpretação conforme à Constituição ao art. 223-G da CLT

As dificuldades de parametrização do *quantum* indenizatório na esfera cível naturalmente desbordaram para o Direito do Trabalho. Nas últimas décadas, a doutrina e a jurisprudência trabalhista buscaram ancorar-se no empréstimo dos princípios informativos estabelecidos nos arts. 944 e 945 do Código Civil para a fixação das reparações por danos morais, existenciais e estéticos.

Como destacado por **Alexandre Agra Belmonte**, desse diálogo de campos entre o Direito Civil e Direito do Trabalho, seria possível extrair

para a magistratura trabalhista os parâmetros de fixação dos danos extrapatrimoniais:

- a) o princípio da preferência pela reparação in natura ou equivalente prático, se possível, tempestiva e suficiente;
- b) o princípio da extensão do dano (integralidade da indenização);
- c) o princípio da razoabilidade (para a delimitação proporcional à parcela de culpa, intensidade e duração da dor, repercussão da ofensa e condições pessoais do ofensor e do ofendido);
- d) o princípio da tripla função: caráter compensatório, dissuasório e exemplar (BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por Danos Morais nas Relações de Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, no 2, abr/jun 2007, p. 173).

Esse esforço doutrinário, porém, não logrou a uniformização jurisprudencial, nem em termos de metodologia hermenêutica, tampouco em termos de garantia de tratamento isonômico entre as mais diversas situações caracterizadoras do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho.

A título de exemplo, podemos citar os seguintes precedentes do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

ERR 214300-58.2001.5.05.0462 (redução do quantum indenizatório para R\$ 300.000,00 pelas sequelas de ordem psíquico-emocional enfrentadas por bancária, aposentada por invalidez, por ter sido vítima de sequestro e cárcere privado);

RR 103300-62.2005.5.21.0011 (mantida condenação de R\$ 500.000,00 a empregada de Banco, reintegrada por via judicial, que sofreu assédio moral, inclusive com negativa de acesso a plano de saúde, tendo o empregador reiteradamente promovido restrição cadastral, isolamento e discriminação);

AIRR 516-73.2011.5.10.0020 (mantido o valor de R\$ 400.000,00 de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral sofrido por empregada de Banco que ficou 5 meses sem função designada como forma de retaliação);

RR 781-43.2013.5.01.0283 (redução de indenização fixada em um milhão para R\$ 250.000,00 por dano causado na face esquerda do empregado, gerando deformidade parcial, além de perda muscular no ombro e no braço esquerdo);

RR 117-89.2013.5.04.0101 (redução de indenização de R\$ 394mil para R\$ 280mil pela dor sofrida pela esposa e filhas do empregado falecido);

RR 2828-95.2011.5.12.0010 (majoração do valor da indenização para R\$ 350mil por óbito de empregado em transporte de empregados);

AIRR 64100-89.2010.5.17.0009 (manutenção de indenização em R\$ 30mil por assédio moral decorrente de homofobia);

AIRR 200000-96.2006.5.02.0075 (manutenção do valor de R\$ 100mil a título de indenização por assédio sexual);

RR 55700-87.2010.5.21.0005 (redução do valor de R\$ 600mil para R\$ 200mil reais a título de indenização por dispensa discriminatória sofrida por empregado de Banco); dentre tantos outros.

Esse cenário de ausência de uniformização jurisprudencial chamou a atenção do Congresso Nacional que buscou, na Reforma de 2017, introduzir na CLT parâmetros para identificar a existência do dano e para estabelecer o valor devido pela lesão.

Os dispositivos atacados nas ADI em exame inseriram no ordenamento jurídico uma espécie de “tarifação” de indenização levando em consideração o salário do ofendido (§1º do art. 223-G) ou do ofensor, no caso de pessoa jurídica agredida (§2º do art. 223-G), tudo nos termos do art. 223-G, *in verbis*:

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

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III – a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII – o grau de dolo ou culpa;

VIII – a ocorrência de retratação espontânea;

IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expresso;

XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII – o grau de publicidade da ofensa.

§ 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.

O desvendamento do histórico legislativo do § 1º do art. 223-G não deixa dúvidas de que o Congresso Nacional pretendia reagir à suposta ausência de objetividade dos critérios utilizados pela magistratura trabalhista. O incisos do referido § 1º do art. 223-G da CLT não constavam da proposição original do Projeto de Lei e foram acrescentados a partir do acolhimento parcial das emendas 662, do Deputado Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG), 399, do Deputado João Gualberto (PSDB/BA) e 430, do Deputado Vitor Lippi (PSDB/SP).

O Parecer da Comissão Especial que analisou o Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, de relatoria do Deputado Rogério Marinho, deixa claro que a inclusão dessas emendas partiu do diagnóstico de que a insegurança jurídica gerada pela falta de balizas objetivas deveria ser corrigida:

Reconhecemos a importância do tema, mesmo porque o pagamento de indenização quando verificado o dano está previsto na Constituição Federal, nos termos do inciso X do art. 5º. Com o que não podemos concordar, todavia, é a total falta de critério na sua fixação.

Na Justiça do Trabalho, segundo dados do próprio TST, em torno de 1% a 2% das ações ajuizadas no ano de 2016 tratavam, exclusivamente, de indenização por dano moral ou existencial. Entretanto esses dados não levam em consideração o fato de que quase todas as ações trabalhistas trazem um pedido acessório de indenização por danos morais, fundada, muitas vezes, em mero descumprimento da legislação trabalhista.

Como há um vácuo nas leis do trabalho quanto ao tratamento da matéria, os pedidos são formulados com base na legislação civil, a qual também não oferece critérios objetivos para lidar com o tema.

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento.

A despeito da nobre intenção do legislador, compreendo que a jurisprudência deste STF e dos Tribunais Superiores nos casos multicitados no presente voto se assentou no sentido da impossibilidade de a lei ordinária prescrever valores máximos de dano moral, seja no âmbito das relações trabalhistas, seja no âmbito da responsabilidade civil aquiliana em geral.

Ainda que a classificação das modalidades de dano prevista no § 1º do art. 223-G de acordo com as ofensas leve, média, grave ou gravíssima pudesse eventualmente ser preenchida com critérios jurisprudenciais concretos, fato é que, a partir do enquadramento de uma ou mais situações fáticas dentro de um mesmo rótulo de gravidade, o magistrado torna-se impossibilitado de traduzir, de forma plena, a dor e o sofrimento imaterial da vítima em medida reparatória quantificável para além do “teto” estabelecido na lei.

Despiciendo aduzir que o entendimento da incompatibilidade da tarifação com os referidos princípios constitucionais. Nesse sentido, **Maurício Godinho Delgado** e **Gabriela Neves Delgado** aduzem que:

O art. 223-G, § 1º, incisos I a IV, estabelece tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, se esquecendo de que a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Nesse contexto, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita

absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Na mesma linha, **Rayane Rayol** e **Ana Gomes** asseveram que “a limitação do valor da indenização por danos morais feita pela Lei 13.467/2017, de forma prévia e abstrata, mostra-se incompatível com a indenização irrestrita garantida pela Constituição Federal, uma vez que para se averiguar a proporcionalidade entre o dano e a reparação devem ser levadas as peculiaridades do caso concreto.

O tabelamento que a Reforma Trabalhista impôs, além de possibilitar o tratamento desigual de lesões por meio da renda auferida pelo trabalhador, limita a liberdade do juiz de analisar as peculiaridades do caso concreto” (RAYOL, Rayane Araújo Castelo Branco e GOMES, Ana Virginia Moreira. O tabelamento do dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017 e a mitigação da função preventiva de sua reparação. **Revista de Direito do Trabalho** , vol. 203, 2019, p. 97 – 124).

Embora assentada a incompatibilidade do sistema de tarifação legal da Reforma Trabalhista, porém, compreendo que a norma impugnada não deve ser julgada *in totum* inconstitucional com pronúncia de nulidade.

Isso porque os parâmetros fixados no art. 223-G, tanto nos incisos I a XII do *caput* do dispositivo quanto no próprio § 1º, podem validamente servir de critérios , ainda que não exaurientes , para a definição do *quantum* da reparação extrapatrimonial pelo magistrado trabalhista.

De fato, o que o entendimento jurisprudencial deste STF assentou foi apenas a inconstitucionalidade do tabelamento do dano, assim entendido como o conjunto de normas que excluem *in totum* a discricionariedade de quantificação do dano pelo magistrado , tornando-o um mero aplicador de valores pré-determinados que não podem ser adaptados às especificidades do caso concreto.

No julgamento do multicitado RE n. 447.584 (Rel. Min. **Cezar Peluso** , Segunda Turma, DJ 16.3.2007), a não recepção do art. 52 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) se deu porque a norma esvaziava qualquer tipo de conformação judicial tornando intransponível a quantificação proporcional e adequada da reparação.

Como asseverado pelo eminente Ministro **Cezar Peluso** em seu voto-relator “ter-se-ia que indagar se o art. 52 da Lei 5.250/1967 não sucumbiria ao contraste com o postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional. [...] Parece evidente que não seria nem necessária (a indenização fixa-se por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma ficção reparatória, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo estaria a sempre independer dos critérios concretos, próprios da valoração equitativa”.

Ou seja, o fato gerador da inconstitucionalidade do sistema legal de tarifação do dano extrapatrimonial parece ser justamente aquilo que, nas palavras do eminente Ministro **Cezar Peluso**, qualifica-se como a “ **ficção reparatória** ”. A violação ao princípio constitucional da reparação integral do dano não reside na tentativa de parametrizar a atuação do juiz, mas sim no ímpeto de substituir, por completo, o arbitramento judicial por um arbitramento legislativo.

Ressalvada a fixação antecipada do dano pela lei, porém, entendo que inexistente inconstitucionalidade na opção legislativa que não esvazia, mas apenas restringe a discricionariedade judicial a partir da listagem de critérios interpretativos que devem ser considerados na quantificação do dano. A consagração de parâmetros legais objetivos, aliás, é não apenas constitucional, mas desejável, na medida em que eles podem balizar o livre convencimento racional motivado do juiz.

Chama a atenção, a propósito, que a própria ANAMATRA, na petição inicial da ADI 5870, tenha requerido que este STF mantivesse a validade dos “incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, porém, dando-lhe interpretação conforme, para ser utilizado como ‘parâmetro’ e não como ‘limite’”. Como dito pela própria requerente “pode-se considerar que a indicação de valores básicos para a fixação da indenização seria utilizada pelos empregadores para satisfazer de

Ou seja, tanto em relação aos critérios listados nos incisos I a XII do *caput* do art. 223-G quanto em relação aos próprios critérios mínimos baseados no salário previstos nos incisos I a IV do § 1º, compreendo que não há qualquer inconstitucionalidade na sua utilização pelo magistrado para a quantificação dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho.

Repiso, porém, que tais critérios, em especial o valor-referência do salário, não podem ser utilizados como “teto”, sendo possível que o

magistrado, diante das especificidades da situação concreta eventualmente, de forma fundamentada, ultrapasse os limites quantitativos previstos nos incisos I a IV do § 1º.

Assim, por todo o exposto, julgo parcialmente procedente as ADI para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 223-G da CLT, assentado que os critérios neles fixados não impedem que decisão judicial devidamente motivada que dialogue com os parâmetros legais fixe indenização por dano extrapatrimonial em quantia superior aos limites previstos nos incisos I, II, III e IV do § 1º do dispositivo legal.

Dispositivo

Ante o exposto, não conheço da ADI 5870, por perda superveniente de objeto.

Em relação às ADI 6050, 6069 e 6082, conheço as ações e julgo **parcialmente procedentes** os pedidos para conferir **interpretação conforme a Constituição**, de modo a estabelecer que:

1) As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil;

2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, *caput* e §1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superior aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade.

É como voto.