

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
RAFAEL FAIER WINTER

**DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA TRABALHISTA:
argumentos (e dignidade humana) em disputa na ADI 5870.**

Juiz de Fora
2019

RAFAEL FAIER WINTER

**DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA
TRABALHISTA: argumentos (e dignidade
humana) em disputa na ADI 5870**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof.(a) Dr.(a) Karen Artur.

**Juiz de Fora
2019**

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAFAEL FAIER WINTER

DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA TRABALHISTA: argumentos (e dignidade humana) em disputa na ADI 5870.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof^º. Dr^ª. Karen Artur
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Especialista Bárbara Alvim Sampaio
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 8 de setembro de 2021

RESUMO

A partir das análises que destacam o protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas questões trabalhistas, inclusive com o risco de desconstitucionalização de direitos, bem como o crescimento das disputas, pelos atores legitimados, em torno da Corte nessa área, este trabalho tem por objeto o tema do dano extrapatrimonial, em sua regulação pela Lei 13.467 de 2017, apresentando o objetivo específico da análise dos argumentos a favor e contra a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5870, apresentada em 18 de dezembro de 2017, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que pleiteou pela inconstitucionalidade do dispositivo, a qual ainda não foi julgada. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, confrontando a nova legislação com a realidade de desproteção por ela induzida, bem como analisando as discussões trazidas pelos *amici curiae* que foram aceitos para se manifestarem na mencionada ADI à luz de textos doutrinários. Com os dados obtidos, chegou-se ao resultado de que há fortes argumentos na ADI e na doutrina que repelem o dispositivo, o que afirma a sua total ausência de constitucionalidade, confirmando-se a hipótese inicial de que os argumentos contrários ao dispositivo impugnado seriam suficientes para a afirmação do pacto constitucional.

Palavras-chave: reforma trabalhista; dano extrapatrimonial; ADI 5870; Supremo Tribunal Federal;

ABSTRACT

Based on the analysis that highlight the protagonism of the Supreme Court in labor issues, including the risk of deconstitutionalization of rights, as well the growth of disputes, by legitimate actors, around the court in this area, this article focuses on the theme of the extrapatrimonial damage, in its regulation by the Law 13.467 of 2017, presenting the specific purpose of analyzing the arguments in favor and against the ADI number 5870, filed on December, 18, 2017, by the association called ANAMATRA, which pleaded for the unconstitutionality of the provision, ADI which has not yet been judged. For this, the hypothetical-deductive method was used, confronting the new legislation with the reality of lack of protection induced by it, as well as analyzing the discussions brought by the *amici curiae*, which had been accepted to manifest themselves in the aforementioned ADI, in the light of doctrinal pieces. With the data obtained, the result reached is that there are strong arguments in the ADI and in the doctrine that reject the provision, what states its total lack of constitutionality, confirming the initial hypothesis that the arguments against the contested provision would be sufficient for the affirmation of the constitutional pact

Keywords: labor reform; extrapatrimonial damage; ADI 5870; Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ARGUMENTOS CONTRA E ARGUMENTOS A FAVOR DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	9
2.1 Argumentos Contra o Dispositivo.....	9
2.1.1 Violação do Princípio da Reparação Integral do Dano (Artigo 5º, V e X da CF).....	9
2.1.2 Violação do Princípio da Isonomia (Artigo 5º, <i>caput</i> , CF).....	10
2.1.3 Violação da Independência do Magistrado e Limitação do Exercício da Jurisdição.....	11
2.1.4 Violação do Princípio da Proteção ao Trabalho e da Proibição do Retrocesso Social.	11
2.1.5 O Título II-A não contempla todos os Direitos Fundamentais em seu Rol (Artigo 223-A e 223-C da CLT).....	12
2.2 Argumentos a Favor do Dispositivo	12
2.2.1 Fixação de Critérios Objetivos na Fixação do Dano – Concretização do Princípio da Segurança Jurídica	12
2.2.2 Afastamento de Critérios Subjetivos que podem variar conforme o Órgão Julgador.....	13
2.2.3 Os Critérios Objetivos estão em Conformidade com o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade	13
3. UM DIÁLOGO COM A DOUTRINA	14
3.1 Um Diálogo entre a Indenizabilidade Integral, a Razoabilidade e a Proporcionalidade.....	14
3.2 Um Diálogo entre a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana.....	15
3.3 Um Diálogo entre a Vedação do Retrocesso e a Segurança Jurídica.....	17
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	18
REFERÊNCIAS	19

1 INTRODUÇÃO

Dado o protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas questões trabalhistas, bem como o crescimento das disputas, pelos atores legitimados, em torno da Corte nessa área (DUTRA; MACHADO, 2021), este trabalho tem por objeto o tema do dano extrapatrimonial, em sua regulação pela Lei 13.467 de 2017, apresentando o objetivo específico da análise dos argumentos a favor e contra a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5870, apresentada em 18 de dezembro de 2017, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que pleiteou pela inconstitucionalidade do dispositivo, a qual ainda não foi julgada.

Questiona-se em que medida tais argumentos pressionam pelo desrespeito aos preceitos constitucionais envolvidos, ou, por outro lado, pela reafirmação da Constituição na área trabalhista, tendo por recorte o tema destacado.

Parte-se da hipótese de que os argumentos contrários à legislação adotada pela reforma trabalhista apresentam-se suficientes para afirmar o pacto constitucional de 1988, bem como mostrar a necessidade da proteção dos trabalhadores na integralidade dos danos sofridos.

Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, confrontando a nova legislação com a realidade de desproteção por ela induzida, bem como analisando as discussões trazidas pelos *amici curiae* que foram aceitos para se manifestarem na mencionada ADI à luz de textos doutrinários.

Dentre as peças analisadas para a coleta de dados, divide-se em dois grupos, a saber – as entidades favoráveis ao dispositivo e as entidades desfavoráveis. Dentre as entidades favoráveis, foram analisadas as manifestações dos *amici curiae* da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Federação da Indústria do Estado de Minas Gerais (FIEMG), Confederação Nacional do Transporte (CNT) e Associação Nacional de Universidades Particulares (ANUP). Dentre as manifestações desfavoráveis, encontram-se a Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho (ABMT), a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal (FENASEPE), a Associação Brasileira de Expostos ao Amianto (ABREA) e a Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (AATSP).

Embora o presente trabalho tenha como foco a ADI n.5870, proposta pela ANAMATRA, além da própria inicial ajuizada por essa associação, também foram coletados argumentos de outras iniciais como a ADI n.6069, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a ADI n.6082, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) e a ADI n.6050, também proposta pela ANAMATRA, que possuem o mesmo objeto deste estudo.

Ademais, foram observadas as manifestações de órgãos públicos. A Procuradoria Geral da República (PGR) possui posicionamento contrário ao dispositivo impugnado (favorável à procedência do pedido de inconstitucionalidade ajuizado pela ANAMATRA) e a Advocacia Geral da União (AGU) posiciona-se a favor da constitucionalidade da norma impugnada.

Metodologicamente, ressalta-se a importância do tema na realidade. No dia 25 de janeiro de

2019, um terrível acontecimento é noticiado nos veículos de comunicação brasileiros – o rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão, pertencente à empresa Vale, no município de Brumadinho em Minas Gerais. Esse acidente, considerado o maior acidente de trabalho do Brasil, foi responsável pela liberação de toneladas de rejeitos de minério na área habitacional da cidade, destruindo, não só o ecossistema, como também, retirando muitas vidas.

O ponto que liga esse episódio ao tema aqui trabalhado é o fato de que, dentre as muitas vítimas, estavam presentes diversos empregados da empresa Vale, terceirizados, prestadores de serviços, assim como outros indivíduos que não mantinham relações de trabalho ou de emprego com a empresa. Ocorre que os pagamentos indenizatórios devidos pela Vale aos familiares das vítimas recebem tratamento dispar na nova legislação trabalhista, na qual o dano extrapatrimonial é calculado com base no dispositivo em estudo, transcrito a seguir:

TÍTULO II-A

DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Diante desse triste fato, a PGR agregou uma manifestação à sua primeira posição, reiterando a insuficiência do dispositivo, além do desrespeito a direitos humanos, para reparar os danos sofridos. Além disso, menciona-se a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho de Minas Gerais, que pleiteava a indenização das famílias dos atingidos, que se enquadrassem como trabalhadores diretos e indiretos da empresa. O terrível acidente, em decorrência da comoção causada pela circunstância, implicou em uma "guinada hermenêutica", como afirmam os procuradores da ação, trazendo a força da Constituição Federal na defesa dos trabalhadores, para afirmar a necessidade da ampla reparação diante das agressões ao ambiente, amplamente considerado, que resultaram nas mortes. Nesse sentido, fora afastada a necessidade de comprovação de culpa da empresa (necessidade suscitada por ela) e majorados os valores irrisórios que normalmente são pagos na Justiça do Trabalho (SOUZA; SOUZA, 2021 p.154).

Este trabalho, além desta introdução e das considerações finais, trata dos argumentos contrários e dos argumentos a favor da(s) inconstitucionalidade (s) proposta (s) pela ANAMATRA, bem como dialoga com a doutrina sobre o tema, especialmente considerando os sentidos constitucionais do direito do trabalho.

2 ARGUMENTOS CONTRA E ARGUMENTOS A FAVOR DA INCONSTITUCIONALIDADE

Neste tópico, objetiva-se realizar um apanhado dos principais argumentos utilizados no processo da ADI, de maneira a estruturar uma síntese das principais ideias que se repetem no decorrer das peças processuais, objetos de análise do presente trabalho.

Além disso, é válido resolver, de antemão, uma questão abordada pela integridade dos defensores do dispositivo que trata da ilegitimidade ativa da autora ANAMATRA. Com relação a essa questão, trata-se de um argumento que majoritariamente é alegado pelo polo contrário em ações como essa, mas que já foi afastado pelo STF em outras ocasiões (ARTUR, FREITAS, 2017). Assim, não haverá maior aprofundamento. Ademais, no parecer emitido pela PGR, encontram-se argumentos que fundamentam a legitimidade da autora.

2.1 Argumentos Contra o Dispositivo

2.1.1 Violação do Princípio da Reparação Integral do Dano (Artigo 5º, V e X da CF)

Um dos pilares argumentativos para aqueles que se colocam contra o dispositivo – e, por isso, protestam por sua inconstitucionalidade – consiste na violação que o artigo impõe ao Princípio da Reparação Integral. Esse princípio determina que a indenização a ser paga à vítima deve ser proporcional ao dano por ela sofrido, compreendendo, assim, toda a extensão desse dano.

O que ocorre é que o dispositivo posto em análise, ao estabelecer uma classificação para o tipo de ofensa (em leve, média, grave e gravíssima) e cominar a cada um desses tipos um limite numérico que não pode ser ultrapassado, cria a possibilidade desse mesmo limite não compreender a completa extensão dessa ofensa, fazendo-se necessária a concessão de um valor indenizatório que exceda. O problema aqui criticado pelos postulantes da ADI reside no fato de que a lei, posta dessa maneira, cria necessariamente uma proibição de que esses limites sejam ultrapassados. Assim, na ocorrência da necessidade de uma indenização maior que o limite, o dano sofrido pela vítima não estaria sendo contemplado em toda a sua extensão, mesmo que seja a ela concedido o maior valor possível pela letra da lei, ferindo o preceito outrora estabelecido. Ademais, uma das colocações feitas pela autora ANAMATRA (Inicial ADI n.5870) foi no sentido de que, caso persista a lei escrita dessa forma, deveria existir um meio interpretativo capaz de se superar tais balizas quando necessário.

Partindo-se para uma análise mais detida do dispositivo constitucional, são mencionados os incisos V e X do artigo 5º da Carta Maior. O princípio da indenizabilidade irrestrita do dano moral é extraído desses dispositivos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização

por dano material, moral ou à imagem;

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

É argumentado que a Constituição da República afasta esse critério de tarifação quando menciona, no dispositivo supracitado, a ideia de *proporcionalidade*, tal como defendido por DELGADO (2017), atraindo uma interpretação de que essa indenização deve ter a maior amplitude possível, no sentido de que o seu valor está intrinsecamente ligado ao grau de infringência da dignidade da vítima¹, como sustentado por MORAES (2019). Quanto maior esse grau, maior é o valor indenizatório, e quando se estabelece um limite que impeça que esse valor continue acompanhando proporcionalmente o quanto a dignidade fora infringida, está-se diante de uma violação ao princípio.

2.1.2 Violação do Princípio da Isonomia (Artigo 5º, *caput*, CF)

Outro argumento crítico ao artigo 223-G da CLT relaciona-se com o Princípio da Isonomia. Na redação conferida ao dispositivo pela Reforma Trabalhista de 2017, observa-se que o critério utilizado como base de cálculo para o montante indenizatório é o *salário contratual do ofendido*. Ocorre que o princípio em questão, predito no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, estabelece igualdade no tratamento a ser dispensado pelo Estado em relação aos jurisdicionados. No entanto, o dispositivo impugnado, quando acrescenta o salário do ofendido nessa equação, está, na verdade, criando um multiplicador que varia de indivíduo para indivíduo. Um dos pontos de mais ênfase desse argumento seria o fato de que, muito embora se trate de uma relação de trabalho, a escolha do legislativo por limitar a indenização a um múltiplo do salário contratual do ofendido apenas reforça uma desigualdade já existente na sociedade proveniente da hierarquia de classes, na qual um trabalhador recebe mais do que o outro. A função do Direito e, por que não das leis, seria a de atenuar essas desigualdades e não reforçá-las.

O que os defensores dessa linha argumentativa enfatizam é o caso de um mesmo evento danoso afetar diversos tipos de empregados de uma empresa, que percebem quantias salariais diferentes. Percebe-se que fora causado o mesmo dano e que o valor indenizatório deveria ser ao menos parecido a todos os ofendidos, mas o que o dispositivo faz seria subverter essa lógica, pois, o salário contratual de cada uma das vítimas é diferente e o cálculo da indenização passa a depender desse valor. Assim, um gerente teria direito a uma quantia potencialmente maior do que um empregado terceirizado responsável pela limpeza, por exemplo, mesmo que ambos fossem vítimas de um mesmo dano.

Outro ponto trazido na discussão processual foi a questão da Medida Provisória n. 808. Segundo esse ato executivo, a redação dos incisos do §1º do artigo 223-G da CLT fora alterada,

¹ No texto *Conceito, Função e Quantificação do Dano Moral*, a autora cita: “A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injustamente sofrido”. (MORAES, 2019, p. 15)

substituindo-se o termo “*o último salário contratual do ofendido*” por “*limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social*”. Essa medida caducou por falta de apreciação no Legislativo e, por isso, perdeu eficácia, retornando-se à redação anterior. É mencionado que a medida provisória é passível de críticas, pois, embora ela tente remediar a questão da isonomia, os problemas que levariam o dispositivo controvertido à inconstitucionalidade ainda persistiriam. Isso ocorre porque a nova redação continua a estabelecer um limite para a fixação do dano, o que serviria como óbice à questão da reparação de toda a sua extensão, discutida no item anterior, além de outras violações que ainda serão discutidas a seguir.

2.1.3 Violação da Independência do Magistrado e Limitação do Exercício da Jurisdição.

Seguindo-se a argumentação desfavorável ao dispositivo, sustentou-se que a atuação do Poder Judiciário se encontra limitada pela norma, no sentido de que o magistrado ficaria adstrito à constatação do dano e à determinação a sua graduação (em leve, ou média, ou grave, ou gravíssima), multiplicando o último salário contratual do ofendido pelo número de vezes permitido. É sustentado que isso prejudicaria o livre-convencimento do juiz do trabalho e, também, a valoração adequada do dano, o que significaria uma interferência do Poder Legislativo na competência do Poder Judiciário.

Os defensores dessa linha argumentativa afirmam, ainda, que a indenização seria um instituto essencialmente subjetivo e que o dispositivo impugnado tenta revesti-lo de objetividade. Uma consequência apontada dessa aplicação objetiva seria o risco de se fixar valores discrepantes para indenizações direcionadas a vítimas ofendidas da mesma forma, ou seja, dano de mesma natureza, circunstâncias e impactos similares.

2.1.4 Violação do Princípio da Proteção ao Trabalho e da Proibição do Retrocesso Social.

Nesse segmento, também fora aduzido que o artigo 223-G da CLT causou violação ao princípio da Proteção do Trabalho. Isso viria a ocorrer, pois o dispositivo impugnado, ao estabelecer um limite para as indenizações, passa a mitigar o caráter punitivo e pedagógico da indenização. Acontece que, um dos objetivos de se condenar uma pessoa (seja ela física ou jurídica) ao pagamento de uma indenização seria que o desconforto causado por essa perda de patrimônio ocasionasse certo temor na figura do ofensor de causar aquele dano novamente. No caso do artigo 223-G, o tabelamento do dano em um limite máximo de cinquenta vezes o último salário contratual da vítima tornou possível que o empregador quantifique previamente o valor máximo de seu ônus com o pagamento de indenizações. Assim, torna-se possível que esse empregador realize um juízo, optando se valeria mais a pena persistir na violação de direitos ou deixar de pagar a indenização, ou seja, um raciocínio do custo de um trabalhador (incluindo-se a indenização) versus o lucro

possibilitado pela violação de seus direitos.

No momento em que a dignidade do trabalhador é posta nessa balança, com a possibilidade de sua relativização se demonstrar vantajosa, está-se diante de uma violação do princípio da vedação do retrocesso social, o qual significa que deve ser considerada inconstitucional qualquer medida, por parte do Estado, de revogação ou anulação do núcleo essencial dos direitos sociais, já previsto em lei (CANOTILHO, 2000). A promulgação do dispositivo coloca a dignidade do empregado, garantida constitucionalmente, em uma posição não ocupada por ela antes, partindo de um direito fundamental para uma moeda de troca no meio corporativo.

2.1.5 O Título II-A não contempla todos os Direitos Fundamentais em seu Rol (Artigo 223-A e 223-C da CLT)

Outra linha argumentativa presente nas manifestações contrárias à reforma diz respeito ao modo como esse título tenta se destacar do ordenamento. Primeiramente, o artigo 223-A enumera que os danos extrapatrimoniais oriundos da relação de trabalho serão regulados exclusivamente pelos dispositivos seguintes do título. É possível se interpretar, nesse caso, uma clara intenção do legislador de restringir, dessa matéria, a tutela constitucional (e grande parte da tutela infraconstitucional) sobre direitos fundamentais. É virtuoso lembrar que nenhuma disposição infraconstitucional, como é o caso da CLT, pode propositalmente afastar a incidência dos preceitos constitucionais, sob pena de se ferir a supremacia constitucional. A inclusão desses dispositivos na CLT seria, desse modo, uma tentativa falha de se conferir coerência a essa construção legal, colocando-a em uma “bolha” desgarrada do restante do ordenamento.

Nessa esteira, é perceptível que o artigo 223-C da CLT tenta elencar um rol de bens jurídicos tutelados (*a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física – Taxativamente*), mas falha novamente quando não abarca diversos outros bens jurídicos extrapatrimoniais, como a liberdade religiosa, a vida privada e a integridade psíquica, de gênero, de origem, entre outros.

2.2 Argumentos a Favor do Dispositivo

2.2.1 Fixação de Critérios Objetivos na Fixação do Dano – Concretização do Princípio da Segurança Jurídica

No outro polo de discussão, deflagra-se um argumento favorável à questão da objetividade no dano moral, ponto rebatido pelo requerente. Defendeu-se que a fixação de parâmetros objetivos reveste o instituto de segurança jurídica. Advindo-se de um pressuposto de que todo o dano deve ser compensado, convertendo-o a um valor de uma prestação, estar-se-ia partindo de um conceito abstrato (dano), imaterial, completamente subjetivo, em direção a outro conceito (a prestação

pecuniária), dessa vez, objetivo, quantificável em unidades monetárias. Assim, a fixação de balizas para auxiliar nessa conversão seria benéfica às partes da relação jurídica trabalhista, pois, como colocado pela CNI, os indivíduos não estariam à mercê da pessoa dotada do poder de decisão. O que o dispositivo, em tese, pretende seria a tentativa de transformar o dano em uma figura mais mensurável, mais fácil de resultar em indenizações proporcionais.

Em razão disso, acrescentou-se que a presença do dispositivo no ordenamento, desse modo, facilitaria a aplicação de precedentes pelos tribunais superiores, além de fomentar as chances de êxito dos valores suscitados em reclamações trabalhistas. Sendo assim, quanto mais objetivos fossem os parâmetros trazidos pela lei, mais previsíveis seriam as suas consequências na realidade, o que afastaria a arbitrariedade do Estado em relação aos jurisdicionados. Além disso, essa corrente defendeu que o título relativo ao dano extrapatrimonial, trazido pela reforma de 2017, se trataria de uma inovação, pois preenche uma lacuna outrora existente no ordenamento trabalhista.

2.2.2 Afastamento de Critérios Subjetivos que podem variar conforme o Órgão Julgador

Em resposta ao que fora argumentado sobre a independência do magistrado, os defensores da constitucionalidade do dispositivo impugnado suscitam que a presença de balizas objetivas não prejudica a subjetividade do julgamento realizado pelo juiz do trabalho, mas sim contribuem para que os diferentes órgãos julgadores não profiram decisões demasiadamente díspares. Um dos pontos de sustentação dessa linha argumentativa se assenta no fato de que todos os intérpretes do Direito são diferentes, pois viveram experiências diferentes. Assim, seria inevitável que esse subjetivismo não influenciasse o órgão julgador. Esse fato, desacompanhado de balizas que orientem o julgamento, ou, como explicitado nos textos, *standards*, pode ocasionar decisões contraditórias.

Desse modo, o que o dispositivo viria a fazer, na visão de quem o defende, seria distinguir as classes de ofensas extrapatrimoniais e estratificá-las quanto a sua gravidade, o que não privaria o magistrado de apreciar o caso concreto, levando em consideração o seu livre convencimento, e de definir valores correspondentes ao dano na escala de sua gravidade. Na visão dessa categoria, o dispositivo não impõe um valor fixo e imutável, mas sim um *intervalo* de acordo com cada nível de gravidade, respeitando-se um espectro, o que já seria suficiente.

2.2.3 Os Critérios Objetivos estão em Conformidade com o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Um terceiro argumento correspondente a essa corrente seria que o tabelamento instituído pelo artigo 223-G da CLT estaria em conformidade com padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Isso ocorre, pois o dispositivo, ao estratificar os graus de gravidade, fixa limites que aumentam proporcionalmente a esses níveis. O limite de três vezes o salário contratual do ofendido, cominado à gravidade mais leve do rol é menor do que o máximo de cinco vezes, previsto

no grau posterior (ofensa de natureza média) e assim sucessivamente. Em algumas das incidências desse argumento, essa progressão é demonstrada por meio de uma tabela, a qual exhibe os valores já calculados das indenizações (*com a base de um salário mínimo*), objetivando-se reforçar a maneira como esses valores aumentam na medida em que a ofensa correspondente se torna mais grave.

Além disso, segundo as manifestações defensoras, a presença do fator do *salário contratual do ofendido* viria a ser mais uma demonstração de que o dispositivo se preocupa em trazer uma previsão que considere qualidades mais específicas dos ofendidos, de maneira a se aproximar ainda mais do caso concreto. Seria a maneira encontrada pelo dispositivo de se levar em consideração, na fixação do dano, a condição financeira da vítima. Mais uma suposta assinatura da razoabilidade, o que, na visão dessa corrente, seria mais um avanço normativo.

3. UM DIÁLOGO COM A DOUTRINA

O objetivo desse tópico consiste em se estabelecer um paralelo entre os argumentos outrora apresentados e os entendimentos doutrinários do Direito do Trabalho, de maneira a fundamentar o posicionamento do presente artigo no que tange à discussão que aqui se apresenta.

É proveitoso lembrar que o presente artigo se direciona contrário ao dispositivo impugnado, argumentando que o artigo 223-G da CLT se encontra completamente desprovido de constitucionalidade. O esforço, a partir de então, será reforçar os motivos que levam a esse posicionamento.

3.1 Um Diálogo entre a Indenizabilidade Integral, a Razoabilidade e a Proporcionalidade

Inicialmente, como se pode perceber na análise do item anterior, deflagra-se que um dos principais argumentos trazidos à discussão pela corrente defensora das modificações da reforma foi a existência de suposta proporcionalidade no tratamento dado pelo dispositivo à quantificação do dano extrapatrimonial, em razão da estratificação feita em graus de gravidade da ofensa e o aumento crescente do limite para cada nível mais grave. No entanto, salienta-se que essa corrente confunde o conceito de *'proporcionalidade'* com o conceito de *'gradatividade'*. O mero fato de o limite de valor aumentar conforme a gravidade da ofensa (uma característica gradual) não impede que esse limite seja, por si só, insuficiente, sendo esse o verdadeiro ponto a ser discutido. Para uma melhor explicação, constrói-se duas esferas interpretativas do dispositivo. A primeira origina-se da comparação entre os incisos do artigo 223-G, §1º. De fato, quando se compara um dispositivo com o outro, a relação gradativa que se constrói exala aparente proporcionalidade, afinal a ofensa de natureza gravíssima é a que possui maior limite, porém não se pode deixar de mencionar que este viria a ser apenas um raciocínio rasteiro e incompleto. Seria nessa esfera que a corrente defensora do dispositivo acredita residir a proporcionalidade. Contudo, o segundo nível de interpretação é

originário da comparação entre a extensão do dano e a reparação. É a partir dessa relação que se deve compreender que o valor indenizatório deve ser proporcional a essa extensão. Desse modo, um limite arbitrário, em abstrato, somente serviria para impor um óbice à verdadeira proporcionalidade e razoabilidade.

É válido ainda ressaltar que a resposta proporcional ao agravo, como preconizada pelo artigo 5º, inciso V da Carta Maior, é realizada levando-se em consideração o reconhecimento devido a *cada* pessoa humana individualmente e separadamente, pois cada caso é intrinsecamente distinto e a adoção de um critério matemático e mecânico, como a produção de um tabelamento, por exemplo, despreza essas peculiaridades (MORAES, 2003), de modo que nada haveria de proporcional em se suprimir os direitos da personalidade, oriundos dessas especificidades humanas. Assim, a busca incessante por critérios objetivos (“*preço da dor*”), como defendido pela corrente favorável, implica em nada mais do que ignorar as necessidades diferentes de cada ser humano.

Ademais, como salientado por Santos e Barros (2019), o princípio da indenizabilidade integral não conflita com a proporcionalidade e a razoabilidade do valor indenizatório. A máxima amplitude da indenização não significa a fixação de um valor irrestrito e ilimitado para uma indenização. Em verdade, a indenização é proporcional ao dano, do seu exato tamanho, sem estar além ou aquém. Um nome mais apropriado para o princípio não seria indenizabilidade irrestrita, como é conhecido, mas sim *indenizabilidade integral do dano* (SANTOS; BARROS, 2019, p. 575).

3.2 Um Diálogo entre a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana

Um detalhe importante sobre essa discussão que aqui se estabelece é o fato de que a ofensa feita ao princípio da isonomia se trata da violação mais latente ou evidente que o artigo 223-G da CLT fora capaz de provocar. Principalmente, quando se observa que essa questão (relativa ao salário contratual do ofendido), por vezes, fora ignorada ou suprimida nas manifestações favoráveis ao dispositivo. E é pela grande importância desse princípio, que ele merece destaque no presente trabalho.

Propõe-se, primeiramente, uma reflexão – O referido princípio encontra a sua origem no princípio da não discriminação, o qual, segundo Maurício Godinho Delgado, consistiria na existência de um patamar mínimo sustentável para que os indivíduos sejam considerados iguais. Uma régua paritária. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro transcende para um nível além, adotando o princípio da isonomia, o qual objetiva igualizar o tratamento jurídico entre os indivíduos, ou seja, criando-se meios de se alcançar a igualdade real, meios de se equiparar os desiguais (DELGADO, 2013).

A própria existência do Direito do Trabalho se deve, também, a esse objetivo de se amenizar as discrepâncias entre os hipossuficientes (empregados) e os hipersuficientes (empregadores), exercendo-se, assim, a justiça. Essa seria a dupla vertente do princípio da isonomia, de um lado,

obriga-se as instituições a *não* tratar aquilo essencialmente igual de forma desigual e aquilo essencialmente desigual, de maneira igual.

É importante salientar que o princípio da isonomia é de fato violado quando não se consegue aplicar uma justificativa razoável para o tratamento desigual aplicado pela lei (LEIBHOLZ, 1925, p. 91 *apud* DRAY, 1999, p. 84-86). Um motivo que deve ser subserviente à predominância da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Humanos. A ausência dessa razão objetiva configuraria a medida como arbitrária.

Desse modo, quando o dispositivo impugnado passa a permitir que indenizações distintas possam ser conferidas, em um mesmo sistema, a indivíduos que sofreram o mesmo tipo de dano (justamente por perceberem remunerações diferentes), deflagra-se evidente discriminação institucional e não a suposta incorporação do fator particular da condição financeira do ofendido na apreciação da indenização, como defendido nas manifestações favoráveis. O que o artigo 223-G da CLT faz é conferir um tratamento desigual (*impor multiplicadores que variam de pessoa para pessoa*) a indivíduos essencialmente iguais em determinado aspecto (*todos os trabalhadores brasileiros*).

A dignidade humana, por sua vez, possui como pressuposto indispensável, à sua garantia e reconhecimento, a condição de igualdade. Conforme enumera o professor Sarlet, a dignidade humana estaria intimamente interligada com os conceitos da igualdade, da liberdade e da integridade psicofísica (SARLET, 2015). A propositura do artigo 223-G da CLT, no entanto, enuncia que a dignidade dos trabalhadores viria a ser maior ou menor a depender do tamanho de sua remuneração, um raciocínio que extrapola o próprio conceito de dignidade humana, o qual está vinculado à ideia de mínimo existencial comum a todos os indivíduos. Uma observação emblemática, relacionada a esse aspecto da lei, seria a questão do trabalho análogo ao escravo, o qual, infelizmente, ainda é uma realidade no contexto brasileiro. Nesse caso, um indivíduo que trabalha recebendo uma remuneração de valor muito aquém do razoável (ou nenhuma remuneração), ao se aplicar o dispositivo impugnado à risca, o valor que seria multiplicado por vinte, ou cinquenta vezes, seria um valor insignificante, o que resultaria em uma indenização incapaz de compensar o dano causado por uma infringência à dignidade como essa.

Ademais, essa lógica segmentadora potencializa um processo de coisificação do ser humano, ou seja, as pessoas, dotadas de personalidade, envolvidas no processo da relação de emprego passam a ser vistas como meros instrumentos valorizados, uns mais e outros menos, de acordo com as oportunidades que tiveram na vida, reforçando-se um discurso de que o pobre vale menos que o rico. Além disso, salienta-se que a criação dessa lei retrocede o contexto brasileiro para um estágio semelhante à época da escravidão. Um contexto no qual se convive com uma *hierarquia existencial* de seres humanos, no qual existem *status* diferentes de indivíduos, dentre os quais existem aqueles de mais e menos importância. No caso do Brasil do século XVIII, a mão de obra escrava desempenhava o nível mais baixo desse espectro institucional (HONÓRIO; OLIVEIRA, 2018). O artigo 223-G seria, então, uma ratificação jurídica de uma pirâmide social que se busca combater.

3.3 Um Diálogo entre a Vedação do Retrocesso e a Segurança Jurídica

Segundo a corrente favorável ao dispositivo impugnado, a presença de balizas objetivas, em abstrato, na fixação do dano seria um grande avanço normativo no sentido da segurança jurídica e, por isso, se trataria de uma inovação. Porém, como observado previamente neste trabalho, o Título II-A intenta repelir a interpretação ampliativa da normativa de direitos fundamentais presente em qualquer outro diploma do ordenamento, inclusive a Constituição. Nesse sentido, embora a CLT não se manifestasse sobre o cálculo do dano extrapatrimonial em momento anterior à reforma, não é correto pressupor que a Justiça do Trabalho estava completamente desamparada de aparato normativo para a fixação do dano extrapatrimonial. Salienta-se que, sobre esse tema, existia total compatibilidade entre as disposições do Código Civil e a CLT. Inclusive, essa aplicação subsidiária da normativa civil encontra previsão no artigo 8º da CLT, o qual não fora revogado pela reforma. Portanto, não há que se falar em violação da segurança jurídica.

Contudo, esse afastamento da Constituição, provocado pela tentativa frustrada de se criar uma previsão sobre o tema na CLT, criou, na verdade, um conflito interno de normas infraconstitucionais. Explica-se enumerando, primeiramente, que até o presente momento, o Brasil é signatário de muitos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram contrariados pela Reforma Trabalhista de 2017. A título de exemplo, cita-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual, já em seu artigo 1, especifica a condição de igualdade em dignidade e direitos, comum a todos os seres humanos, debatida no tópico anterior.

Ocorre que, conforme ensina Maurício Godinho Delgado, os documentos normativos internacionais referentes a Direitos Humanos, quando ingressam no ordenamento pátrio, segundo o STF, possuem status de diploma supra legal, ou seja, acima das leis ordinárias e complementares. Além disso, após a emenda constitucional n.45 de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que passassem pelo crivo do §3º do artigo 5º da Constituição de 1988 receberiam o status de emenda constitucional. Em resumo, mesmo que uma determinada norma internacional não se submeta à aprovação com rito e quórum similares ao de emenda constitucional (Artigo 5º, §3º, CF.), ela ainda será detentora, no ordenamento brasileiro, de status superior ao das leis ordinárias (DELGADO, 2017), como a CLT, por exemplo.

Desse modo, quando se percebe que a mudança trazida pela reforma contraria preceitos normativos favoráveis aos Direitos Humanos, de modo que até proíbe a interpretação ampliativa (artigo 223-C), deve-se fazer uso do princípio da vedação do retrocesso social, o qual enumera que a alteração interpretativa da norma constitucional deve somente garantir avanços civilizatórios para a pessoa humana e não retrocessos sociais e culturais (DELGADO, 2017). Assim, ressaltando-se novamente o ensinamento pelo professor Maurício Godinho, em situações de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados e preceitos legais internos, deve prevalecer aquele que se

demonstrar *mais favorável ao trabalhador* (DELGADO, 2017).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as muitas mudanças trazidas pela Lei 13.467/17 na CLT, deparou-se com a questão relativa ao dano extrapatrimonial. O artigo 223-G, assim como todo o Título II-A, é responsável por uma alteração, a qual restringe a interpretação ampliativa da norma trabalhista aos preceitos constitucionais, hierarquicamente superiores no ordenamento brasileiro. A reforma estabeleceu uma tarifação quanto à quantificação do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, determinando-se um limite ao quantum indenizatório, o qual viria a ser calculado com base no salário contratual da vítima. Por esse motivo, a ANAMATRA ajuizou a ADI n.5870, a qual levou essa discussão ao âmbito do STF. Esse contexto, desse modo, justificou a necessidade do presente trabalho, pois essas mudanças criaram uma realidade de desproteção aplicada aos trabalhadores, cujos direitos são abarcados pelo manto da Constituição de 1988.

Esse trabalho se prontificou, de modo geral, a responder qual dentre as duas correntes argumentativas, apresentadas no decorrer das manifestações na ADI, se encontra mais direcionada aos preceitos constitucionais. Para isso, o artigo teve como objetivo específico a coleta dos argumentos elucidados por cada uma dessas vertentes (a favor e contra). Assim, obteve-se resposta para o questionamento inicial quando as alegações coletadas foram analisadas a luz da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, o presente artigo partiu da hipótese de que os argumentos contrários ao dispositivo impugnado seriam suficientes para a afirmação do pacto constitucional e, como observado, a alteração, trazida pela reforma, viola diversos princípios constitucionais, como a indenizabilidade integral, a isonomia, a dignidade humana e a vedação do retrocesso social (artigo 1º, inciso III e 5º *caput* e incisos V, X, CF). O dispositivo fomenta as desigualdades já existentes na sociedade, criando um panorama de que um trabalhador vale mais do que o outro a depender de seu salário. Sendo esses argumentos aduzidos pela corrente contrária à escolha legislativa. Durante o trabalho, verificou-se que há fortes argumentos na ADI e na doutrina que repelem o dispositivo, que comprovam a sua total ausência de constitucionalidade, confirmando-se a hipótese inicial.

Por fim, dedica-se esse trecho final a discorrer sobre as circunstâncias fáticas que ressaltam a importância do estudo desse tema. A grande comoção gerada pelo terrível acidente em Brumadinho propõe uma importante reflexão. A negligência de uma corporação destruiu vidas como se fossem descartáveis, em nome do lucro, de uma pífia economia de recursos. E quando os olhares se voltam para a lei, na forma do que fora desenhado pela reforma trabalhista, o que se vê é um escancarado processo de precificação da vida humana, no qual o trabalhador vale de acordo com a sua condição econômica. A conclusão é apenas uma: a força dos fatos sociais e do Direito baseado na Constituição Federal deve preceder a discursos frágeis que buscam exclusivamente manter e aprofundar desigualdades. Trata-se da realização do Direito e de uma justiça eficaz e, de fato, justa.

REFERÊNCIAS

- ARTUR, Karen; FREITAS, Ligia Barros de. Direitos do trabalho em disputa no STF: o papel dos procuradores do trabalho. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, 2017, p. 101-126.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL. **ADI 5870**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.
- DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.
- DUTRA, Renata; MACHADO, Sidney. **O Supremo e a Reforma Trabalhista**: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. 1 ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.
- HONÓRIO, Cláudia; OLIVEIRA, Fabrício Gonçalves de. Retrocesso sem precedentes: a reforma trabalhista e os danos extrapatrimoniais. **Justificando**. São Paulo, 14 ago. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma-trabalhista-e-os-danos-extrapatrimoniais/>. Acesso em: 18 jul 2021.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 24, nov. - fev./2019.
- SANTOS, Dione Almeida; BARROS, Renato Cassio Soares de. A tarifação do dano extrapatrimonial na Justiça do trabalho e a violação aos direitos humanos: inconstitucionalidade. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 5, p. 571-577, maio 2019.
- LEIBHOLZ. **Die Gleichheit vor dem Gesetz**. Berlim, 1925.
- PORTO, Lorena Vasconcelos; HONÓRIO, Cláudia. A Tarifação do Dano Extrapatrimonial e a Violação às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho. **Rev. Esc. Jud. TRT4**, Porto Alegre RS, v. 1, ed. 1, p. 201-223, janeiro/junho 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 10. ed., revista, atualizada e ampliada. Segunda tiragem, p. 126.
- SOUZA, Adriana Augusta de Moura; SOUZA, Geraldo Emediato de. Brumadinho: maior acidente do trabalho da história do Brasil – repercussão nas relações de trabalho. In ALVES, Giovanni; AMARAL, André Luis Vizzaccaro (orgs). **Trabalho, Saúde e Barbárie Social**:

