

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

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO**

**MANOEL JORGE E SILVA NETO**

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

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho; Manoel Jorge e Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-613-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

---

### **Apresentação**

Honra-nos de modo especial o convite para coordenar o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II, durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 e teve como tema central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”.

As pesquisas apresentadas neste GT possibilitaram interessantes diálogos e debates do atual “estado da arte” sobre a pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil. Se considerarmos as graves falhas na efetividade dos Direitos Fundamentais em nosso país, poderemos ver que os resultados obtidos nos trabalhos apresentados são de grande valia para evidenciar problemas concretos de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas, diagnosticar as principais falhas que afastam o direito normatizado de sua aplicabilidade na práxis cotidiana, bem como propor novos pontos de partida para que de fato os resultados destas pesquisas possam traçar novas perspectivas para a pesquisa realizada no Brasil sobre os Direitos Fundamentais.

Quanto ao tema das alterações da reforma trabalhista, destaca-se o interessante trabalho de Ana Paula Babtista Marques e Leda Maria Messias da Silva, que promove uma análise sobre as alterações referentes aos intervalos intrajornada sob a perspectiva da violação dos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Ainda no âmbito da reforma trabalhista, Marco Antônio César Villatore e Ernani Kavalkievicz Júnior realiza em seu trabalho uma análise sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial após a reforma.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre a proteção constitucional do trabalhador e a vulnerabilidade intercontratual, autoria de Manoel Jorge e Silva Neto e Arivaldo Marques do Espírito Santo Júnior.

O trabalho de Carla Sendon Ameijeiras Veloso e Irene Celina Brandão Félix analisa os mecanismos e garantias fundamentais para o combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

Já sobre o tema do assédio moral nas relações de trabalho, Camila Bastos Barcelar Costa analisa os instrumentos de efetivação do assédio moral no país.

O trabalho de Poliana Cristina Gonçalves e Patrick Juliano Casagrande Trindade versa sobre a contradição na implementação de feriados nacionais como dias santos, do ensino religioso nas escolas públicas e analisa também a utilização de símbolos religiosos em repartições públicas do país.

Ainda no âmbito da discussão sobre o Estado laico brasileiro, Meire Aparecida Furbino Marques e José Adércio Leite Sampaio analisam, desde a perspectiva da educação básica, os limites constitucionais em um Estado laico, traçando considerações críticas sobre esta questão no Brasil.

Já Isaac Ronalitti Sarah da Costa Saraiva aborda outro aspecto sobre a liberdade religiosa, enfocando a análise no legado histórico de repressão ao direito de culto das minorias afro-ameríndias no Brasil.

Sobre o Estatuto das Pessoas com Deficiência, o trabalho de Adriano Fábio Cordeiro da Silva e Adelgício de Barros Correia Sobrinho analisa o ensino inclusivo e seu efeito na formação de capital social.

Na mesma toada, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Rafael Vieira de Azevedo analisam a estrutura e eficácia dos princípios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O trabalho de Taysa Matos do Amparo e Bartira Macedo Miranda Santos analisa a interseção entre a ética e educação desde a perspectiva da formação da cidadania.

Marina Carneiro Matos Sillmann e Marcelo de Mello Vieira fazem uma análise sobre o HC nº 143.641 do STF acerca da situação da criança com mãe presa.

Ainda, Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães faz uma importante análise crítica sobre o papel da criança vítima de abuso incestuoso no judiciário brasileiro.

Sobre a temática direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, dois trabalhos se destacam, o primeiro, de autoria de Francis de Almeida Araújo Lisboa e Thaís Aldred Iasbik, analisa o papel da educação ambiental como o novo marco jurídico de

emancipação em prol da ampliação da cidadania. O segundo faz um estudo comparativo sobre a questão da tutela do meio ambiente nas Constituições Brasileira e Espanhola, produzido pelas pesquisadoras Rafaelli Ianegitz e Jessika Milena Silva Machado.

Com relação a problemáticas envolvendo Direitos Humanos foram apresentados os seguintes trabalhos: um sobre a Função Social dos Direitos Humanos sob o prisma da cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, de autoria de Lília Teixeira dos Santos e outro sobre as violações de Direitos Humanos decorrentes da execução de Marielle Franco de autoria de Cynthia Barcelos dos Santos e Rodrigo de Medeiros Silva.

O trabalho de Lais Chuffi Rizardi e Edinilson Donisete Machado analisa a função social da propriedade urbana fundada sob o Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, o trabalho de Diego Gabriel Oliveira Budel analisa a ideia de transcendência da dignidade da pessoa humana.

Os trabalhos aqui apresentados nos oportunizaram reflexões muito importantes para o debate sobre os direitos e garantias fundamentais no atual cenário da pesquisa jurídica brasileira. Os pesquisadores sempre comprometidos com o rigor científico, brindam-nos com relevantes trabalhos desenvolvidos em pesquisas de pós-graduação tanto no Brasil, quanto no exterior.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho - UFU

Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto - UFBA

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.

## **A REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA**

### **THE REASONABILITY OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE UNDER THE VIEW OF WORK REFORM**

**Marco Antônio César Villatore <sup>1</sup>**

**Ernani Kavalkievicz Junior <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

Este artigo, amparado no método dedutivo de pesquisa, analisa os aspectos históricos relacionados à proteção do direito de personalidade e, mais especificamente, àqueles relacionados à dignidade da pessoa humana e ao dano moral, expressamente consignados na Constituição de 1988. Por fim, pretende produzir reflexão acerca da introdução, pela Reforma Trabalhista, de limitações reparatórias

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista, Dano extrapatrimonial, Reparabilidade, Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article, based on the deductive method of research, analyzes the historical aspects related to the protection of the right of personality and, more specifically, those related to the dignity of the human person and to moral damages, expressly consigned in the 1988 Constitution. Finally, it aims to reflect on the introduction, by the Labor Reform, of reparatory limitations

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Labor reform, Extra-financial damages, Repairs, Dignity of human person, Fundamental rights

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor Titular do PPGD, coordenador do NEATES e da Especialização em Direito e Processo do Trabalho, todos da PUCPR, do UNINTER e Adjunto III da UFSC. Membro da ABDT

<sup>2</sup> Advogado, graduado pela PUCPR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UGF-RJ. Ouvidor da AATPR. Secretário da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR e da CANATRA

## INTRODUÇÃO

Efetuamos uma análise dos questionamentos em relação à proteção da personalidade da pessoa humana e o dano moral, que conforme poderá se verificar referidos conceitos de “moral” tiveram diversas conotações no decorrer da história da humanidade, e para tanto efetuamos uma abordagem transdisciplinar dos conceitos abordados.

Iniciamos pela verificação filosófica do tema e apresentamos algumas poucas opiniões de filósofos que estudaram o assunto com profundidade e que de alguma forma fazem refletir os seus pensamentos na atual fase histórica do direito, em seguida efetuamos uma abordagem pelos fundamentos axiológicos do direito, com complementação do Direito Constitucional, base de todas as normas no estado de direito, e ao final a avaliação breve, mas objetiva em relação ao Direito Material do Trabalho, abordando os casos mais comuns e que de alguma forma ferem de forma clara e objetiva os direitos de personalidade, e concluímos verificando quais os principais reflexos do dano extrapatrimonial, como encontrado no artigo 223 e letras da Consolidação das Leis do Trabalho, trazidos pela Lei 13.467/2017 com reforma momentânea pela Medida Provisória 808/2017.

O presente artigo, que se utiliza do método dedutivo e com base em análises bibliográficas e legislativas, tem como objetivo avaliar estas mudanças e verificar como estão rompendo com o pressuposto essencial da proteção e das garantias mínimas ao trabalhador, que encontra guarida nas relações formais de emprego, além do trabalho em conjunto dos empregadores e do Estado.

O trabalho tem como escopo dignificar o homem, maximizar seu potencial e suas habilidades. Este exercício é duplamente positivo: ao mesmo tempo em que possibilita sua inserção no meio laboral como ser único e interrelacional, também lhe traz o sustento material necessário.

Porém, o interrelacionamento humano no trabalho não é espontâneo, tal qual o são as relações de afeto, de amizade e de agregação segundo homogeneidade de interesses. Neste ambiente, a multiplicidade e complexidade humanas em atuação sinérgica, porém artificial, pode gerar inúmeros e intensos conflitos oriundos destas diferenças. Daí cabe ao empregador, norteador do empreendimento e direcionador da atividade, coibir atitudes que tornem o ambiente de trabalho hostil, vedando toda sorte de discriminação cometida por seus prepostos em relação aos subordinados ou pelos empregados, entre si.

Busca-se demonstrar como as novas formas de relações de trabalho, caracterizadas pela transferência de riscos da atividade ao trabalhador, retiram os direitos e as garantias mínimas asseguradas pelo vínculo formal de emprego e como esta relação empregatícia atua de forma favorável para a regulação social.

Por fim, como as políticas públicas, sob o pretexto de formalização, tem influenciado na ampliação da figura do *dumping* social e a influência disso na redução dos empregos formais e da proteção aos trabalhadores.

A ligação com o Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - Refletir sobre: os mecanismos de proteção e defesa de direitos e garantias fundamentais, notadamente as elencadas na Constituição da República de 1988. Discutir sobre as garantias de o cidadão exigir dos agentes públicos a proteção de seus direitos” sendo complementado com “O Direito Privado na Constituição”, como indicado no edital eletrônico do CONPEDI.

## **1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O ser humano é misto de corpo e alma, possuindo acervo patrimonial corpóreo e incorpóreo intrínsecos. Compreende em sua complexidade valores materiais e imateriais. A dignidade é valor inerente ao ser humano, compondo seu acervo patrimonial incorpóreo. “Deriva do latim *dignitas*, e compreende valores intrínsecos como virtude, honra, consideração. Em regra, se estende à qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida” (Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro, 2001, p. 266).

Este mesmo homem também traz arraigado dentro de si valores inatos nem tanto agradáveis, como o natural desejo de subjugar a outros, a que preço for, em prol de seu egoísmo – inerente maldade humana, facilmente perceptível no mundo, com guerras, fomes, genocídios.

Da necessidade de refrear estes instintos nem tanto agradáveis, até mesmo para evitar se autodizimar, em importantes momentos de lucidez e junto a seus pares, o próprio homem trata de elaborar disposições que lhe permitam lembrar, no transcurso da história, que a maldade que lhe é inerente deve ser posta a um canto, em detrimento da possibilidade interrelacional, reconhecendo em todos os seres humanos o atributo comum da igualdade e, via de consequência, obstando qualquer forma de discriminação.

No ambiente *juslaborativo* mundial, acerca da necessidade de se preservar dignidade do homem, enquanto valor a ser preservado, após sofrer os deletérios efeitos da Revolução Industrial,

a Encíclica Papal *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII) explicitava, já em 1891, que: “quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem...” (obtido em [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html), acesso em 27/03/2018).

Em 1948, período pós Segunda-Guerra Mundial, em Paris, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo constar em seu Artigo VII o seguinte preceito mundial: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (obtida em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 27/03/2018).

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22/11/1969 e que passou a vigor no Brasil em 25/09/1992 (promulgada pelo Decreto 678/92), traz em seu artigo 1º., item 1, o que segue:

“Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Já o artigo 5º., item 1, do Pacto, aduz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. O artigo 11, itens 1 a 3, é mais específico ao estudo (Obtido em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) acesso em Acesso em 27/03/2018):

“Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Bem se nota, assim, a confluência de diplomas internacionais dispostos a vetar discriminação do homem em relação ao seu semelhante.

Mas a só existência destes regramentos indicativos aos países signatários da Convenção e do Pacto não é capaz de obstar a maldade inata da natureza humana, fazendo cessar, ainda que objeto de tratativas mundiais, dentre outros aspectos, a discriminação e, mais restrita ao âmbito deste estudo, na relação laborativa.

Interessante expor que o Legislador interno, de forma tímida e geral, inseriu regramento no Código Civil de 1916, com a disposição do art. 159 do Código Civil vigente até 2002, segundo a qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A ausência de especificidade acerca do dano fez com que os Tribunais relutassem em conceder reparações pecuniárias em decorrência de dano extrapatrimonial oriundo não só de discriminação, mas de ofensa ao patrimônio incorpóreo humano.

Somente após ser erigida a garantia constitucional, em 1988, dentre os direitos e garantias fundamentais postos pela Constituição Cidadã, apregoando a igualdade, deu-se expressa permissão para a reparação quando ocorrerem tais violações:

“CRFB. 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;”

A par dessa desejada inserção, o Constituinte houve por bem em consignar neste texto, de modo expresso, o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-o vetor-mor de todo o ordenamento jurídico pátrio, em consonância com os regramentos mundialmente estabelecidos.

Assim, diante de um dos principais pressupostos norteadores dos direitos humanos a proteção à integridade física e moral, foi albergada através do disposto no inciso X do artigo 5º., da Constituição de 1988, que assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Portanto de acordo com Luis Roberto Barroso (2008, p. 37-38) “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”.

O que nos leva à constatação de que a proteção à “integridade física ou moral”, está diretamente ligada à personalidade, à vida e à dignidade da pessoa humana, conseqüentemente desdobrando-se no que diz respeito às condições mínimas de sobrevivência, e neste sentido deve ser incluído o direito ao trabalho remunerado, habitação, saúde, alimentação, educação, lazer, conforme estipula o artigo 6º. da Constituição de 1988, enfim os direitos e garantias fundamentais, são parte integrante da composição da dignidade humana.

A partir de então, literalmente autorizados, os Tribunais passaram a conceder reparações por estas violações extrapatrimoniais.

Seguindo o norte constitucional, após o advento da Lei 10.406/2002, que revogou o Código Civil anterior, passou-se a prever expressamente a possibilidade de indenização por violação a patrimônio incorpóreo, como soem do artigo 186, segundo o qual, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; do artigo 927, a aduzir que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”; e também pelo artigo 944, a informar que “a indenização se mede pela extensão do dano”.

Os Tribunais Trabalhistas utilizavam-se em suas decisões para reparação do dano extrapatrimonial na órbita laboral, das disposições civis, postas na Lei 10.406/2002, com base no artigo 8º., parágrafo único da CLT: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, permanecendo, na

atualidade, apenas a primeira parte do referido regramento, convertido a parágrafo primeiro, por meio da Lei 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista.

Ocorre que, com o advento desta supracitada Lei, de 2017, a inserir significativas alterações na CLT, o próprio Decreto-Lei 5.452/1943 passou a prever expressamente a possibilidade de reparação para o dano extrapatrimonial oriundo das relações de trabalho. Com efeito:

“CLT. Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas** os dispositivos deste Título”. (destacamos)

A primeira crítica que tecemos em relação à novel legislação é de que, antes com regramento aberto e amplo, agora tem-se um contrassenso, uma restrição que limita o aplicador do Direito e que, de forma inconstitucional, restringe a análise tão somente aos novos artigos.

Tenhamos em conta, ainda, o disposto no seguinte artigo, a indicar os únicos bens tutelados para a reparação de dano extrapatrimonial:

“Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural”.

Os três primeiros bens sob análise legislativa, Medida Provisória 808, de novembro de 2017, ainda que vinguem, ainda assim não completam o restrito rol de bens a serem tutelados.

No caso de um trabalhador que venha a injustamente sofrer uma amputação de membro no exercício de suas funções, por força de máquina com ausência de manutenção pelo empregador, terá o bem jurídico “integridade física” tutelado e poderá ser indenizado pelo dano extrapatrimonial sofrido.

Todavia, em caso de dano existencial, o bem jurídico tutelado será o lazer, a ensejar a reparação extrapatrimonial devida.

Também não se pode vislumbrar na cogente imposição legal restritiva a violação a patrimônio incorpóreo, por exemplo, da cônjuge supérstite que sofre a dor da perda do trabalhador e ente querido, que veio a óbito pelo problema causado pela máquina acima mencionada, certos

de que não há no rol restritivo de bens jurídicos tutelados. Inexiste, no caso, redução da autoestima, pois o caso é mesmo e unicamente de dor, angústia, sofrimento, causado pela ausência do marido/trabalhador, não mais entre nós, sendo que tal restrição é totalmente inadequada.

O presente estudo adentrará superficialmente na quantificação pecuniária, mas não na estabelecida pelo Legislador nas várias denominadas faixas ou bandas de valores que, segundo o integrante da comissão de redação final da lei, afastam a tentativa de “tarifação do dano” criticada por alguns (MELEK, 2017, p. 194). De toda forma, pende discussão junto ao Congresso Nacional no momento da elaboração deste artigo acerca da possibilidade de alteração legislativa neste particular.

Não obstante a tranquila aceitação a título de sua regulamentação após a Constituição de 1988, sobreveio o problema quando se trata da quantificação, ou seja, a fixação do *quantum* indenizatório a fim de reparar o dano sofrido pela vítima.

No âmbito da Justiça do Trabalho a dificuldade na fixação do *quantum* se tornava maior, uma vez que a legislação especializada era silente acerca da matéria, trazendo ao julgador árdua tarefa na quantificação, posto que esta, atrela-se diretamente com a dor, com o sofrimento, com o constrangimento, com o vexatório, experimentado pela vítima, e o valor pecuniário suficiente capaz de reparar o ocorrido no âmbito moral.

Importa mencionar que no caso de dano extrapatrimonial, restava a certeza de que a fixação da indenização seria suficiente à reparação, pois dependeria de valoração econômica relativa ao bem objeto do dano que restou diminuído.

A indenização no aspecto patrimonial, significa afirmar colocar alguma coisa no lugar do bem lesado, ou seja, não traz a coisa, o bem ao *status quo ante*, mas compensa a irreversibilidade com algo equivalente ao que lhe foi lesado (REIS, 2001, p. 89).

Silvio Rodrigues cita indenização como sendo o “*ressarcimento do prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima*” (Rodrigues, 2002, p. 185).

No que tange ao aspecto extrapatrimonial a indenização possui idêntica ideia do dano patrimonial, qual seja, minimizar a lesão experimentada compensando a vítima com um *quantum* de cunho reparatório. Surge aí a dificuldade em utilização de critérios, tendo em vista que se trata de pessoas, sentimentos, personalidade, honra, dor, ou seja, são critérios essencialmente

subjetivos, difíceis de mensurar, posto que podem variar dependendo da pessoa vitimada, pois umas sentem com maior intensidade que as outras, são mais vulneráveis sentimentalmente.

A dificuldade na quantificação se faz presente não apenas no momento do julgamento, onde o magistrado analisa os autos e prola a sentença, mas na elaboração da exordial, na defesa, na fundamentação, cujos parâmetros se fazem necessários para o exercício pleno de justiça, principalmente no sentido de a vítima obter a compensação suficiente para reparar o bem lesado (2006, p. 180).

Na apreciação do pedido, pelo artigo 223-G da Lei 13.467/2017 deverá considerar:

“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”.

Ressalte-se que o dano moral não compreende apenas a dor, o sofrimento, mas todos aqueles atinentes à esfera íntima e psíquica da pessoa ofendida. Os indivíduos por sua natureza possuem uma linha do aceitável, de tolerância, capaz de sentir de modo diferente atitudes a ele referenciadas.

Assim, mensurar de maneira igualitária os sentimentos das pessoas frente a mesma atitude, seria um tanto irracional, pois o que pode ser ofensa para um determinado indivíduo, pode não ser para outro. No entanto, a dificuldade em avaliar o dano e o *quantum* compensatório a fim de repará-lo, não poderá ser obstáculo ao julgamento da lide, tendo em vista que o magistrado deverá se utilizar da razoabilidade, objetivando critérios consubstanciados na posição social e cultural do ofensor e do ofendido, a intensidade do dano, assim como a gravidade e a repercussão da ofensa em relação à vítima.

De qualquer sorte, a pecúnia traz aos indivíduos satisfação, uma sensação de prazer, e de certa forma, compensatória, amenizando o sofrimento, ainda mais, sendo pago pelo agente causador do dano, sabendo que dele ficará privado e, é em torno desse aspecto que gira a ideia de reparação.

Assim, o *quantum* indenizatório não restitui o bem lesado, mas proporciona ao ofendido um alento capaz de lhe proporcionar amenização em razão do dano.

Clayton Reis leciona que “*é preciso conscientizarmo-nos de que a reparação do dano moral não tem o condão de refazer o patrimônio da vítima. A contrario sensu, objetiva dar ao lesado uma compensação que lhe é devida, para minimizar os efeitos da lesão sofrida*” (2001, p. 88).

Assim, podem-se considerar uma enorme evolução, a possibilidade e aceitabilidade em buscar a reparação em premissas distintas, cujos parâmetros sequer são designados, pois se trata de compensação em moeda com o fito de minimizar o sentimento do ofendido.

A dificuldade em estabelecer o *quantum* da indenização se acentua na ausência de reparação de interesses lesados, uma vez que a população não procura satisfação em relação à violação do seu direito, o que tende a mudar, posto que a conscientização das pessoas já está acontecendo, aos poucos, é verdade, mas caminha continuamente para a evolução.

## **2. CONCEITO DE BEM EXTRAPATRIMONIAL**

Assim, conforme o já exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio tutela a integridade moral, ao garantir a indenização por dano moral, razão pela qual devemos levar em consideração o que é efetivamente o bem extrapatrimonial denominado “moral”.

O termo etimológico “moral” significa:

conjunto de valores como a honestidade, a bondade, a virtude etc., considerados universalmente como norteadores das relações sociais e da conduta dos homens; conjunto das regras, preceitos etc. característicos de determinado grupo social que os estabelece e defende; conjunto dos princípios, ger. virtuosos, adotados por um indivíduo, e que, em última análise, norteia o seu modo de agir e pensar (HOUAISS, 2002, CD-rom).

Em um caráter ético-filosófico a moral está direcionada aos costumes e aos valores de caráter do indivíduo e do meio em que está inserido, devendo cumprir as normas sejam elas do costume ou jurídicas que a consciência da coletividade impõe.

Para Gustav Radbruch (2004, p. 66), trata-se de uma força imperativa:

Só a moral pode fundamentar a força obrigatória do direito. Dos preceitos jurídicos enquanto imperativos, manifestações de vontade, pode derivar-se talvez um dever (Müssen), mas jamais um dever ser (Sollen). Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral.

Ainda abrangendo o caráter filosófico, para Jürgen Habermas “ordens morais são construções frágeis, que, de uma só vez, protegem o corpo de lesões corporais e a pessoa de lesões internas ou simbólicas” (HABERMAS, 2010, p. 47) e mais justifica a análise através de uma filtragem constitucional ao afirmar que “princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por esta razão, a interpretação constitucional, assume uma forma, cada vez mais, *jus-filosófica*” (HABERMAS, 2010, p. 39).

Neste sentido de em relação as ordens morais decorrerem as normas morais, assim esclarece Luiz Fernando Coelho (2003, p. 225) que referida ordens “estão estreitamente relacionadas com as jurídicas, pois ambas têm por objeto os atos humanos, muito embora o aspecto interno ou externo prevaleça ora em umas, ora em outras, já que ao direito não deixa de interessar a formação da vontade individual, assim como à moral interessa também a prática exterior das ações humanas”.

O homem na vida em sociedade está igualmente adstrito à observância de normas de procedimento que não somente jurídicas, como a gratidão, a cortesia, a urbanidade, a educação, entre outras. Nas palavras de Vanessa Iacomini (2009, p. 26),

O ser humano tem uma identificação, uma essência representada de forma diferente com o passar dos tempos, mas que sempre está focada nas raízes animal-racional e corpo-alma. A realidade é que o homem sempre é envolvido de sentimentos e ações humanas que acabam por demonstrar seu próprio senso moral, ou como alguns doutrinadores preferem dizer, sua consciência moral, considerando-se que, em diversas situações, o homem deve decidir sobre situações, e de forma clara acaba por utilizar-se de seu senso em união às características do tempo e do espaço sobre o

como e por que decidir em um sentido particular, dirige-se ao bom ou ao mau, ou seja, distingue entre bem e mal.

Assim, se pode inferir que bens extrapatrimoniais são aqueles que estão adstritos à esfera subjetiva da pessoa e da sociedade em que está inserido, decorrente de “ordens morais” ou seja, são aqueles que:

a) envolvem os aspectos mais íntimos da personalidade humana, como a intimidade e a consideração pessoal;

b) resultam de própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua, seja este meio profissional ou somente social, e refletem a reputação ou a consideração social;

c) estão diretamente ligadas à personalidade da pessoa e que levam a análise do sentimento mais íntimo tais como a sua espiritualidade, a liberdade, dignidade, respeitabilidade, a honra, e a personalidade moral.

Verifica-se desta forma que a ideia de moral está vinculada à personalidade, à ética da pessoa humana, ao procedimento e atitudes que estão de acordo com o direito, aos bons costumes, a honestidade e a justiça.

A ideia ética de moral, normalmente não se aplica ao Direito, conforme explica Mauro Vasni Paroski (2006, p. 45):

Essa compreensão, entretanto, não é apropriada para que seja entendido o dano de ordem moral. Na acepção que interessa o Direito, o dano moral se reveste de conseqüências jurídicas, que nem sempre vêm acompanhadas de conteúdo ético. Muitas vezes as infrações às regras éticas não têm repercussão no âmbito do Direito. Determinada conduta ofensiva pode não ser moralmente reprovável pela sociedade, mas, ainda assim, ser lesiva a bens imateriais do ofendido. Logo, moral é o adjetivo que define o dano causado a bens imateriais, insuscetíveis de apreciação econômica, não se confundindo com a conduta de quem praticou a ofensa, se está ou não, em harmonia com aquilo que a sociedade concebe como sendo preceitos morais. Este aspecto é irrelevante para o estudo do dano e seus efeitos.

Diante desta breve exposição quanto à definição do que seria “bem extrapatrimonial”, somos levados a efetuar a análise dos reflexos em relação ao “dano extrapatrimonial”, aqui denominado dano moral.

### **3. O DANO MORAL (EXTRAPATRIMONIAL)**

Conforme o exposto, definindo-se o que é “bem extrapatrimonial”, pode-se afirmar de uma forma simplista que “dano extrapatrimonial (ou dano moral em sentido amplo) é toda a violação a bem extrapatrimonial, ou seja, que não há uma concreta diminuição de patrimônio (pelo menos daquele avaliável economicamente)” (SIMM, 2008, p. 180), e, “seguindo essa linha, os autores em geral ligam o dano moral à transgressão dos chamados direitos de personalidade”.

Para Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 582), “dano moral corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana”.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2008, p. 805), assim conceituam: “o dano moral ou dano extrapatrimonial é aquele que se opõe ao dano material, não afetando os bens patrimoniais propriamente ditos, mas atingindo os bens de ordem moral, de foro íntimo da pessoa, como a honra, a liberdade, a intimidade e a imagem”.

José de Aguiar Dias (1995, p. 730), declara como certo que o dano moral “não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado”.

Uma das mais abrangentes definições de dano moral é apresentada por Yussef Said Cahali (2005, p. 22),

como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou diretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Assim, mesmo diante de algumas poucas definições de “dano moral”, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que se trata de uma violação a direitos da personalidade adstritos a direitos fundamentais consagrados na Constituição pátria pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante do exposto constatamos que a reparação do dano extrapatrimonial é de certa forma recente dentro da ciência do direito pátrio, consequência da evolução da sociedade, mormente após a ocorrência da Segunda Guerra Mundial, seja pela Declaração Universal em 1948, que com suas normas provocou uma nova visão do homem dentro da sociedade, ou seja, pelo fenômeno globalização que trouxe novo sentido à questão da economia e a relação entre o indivíduo e a sociedade (do viver em comunidade), fato é que referidos fenômenos sociais fizeram ocorrer verdadeiro avanço nas ciências da filosofia, da psiquiatria, da sociologia, da biologia e, também, na própria ciência do direito, principalmente no Direito Constitucional.

A evolução do direito constitucional trouxe a lume os direitos fundamentais de terceira geração, denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, que fazem caminhar de forma harmoniosa os direitos humanos com os direitos de personalidade, e estes têm como princípios o reconhecimento de que a pessoa tem um valor em si mesmo, tem dignidade, tem sentimentos, corpo e alma que formam um bem extrapatrimonial que não é mensurável economicamente, mas quando violado deve ser indenizado.

Os supracitados princípios se irradiam para os demais ramos do direito, inclusive o do trabalho e que devem estar presentes no contrato de trabalho, com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana do empregado, bem como de seus direitos da personalidade seus direitos fundamentais.

O dano extrapatrimonial encontrado na novel legislação, denominada Reforma Laboral, é analisado, ainda que resumidamente, pois se encontra em constante evolução, principalmente na questão atinente à quantificação do dano. Todavia, se a adequada reparação é forma de compensar o dano incorpóreo, não deveria haver pré-estipulação legislativa como a que consta da Reforma

Trabalhista, ainda que sob forma de bandas ou faixas indenizatórias, como vias transversas de pseudo-tarifação para este aspecto indenizatório.

Importante é que todos trabalhemos para que os direitos fundamentais sejam respeitados e que os trabalhadores não sejam aviltados em nome, muitas vezes, de um lucro cada vez mais almejado, que apesar de ser o mote da livre iniciativa, não pode se dar a qualquer custo como, por exemplo, com a menos valia do obreiro, em detrimento de sua inerente dignidade enquanto pessoa.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. Tradução: Janice Florido. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. CRFB – **Constituição da República Federativa do Brasil**, DOU 191-A, de 05/10/1988.

\_\_\_\_\_. **CLT – Consolidação das leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº; 5452, de 1943.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3; ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DE CUPIS, Adriano. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Filipe Barbosa Garcia. *Meio ambiente do trabalho no contexto dos direitos humanos fundamentais e responsabilidade civil do empregador*. In **Revista de Direito do Trabalho**. Coordenador Domingos Sávio Zainaghi. Ano 35, nº. 136, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução: Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

\_\_\_\_\_. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002, CD-rom.

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009.

KANT, Immanuel. **Immanuel Kant: textos seletos**. Tradução por Raimundo Vier e Floriano de Sousa Fernandes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MELO, Sérgio Fernando de. *Acosso psíquico e os direito de personalidade*. In **Estado & Atividade Econômica: O direito laboral em perspectiva**. Coordenadores Marco Antônio César Villatore e Roland Hasson. v. II. Curitiba: Juruá, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte geral**. 21. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1982.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKI, Celso. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

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

\_\_\_\_\_. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano moral e sua reparação no direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A Genealogia de Nietzsche**. Curitiba: Champagnat, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Avaliação do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SIMM, Zeno. **Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação**. São Paulo: LTr, 2008.