

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Luciana Aboim M. Gonçalves da Silva; Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-620-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, ocorreu em parceria com a Universidade Federal da Bahia, tendo como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou a excelência das discussões, desde a abertura do evento, com desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das diversas plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia do diálogo como modo de superação das desigualdades entre as diversas culturas, como um processo aberto de argumentação fundamentado na ética e no respeito à diferença, que permita aos novos direitos e novos paradigmas éticos sua incorporação no seio de cada cultura.

As novas relações laborais, no marco de uma sociedade demarcada pela precarização das relações sociais e dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I”, na medida em que inequivocamente são questões que envolvem o cenário atual das relações intersubjetivas de classe, mas também se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, numa visão macro, importando uma análise do presente, mas visando projeções quanto ao futuro da relação capital versus trabalho.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe e do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM e Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, o GT “EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I” contribuiu, com exposições orais e debates que se notabilizaram não somente pela atualidade, mas também pela profundidade e riqueza dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma apartada síntese dos trabalhos apresentados:

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS, da autoria de Celso Luis Salgado Ferreira, abordou a dimensão protetiva dos direitos fundamentais, direcionada a trabalhadores em posição de vulnerabilidade.

Alan Martinez Kozyreff apresentou o artigo intitulado A INTERVENÇÃO ESTATAL COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO E A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS versando sobre a transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Intervencionista-social, mormente sobre o enfoque da Constituição do México, de 1917 e a de Weimar, de 1919 e suas repercussões na Constituição do Brasil, de 1934.

A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO COMO POLÍTICA DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO LABORAL foi apresentado por Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Christiane Rabelo Britto, cujo objetivo foi uma análise do tráfico de pessoas para fins de redução da pessoa a condição análoga à de escravo.

Sob o título de A REALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS o artigo da autoria de Vanessa Rocha Ferreira e José Claudio Monteiro de Brito Filho, teve como propósito analisar a jusfundamentalidade do direito social à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, defendendo a necessidade de sua realização plena.

Na sequência foi apresentado o artigo intitulado: AS CRIANÇAS BRASILEIRAS E O MUNDO DO TRABALHO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (PETI), dos autores: Ana Elizabeth Neirão Reymão e Alex Albuquerque Jorge Melem, que refletiu acerca do trabalho infantil no Brasil, discutindo esse problema social e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

Suzete Da Silva Reis apresentou o texto DA INSEGURANÇA JURÍDICA À PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO: OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL, buscando analisar as principais alterações promovidas pela reforma trabalhista e seus impactos.

Os autores Karyna Batista Sposato e João Víctor Pinto Santana apresentaram o artigo intitulado: HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA APLICADA AO

DIREITO DO TRABALHO DO APRENDIZ cuja temática almejou refletir acerca da possibilidade de aplicação de uma hermenêutica constitucional garantista nos contratos de aprendizagem.

IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO: A IDADE COMO FATOR DE TRATAMENTO DIFERENCIADO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES apresentado por Thiago Penido Martins e Virgínia Lara Bernardes Braz discutiu os reflexos e a legalidade dos reajustes contratuais em virtude do envelhecimento dos beneficiários e pelo aumento da sinistralidade.

A seguir, Marco Antônio César Villatore, em co-autoria com Lincoln Zub Dutra apresentaram o artigo intitulado: O "COMPLIANCE" NO ÂMBITO TRABALHISTA COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DA PRÁTICA DO "DUMPING" SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO, buscando demonstrar a colaboração do "compliance" no âmbito trabalhista como forma de mitigação da prática lastimável do "dumping" social e, por conseguinte, como meio de se cogitar eficácia plena do direito fundamental ao trabalho.

O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA (LEI Nº 13.467/17), de Raphaela Magnino Rosa Portilho e Ricardo José Leite de Sousa, abordou o panorama teórico-conceitual sobre o princípio do não retrocesso social; análise do instituto do dano moral no Direito do Trabalho e das modificações implementadas pela Lei nº 13.467/2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO SOB A ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA DE ZYGMUNT BAUMAN, da autoria de Rodrigo Goldschmidt e Rodrigo Espíuca dos Anjos Siqueira, cuidou de analisar o direito fundamental ao trabalho digno sob a ótica da modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

Na sequência, o texto de Lisiane da Silva Zuchetto e Paulo Roberto Ramos Alves apresentaram o texto QUESTÕES EMERGENTES ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DECORRENTES DO ACESSO ÀS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO TRABALHISTA: ANÁLISE DE CASOS DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA EM SEDE RECURSAL versando sobre princípios protetores de direitos fundamentais do trabalhador, do início ao fim da relação laboral, considerando a divulgação de decisões judiciais nos portais institucionais do Poder Judiciário Trabalhista, analisando também a intimidade do empregado quando esta é desafiada pelas novas tecnologias de informação e comunicação.

REGULAÇÃO PARA EQUIDADE RACIAL E DE GÊNERO: A BUSCA PELA IGUALDADE MATERIAL NO ÂMBITO DAS EMPRESAS PRIVADAS COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO, de Danilo Henrique Nunes e Letícia de Oliveira Catani Ferreira, buscou realizar uma discussão a respeito da discriminação de minorias no mercado de trabalho, como negros, mulheres e cadeirantes, ressaltando as medidas reparativas.

Logo após o artigo intitulado: REMINISCÊNCIAS DO PASSADO: O TRABALHO EM SITUAÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO E A LUTA PELA LIBERDADE, da autoria de Antonio Pedro De Melo Netto e Mariana Loureiro Gama, analisou a questão do trabalho forçado no Brasil na atualidade.

Também o artigo com o título: TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: UMA NOVA ROUPAGEM PARA UM VELHO PROBLEMA, de Daniela Oliveira Gonçalves e Antônio Américo de Campos Júnior, tratou do tema do Trabalho Escravo Contemporâneo, buscando compreender as novas formas criadas com o objetivo de manter a exploração dos trabalhadores.

Por fim, a autora Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: VIVENDO A CURTO PRAZO: A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL E A SUA RELAÇÃO COM CAPITALISMO FLEXÍVEL, no qual buscou demonstrar como essa mudança estrutural laboral atingirá a narrativa da vida das pessoas envolvidas, afetando características mais íntimas e pessoais da existência cotidiana. Ao analisar pontos fundamentais da reforma, a autora indicou assimetrias do capital/trabalho, além da problematidade da sua legitimidade, atentando à questão das disparidades que envolvem direitos fundamentais.

Encerrando os trabalhos, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I parabenizaram e agradeceram todos os autores dos trabalhos que fazem parte desta obra pelo precioso aporte científico de cada um, que certamente será uma leitura atraente e de grande utilidade à comunidade acadêmica.

Por fim, reforçamos nossa imensa satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, do mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em nível de Pós-Graduação em Direito, em nosso país.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM / UENP

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva – UFS

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO/UNESA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES
TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA (LEI Nº 13.467/17)**

**THE DISCIPLINE OF MORAL DAMAGE ACCORDING TO LABOUR LAW: AN
ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF THE LABOUR LAW REFORM IN
BRAZIL (LAW N. 13.467/17)**

**Raphaela Magnino Rosa Portilho ¹
Ricardo José Leite de Sousa**

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar o instituto do dano moral no âmbito do Direito do Trabalho a partir da Lei nº 13.467/2017. Objetiva-se investigar se as alterações promovidas pelo diploma legal configuram hipóteses de violação do princípio do não retrocesso social. Assim, o trabalho foi dividido em quatro partes, organizadas da seguinte maneira: introdução; panorama teórico-conceitual sobre o princípio do não retrocesso social; análise do instituto do dano moral no Direito do Trabalho e das modificações implementadas pela Lei nº 13.467/2017 e conclusão. O presente trabalho se perfaz segundo a metodologia da pesquisa qualitativa e análise de conteúdo.

Palavras-chave: Direito do trabalho, Dano moral, Dano extrapatrimonial, Reforma trabalhista, Princípio do não retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

This essay, conducted by the methodology of qualitative research and content analysis, analyses the legal institute of moral damage in the realm of Labour Law according to the new Law nº 13.467/2017. It aims to demonstrate that the changes brought by the referred legal document are hypothesis which violate the social regression prohibition principle. Therefore, the work has been divided in four different sections, organized as follows: introduction; development of a theoretical ground regarding the social regression prohibition principle; an analysis of moral damage in the branch of Labour Law and the alterations implemented by Law nº 13.467/2017, and conclusion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labour law, Moral damage, Non-pecuniary damage, Labour law reform, Social regression prohibition principle

¹ Mestra e Doutoranda em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista de Doutorado CAPES. Advogada.

Introdução

Fatos sociais constituem fonte material do Direito e fornecem subsídio para a elaboração das normas jurídicas. Partindo-se dessa premissa, resta possível perceber o Direito como produto histórico e cultural da sociedade à qual conforma, no tempo e no espaço.

Por conseguinte, a atividade de inserção de novos conceitos jurídicos nos ordenamentos não pode se dar sem a observância do contexto social, político, cultural e econômico em que se inserem, sob pena de atuar em descompasso com os anseios sociais de cada época. Com efeito, entende-se que os fatos sociais são o elo de conexão entre o Direito e a realidade.

Neste sentido, observa-se esta intrínseca relação entre realidade social e o ramo jurtrabalhista, em especial:

O Direito do Trabalho é um dos ramos do Direito que mais reflete esta realidade não só nos cenários nacionais como no plano internacional, pois ele é resultado, de um lado, da luta dos trabalhadores, reunidos aos seus pares, por melhores condições de trabalho, e de outro, das concessões feitas pelos empregadores no intuito de manter o sistema. O Direito do Trabalho surgiu e se estruturou a partir das revoluções culturais do final dos séculos XVIII e XIX e das transformações econômico-sócio-políticas na sociedade ocidental. (MOREIRA, 2015, s/p)

Diante desse raciocínio, este artigo tem por escopo a análise da figura do dano moral/extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho, à luz da Lei nº 13.4637, de 13 de julho de 2017.

Destarte, a pesquisa se propõe a responder a seguinte pergunta: o tratamento inaugurado pela Lei nº 13.467/17, especificamente no que tange à parametrização de indenizações para recompor dano extrapatrimonial (artigos. 223-A a 223-G) é uma medida retrocessiva e viola o princípio do não retrocesso social (ou princípio da proibição do retrocesso social)?

A hipótese defendida pelos autores do estudo é a de que a resposta é afirmativa.

Objetivando comprovar a hipótese proposta, faz-se a opção por estruturar o trabalho em quatro capítulos, organizados da seguinte maneira: após esta introdução, o segundo capítulo visa traçar os contornos do princípio do não retrocesso social (ou proibição do retrocesso social), matriz teórica principal do artigo.

Em seguida, o terceiro capítulo tem por escopo a delimitação do instituto do dano moral nas relações de trabalho. Para tanto, subdivide-se em três itens, dos quais os dois primeiros ocupam-se do tratamento teórico-conceitual sobre diferentes dimensões do instituto em análise. Assim, o item 3.1 trata da figura do dano moral e à imagem; enquanto o tópico 3.2 versa sobre os danos decorrentes de lesões acidentárias.

O item 3.3, por seu turno, traz à colação uma análise do tratamento do dano extrapatrimonial (dano moral) pela Lei nº. 13.467/17, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, de forma a avaliar se a disciplina impingida pela norma representa ou não um verdadeiro retrocesso social. Assim, o último tópico do terceiro capítulo fecha o desenvolvimento do artigo e é imediatamente seguido pela conclusão do trabalho.

Cumprindo observar, finalmente, que esta investigação se consubstancia em uma pesquisa qualitativa do tipo teórico, destacado seu caráter conceitual. Assim, o trabalho utilizará o método da análise de conteúdo, uma vez que os objetivos traçados demandam o estudo de textos teóricos e legais que permitam a construção de uma rede analítica de conceitos a ser aplicada na interpretação da temática do dano moral/extrapatrimonial nas relações de trabalho e do princípio da proibição do retrocesso social.

Quanto às técnicas de pesquisa, faz-se a opção pela documentação indireta, qual seja, revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, balizada pela interpretação de textos referentes aos institutos relacionados à análise proposta.

2. Princípio do Não Retrocesso Social (ou Proibição do Retrocesso Social)

O princípio do não retrocesso social (ou da proibição de retrocesso social) fundamenta-se na noção de que direitos sociais, “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*” (CANOTILHO, 2003, pp.338-339).

Neste sentido, os direitos sociais concretizados em uma determinada sociedade constituem-se em um limite jurídico à atuação do legislador, ao mesmo tempo que o vinculam à prossecução de uma política em consonância com os direitos concretos e com as expectativas subjetivamente alicerçadas.

Em síntese, Canotilho (2003) argumenta que o princípio da proibição do retrocesso social não está apto a atuar de maneira absoluta contra situações de recessão e crise econômica, que normalmente servem de sustentação para discursos e ações objetivando supressão de direitos. Não obstante, o princípio em comento

limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO, 2003, p.339).

Assim, a segurança jurídica, referida em sentido amplo, é corolário do Estado Democrático de Direito e encontra-se plasmada no texto constitucional brasileiro de 1988.

Dentre suas possíveis manifestações, Sarlet (2010) destaca a ideia da proteção da confiança e da proibição do retrocesso.

Este raciocínio é desenvolvido pelo autor sem olvidar da garantia de um “direito geral à segurança, no sentido de que um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais” (SARLET, 2010, p.p 6-7).

Como fundamento desse entendimento, aponta-se a formulação genérica presente no art. 5º, *caput*, do texto constitucional - “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” (BRASIL, 1988) - e uma série de outras previsões gerais e específicas que desta matriz decorrem.

Ainda no plano da justificação, Sarlet (2010, p.7) destaca o “reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária”.

Retomando o papel da proteção da confiança enquanto manifestação da segurança jurídica, resta estabelecer sua indissociável conexão ao postulado da dignidade da pessoa humana. Isso porque, qualquer pretensão mínima de segurança jurídica, só se concretiza à medida que o Direito é capaz de garantir também a proteção do indivíduo e do corpo social amplamente considerado.

Esclarece Daniel Sarmiento que “a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração” (SARMENTO, 2016, p.27). Na esteira dessa conceituação, propõe Sarlet que

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p.62)

Percebe-se, portanto, que o cenário de instabilidade jurídica é incompatível com a noção de dignidade da pessoa humana amplamente considerada, no que tange, inclusive, à dimensão de proteção dos direitos fundamentais, pois estes constituem “explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (SARLET, 2010, p.9).

Assim, a dignidade da pessoa humana exige proteção tanto em face de atos de cunho retroativo, quanto de circunstâncias que envolvam medidas retrocessivas, ainda que, contudo, não possam ser definidas como propriamente retroativas, por não envolverem os institutos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Tais medidas retrocessivas, embora produzam efeitos meramente prospectivos, são exemplificadas pela hipótese de uma reforma legislativa que revogue “normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais” (SARLET, 2010, p.12).

A hipótese defendida no presente artigo é a de que tal situação coaduna-se com o contexto da aprovação da Lei nº 13.467/2017 pelo Congresso Nacional, em um movimento para reformar amplamente *in pejus* o arcabouço jurídico-institucional da legislação trabalhista no Brasil, quando vista a alteração legislativa pela ótica do cidadão trabalhador.

Com efeito, defende Sarlet (2010) que o ordenamento jurídico brasileiro já consagrou o princípio da proibição do retrocesso, ainda que de maneira implícita, nas hipóteses de (i) garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada; (ii) demais limitações constitucionais a atos retroativos e restrições legislativas aos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais; (iii) limites materiais ao poder reformador.

Não obstante, entende o autor que tais situações “não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso” (SARLET, 2010, p.13). Medidas que atinjam significativamente direitos fundamentais sociais já estabelecidos, por exemplo, mesmo que produzindo efeitos para o futuro, devem estar no âmbito da vedação ao retrocesso¹.

Assim, enquanto norma protetora da eficácia dos direitos fundamentais, especialmente, mas não exclusivamente, os direitos sociais, o princípio da proibição do retrocesso social encontra seu fundamento de validade nos seguintes elementos: supremacia da Constituição; máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, princípios estruturantes do Estado Constitucional e internacionalização dos direitos fundamentais.

Finalmente, é preciso destacar que não existe uma proibição absoluta de retrocesso, uma vez que a Constituição brasileira tem por característica ser flexível à interpretação por meio do legislador infraconstitucional (exceto, obviamente, o conteúdo abarcado pelas cláusulas pétreas).

¹ Entende-se que o princípio da proibição do retrocesso não é um fenômeno que se manifesta apenas no campo dos direitos sociais, embora essa posição não seja unanimidade na doutrina brasileira. Como exemplo, vide DERBLI (2007, p. 196).

Portanto, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso deve ter como norte um juízo de ponderação, cujos vetores de atuação sejam os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Desta feita, forma-se um espectro capaz de permitir a proteção aos direitos fundamentais e o conseqüente fortalecimento da Constituição, sem negligenciar a adequação do texto constitucional à realidade da conformação social em que este está inserido.

Conforme já mencionado, este trabalho tem por pressuposto o entendimento de que as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, especialmente pela inserção do “Título II – Do Dano Extrapatrimonial”, podem ser caracterizadas como medidas retrocessivas que inseririam a norma no âmbito do princípio da proibição do retrocesso.

Assim, resta necessário examinar com maiores detalhes o instituto do dano moral (ou extrapatrimonial) nas relações de trabalho e o tratamento conferido ao tema pelo novo marco legal, tarefas das quais o desenvolvimento deste artigo passa a se ocupar.

3. O Dano Moral em Âmbito Trabalhista

O contrato de emprego é um negócio jurídico que produz diversos efeitos para as partes celebrantes. No espectro dessa relação contratual, é possível que uma das partes imponha à outra um ou mais danos. Por conseguinte, a parte que sofreu o dano pode pleitear indenizações de caráter moral e/ material em decorrência do contrato de emprego e sua execução.

Dentro das possibilidades indenizatórias, conforme ensina Maurício Godinho Delgado (2015), destacam-se (i) as indenizações por dano moral ou dano à imagem que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas, por exemplo, indenizações em função de uso indevido da imagem do empregado em atividades promovidas pelo empregador e indenizações relativas a condutas de discriminação racial no ambiente de trabalho; e (ii) as indenizações em face de danos à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual, chamadas de lesões acidentárias, indenizações essas englobadas nos efeitos conexos do contrato de trabalho: por dano material, por dano moral e por dano estético.

3.1 Dano Moral e Dano à Imagem:

É possível conceituar o dano moral como aquele que

“atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2008, p.359)

Essa definição restringe a incidência do referido dano à pessoa humana, afastando a aplicação de seus desdobramentos à figura da pessoa jurídica.

Não obstante, para os autores que admitem a extensão do dano moral à pessoa jurídica como, por exemplo, Maria Helena Diniz, o conceito adequado seria “a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo” (DINIZ, 1998, p.5).

Observa-se que a jurisprudência brasileira possui entendimento pacífico no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, conforme texto da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça². Contudo, o mesmo Tribunal Superior tem adotado o entendimento de que o reconhecimento da ofensa sofrida pela pessoa jurídica como dano moral exige demonstração concreta. Na esteira desse raciocínio, a Terceira Turma julgou o REsp. nº 1497313/PI:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA.

- Recurso especial interposto em 19/05/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.

- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

- O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

- Para a pessoa jurídica, o dano moral é fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural. Não se aceita, assim, o dano moral em si mesmo, isto é, como uma decorrência intrínseca à existência de ato ilícito. Necessidade de demonstração do prejuízo extrapatrimonial.

- Na hipótese dos autos, não há demonstração apta de prejuízo patrimonial alegadamente sofrido pela recorrida.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1497313/PI, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

De outro vértice, tratando-se de dano moral imposto à pessoa física, o entendimento pacificado no âmbito da Corte é o de que a constatação de sua ocorrência se dá *in re ipsa*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM

CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. ALEGAÇÃO DE VALOR

EXCESSIVO. QUANTIA FIXADA QUE NÃO SE REVELA EXORBITANTE.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO QUE DEMANDARIA

REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. A

inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplente

enseja o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato

ilícito, cujos resultados são presumidos. (...)

(AgRg no AREsp 597.814/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 21/11/2014)

² Súmula nº. 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. STJ.

A Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um patamar avançado de tratamento do dano moral. Destacam-se os preceitos do art.5º, incisos V e X:

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

(...)

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Sobre a possibilidade de ocorrência de situações ensejadoras de dano moral no bojo da relação empregatícia, é clara a lição de Maurício Godinho Delgado:

O dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - e sua respectiva indenização reparadora - são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício (por exemplo, procedimento discriminatório, falsa acusação de cometimento de crime, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório, etc.). (DELGADO, 2015, p.667).

O dano à imagem, por sua vez, “é todo prejuízo ao conceito, valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em certa comunidade. No tocante à presente noção, não há dúvida de que abrange também as pessoas jurídicas” (DELGADO, 2015, p. 667).

Vistas as definições de dano moral e dano à imagem, resta analisar a configuração do dano moral na hipótese de lesões havidas em acidentes relacionados à atividade laborativa.

3.2 Lesões Acidentárias: dano material, dano moral e dano estético

A execução do contrato de emprego pode ensejar repercussões para a saúde e/ou segurança do trabalhador, através de doenças ocupacionais, doenças profissionais e acidentes de trabalho:

Do substantivo infortúnio – que significa infelicidade, desgraça – advém a palavra infortunistica, nome alcunhado ao ramo jurídico e da medicina em que se estudam os acidentes de trabalho, as doenças ocupacionais e suas repercussões. O ideal é que o foco do operador jurídico fosse menos o de reparar o infortúnio e mais o de promover a saúde do trabalhador.

A propósito, cabe invocar o conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS): ‘a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doenças ou enfermidades’.

Quando se fala em acidente do trabalho, está-se diante do gênero que abrange acidente-tipo doença ocupacional, acidente por concausa e acidentes por equiparação legal, respectivamente artigos 19, 20 e 21 da Lei 8.213/91. Todas essas espécies de acidente, uma vez tipificadas, produzem os mesmos efeitos para fins de liberação de benefícios previdenciários, aquisição de estabilidade e até mesmo de crime contra a saúde do trabalhador. (DALLEGRAVE NETO, 2011, p.115).

As lesões acidentárias têm o condão de gerar perdas de ordem patrimonial ao trabalhador. Nesse caso, configura-se o dano material (ou patrimonial), cujo ressarcimento busca reconduzir a vítima ao estado anterior à ofensa, recompondo o patrimônio afetado

mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucros cessantes” (GONÇALVES, 2009, p.378), ou seja: “aquilo que efetivamente se perdeu (dano emergente: despesas efetivadas, por exemplo) e aquilo que razoavelmente se deixou ou deixar-se-á de ganhar (lucro cessante: por exemplo, redução ou perda da capacidade laborativa)” (DELGADO, 2015, p.668).

Lesões acidentárias também podem repercutir em dano moral:

O acidente de trabalho gera ainda efeitos trabalhistas específicos, como são os casos de gerar garantia de emprego ao empregado (artigos 475 da CLT e 118 da Lei 8.213/91 e Súmula 378 do TST), bem como o dever de readaptar o empregado que, após a consolidação das lesões, voltar ao trabalho (art. 461, parágrafo 4º, da CLT).

[...]

Já o dano imaterial decorre da violação dos direitos fundamentais do trabalhador, como é exemplo a violação dos princípios da integridade psicofisiológica do trabalhador e da proteção ao meio ambiente do trabalho adequado (seguro, sadio e urbano). Ele gera o dever de indenizar, sendo certo que em muitos casos a prova do dano moral é in re ipsa, isto é, decorre do evento em si mesmo – o próprio evento já evidencia e já comprova o dano –, como nos casos em que o trabalhador perde um membro do seu corpo por causa do acidente de trabalho.

[...]

Outro aspecto do dano imaterial reside na frustração dos planos de vida do trabalhador. Imaginemos um empregado que estuda medicina pretendendo ser cirurgião plástico e, por conta do acidente de trabalho, perde os movimentos da mão (ou tem a mão amputada) definitivamente. Jamais poderá realizar seu sonho de vida e os planos que traçou para sua carreira. Nova indenização pode ser postulada, pois vigora entre nós o princípio constitucional da restituição integral dos danos injustamente causados.

Por fim, o acidente de trabalho pode atingir diretamente, além da vítima em si, outras pessoas que com ela mantenham relações de parentesco e afinidade íntima. Cada uma dessas pessoas que é atingida pelas repercussões do acidente de trabalho tem o direito autônomo de postular indenização por danos imateriais. É o chamado dano ricochete. (SILVA, 2011, p.105-107)

No que tange à quantificação do valor indenizatório por dano moral, não há como replicar a mesma objetividade verificada para a aferição do dano material, qual seja, o cálculo por meio de parâmetros de danos emergentes e lucros cessantes. Nesses casos, deveria prevalecer “inegável juízo de equidade pelo julgador” (DELGADO, 2015, p. 669). Esse entendimento vem norteando os julgamentos sobre a matéria até a aprovação da Lei nº 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista.

Não obstante, o novo marco legal introduz raciocínio distinto para a quantificação dos danos morais na seara trabalhista, conforme será examinado no próximo item deste capítulo.

Finalmente, as lesões acidentárias também podem causar dano estético à pessoa humana atingida, quando houver um comprometimento da integridade física do sujeito de forma a impactar em sua aparência. Cumpre notar que o dano estético não é um terceiro gênero e sim uma espécie de dano moral.

Na verdade, a própria diferenciação feita pela Constituição (dano moral ou à imagem) permite vislumbrar-se a necessária inserção do dano estético nesse quadro constitucional: e que, caso não se acolha o dano estético como parte específica do plano moral protegido, ele se encontraria englobado, de todo modo, no dano à imagem explicitamente tutelado pela Constituição. (DELGADO, 2015, p.669)

Observa-se que existe a possibilidade de cumular indenizações por dano material, dano moral e dano estético, na mesma lesão acidentária ou não. Para que tal cumulação seja possível, é necessário demonstrar que as perdas a serem ressarcidas são diferentes (perda material ou patrimonial, perda moral em sentido estrito e perda estética). Esse entendimento é, inclusive, objeto da Súmula nº 387 do STJ: “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Finalmente, aplica-se ao dano estético o mesmo raciocínio adotado para a questão da quantificação do valor da indenização decorrente de dano moral em sentido estrito (como espécie).

3.3 Reforma Trabalhista: a tarifação do “Dano Extrapatrimonial” expressa pela Lei nº. 13.467/17

A Lei nº. 13.467, aprovada pelo Congresso Nacional em 13 de julho de 2017, reformou o arcabouço jurídico referente às relações de trabalho no Brasil. Especificamente no que tange ao objeto central de estudo deste artigo, cumpre observar a inclusão do “Título II-A: Do Dano Extrapatrimonial”, composto pelos artigos 223-A a 223-G.

Observa-se que não havia, antes da Lei nº. 13.467/17, previsão legal específica na CLT sobre o dano moral. Assim, sua caracterização e a fixação de seus valores indenizatórios estavam a cargo da doutrina e da jurisprudência trabalhistas.

O termo “extrapatrimonial” demonstra que o tipo de dano em comento relaciona-se a situações não patrimoniais, isto é, existenciais. Conforme explicita Carlos Roberto Gonçalves,

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos artigos 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2009, p.359)

Retomando-se o raciocínio conceitual exposto na seção anterior, conclui-se que o legislador apenas fez outra opção semântica para tratar do instituto. Portanto, a figura do dano extrapatrimonial expressa pela nova lei é sinônima à figura do dano moral como gênero.

O Título II-A é inaugurado pelo art. 223-A, o qual dispõe que “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Em seguida, o novo texto legal passa à regulamentação do dano extrapatrimonial: aquele que decorre da ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física (em relação à honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física) ou da pessoa jurídica (em relação à imagem, marca, nome, segredo

empresarial e sigilo da correspondência), as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação³.

O art. 223-E⁴ trata da responsabilização, estabelecendo que são considerados responsáveis todos os que tenham contribuído para a ofensa ao(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s), levando-se em conta a proporção de sua ação ou omissão, reproduzindo, com algumas alterações, preceito já delineado no art. 942 do Código Civil⁵.

Sobre a possibilidade de cumular os pedidos de reparação por danos extrapatrimoniais e materiais que tenham sido decorrentes do mesmo ato lesivo, a legislação traz expressa permissão através do art. 223-F, *caput* e parágrafos 1º e 2º⁶.

No que concerne à apreciação do dano extrapatrimonial, o art.223-G (*caput* e incisos) determina que:

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

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

A condenação em danos patrimonial e extrapatrimonial precisa discriminar os valores relativos às respectivas indenizações. Ademais, a indenização devida a título de dano extrapatrimonial deve seguir determinados parâmetros (vedada a acumulação das naturezas da ofensa), conforme dispõem o parágrafo 1º e respectivos incisos do art. 223-G:

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

³**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 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.

⁴**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.

⁵**Art. 942.** Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁶**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.

Ainda no bojo do art. 223-G, o parágrafo 2º dispõe estabelece que “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”, enquanto o parágrafo 3º trata da hipótese de reincidência entre partes idênticas, determinando que “o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização”.

Traçado o panorama acerca do novo tratamento legislativo sobre o tema em voga, faz-se necessário realizar alguns apontamentos críticos. O exame até aqui desenvolvido permite estabelecer de plano dois aspectos importantes nesse quesito, uma vez que a Lei nº 13.467/2017 parece optar pela adoção de: (i) um rol taxativo de bens jurídicos tutelados que ensejariam reparação por dano extrapatrimonial em caso de violação; e (ii) um sistema de dano moral tarifado.

A reparação advinda do dano moral ocorre na hipótese de violação de um bem jurídico tutelado por um direito da personalidade. Cumpre observar que “a positivação dos Direitos da Personalidade no Direito brasileiro ocorrerá somente mediante a Constituição de 1988” (ANDRADE, 2013, p.96): o art. 1º, III traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, destacando seu caráter central no ordenamento jurídico; enquanto o art. 5º, incisos V e X, tratam especificamente da inviolabilidade de certos direitos da personalidade.

A aprovação do Código Civil de 2002 possibilitou a introdução, em nosso país, de um capítulo específico sobre os direitos da personalidade na Parte Geral: arts. 11 a 21. Tal situação trouxe à baila a discussão acerca da natureza desse rol positivado pelo Código Civil, isto é, se o legislador pretendeu estabelecer uma lista taxativa ou exemplificativa.

Na esteira da doutrina que se sedimentou acerca do tema, o Enunciado n.º 274 da IV Jornada de Direito Civil registra que o referido rol é meramente exemplificativo:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Não obstante, a Lei nº. 13.467/17 expressamente lista os bens jurídicos tutelados pelo instituto do dano extrapatrimonial tanto para a pessoa física, quanto para a pessoa jurídica. Embora a redação do art. 223-B estabeleça que a causa do dano extrapatrimonial será uma conduta de caráter ativo ou comissivo que ofenda a “esfera moral ou existencial” da pessoa física ou jurídica, os artigos 223-C e 223-D pretendem definir exatamente quais são esses bens juridicamente tutelados formadores dessa esfera moral/existencial:

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 (grifo nosso).

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.

Conforme o exposto, tal opção não se revela a mais adequada. Entende-se que deve ser dada uma interpretação ampliativa aos bens jurídicos em comento, pois sua esfera de proteção pelos direitos da personalidade é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido:

É evidente que o patrimônio moral da pessoa humana não se circunscreve ao rol mencionado no inciso X do art. 5º da Constituição (intimidade, vida privada, honra e imagem). Outros bens e valores inerentes ao ser humano integram esse patrimônio moral, cujo desrespeito enseja a proporcional reparação (art. 5º, V, CF/88). De todo modo, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do ser humano são formadas por um complexo de fatores e dimensões físicos e psicológicos (autorrespeito, autoestima, sanidade física, sanidade psíquica, etc.), os quais compõem o largo universo do patrimônio moral do indivíduo que a ordem constitucional protege. As agressões dirigidas a esse complexo ou a qualquer de suas partes devem ser proporcionalmente reparadas, em conformidade com o Texto Máximo de 1988. (DELGADO, 2015, p.667)

É interessante notar que, entre outros bens jurídicos que deixaram de receber a tutela do legislador está o direito de não ser discriminado em razão da raça, cor, religião e orientação sexual.

Especialmente em relação à discriminação em relação a cor e raça, considerando-se o passado escravagista do Brasil, faz-se notar que o legislador realmente não depositou muito tempo nas considerações necessárias que deveriam anteceder a elaboração do texto legislativo.

Outro aspecto problemático da nova legislação consubstancia-se na redação do art. 223-G (*caput*, incisos e parágrafos), que guarda clara relação com a questão do estabelecimento de dano moral tarifado, situação já examinada e afastada do ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1988 positivou expressamente o direito à indenização por dano moral (art. 5º, X), não estabelecendo limites à quantificação do valor indenizatório. Por este motivo, mecanismos de tarifação presentes em legislações ordinárias anteriores, como o previsto pela chamada Lei de Imprensa, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. Nesse sentido, destacam-se as seguintes manifestações jurisprudenciais: Súmula

nº 281 do Superior Tribunal de Justiça⁷; RE nº 447584/RJ, rel. Min. Cezar Peluso (28.11.2006)⁸, e ADPF 130/DF⁹, ambos do Supremo Tribunal Federal.

Por tal razão, não tem aplicação no Brasil o critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado (GONÇALVES, 2009). Cabe ao juiz, portanto, nortear a fixação do valor a título de indenização por dano moral pela prudência.

Assim, o cálculo deve refletir as peculiaridades de cada caso concreto, sem negligenciar o aspecto da repercussão econômica da indenização. Tal preocupação legitima-se por representar a garantia de que o valor resultante seja equilibrado, isto é, não ser reduzido a ponto de torna-se inexpressivo, tampouco ampliado a ponto de converter-se em fonte de enriquecimento.

O método bifásico de cálculo da indenização é uma solução interessante que tem sido adotada pelo STJ (grifo nosso):

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. **CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.**

1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC).
2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais).
3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ.
4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, **considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.**
5. **Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.**
6. **Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.**
7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.

⁷ Súmula nº 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. (STJ, 28.04.2004)

⁸ EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. 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. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148)

⁹ Ementa disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >.

8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ).

9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011)

Na primeira fase, a análise concentra-se no atingimento de um valor básico para a indenização a partir do interesse jurídico lesado, tomando por base um conjunto de precedentes de casos semelhantes.

Na segunda fase, o juízo competente examina as circunstâncias do caso concreto (por exemplo: a gravidade do fato em si e suas consequências; a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente; a eventual participação culposa do ofendido; a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima) para fixar definitivamente o valor da indenização.

Todavia, na contramão do raciocínio desenvolvido, o parágrafo 1º do art. 223-G da Lei nº 13.467/17 indica expressamente um mecanismo de tarifação do dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho, sistemática também presente nos parágrafos 2º (pessoa jurídica) e 3º (reincidência) do mesmo dispositivo.

São os parâmetros de cálculo trazidos pelos incisos do parágrafo 1º do art. 223-G: (i) para ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (ii) para ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (iii) para ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; e (iv) para ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Para além da questão da clara inconstitucionalidade da própria tarifação do dano em comento, chama atenção o critério escolhido para delimitá-la: o valor do salário do ofendido. Resta evidente que tal critério traz em si uma carga discriminatória, pois estabelecer como parâmetro a condição econômica da vítima tem o efeito de gerar indenizações distintas por uma mesma espécie de dano moral sofrido por dois empregados distintos.

Tome-se por exemplo a seguinte situação hipotética: em determinado parque industrial ocorre um acidente de trabalho, por culpa do empregador, que vitima os três empregados presentes no local, fazendo com que todos sofram lesões corporais consideradas igualmente significativas em termos de gravidade. Respectivamente, os contratos de trabalho dos empregados preveem salários assim quantificados: empregado A recebe R\$ 1.000,00 por mês; empregado B recebe R\$ 2.000,00 por mês; e o empregado C recebe R\$ 5.000,00 por mês.

Ao calcular o valor da indenização por dano extrapatrimonial nos termos do parágrafo 1º do art. 223-G, o Magistrado enquadra a ofensa como sendo grave e arbitra pelo critério

máximo de 20 salários (inciso III). Assim, pelo mesmo evento, que gerou a mesma repercussão para os três empregados, as indenizações assim ficariam: o empregado A receberia R\$ 20.000,00; o empregado B receberia R\$ 40.000,00; e o empregado C receberia R\$ 100.000,00.

Retoma-se aqui a lição de Canotilho sobre o princípio da proibição e retrocesso social: “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (2003, p.340).

Nota-se uma clara incompatibilidade das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 para o tema do dano moral/dano extrapatrimonial no contrato de trabalho com a tutela da dignidade da pessoa humana, aspecto central do ordenamento jurídico brasileiro e do próprio texto constitucional de 1988.

Portanto, entende-se que as medidas em comento significam, na prática, verdadeiro retrocesso social.

A redação proposta pelo legislador causou tamanha grita nos meios acadêmicos e entre os operadores do Direito em geral que, três dias após o início da vigência da Reforma Trabalhista foi editada a Medida Provisória nº 808/2017, em que, no critérios de tarifação da indenização, foi substituído o valor do salário do empregado como base de cálculo do valor indenizatório pelo valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A alteração realizada pela medida provisória, a despeito de desfazer o odioso critério discriminatório do sofrimento em razão da capacidade econômica do ofendido, permanece adotando critérios de tarifação, impondo inegável retrocesso social.

4. Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar o instituto do dano moral/extrapatrimonial no âmbito justralhista, conforme tratamento legislativo inaugurado pela Lei nº 13.467/2017. Pretendeu-se demonstrar que as alterações trazidas ao ordenamento jurídico pelo referido diploma legal são medidas de cunho retrocessivo e, conseqüentemente, violam o princípio do não retrocesso social ou proibição do retrocesso social.

Por conseguinte, a primeira parte do trabalho procurou estabelecer os contornos conceituais e materiais do princípio do não retrocesso social, sem negligenciar o fato de que este, a despeito de atuar para impedir atos injustificados e arbitrários de cunho retrocessivo, não

pode ser enxergado com um caráter de vedação absoluta. Caso contrário, haveria incompatibilidade desse princípio com a sistemática constitucional brasileira de 1988.

Em seguida, o artigo ocupou-se de uma apresentação panorâmica e teórico-conceitual acerca do instituto do dano moral/extrapatrimonial no contexto das relações de trabalho.

Finalmente, o trabalho pretendeu realizar um exame acerca do “Título II-A” (compreendido pelos artigos 223-A a 223-G) da Lei nº 13.467/17, conferindo especial relevância aos seguintes aspectos: (i) o referido diploma legal aparentemente optou por estabelecer um rol taxativo de bens jurídicos tutelados que ensejariam reparação por dano extrapatrimonial em caso de violação; e (ii) a legislação em comento inaugurou, para o dano moral/extrapatrimonial decorrente do contrato de trabalho, um sistema de dano moral tarifado. Entende-se que ambas as situações são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e, em última análise, representam medidas de cunho retrocessivo, isto é, abarcadas pela principiologia da proibição de retrocesso.

Referências

AGUIAR JR., Ministro Rui Rosado de (org.). **IV Jornada de Direito Civil, v. 1**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. In: Revista Derecho del Estado n.º 30, jan./jun. de 2013, pp. 93-124. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Site do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Site do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Site do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 04 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.152.541/RS (2009/0157076-0)**. Recorrente: Maria Cecília de Castro Baraldo. Recorrido: Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF, 13 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1497313/PI (2014/0297710-7)**. Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A. Recorrido: José Carlos Lourenço Alves; Adélia Amável Rio Lima Alves; Joaquim Barbosa de Almeida Neto; Marcus Vinícius Furtado Coelho. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília/DF, 17 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no AREsp 597.814/SP. Agravante: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A. Agravado: GLEICE CRISTIANE RICHIERI; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília/DF, 18 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 447584 / RJ**. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: José Paulo Bisol. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília/DF, 28 nov. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130**. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília/DF, 30 abr. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **A indenização do dano acidentário na Justiça do Trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, v. 21, nº 49, jan-jun 2015, p. 115-132. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=684b1b5f-ef71-433f-951f-4724be726c7e&groupId=10157>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. IV: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA, Adriano Jannuzzi. **Pejotização e parassubordinação: o Direito do Trabalho frente a esta nova realidade e os passivos trabalhistas, previdenciários pela caracterização da relação de emprego**. In: Revista Jurídica Digital RTM, jan-jun 2015. Disponível em: <<http://www.editorartm.com.br/pejotizacao-e-parassubordinacao-direito-do-trabalho-frente-a-esta-nova-realidade-e-os-passivos-trabalhistas-previdenciarios-pela-caracterizacao-da-relacao-de-emprego/>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- REIS, Daniela Muradas. **O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.21, Salvador: mar./abr./mai. 2010, pp.1-39. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Os efeitos dos acidentes de trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, v. 21, nº 49, jan-jun 2015, p. 99-109. Disponível em: < http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=684b1b5f-ef71-433f-951f-4724be726c7e&groupId=10157 >. Acesso em: 25 mar. 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.