

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ENOQUE GOMES DE AMORIM

Danos extrapatrimoniais nas ações perante a justiça do trabalho e as
inovações trazidas Pela Lei nº 13.467 de
2017

Florianópolis-SC
2023

ENOQUE GOMES DE AMORIM

Danos extrapatrimoniais nas ações perante a justiça do trabalho e as
inovações trazidas Pela Lei nº 13.467 de
2017

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao
Curso de graduação em direito do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito parcial para
Obtenção do título de Bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Antônio Temponi
Lebre.

Florianópolis-SC

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Amorim, Enoque Gomes de
Danos extrapatrimoniais nas ações perante a justiça do
trabalho e as inovações trazidas Pela Lei nº 13.467 de 2017
/ Enoque Gomes de Amorim ; orientador, Eduardo Antônio
Temponi Lebre, 2023.
87 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Danos Extrapatrimoniais . 3. Justiça do
Trabalho. 4. Lei 13.467/2017. 5. Inovações . I. Lebre,
Eduardo Antônio Temponi. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA
CATARINACOORDENADORIA DO CURSO DE
DIREITO**

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA
LIMA - TRINDADECEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO
TCC E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): ENOQUE GOMES DE AMORIM RG: 464773

CPF: 00691817219

Matrícula: 16206265

Título do TCC: DANO EXTRAPATRIMONIAIS NAS AÇÕES PERANTE A JUSTIÇA
DO TRABALHO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467 DE 2017

Orientador (a): Dr. EDUARDO ANTÔNIO TEMPONI LEBRE

Eu, ENOQUE GOMES DE AMORIM

Acima qualificado venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 05 de JULHO de 2023



Documento assinado digitalmente

Enoque Gomes de Amorim

Data: 04/07/2023 12:14:42-0300

CPF: ***.918.172-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

(nome do aluno)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS AÇÕES PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467 DE 2017**, elaborado pelo acadêmico **ENOQUE GOMES DE AMORIM** defendido em 05 de julho de 2023 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,5 (nove e meio)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de Novembro de 2023



Documento assinado digitalmente
Eduardo Antonio Temponi Lebre
Data: 06/07/2023 12:34:25-0300
CPF: ***.636.658-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Dr. Eduardo Antônio Temponi Lebre
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Norma Sueli Padilha
Data: 07/07/2023 09:07:17-0300
CPF: ***.840.658-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Dra. Norma Sueli Padilha
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
ARIE SCHERREIER FERNEDA
Data: 07/07/2023 09:16:33-0300
CPF: ***.461.929-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Mestre Ariê Scherreier Ferneda
Membro de Banca

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Deus todo poderoso, em quem fundamento a minha fé.

Ao meu falecido e amado paizinho Francisco Siquera de Amorim que veio a falecer antes da conclusão desta minha jornada e não me viu concluí-la, a este, meu eterno amor.

Ao meu querido e amado falecido irmão Josué Davi Gomes de Amorim, que também partiu antes da conclusão desta minha jornada, a quem não poderei cumprir minha promessa de ir visita-lo quando houvesse terminado esta jornada a este, meu terno carinho.

A minha amada mãezinha Adalgiza Gomes de Amorim que nunca me deixou desistir

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Marilda Maria Coelho mãe afetiva, que lavava minha roupa, fazia café pra mim de manhã antes de eu vim pra faculdade e cuidou de mim durante esta longa jornada, minha contínua gratidão.

Agradeço ao meu grande amigo Otoniel João Coelho, que um dia me chamou e disse “sei que é difícil essa tua jornada e tu não tens ninguém, por isso, vem morar no meu terreno até você se formar, você não vai me pagar aluguel” eu te ajudo, muito obrigado meu grande amigo.

Agradeço ao meu solícito amigo e professor doutor Eduardo Antônio Temponi Lebre, que me orientou neste trabalho.

E chegou as fronteiras de Mispa e Sem e ali erigiu um altar ao Senhor, pois disse: Ebenézer, até aqui me ajudou o Senhor. 1º Samuel 7:12.

Combati um bom combate acabei a carreira e guardei a fé.

RESUMO

A Justiça do Trabalho, ao longo dos anos de sua existência, demonstra ser uma justiça protetiva e que era inclinada as demandas do trabalhador, porém no tocante a matéria de danos extrapatrimoniais sempre foi bastante polêmica, a própria consolidação das leis do trabalho não regulava a matéria extrapatrimonial, com isso muito de seus aplicadores tinham a convicção de que esta era uma matéria exclusiva da área de direito civil e sua aplicação na seara trabalhista constituía um verdadeiro sacrilégio por parte de seus integrantes, a outra parte que militava a favor e pela aplicação da matéria usava como subterfúgio a essência protetiva da Justiça do Trabalho e se socorriam da regulação trazida pelo código civil brasileiro. Com o advento da lei 13.467 de 2017 esse problema foi sanado, assim, este trabalho pretende analisar o contexto da matéria de danos extrapatrimoniais, definindo a lei aplicável e a competência da Justiça do trabalho para processar e julgar a matéria e por fim analisar por meio de julgados as inovações trazidas e a maneira como tem sido recepcionada pelos tribunais trabalhistas brasileiros.

Palavras-chave: Reclamação trabalhista, dano extrapatrimonial, reforma trabalhista, competência, lei aplicável.

RESUMEN

El Juzgado de Trabajo, a lo largo de los años de su existencia, demuestra ser una Justicia protectora y que se inclinaba por las demandas del trabajador, sin embargo, en lo que respecta al tema de los perjuicios fuera de balance, siempre ha sido bastante polémico, la consolidación de las leyes laborales no reguló la materia fuera de balance, con lo que muchos de sus aplicadores estaban convencidos de que se trataba de una materia exclusiva del ámbito del derecho civil y su aplicación en el ámbito laboral constituía un verdadero sacrilegio sobre la parte de sus miembros, la otra parte que militaba a favor y por la aplicación del asunto utilizó como subterfugio la esencia protectora del Tribunal Laboral y acudió a la regulación traída por el código civil brasileño. Con la sanción de la Ley 13.467 de 2017, se solucionó este problema, por lo que este trabajo pretende analizar el contexto de la materia de daños fuera de balance, definiendo la ley aplicable y la competencia de los juzgados del Trabajo para conocer y juzgar la materia. Y, finalmente, analizar a través de juzgados las innovaciones traídas y la forma en que han sido recibidas por los tribunales laborales brasileños.

Palabras claves: Reclamación laboral, daño fuera de balance, reforma laboral, jurisdicción, ley aplicable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DANO NO CONTRATO DE TRABALHO	13
1.1. CONCEITO DE DANO	14
1.2. CLASSIFICAÇÃO	16
1.2.1. Dano patrimonial trabalhista	17
1.2.2. Dano extrapatrimonial trabalhista	22
1.2.2.1. <i>Direitos da personalidade</i>	28
1.2.2.2. <i>Dano moral</i>	31
1.2.2.3. <i>Dano existencial</i>	32
1.2.2.4. <i>Poder de direção do empregador e subordinação do empregado</i>	34
1.2.2.5. <i>Responsabilidade do empregador</i>	38
2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR CONFLITO TRABALHISTA EXTRAPATRIMONIAL	43
2.1. HISTÓRIA	46
2.2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	53
2.3. QUANTIFICAÇÃO DA REPARAÇÃO NA SENTENÇA	57
3. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA	61
3.1. POSIÇÃO DUTRONÁRIA	62
3.2. DECISÕES EM ACÓRDÃOS	72
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

A justiça do trabalho desde a sua fundação pelo governo do presidente Getúlio Vargas por meio do Decreto-lei nº 1.237 de 2 de maio de 1939, é importante ressaltar que neste momento de sua criação a justiça do trabalho era uma intuição ligado ao poder executivo cujo a principal característica era a de conciliação e não pertencente ao poder judiciário, também era anterior a própria consolidação das leis do trabalho, sempre padeceu de certa dubiedade quanto a sua real competência, isso porque o artigo primeiro do decreto-lei 1.237 de 2 de maio de 1939, falava que a justiça do trabalho seria instituída para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados em conformidade com a Constituição do Estados Unidos do Brasil de 1937 que em seu artigo 139 descrevia a Justiça Trabalhista da mesma forma, dando o entendimento que a sua competência abrangia apenas as relações de emprego, nesse momento nem sequer usava a palavra competência e, portanto deixando de fora outras matérias subjacentes ao contrato de trabalho, como por exemplo, a matéria de dano extrapatrimonial.

Dessa forma, a Justiça Trabalhista criou uma espécie de limbo jurídico trabalhista no qual se encontravam tais matérias, e sem qualquer perspectiva de solução, assim, matérias oriundas do contrato de trabalho continuavam sem solução.

Nesse interim, os mais combativos aplicadores da justiça trabalhista, que militavam para estender uma gama maior de proteção, á parte mais frágil da relação empregatícia laboravam pela aplicação de matérias advindas da relação de trabalho e efetivamente a aplicavam e não só a relação propriamente dita, aquela entre o empregador e empregado, a exemplo do dano extrapatrimonial ocorrido na constância da relação empregatícia que naquele momento encontrava resistência na Justiça trabalhista por justamente não ter regulamentação na consolidação das leis do trabalho e por não estar positivada na constituição federal, também por haver certo consenso que a matéria de dano extrapatrimonial era de competência da seara civil e, portanto não sendo a Justiça Trabalhista competente.

Os magistrados que aplicavam a matéria de dano extrapatrimonial faziam com base e fundamentação no código civil Brasileiro de 2002, em seus artigos 186, 927 e 944 que tratam do dano moral, do dever de repara-lo e de sua extensão quanto ao valor arbitrado, em uma clara aplicação do princípio da subsidiariedade artigo 8º da consolidação das leis do trabalho.

O problema da competência da Justiça do trabalho para processar e julgar a matéria foi sanado com uma série de acontecimentos posteriores, como a decisão do Supremo Tribunal Federal que em 1998, decidiu pela competência da Justiça do Trabalho para julgar a matéria, também o Tribunal Superior do Trabalho sumulou o assunto na súmula 392 positivando a competência da Justiça Trabalhista. A emenda constitucional 45 de 2004 acrescentou o inciso VI ao artigo 114 Constituição da República Federativa do Brasil consagrando definitivamente a Justiça Trabalhista como competente para analisar a matéria e, por fim, a reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 regulamentou a matéria acrescentando o título II-A na consolidação das leis do trabalho em seus artigos 223-A a 223-G para recepcionar a matéria.

O tema a ser estudado é muito relevante para a seara trabalhista e sempre levantou dúvidas nos aplicadores da justiça obreira, se a matéria era devida a Justiça do Trabalho ou era essencialmente civil, com a criação da lei 13.467 de 2017 a dúvida foi definitivamente sanada, a reforma é relativamente nova embora a aplicação da matéria não o seja, assim sendo, se faz oportuno o estudo da matéria neste trabalho, sem dúvida é um tema que levanta caloroso debate.

O trabalho será desenvolvido com base em revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e legislação, a abordagem partirá do raciocínio dedutivo o que influenciará no desfecho do trabalho.

Diante do exposto e considerando o contexto apresentado e a multiplicidade de lei aplicável, se faz necessário saber como tem sido a recepção da matéria de dano extrapatrimonial e a legislação aplicável pela Justiça trabalhista, sobretudo, frente às mudanças trazidas pela lei 13.467 de 2017, bem como a concepção desse tipo de dano, os parâmetros de sua fixação e as diferenças entre dano patrimonial e extrapatrimonial do direito do trabalho.

Nesse sentido o presente trabalho tem como objetivo principal a pesquisa do dano extrapatrimonial e a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a matéria, assim como, analisar as mudanças na legislação e a posição doutrinária por meio de revisão bibliográfica.

Os objetivos específicos deste trabalho buscam apresentar à sistemática do dano extrapatrimonial, a competência da justiça trabalhista para processar e julgar a matéria de dano extrapatrimonial e as inovações trazidas pela reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 por meio de decisões judiciais.

O trabalho partirá da hipótese que a Justiça Trabalhista é competente para processar e julgar as ações trabalhistas petitoria de reparação de dano extrapatrimoniais. Para verificação da hipótese será analisada decisões posteriores à regulamentação da matéria pela lei 13.467 de 2017, assim como revisão bibliográfica e posição doutrinária.

No primeiro capítulo será analisada a sistemática do dano extrapatrimonial, conceito, classificação, diferenças entre dano patrimonial e extrapatrimonial, bem como a incidência da matéria na relação empregatícia.

No segundo capítulo será analisada a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os conflitos trabalhistas petitórios de reparação de dano extrapatrimonial, com foco numa interpretação histórico-teleológico trazendo as primeiras decisões da matéria nos tribunais, às mudanças na legislação, sobretudo, no artigo 114 da constituição da república federativa do Brasil, assim como a legislação aplicável anterior e posterior a reforma trabalhista lei 13.467 de 2017.

No terceiro capítulo será analisada a posição doutrinaria sobre a reforma e decisões judiciais após o advento da lei 13.467 de 2017 com base em pesquisa jurisprudencial relacionada ao pedido de reparação de dano extrapatrimonial na Justiça do trabalho.

Por fim, se conclui que o problema da não regulamentação foi resolvido com a vigência da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017, porém, para solução dos casos concretos os magistrados continuam a usar a subsidiariedade como fonte secundaria e a consolidação das leis do trabalho como fonte primária de suas decisões, agora com as inovações trazidas pela reforma de 2017, o que resolve o problema da competência da justiça do trabalho, assim como a legislação aplicável.

1. DANO NO CONTRATO DE TRABALHO

O dano pode ocorrer em todas as áreas do direito, pode ocorrer na área de direito civil, empresarial, tributário, ambiental, penal e trabalhista e isso não expressa um rol taxativo, as áreas citadas são apenas para expressar a imensidão de ocasiões e as matérias em que pode ocorrer o dano, ou seja, esse rol é apenas exemplificativo. Para isso basta que exista um bem a ser tutelada pelo direito, a decorrência da violação desse direito chama-se dano.

O dano decorre da ilicitude do fato, ilícito é o fato que efetivamente causa prejuízo ao agente, esse prejuízo deve ser passível de quantificação por isso deve ser atual e certo, e disso decorre a dicção do artigo 186 do código civil brasileiro que diz (2002, art. 186) “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na relação trabalhista podem ocorrer na vigência do contrato de trabalho subordinado danos de diversos tipos, danos patrimoniais, danos extrapatrimoniais e danos estéticos este último decorrente de acidente de trabalho.

Porém, o estudo da sistemática de dano divide-se em varias espécies sendo eles dano patrimonial este subdividido em dano emergente e lucro cessante, e dano extrapatrimonial este se estende sobre a pessoa do ofendido, isto é, tudo aquilo subjacente à pessoa do ofendido, dano estético, dano em reflexo e danos coletivos e difusos.

O estudo do dano bem como a sua aplicação foi alvo de ardorosa discussão doutrinaria, bem como a sua aplicação na Justiça do trabalho, os pontos divergentes eram: a sistemática do dano e como ele ocorre, a competência da Justiça trabalhista, a falta de regulamentação, a legislação aplicável e se o dano extrapatrimonial era matéria exclusiva da justiça comum.

As constantes divergências ocorriam muito no campo da competência, muitos magistrados da Justiça Trabalhista se declaravam incompetentes para julgar a matéria de dano extrapatrimonial, enquadrando-se na hipótese de conflito de competência negativa, assim, remetiam à ação petítória de dano extrapatrimonial decorrente do contrato de trabalho subordinado para a justiça comum.

Por sua vez, muitos magistrados da justiça comum também se declaravam incompetente para julgar a matéria alegando que o dano era justamente decorrente

da relação empregatícia, mesmo não tendo regulação na legislação trabalhista e sendo a matéria tradicionalmente da seara civil, assim, remetiam novamente a causa para Justiça do trabalho em um claro conflito de competência negativa.

Essa polêmica discursão teve fim com uma série de eventos posteriores que modificaram o artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil por meio da emenda constitucional 45 de 2004, súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, bem como a edição da lei 13.467 de 2017 que regulamentou a matéria de dano extrapatrimonial na Consolidação das Leis do Trabalho acrescentando o título II-A definindo absolutamente a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar todas as matérias cuja origem fosse à relação de trabalho, sobretudo a matéria de dano extrapatrimonial que horas antes era alvo de polêmica discursão.

Assim, resta sabermos como se dá a sistemática do dano extrapatrimonial no contrato de trabalho subordinado por meio de um panorama sobre a matéria.

1.1. CONCEITO DE DANO

A matriz do dano no direito brasileiro está concentrada no CCB/2002, em seu artigo 186 que descreve o ato ilícito como uma ação ou omissão violadora de direito e fonte causadora de dano, (BRASIL, 2002).

O Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916) era muito mais preciso ao descrever o dano, pois em seu artigo 159 além de considerar a violação de um direito também o adjetivava como causador de um efetivo prejuízo, a diferença entre os dois códigos é que o código de 1916 colocava o prejuízo como premissa basilar do dano em linha de convergência com o que diz Sílvia de Salvo Venosa:

O dano pode ser compreendido como toda ofensa e diminuição de patrimônio. Não tem como darmos um conceito unitário de dano, tendo em vista os inúmeros matizes que o vocábulo abrange. O dano que interessa é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição de um patrimônio. Todo prejuízo resultante da perda deterioração ou depreciação de um bem. (VENOSA, 2012, p.303).

Para o professor necessariamente o dano deve acompanhar prejuízo, sem o qual não poderá ser caracterizado como dano aquele disposto no artigo 186 do CCB/2002 atual, tratando-se assim de um dano injusto com reflexo negativo no patrimônio, atual, certo e altero.

Uma primeira observação é que o prejuízo a que se refere CCB/2002 assim como os doutrinários que escrevem sobre a matéria de danos, é que com a

ocorrência efetiva do dano e existindo prejuízo nasce de maneira indiscutível e indissolúvel o dever de indenizar, assim também o CCB/2002 em seu artigo 927 expressa de maneira clara que quem causa dano a outrem no sentido de prejuízo terá a obrigação de reparar. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido o dano pode ser considerado como um fato que em sendo praticado causa prejuízo ao bem da vida, bem é um conjunto de coisas considerado em si mesmo, universal ou singular, material ou imaterial que permite agregar valoração econômica, afetiva ou estima e assim haverá consideração a cerca deste conjunto de coisas.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa conceitua o dano da seguinte maneira:

Como o prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico, deve ser atual e certo, o dano ocorre, ou seja, sua materialização, com o efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2012, p. 37).

Já Sergio Cavalieri Filho conceitua dano como sendo:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral. (CAVALIERI, apud, MELLO JR, 2000, p.2).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2016, p.84) o dano é “lesão ou prejuízo a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

É nesse sentido o entendimento de Adolpho de Andrade Mello Junior em artigo publicado na revista EMERJ:

O dano pode ser compreendido como um prejuízo. Aliás, prejuízo é seu sinônimo. Prejuízo material ou moral, pouco importa. Sempre prejuízo, alteração de um bem jurídico, com definição de desvalor ou somente prejuízo. (MELLO JR, 2000, p.2).

A clara definição dos professores em consenso doutrinário também coloca o prejuízo como premissa basilar do dano e esclarece que o dano que interessa ao direito tutelar é aquele que sem dúvidas se caracteriza pela diminuição do patrimônio ou bem tutelado.

Há uma concordância doutrinária que embora o CCB/2002 tenha classificar ato ilícito como ofensa a direito e causador de dano, este estava se referindo ao prejuízo efetivo, certo, direto, atual e altero.

Isso porque o dano praticado por si só não quer dizer que efetivamente causará prejuízo, ou que será ilícito, embora o dano indenizável decorra da própria ilicitude do fato, ou o fato comportará o dever de indenizar, um dano causado a alguma coisa que esteja desprovido de valor como a exemplo, alguém que ao reformar sua causa acaba causando rachadura na casa ao lado sabidamente abandonada e deteriorada pela ação do tempo e descuido de seu próprio dono, não causará prejuízo a aquele senão favor, pois quando for derrubar já estará bem avançado o estado de deterioração do imóvel, ou alguém que pratica fato coberto pelas hipóteses de excludente de ilicitude, a exemplo de alguém que destrói a porta do vizinho para adentrar sua residência e prestar socorro.

As hipóteses trazidas acima não comportam o dever de indenizar, pois, não causam efetivo prejuízo à coisa, ou estará excluída a ilicitude do fato, embora não deixem de ser dano.

Segundo o professor Venosa (2012, p. 37), sobre o dano indenizável “Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano”.

Assim, um possível conceito de dano é: uma conduta ilícita comissiva ou omissiva que em sendo praticada causa efetivo prejuízo ou diminuição do patrimônio ou lesão a direito, ainda, impingir sofrimento psicológico ou dano extrapatrimonial a outrem e deve ter materialidade, sendo certo e atual, tendo subsistência devendo existir ao tempo de eventual propositura da ação e alteridade, isto é, outro que não o autor deve ser a vítima.

O dano comporta muitas espécies, mais algumas são principais, como o patrimonial, extrapatrimonial, estético, em reflexo, coletivos e difusos, porém, apenas alguns nos interessam para pesquisa, a seguir veremos a classificação do dano.

1.2 CLASSIFICAÇÃO.

É importante ressaltar que a topografia do dano no direito do trabalho ocorre na vigência da relação de emprego, mas pode ocorrer na fase pré-contratual e pós-contratual e deve ser sobre a pessoa do trabalhador enquanto empregado e não sobre a pessoa física, isto é, fora da relação de emprego.

As espécies que interessam para o direito do trabalho são o dano patrimonial, o dano extrapatrimonial, o dano em reflexo, o dano estético e dano existencial, assim cabe analisar as suas espécies e como este ocorre, todos oriundos do contrato de trabalho subordinado.

Vale lembrar que o contrato de trabalho subordinado ou contrato individual de trabalho possui características bem definidas a saber, são cinco como explica Maurício Godinho Delgado:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (DELGADO, 2019, p.338)

Já Délio Maranhão e Luiz Carvalho explica o contrato de trabalho como sendo:

O contrato individual de trabalho, em sentido estrito, é o negócio jurídico de direito privado pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga a prestação pessoal, subordinada e não eventual de serviço, colocando sua força de trabalho, a disposição de outra pessoa, física ou jurídica, que assume os riscos de um empreendimento econômico (empregador) ou de quem é a este, legalmente, equiparado, e que se obriga a uma contraprestação (salário). É necessário observar que o contrato de trabalho não tem conteúdo específico: nele se compreende qualquer obrigação de fazer, desde que realizado em estado de subordinação. Esta situação peculiar, este modo de ser da prestação é que o distingue de outros contratos afins. (MARANHÃO; CARVALHO, 1992, p.36-37).

Como dito alhures é na constância da relação de emprego que o dano toma forma e ganha os seus contornos.

1.2.1. Dano patrimonial trabalhista

O dano patrimonial é um dos grandes temas do direito brasileiro, a repercussão não acaba com a realização de sua existência, vai além, perpassa a vítima e pode se estender a depender de seu tamanho aos dependentes daquele, também pode influenciar no futuro comprometendo os ganhos da vítima que porventura poderia auferir, ainda pode causar transtornos na personalidade da vítima no caso de acidentes do trabalho ou qualquer outro em que este perde partes do corpo ou membro. Percebe-se o caráter multifacetário do dano patrimonial,

porém, sua essência ocorre quando este atinge o patrimônio da vítima, daí o nome dano patrimonial, deve-se esclarecer que patrimônio é aquilo ou coisa considerada em si mesmo que permite valoração econômica e passibilidade de introdução no mercado, ou consideração afetiva a respeito.

O dano é elemento vital da responsabilidade civil, o dano, o descumprimento de uma obrigação contratual, o não fazer a lesão a direito todos estes ligados pela conduta humana e permeado pelo nexo de causalidade adequada geram o dever de indenizar.

Assim, o dano patrimonial pode ocorrer na forma ou espécie de danos emergentes e lucros cessantes.

Na forma de dano emergente, significa que este tipo de dano sendo espécie daquele é efetivamente o que a pessoa de fato perdeu, é a diminuição imediata de seu patrimônio sendo direta é o que emerge do ocorrido de maneira clara e objetiva e facilmente calculável, também comporta a espécie de lucros cessantes este se localiza no tempo futuro, ou seja, aquilo que a pessoa poderia ganhar, mas deixou de perceber devido exatamente ao dano ocorrido, é de maneira indireta e mediata, por isso o nome lucro cessante, não é objetivo não é de fácil aferição, pois se deve considerar uma situação futura, é a relação entre o valor do patrimônio atual e uma média auferida na duração de tempo semelhante e potencial expressada pela diferença de ganho de capital. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Ainda em se tratando de dano na espécie lucro cessante explica que não ocorrerá apenas quanto ao ganho que efetivamente deixou de perceber como ganho. Pode ocorrer também na forma de que a exemplo de acidente de trânsito que houve perda total do veículo, o agente teve que alugar outro carro para poder se locomover, diz o professor que esse prejuízo não comportaria a forma de dano emergente, já que dano emergente é o que fato decorre do fato, no caso a perda total emerge do ocorrido, não sendo o caso do aluguel do carro que apenas decorre do fato, por isso, este se engloba no lucro cessante, porque o agente não deixou de ganhar, mas teve que gastar o que já havia ganhado empenhando seus proventos em coisa que não estava planejada. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

O dano patrimonial ou comumente chamado de dano material no contrato de trabalho subordinado ocorre na esfera do patrimônio do trabalhador, porém é sempre decorrente do estado de empregado e conseqüentemente da relação empregatícia, esta é uma clara diferença do dano material do direito civil que pode

ocorrer de um mero decréscimo do patrimônio da vítima, aqui é necessário que este esteja ligado ao estado de empregado, ou seja, no cumprimento de suas atividades e consequente execução do contrato de trabalho. Dessa forma poderá o dano patrimonial trabalhista decorrer do acidente de trabalho, de assalto sofrido pelo empregado na empresa, descontos indevidos nas verbas remuneratórias, da obrigação imposta pela empresa ao funcionário para aquisição pelo empregado de materiais de segurança e até mesmo para empenho no ofício e outros. (DELGADO, 2019).

Outra diferença bastante clara é quanto à prova, no dano material diferentemente do dano extrapatrimonial é de fácil aferição não necessitando de prova testemunhal, basta que o empregado apresente documentos que comprovem a diminuição de seu patrimônio ou descontos ocorridos no seu salário ou gastos decorrentes de situação que lhe causou dano material.

O dano patrimonial trabalhista de modo semelhante ao direito civil pode ocorrer na forma de danos emergentes e de lucros cessantes, contudo, há doutrinadores que usam diversas terminologias para se referir as espécies deste, é o caso de Vólia Bomfim Cassar.

Vólia Bomfim Cassar divide o dano patrimonial em dano direto e indireto.

Segundo Vólia Bomfim Cassar dano patrimonial direto é:

Dano patrimonial direto é aquele que atinge os bens materiais da vítima. Tudo que puder ser apreciado, mensurado em dinheiro e pertencer e for direito da vítima é considerado bem patrimonial ou material. Pode atingir o patrimônio presente (dano emergente) e/ou futuro (lucro cessante). (CASSAR, 2017, p. 873).

Quanto ao dano patrimonial indireto, segundo Vólia Bomfim Cassar é:

O dano patrimonial indireto é decorrente da violação de um bem imaterial da vítima. É consequência ou acessório de um bem não patrimonial. Assim, se o empregador pratica assédio moral contra seu empregado, além da indenização do dano moral daí decorrente, tem o trabalhador direito, também, à reparação do dano material para ressarcir os gastos com médicos, remédio e etc. decorrente de uma depressão, por exemplo. (CASSAR, 2017, p. 873).

Pode-se perceber que a autora entende que o dano patrimonial trabalhista decorre e se desenvolve de duas maneiras, a primeira é oriunda diretamente da violação do bem patrimonial do trabalhador, desta forma causando diminuição

imediate de seus bens, a segunda é em decorrência de um dano anterior que não a lesão propriamente de seu patrimônio, mas sim de uma violação imposta à pessoa do trabalhador com no caso do assédio moral, sexual, psicológico. Em decorrência desse fato o trabalhador acaba por ter que arcar com gastos imprevistos que não fosse o dano anterior não os teria tido, como ter que comprar remédios ou contratar terapias, aquele é pressuposto deste.

Seguindo essa lógica, percebe-se que o dano patrimonial segue a mesma sistemática da reparação civil quanto ao instituto de dano patrimonial, podendo ocorrer nas formas de danos emergentes e lucros cessantes, porém como asseverado acima o dano patrimonial trabalhista tem maior influencia na ocorrência de acidente de trabalho.

A ideia de dano emergente e lucro cessante decorrem de previsão expressa no CCB/2002 em seus artigos 402 e 949 os quais emolduram as perdas e danos e a indenização. (BRASIL, 2002).

Quando ocorre um acidente de trabalho envolvendo certo trabalhador, o trabalhador afetado poderá sofrer danos materiais que causarão diminuição de seu patrimônio tanto presente quanto futuro, esses danos são o dano emergente e o lucro cessante.

Esse é o entendimento de Maurício Godinho Delgado:

As lesões acidentárias podem causar perdas patrimoniais significativas ao trabalhador. Em primeiro lugar, no tocante aos próprios gastos implementados para sua recuperação (além daqueles previdenciariamente acobertados, se for o caso). Em segundo lugar, podem produzir restrição relevante ou, até mesmo, inviabilização da atividade laborativa do empregado, conforme a gravidade da lesão sofrida. Tais perdas patrimoniais traduzem dano material, que envolve, desse modo, duas dimensões, segundo o Direito Civil: 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, 2019, p. 740)

Fica claro que o acidente do trabalho é a maior fonte do dano material no direito do trabalho, tudo porque esses acidentes geram lesões severas ao empregado, muitas vezes o incapacitando pra sempre para o labor, outras de maneira transitória, o que causa sem duvida um grande transtorno ao trabalhador que de pronto lhe impõe o dano material trabalhista.

Seguindo a mesma lógica do direito civil, aquele trabalhador lesionado fica sem receber o seu sustento, pois estará impedido de trabalhar, primeira

consequência direta do dano, e isso é, mesmo no direito do trabalho lucros cessantes, por conseguinte e segunda consequência o mesmo trabalhador terá que absolver gastos que não havia planejado, com tratamento, terapias e transportes se tratando dessa forma da figura de danos emergentes, esse é o intelecto do artigo 223-F § 2º da CLT/1942.

Da mesma forma que no direito civil artigo 927 no direito do trabalho provocado e provado o dano nasce o direito de indenizar, vale ressaltar que em se tratando de lesão acidentária ou doença ocupacional o dano é presumido.

Porém na infortunística trabalhista a lesão acidentária tem efeito direto na indenização, tudo porque a lesão pode tanto ser passageira como deixar o trabalhador impossibilitado para o trabalho para sempre caso em que a indenização se estenderá até o fim da convalescência conforme artigos 949 e 950 do CCB/2002, e pode ainda estabelecer pensão equivalente ao trabalho anteriormente exercido pelo empregado. (DELGADO, 2019).

Quanto à prova da ocorrência do dano patrimonial trabalhista decorrente de acidente de trabalho não obstante haver presunção do dano é necessário fazer prova do fato que origina o dano bem como a materialidade conforme Maurício Godinho Delgado:

Tratando-se de dano material, a ordem jurídica exige a comprovação não apenas do fato deflagrador do dano, porém da própria materialidade desse dano (ou seja, as perdas materiais sofridas; as despesas feitas; as despesas que devam ser realizadas em decorrência do dano; os lucros cessantes em face da perda sofrida, etc.). Isto é o que deflui das regras dispostas no art. 949 e 950 do Código Civil de 2002, por exemplo. Não sendo viável quantificar-se o montante da perda material (além do gravame inerente ao dano moral, esclareça-se), é possível, dependendo das circunstâncias do caso concreto, fixar-se por arbitramento esse valor (parágrafo único do art. 953 do CCB/2002). (DELGADO, 2019, p. 743).

O dano patrimonial trabalhista ou material assim como no civil é de fácil verificação e quantificação mesmo decorrendo de acidente de trabalho, a prova quanto ao dano material é relativamente simples bastando mostrar a efetiva diminuição do patrimônio do obreiro, aquilo que efetivamente perdeu ou que deixou de ganhar sendo bastante preciso porque se trata de um dano direto e material.

Essa facilidade de prova do dano patrimonial trabalhista se apresenta como uma diferença expressiva do dano extrapatrimonial trabalhista, pois este ocorre por sua própria natureza de maneira etérea, subjetiva na psique do obreiro. Outra grande diferença é a extensão do dano e sua indenização, no dano patrimonial

trabalhista decorrente de acidente de trabalho, como já descrito em parágrafos anteriores pode se estender por toda vida ativa do obreiro e a indenização até o cumprimento de sua convalescência, tendo sentido reparadora, no dano extrapatrimonial que ocorre sobre a pessoa do empregado a natureza da indenização é compensatória, é mais uma satisfação pelo dano causado, pois não há como aferir quanto custa á honra o bom nome a boa moral.

1.2.2. Dano extrapatrimonial trabalhista

O dano extrapatrimonial ao longo dos anos foi tratado de diversas maneiras, desde ser totalmente relegado ao ostracismo á até ser levado a status constitucionais pela CRFB/1988.

O CCB/2002 também regulamentou o dano extrapatrimonial no artigo 186 sobre a sinonímia de dano moral, antes desses dois diplomas a matéria de dano extrapatrimonial era sequer admitida na justiça brasileira, houve outros diplomas anteriores ao código civil que regulamentaram a matéria, como o código de defesa do consumidor em seu artigo 6º pós-constituição de 1988, Lei de Imprensa Lei 5.250/67, Código Brasileiro de Telecomunicações Lei 4.117/62, Código Eleitoral Lei 4.737/65, Lei dos Direitos Autorais Lei n. 5.988/73.

O código civil de 1916 não regulamentava o dano extrapatrimonial, mas também não o proibia, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 46) “o fato é que nosso ordenamento de 1916, o art. 159, astro-rei de nossa responsabilidade civil, nunca restringiu a indenização aos danos exclusivamente materiais”, o que significa que o CCB/1916 permitia a indenização por danos extrapatrimoniais embora em seu artigo 159 não falasse sobre a matéria, apenas em direito.

O mesmo autor revela a divergência jurisprudencial e doutrinaria quanto à aplicação da matéria com boa parte da jurisprudência rejeitando a sua aplicação enquanto a doutrina majoritária não tinha dúvida que era devido à indenização por danos extrapatrimoniais. (VENOSA, 2012).

Completa, Sílvio de Salvo Venosa sobre a polêmica discursão:

Durante muito tempo, discutiu-se se o dano exclusivamente moral, isto é, aquele sem repercussão patrimonial, deveria ser indenizado. Nessa questão, havia um aspecto interessante: a doutrina nacional majoritária, acompanhando o direito comparado, defendia a indenização do dano moral, com inúmeros e respeitáveis seguidores, enquanto a jurisprudência, em

descompasso, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, negava essa possibilidade. (VENOSSA, 2012, p. 313)

A tormentosa e polêmica discussão sobre a aplicação ou não da matéria de danos extrapatrimoniais durou até o advento da CRFB/1988 que acabou por consagrar e assegurar em seu artigo 5º inciso X a indenização por danos extrapatrimoniais sofridos, bem como a regulamentação da matéria.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa:

Até 1988, quando da vigente constituição, a discussão era indenizar ou não o dano moral, a partir de então a óptica desloca-se para os limites e formas de indenização, problemática que passou a preocupar a doutrina e jurisprudência. Sem dúvida, a constituição de 1988 abriu as comportas de demandas represadas por tantas décadas no meio jurídico brasileiro, referentes ao dano moral. Porém, em espectro mais amplo, a promulgação dessa carta coincide com os rumos absolutamente novos que a responsabilidade civil tomou no final do século XX. (VENOSA, 2012, p. 313).

No entanto a polemica discussão na justiça obreira durou até o advento da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 que regulamentou a matéria de dano extrapatrimonial, enterrando de vez dúvida sobre sua aplicação, mesmo tendo sido autorizada anteriormente pela Emenda Constitucional 45 de 2004, ainda assim persistia a dúvida.

Quanto à definição de danos extrapatrimoniais uma definição lógica e por exclusão sobre dano extrapatrimonial é todo dano que não ocorre na esfera do patrimônio e cuja quantificação não é exprimível em valores monetários, por óbvio se este fosse passível de uma quantificação real e exprimível em moeda, logo poderia ser alocado no bojo do patrimônio permitindo valoração econômica e comercialização em mercado, sendo assim, dano extrapatrimonial é a ofensa à pessoa, a honra, ao bom nome, a moral a consagração social de alguém, fere a psique da vítima nesse sentido ensina Sílvio de salvo venosa:

O prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque se aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é qualquer dissabor comezinho da vida, para caracterizar o dano extrapatrimonial há que se levar em conta o critério do homem médio, isto é, não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o home de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir às rudezas do destino. (VENOSA, 2012, p. 46).

Para Vólia Bomfim Cassar que tem dano moral por sinônimo de dano extrapatrimonial:

Dano moral: é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados a esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito. (CASSAR, 2017, p. 898).

À autora colaciona o conceito de dano moral no bojo do direito do trabalho, por isso ao conceituar dessa forma o dano moral fala em atividade de risco, nessa linha faz menção a culpa objetiva do dano decorrente do artigo 927 § único do CCB/2002.

Corroborar esse raciocínio sobre danos morais Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se, em outras palavras, de prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito a vida, a integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e a voz), a integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo), e a integridade moral (honra, imagem e identidade). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 96).

Continua sobre danos morais Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.109)

Pode-se perceber que para o autor a matéria de dano extrapatrimonial tem fundo constitucional, sendo, portanto inquestionável a sua aplicação pelos tribunais brasileiros, a sua área de afetação é a esfera personalíssima da vítima.

Eis a descrição, a CRFB/1988 em seu artigo 5º inciso X apenas torna indene o fato decorrente da violação de tais direitos extrapatrimoniais dizendo (1988, art. 5º inc. 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”.

O CCB/2002, apenas expressa e o qualifica como ato ilícito, (2002, art. 186) “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O dano extrapatrimonial sempre foi aplicado na justiça comum com o advento da CRFB/1988 sagrou-se como um direito inalienável, somente a justiça do trabalho continuava titubeante quanto à aplicação da matéria como dito antes, coisa que foi afastada definitivamente pela lei 13.467 de 2017 que regulamentou o tema na CLT/1942, assim alguns pontos ficaram evidentes pelo contorno trazido pela lei da reforma trabalhista, além dos elementos comuns e peculiares da matéria.

O dano extrapatrimonial na justiça do trabalho tem pontos peculiares e bases para que fique caracterizado, primeiro é quanto ao agente passivo do dano, a pessoa a quem é dirigida a ofensa e isto segundo Sergio Pinto Martins define a própria competência da Justiça do trabalho, (livro anterior á reforma trabalhista):

É preciso fazer distinção do dano moral ocorrido, para os fins inclusive de se verificar a competência da Justiça do trabalho. Se a afirmação é feita a pessoa civil, a competência seria da justiça comum. Se a afirmação é decorrente do contrato e, por exemplo, foi proveniente da dispensa do trabalhador, estamos diante da competência da Justiça do Trabalho. Deve-se verificar a quem foi imputada certa conduta negativa, se foi à pessoa civil ou ao cidadão, como desonesto, ímprobo ou se ela foi endereçada ao empregado, chamando-o de desonesto. Se o empregado foi acusado de certa situação enquanto trabalhador que prestava serviço na empresa, a competência será da justiça do trabalho para apreciar a indenização decorrente de dano moral. (MARTINS, 2007, p. 118).

É importante notar que para o autor o dano ocorrido só seria competência da justiça obreira se este fosse contra a pessoa do empregado, nesse sentido a ofensa deveria ocorrer contra a pessoa na condição de empregado o que revela uma posição de subordinação deste, ou seja, fora disso a competência seria da justiça comum, mas o que torna o fato uma ato ilícito é que o empregador excede o seu poder de direção passando a ofender o obreiro dentro do bojo do contrato de trabalho subordinado. (MARTINS, 2007).

Segundo ponto importante é sobre a topografia do dano extrapatrimonial no contrato de trabalho, ou seja, o momento em que ele ocorre e o estado em que o contrato se encontra.

O dano extrapatrimonial pode ocorrer no contrato de trabalho subordinado segundo Leite (2019, p. 70) “o dano moral pode ocorrer antes, durante e após a extinção do contrato de trabalho”.

Importante lembrar que a maioria das doutrinas usam a dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, até porque a maioria dos diplomas nacionais usa o termo dano moral para se referir a espécie de dano extrapatrimonial, nessa linha para o autor o dano moral ocorreria na fase pré-contratual, durante a vigência do contrato e após a extinção do instrumento contratual.

Na fase pré-contratual segundo Carlos Henrique bezerra de leite:

O dano moral pode ocorrer durante o processo de seleção, entrevista e treinamento, com coação por assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, publicidade maliciosa ao candidato ao candidato homossexual ou portador do vírus HAIV. Também pode caracterizar dano moral a discriminação para contratar trabalhadores por motivo de sexo, religião, raça, situação familiar etc. (LEITE, 2019, p. 71).

Embora hoje seja indiscutível a competência da justiça do Trabalho para processar e julgar todas as controvérsias da relação de trabalho, o entendimento da doutrina sobre este tema ainda é tormentoso, controverso é o entendimento de Sergio Pinto Martins sobre o dano extrapatrimonial que segundo ele:

Haveria uma fase antecedente e inicial ao contrato de trabalho (pré-contratual), em que o empregado poderia ter sido chamado de homossexual e, por esse motivo, não ter sido admitido na empresa. A competência não será da justiça do Trabalho, pois inexistiu contrato de trabalho ou relação de trabalho entre as partes, mas da justiça comum. (MARTINS, 2007, p. 119).

O entendimento do autor é compreensível e óbvio, porém, em um simples esforço de raciocínio fica claro que a ofensa é em razão da existência de um contrato ainda que futuro, ou seja, o contrato é a razão da ofensa e sem ele ainda que futuro jamais teria existido.

Vale lembrar que a lei 9.029 de 1995 veda a discriminação na admissão do empregado, conforme Sussekind et al. (2002, p. 623) "Ato discriminatório. A lei nº 9.029, de 13.4.95, proíbe praticas discriminatórias na admissão do empregado, ou durante a relação de emprego". Fica claro a hipótese como é a previsão legal, ora se há previsão legal tratando da discriminação em relação à contratação do empregado, esse fato só poderia acontecer primeiro anteriormente ao contrato de trabalho ou na fase pré-contratual, assim, se há lei regulando matéria relativa a contrato de trabalho é no mínimo estranho que esta não seja de competência da Justiça do Trabalho.

Na fase contratual ou vigência do contrato de trabalho, conforme Carlos Henrique Bezerra de Leite:

No curso do contrato de trabalho o dano moral, como já afirmado alhures, pode ocorrer nas hipóteses contempladas nos arts. 482, j e k; 483, e, da CLT, bem como nas hipóteses de atos lesivos ao nome, à honra e a imagem do empregado, assédio sexual, assédio moral, revistas íntimas, ou trabalho em condição de escravidão. (LEITE, 2019, p. 73).

As hipóteses trazidas pelo autor se referem às novas modalidades de ofensa trazidas pela reforma trabalhista em que a empresa agora pode sofrer danos morais e claro o empregado, porém, como é óbvio estar-se-á falando da ofensa a honra objetiva no caso do empregador, os artigos expressos em comento foram alocados no caso de aplicação de danos morais para o bojo da lei da reforma trabalhista. (LEITE, 2019).

Na fase pós-contratual ou após extinção do contrato, conforme Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Após a extinção do contrato de trabalho, o dano moral pode ocorrer quando o empregador fornece informações desabonatórias e inverídicas de seu ex-empregado à pessoa física ou jurídica que pretende contratá-lo ou quando o empregador realiza discriminação do empregado inserindo o seu nome nas chamadas “listas negras”, “listas discriminatórias” ou “listas sujas”, prejudicando o trabalhador na busca por nova colocação no mercado de trabalho. (LEITE, 2019, p. 77).

Sobre a ofensa ocorrida após a extinção do contrato de trabalho paira a mesma dúvida do dano ocorrido na fase anterior à contratação, se a hipótese é competência da justiça obreira, não há dúvida para a doutrina majoritária, porém, para Sergio Pinto Martins pode-se dividir em dois momentos a ofensa extrapatrimonial após a extinção do contrato de trabalho:

A última fase seria a pós-contratual, em que, se o dano moral for decorrente do contrato de trabalho, competente será a Justiça do Trabalho. Entretanto, se o dano moral ocorrer após a cessação do contrato de trabalho e não for decorrente do contrato de trabalho, competente será a justiça comum, como no fato de o empregador atribuir ao empregado à pecha de desonesto. (MARTINS, 2007, p. 119).

Essa é uma divisão bastante clara e irretocável que remete ao estudo da competência da jurisdição em razão da matéria, se a ofensa é em razão da relação de emprego deve a controvérsia ser direcionada a justiça especializada, se a ofensa é em razão da pessoa civil a competência será da justiça comum.

A lei 13. 467 de 2017 regulamentou a matéria de dano extrapatrimonial trazendo inovações que modificaram a CLT/1942, acrescentando o Título II-A contendo os artigos 223-A a G. Expondo toda a sua sistemática como as hipóteses de influência da matéria, o método de indenização e inclusive o valor a ser indenizado que ficou conhecido como tarifação.

Nesse sentido a área de incidência do dano extrapatrimonial pode influir contra a pessoa física, pessoa jurídica e contra a coletividade, esse é o entendimento de Vólia Bomfim Cassar:

Desde a constituição de 1988, o dano moral ou extrapatrimonial não está mais atrelado apenas à dor, tristeza, sofrimento humano. A doutrina e a jurisprudência evoluíram para abraçar também a violação ao nome, à imagem, à voz, à estética. Abandonou-se, com isso, a ideia que só sofre dano moral a pessoa natural ou o indivíduo, para atingir também a coletividade ou a pessoa jurídica (Súmula 227 do STJ). (CASSAR, 2017, p. 984).

Nessa linha, o dano extrapatrimonial ou dano moral pode ocorrer nas hipóteses ou como espécies, contra a empresa: da marca, do nome, do segredo empresarial e do sigilo da correspondência; contra o empregado; a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física da pessoa física vale lembrar que pessoa física está ligada a condição de um contrato de emprego. Também essa é a dicção dos artigos 223-C e 223-D da CLT/1942. (CASSAR, 2017).

No instituto do dano extrapatrimonial há pontos nesse contexto que são fulcrais, como direitos da personalidade, o dano moral, dano existencial, poder de direção do empregador e subordinação do empregado, responsabilidade do empregador.

1.2.2.1. Direitos da personalidade

O direito da personalidade está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, na verdade este princípio que dá a base jurídica para que existam os direitos da personalidade, por isso a CRFB/1988 eleva o princípio da dignidade humana à fundamento da constituição em seu artigo 1º, inciso III, por isso se justifica dizer que os direitos da personalidade são inatos à natureza humana. (LEITE, 2019).

Por sua vez o CCB/2002 regulamenta a matéria em seu Título I e capítulos I e II, que versam sobre a personalidade e dos direitos da personalidade. (BRASIL, 2002).

Merece destaque alguns pontos basilares sobre o direito da personalidade que o CCB/2002 preleciona. A personalidade civil começa com o nascimento com vida e se extingue com a morte da pessoa natural, o diploma civil também ofertou direitos á personalidade como a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, além de vedar limitações voluntárias ao exercício desta, o nome com prenome e sobrenome, a vida privada tornando-a inviolável, ainda estendeu os direitos da personalidade para depois da morte assegurando aos familiares coibir lesões à personalidade do de cujus, é evidente que todos esses direitos não prescindem o que é defeso em lei. (BRASIL, 2002).

Porém, não são taxativas as hipóteses trazidas pelo CCB/2002, há tantos outros que se acomodam no bojo dos direitos da personalidade e que por isso, os direitos da personalidade além dos já descritos são: absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios. (LEITE, 2019).

Nessas linhas os direitos da personalidade é um conjunto de atributos característicos, inerentes e subjetivos da pessoa humana que o torna sujeito de direitos, é nesse sentido o conceito de Carlos Henrique Bezerra de Leite:

A personalidade, a rigor, não é um direito, mas um conjunto de atributos e característica da pessoa humana. É, pois, objeto do direito. Direitos da personalidade nas palavras de Carlos Alberto Bittar são “os direitos reconhecidos á pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”. (LEITE, 2019, p. 57).

Na seara trabalhista Maurício Godinho Delgado trata o tema dos direito da personalidade como:

Um novo universo normativo que trata, certamente, de temas como a dignidade da pessoa do trabalhador, sua intimidade e até mesmo a simples privacidade, com as diversas facetas que podem assumir no contexto da vida real no contrato de emprego e no ambiente de trabalho. Trata também, com certeza, do tema da imagem do trabalhador, com as dimensões diversas que pode manifestar na experiência empregatícia. (DELGADO, 2019, p. 762).

O direito de personalidade, seguindo essas linhas se pode classificar em vida e integridade física, integridade psíquica e criações intelectuais e integridade moral.

Uma importante observação é que em se tratando de direito de personalidade apenas pessoa física pode ser alvo de tais direitos, assim, como preleciona o artigo 3º da CLT/1942 dizendo que trabalhador é pessoa física, só o obreiro poderá ser titular destes direitos, segundo Leite, (2019, p. 62) “nas relações jurídicas tuteladas pelo direito do trabalho, o trabalhador é o natural titular dos direitos de personalidade. Afinal, os destinatários dos direitos fundamentais sociais são os trabalhadores e não o empregador (CF, art. 7º)”.

O direito de personalidade surge no direito do trabalho justamente para fazer igualar o empregado com o empregador, visto que há sem dúvidas uma relação de prevalência econômica sobre um dos agentes, não fosse isso, o trabalhador está contratualmente submetido à subordinação contratual e jurídica, vale lembrar que subordinação jurídica é um dos princípios do contrato de trabalho o que escancara a relação de desigualdade entre patrão e empregado, ora, subordinação é por definição um estado de inferioridade, por lógica, um inferior não pode mandar um superior isso seria irracional, embora não seja esse o sentido da subordinação trabalhista esse entendimento deve ser levado em consideração porque alguém que compra o maior patrimônio do trabalhador, isto é, sua força de trabalho é quase natural que de alguma forma houvesse nessa relação em algum momento abusos por quem naturalmente exerce grau de superioridade, por isso os direitos da personalidade do obreiro deve ser considerada em seu máximo grau.

É nesse sentido a lição de Maurício Godinho Delgado:

Os direitos de personalidade são imantados de tutela jurídica significativa, de inegável potência e efetividade, não só por derivarem diretamente da Constituição da República, como também por ser instrumento imprescindível de realização do sentido mais notável dos princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e da dignidade da pessoa humana, além do próprio sentido lógico e teleológico do conceito de Estado Democrático de Direito, todos claramente afirmados pelo Texto Máximo Republicano. Nessa medida estabelecem claro contraponto ao poder empregatício, em qualquer de suas dimensões — poder normativo, diretivo, fiscalizatório e poder disciplinar. (DELGADO, 2019, p. 763).

Nota-se que a relação empregatícia será sempre informada pela superioridade do empregador, por óbvio não poderia ser diferente já que apenas uma das partes é que assume o risco total da relação de trabalho ou assunção de

risco, porém, é absolutamente necessária a intromissão dos direitos da personalidade na relação de emprego para fazer um contraponto ao poder do empregador que com isso se ver limitado apenas á direção do trabalho sem transpor essa barreira.

1.2.2.2. *Dano moral*

O dano moral para Arnaldo Sussekind et al:

O dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida. (SUSSEKIND, ET AL, 2002, p. 617).

O dano moral se divide em duas espécies, o dano moral objetivo, sendo este aquele que ofende a pessoa no meio social em que vive a moral, o bom nome a imagem perante a sociedade, por sua vez o dano moral subjetivo é aquele que ofende a pessoa na sua subjetividade, sua intimidade psíquica, é intrínseco a valores internos da pessoa ou aquilo que lhe é subjetivo. (SUSSEKIND, 20002).

Com o advento da CRFB/1988 que elevou e deu ao dano moral a condição de preceito constitucional em seu artigo 5º e incisos V e X, criou-se uma espécie de controvérsia sobre a terminologia a ser usada para nomear essa modalidade de dano, se espécie ou gênero, conforme Vólia Bomfim Cassar:

Há controvérsia na doutrina a respeito do conceito de dano moral e extrapatrimonial. Alguns afirmam que dano moral é sinônimo de dano extrapatrimonial, enquanto outros preferem afirmar que dano moral é espécie do gênero dano extrapatrimonial. A celeuma tem origem no art. 5º da CRFB, isso porque ora afirma que há três espécies de danos (material, moral ou á imagem- inciso V), ora aponta o dano moral como gênero, do qual são espécies o dano á honra, á intimidade, á imagem e a vida privada (inciso X). (CASSAR, 2017, p, 894).

Já para Arnaldo Sussekind et al (2002, p. 619) “a doutrina costuma classificar os danos em patrimoniais e não patrimoniais, situando nesta última categoria os danos morais”.

Certo é que se for seguida a literalidade do preceito constitucional pode-se chegar à conclusão de que pelo entendimento do artigo 5º inciso X é o dano moral gênero do qual participam todas as outras espécie, contudo o ganho na questão é que a lei maior tornou indenizável a ofensa contra a personalidade, assim, trouxe o

preceito fundamental à justa medida para aqueles que violam ou lesionam o patrimônio imaterial da pessoa em linha com o que diz a Declaração de Direitos e Deveres do Homem (1948, artigo. V) “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

Assim como, o que diz a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (1969, artigo. 11) “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”. Vale lembrar que o Brasil é signatário de todos esses tratados.

Fica claro que a constituição ao elevar o dano moral a preceito constitucional pretendeu resguardar os direitos de personalidade contra ataques indevidos e ofensas gratuitas, nesse sentido o dano moral mesmo no direito do trabalho conforme Arnaldo Sussekind et al:

O dano moral está correlacionado com os direitos da personalidade, que devem ser considerados inatos, integrantes do universo supraestatal. O cotidiano do contrato de trabalho, com o relacionamento pessoal entre empregado e o empregador, ou aqueles a quem este delegou este poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito dos direitos da personalidade por partes do contratante. De ambas as partes -convém enfatizar- embora o mais comum seja a violação a intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador. (SUSSEKIND ET AL, 2002, p.628).

Nessas linhas pode-se firmar o entendimento de que o dano moral por mais das formas como ele se apresente, sempre será contra os direitos da personalidade, ainda que a vítima seja a pessoa jurídica, como bem afirma a consolidação das leis do trabalho o ofensa será contra a honra, a imagem, o nome e isso é dano moral.

1.2.2.3. Dano existencial

Desde que a constituição passou a tutelar os danos extrapatrimoniais houve uma grande valorização dos direitos da personalidade, o próprio CCB/2002 em linha com a CRFB/1988 passou a usar de maneira expressa a terminologia danos morais sendo que o código anterior revogado não usava o termo embora não o proibisse, assim a matéria de danos extrapatrimoniais tomou relevância jurídica ganhando força para aplicação nos tribunais, sobretudo aquelas ocorridos na honra, imagem, estético e o dano existencial. (NASCIMENTO, 2014).

O dano existencial embora não seja o mais comum, ocorre sobre o tempo do trabalhador, dessa forma atinge a vida privada deste, vale lembrar que a CRFB/1988 em seu artigo 5º inciso X tornou inviolável a vida privada da pessoa.

Vida privada segundo Arnaldo Sussekind et al:

Vida privada. Em nosso entender, vida privada enseja consideração mais ampla que a intimidade, este de cunho restrito. Além de compreender a esfera familiar, a vida privada envolve as amizades próximas e os relacionamentos com grupos fechados de acesso limitado. (SUSSEKIND, 2002, p. 633).

Esta espécie de dano extrapatrimonial se diferencia das outras porque a ofensa a que submete o trabalhador incide diretamente sobre o tempo deste, dessa forma lhe diminuindo o tempo de vida privada, o que não ocorre em outras espécies como imagem, honra e nome, também não se inclui no conceito de dano moral subjetivo ou objetivo, nesse sentido o conceito de dano existencial é uma ofensa contra o tempo do trabalhador que ocorre no tempo de trabalho do empregado aumentando de maneira desproporcional a duração de trabalho.

O conceito segundo Mauricio Godinho Delgado:

Dano existencial: trata-se da lesão ao tempo razoável e proporcional de disponibilidade pessoal, familiar e social inerente a toda pessoa humana, inclusive o empregado, resultante da exacerbada e ilegal duração do trabalho no contrato empregatício, em limites gravemente acima dos permitidos pela ordem jurídica, praticada de maneira repetida, contínua e por longo período. (DELGADO, 2019, p. 781).

Para Amauri Mascaro Nascimento o dano existencial:

Dessa maneira, o dano existencial é aquele que atinge a dignidade da pessoa humana, seu projeto de vida e o fundamental convívio social, de modo a ensejar, sem sombra de dúvida, a devida reparação, aplicando-se à indenização a mesma lógica de mensuração do dano moral. (NASCIMENTO, 2014, p.941).

O dano existencial é também conhecido como o dano ao projeto de vida, aquilo que razoavelmente o trabalhador planeja para si e isso engloba sua família e amigos, porém o fato de se ver obrigado a dispor de quantidade de tempo superior ao contratado pelo empregador causa danos irreparáveis aquele, por isso essa é uma espécie de dano moral.

Nesse sentido, o dano existencial ocorre contra o projeto de vida do trabalhador, assim como o convívio com a sua família, seu ambiente pessoal e seu círculo de amizade, é esse o maior dano. (NASCIMENTO, 2014).

Exemplo desta espécie de dano ocorre quando o empregador não permite que o empregado usufrua de suas férias por todo período a que tem direito, fatiando o seu período de férias ao máximo que permite a lei, ou quando lhe impõe jornada excessiva impedindo-lhe o seu convívio social, todos esses problemas acarretam graves lesões à saúde física do trabalhador e a saúde mental.

A espécie de dano existencial quando ocorrida constitui um abuso de direito por parte do empregador quando ao exercê-lo excede os limites de seu poder de direção, isso ocorre quando o patrão faz com o tempo de prestação de trabalho do empregado seja desproporcional à aquele disponível para seu ambiente social e familiar. (DELGADO, 2019).

Dessa forma o empregado mais trabalha do que tem tempo disponível para o lazer e isso configura dano existencial o que fere além de tudo os direitos sociais do trabalhador.

1.2.2.4. Poder de direção do empregador e subordinação do empregado

Para Délio Maranhão e Luiz Inácio Barbosa Carvalho poder de direção:

Colocando o empregado, por força do contrato de trabalho, sua força laborativa à disposição do empregador, para que este dela se utilize, como fator de produção na empresa em que se lançou e cujos riscos assume, fica, por isso, logicamente, sujeito à direção, ao comando e ao controle de quem o contrato. Tem, conseqüentemente, o dever jurídico de obedecer-lhe às ordens, prestando com diligência e fidelidade o trabalho ajustado. É direito, pois, do empregador exigir do empregado o cumprimento desse dever. (MARANHÃO e CARVALHO, 1992, p. 71).

Seguindo o entendimento dos professores, o poder de direção do empregador é diretamente conexo à subordinação do empregado, isso significa que o contrato de trabalho ao se concretizar inaugura uma relação de hierarquia entre patrão e empregado.

A subordinação permite ao empregador os seguintes poderes, o de dirigir e comandar a execução da obrigação contratual pelo empregado, controlar o cumprimento dessa obrigação e aplicar as penas disciplinares ao empregado. (MARANHÃO e CARVALHO, 1992).

Vai nessa mesma linha o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (2014, p.521) “poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. Isso é poder de direção mais subordinação.

Vale lembrar a definição do artigo 2º caput da Consolidação das Leis do Trabalho (1943, art. 2º) “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Pode-se notar que o entendimento dos autores sobre poder de direção é comum, pois se baseia no próprio artigo segundo da consolidação das leis do trabalho que traz no bojo da composição do conceito de empregador o poder de direção, o que o faz ser inerente ao empregador.

Assim, o poder de direção tem fundamento legal no artigo segundo da Consolidação das Leis do Trabalho e autoriza o empregador a contratar o empregado, organizar, disciplinar e controlar o trabalho do obreiro.

Seguindo essas linhas, o poder de direção faz parte do chamado exercício regular do direito, isto é, o empregador ao exercer seu poder de direção, desde que não exceda os limites legais o exerce de modo potestativo, o empregado ao se subordinar a tal comando não poderá reclamar ou mesmo recusar destas ordens.

Esse poder inerente ao empregador pode ser assumido de três formas, pelo poder de organização, pelo poder controle e pelo poder disciplinar.

O CCB/2002 ao conceituar empresário o qualifica como executor de atividade profissional organizada, no sentido de direção de esforços e disso se extrai o conceito de empresa que é atividade econômica organizada que direciona esforços para determinado fim visando à circulação de mercadoria. (BRASIL, 2002).

Segundo Amauri Mascaro Nascimento poder de direção:

O poder de organização da atividade do empregado, combinando-a em função dos demais fatores da produção, tendo em vista os fins objetivados pela empresa, pertence ao empregador, uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores. Sendo detentor do poder de organização, cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado e que são expedidas por mero contato verbal, individual ou geral, ou por comunicados escritos, avisos, memorandos, portarias etc. (NASCIMENTO, 2014, p. 522).

Nesse sentido cabe ao empresário conforme o poder de direção lhe outorga dar os rumos que deseja para a sua empresa, afinal é sua, pondo para os seus

empregados o estatuto, regulamento, quadro de carreira se houver e as normas técnicas a que estarão subordinados e deverão seguir para quem sabe chegar ao fim almejado.

O poder disciplinar é decorrente do fato da propriedade e da alteridade, quem idealiza e constrói um negócio assume todos os riscos inerentes ao negócio que pode ou não prosperar, assim, todo risco é assumido pelo proprietário e por isso tem ele o direito desde que não o exceda de disciplinar, aqueles que estão sob o seu comando para ajustar os rumos do seu negócio.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento poder disciplinar (2014, p. 522) “poder disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”.

Contudo o poder disciplinar pode ser delegado à outra pessoa diversa do empregador, segundo Délio Maranhão e Luiz Carvalho:

Dada a hierarquia do pessoal, inerente à organização, que é o estabelecimento, tal poder nem sempre é exercido pelo empregador. Assim como ocorrer em relação às faculdade de dirigir, comandar e controlar a prestação de serviços, o poder disciplinar é delegado, dentro de certos limites, a empregados hierarquicamente superiores, que agem como prepostos do empregador. (MARANHÃO e CARVALHO, 1992, p. 72).

O poder disciplinar permite ao empregador duas formas de exteriorizar o seu comando, a suspensão regulada pela CLT/1942 e a advertência que não encontra norma legal.

É o que explica Amauri Mascaro de nascimento:

No Brasil, a CLT permite a suspensão disciplinar do empregado de até 30 (trinta) dias (art. 474). Se a penalidade tiver duração maior, terá os mesmos efeitos que dispensa sem justa causa, assegurados ao empregado os direitos da ruptura do contrato pelo empregador. Embora não prevista em lei, a advertência é admitida sob o argumento de que prevendo a lei sanção mais grave e prejudicial, a suspensão, em nada impede penalidade mais branda, a advertência, uma vez que nesta o trabalhador não perde o salário nem deixa de trabalhar. (NASCIEMNTO, 2014, p. 523).

Vale lembrar que o poder disciplinar embora seja faculdade do empregador não escapa do controle da Justiça do Trabalho quando aplicada, se houver insatisfação por parte do empregado em apresentando demanda poderá anular sua penalidade.

Por último o poder de controle segundo Amauri Mascaro Nascimento:

O poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. A atividade deste, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercitada do modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador. (NASCIEMNTO, 2014, p. 524)

É do poder de controle que surge a fiscalização, esta permite ao empregador ter um controle direto do empregado ou de suas atividades na empresa, isso pode ocorrer por meio de revistas desde que não fira a dignidade do trabalhador, marcação de horário ou marcação de cartão ponto de entrada e saída, controle do trabalho profissional com fim de verificar a qualidade, a isso vem agregar o avanço tecnológico que permitiu à empresa inovar para melhorar o controle de seus empregados para torna-la menos invasiva, o que se conforma com os princípios protetivos trabalhistas.

Vale lembrar que o poder de direção embora seja inerente ao estado de empregador não é ilimitado, tendo os princípios trabalhistas como norte e cabendo ao Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho por meio de ações proposta pelo trabalhador à fiscalização, todos os abusos devem ser repelidos pelos órgãos competentes, o empregador deve usar seu poder de direção em conformidade com os princípios protetivos trabalhista a fim de evitar maiores transtornos à empresa.

A subordinação do empregado é decorrente do próprio contrato de trabalho, aliás, a subordinação é um dos critérios formadores do contrato trabalhista, basta lembrar que a doutrina majoritária usa a terminologia de contrato de trabalho subordinado, na verdade o critério da subordinação é que diferencia a relação empregatícia da relação de trabalho, porém, estar-se-á tratando de subordinação jurídica.

Para Délio Maranhão e Luiz de Carvalho a subordinação deve ser jurídica:

Por subordinação jurídica entende-se estado de dependência real criada por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente do empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual se chamou a esta subordinação de jurídica. (MARANHÃO e CARVALHO, 1992, p. 51).

Segue esse entendimento Maurício Godinho Delgado para quem subordinação é:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado

compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”. (DELGADO, 2019, p. 349).

Entende-se que a subordinação no contexto do contrato de trabalho é sobre o trabalho que o empregado desenvolve, isto é, sobre a atividade do empregado dentro da empresa e decorrente do contrato de trabalho e não sobre a pessoa do empregado, por isso, a natureza da subordinação é jurídica contratual, porque advém inquestionavelmente do contrato que enlaça empregado e empregador dando origem a uma relação de direção e subordinação jurídica cuja base é o contrato de trabalho subordinado.

O fenômeno da subordinação tem seu acento legal na própria CLT/1942 em seu artigo 3º quando descreve que o empregado prestará serviço sob a dependência deste, se referindo ao empregador, onde descreve sob dependência deste, leia-se subordinação jurídica, porém, com o avanço tecnológico a estrutura da subordinação também tem mudado, assim, a lei 12.551 de 2011 que alterou ao artigo 6º do referido diploma trabalhista, equiparou para efeitos contratuais e jurídicos os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão a subordinação jurídica por meio pessoais, inaugurando uma nova fase na relação trabalhista, a subordinação jurídica remota. (DELGADO, 2019).

A subordinação jurídica sem dúvida surge em razão de ser o trabalhador a parte mais frágil da relação trabalhista, esta deve opor-se a razão econômica e a razão técnica, dentro do contexto da relação material de trabalho em que o empregado se admite devido ao salário de que necessita, é notória a inferioridade econômica, técnica e social e essa é a primordial razão da subordinação ser jurídica e não pessoal e nem técnica e nem econômica justamente para igualar o empregado ao empregador no sentido jurídico, a fim de coibir abusos que naturalmente são inerentes à grandeza do estado de empregador, pois este fato já o coloca em posição de superioridade, não fosse isso, assim como informa o jargão popular: manda quem pode, obedece quem tem juízo.

1.2.2.5. Responsabilidade do empregador

O empregador ao abrir um negócio assume toda responsabilidade do negócio, sendo certo que pode prosperar ou pode simplesmente sucumbir ao longo do tempo, mas uma coisa é certa, a responsabilidade sempre será sua e a isso a doutrina dá o nome de alteridade ou assunção de risco, na verdade essa é também uma das características que formam a figura do empregador.

Segundo Mauricio Godinho Delgado:

É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral ou à imagem resultantes de conduta ilícita por ele cometida, ou por suas chefias, contra o empregado, sem relação com a infortunística do trabalho. (DELGADO, 2019, p.742).

Quanto à responsabilização do empregador nos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados ao empregado é necessário que o dano seja ilícito e que cause efetivo prejuízo, é o que diz Vólia Bomfim Cassar:

O empregador que demite o empregado, sem justa causa, lhe causa dano, pois o trabalhador ficará sem renda para sobreviver. Entretanto, a despedida é direito potestativo do empregador, e, por isso, o empregado não terá nenhum direito (moral ou patrimonial) além da verba decorrente da despedida. (CASSAR, 2017, p. 874).

Fica claro que mesmo nos danos patrimoniais, extrapatrimonial ou outros que fazem parte da dimensão do dano, é preciso que o ato gere prejuízo, sem isso não haverá responsabilização do empregador.

A responsabilização do empregador se dava por critérios que eram definidos pelos tribunais, quer dizer, há pontos que devem ser considerados para eventuais responsabilizações patronais, os tribunais Brasil a fora tem usado esses critérios e isso vai de encontro com a reforma trabalhista que trouxe critérios bem fixados para indenização e responsabilização do empregador, é nesse sentido o entendimento de Amauri Mascaro de nascimento:

Os tribunais têm levado em consideração os seguintes critérios para o arbitramento das indenizações: princípio da razoabilidade, condição econômica da empresa, gravidade do dano e condição econômica e social da vítima. (NASCIMENTO, 2014, p. 942).

Isso converge com o próprio artigo 944 do CCB/2002 que é claro em afirmar que a indenização será com medida a extensão do efetivo prejuízo suportado pela vítima, o que quer dizer que a responsabilização será tal que não enriqueça o lesado, mas que desencoraje o responsável, (BRASIL, 2002).

A responsabilização do empregador pode ser objetiva ou subjetiva, a objetiva significa que o empregador sempre será responsável por tudo o que acontece com o empregado ou por atos lesivos decorridos da ação do empregado, já a responsabilização subjetiva deverá haver verificação de culpa do empregador, de quem o represente ou se esse concorreu para o ato lesivo que atingiu o empregado.

A responsabilização objetiva diverge totalmente do que diz a CRFB/1988 que esclarece que a responsabilização do empregador se dará com base no dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

A objetivação da responsabilização é decorrente de entendimento do Supremo Tribunal federal sobre o tema de repercussão geral 932, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que trata da responsabilização objetiva do empregador em caso de acidentes de trabalho, a tese se firma com base na teoria do risco e se o artigo 927 parágrafo único do código civil é compatível com artigo 7º inciso XXVIII da CRFB/1988 que trata da conduta dolosa ou culposa do empregador, tornando constitucional a responsabilização objetiva, claro que em sendo a regulamentação do tema na constituição diametralmente oposta, a decisão do Supremo Tribunal Federal é sistemática e teleológica e sem dúvida considera o caráter protetivo do direito do trabalho e se baseia no próprio caput do artigo 7º da constituição que exala o preceito da condição mais favorável ao trabalhador. Brasil (2020).

A responsabilização objetiva do empregador decorre da teoria do risco e claro, do parágrafo único artigo 927 do CCB/2002, que regula a objetivação da conduta nos casos em que a atividade por si só oferecer risco, e sua aplicação no direito do trabalho importa em maior proteção e importância a vida e saúde do empregado, segundo Vólia Bomfim Cassar:

O fundamento da teoria está no fato de que a pessoa que se aproveita economicamente da atividade de risco deve indenizar e reparar os danos causados a outrem, desde que decorrente destes riscos. A incolumidade física e mental do trabalhador é interesse digno de tutela jurídica que, quando lesionados, devem ser reparados e indenizados. (CASSAR, 2017, p. 876).

As atividades de risco são as que submetem o trabalhador a um maior ônus à aquela superior suportada pelos demais trabalhadores, sendo assim as atividades insalubres e perigosas ou qualquer outra nociva a incolumidade do empregado, o tema já foi abordado pelo centro de estudos judiciais por meio do enunciado nº 38.

É nesse sentido o entendimento de Maurício Godinho Delgado:

De fato, essencialmente na seara da infortunística é que as atividades laborativas e o próprio ambiente de trabalho tendem a criar para o obreiro, regra geral, risco de lesões mais acentuadas do que o percebido na generalidade de situações normalmente vivenciadas pelos indivíduos na sociedade. (DELGADO, 2019, p.745).

Portanto, haverá conduta objetiva imputada ao empregador se a atividade que ele exerce importar por si só risco, ou se ele submeter o empregado à atividade ainda que esporádica de risco a integridade física do trabalhador ou ainda em qualquer outra atividade que naturalmente imputar risco ao obreiro, pois não é crível que atividades que importem até riscos claros de morte sejam tratadas de maneira comum, nessa linha, ainda que o preceito fundamental seja claro sobre carência no tocante a conduta culposa ou dolosa para que enseje a indenização, nesses casos estará configurada a conduta objetiva do empregador.

Já na responsabilização subjetiva do empregador deve ser considerada a culpa ou o dolo da conduta violadora, isso decorre do inciso XXVIII artigo 7º da CRFB/1988 que afirma que haverá indenização nos casos em que a conduta indicar dolo ou culpa, de toda maneira, embora o diploma constitucional tenha avançado muito na matéria, o Superior Tribunal Federal por meio da súmula 229 de 1963 já enunciava que no caso da infortunística trabalhista acidentária deveria ser observado a conduta dolosa ou culposa do empregador nos casos graves.

Sobre a culpa empresarial ensina Maurício Godinho Delgado:

De maneira geral, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes desde o momento de afirmação jurídica de tais tipos de indenização, a contar da Constituição de 1988, é necessária a configuração da culpa do empregador ou de suas chefias pelo ato ou situação que provocou o dano no empregado. É que a responsabilidade civil de particulares, no Direito brasileiro, ainda se funda, predominantemente, no critério da culpa. (DELGADO, 2019, p. 745).

Por mais que exista uma tendência na doutrina que caminha para a responsabilização objetiva do empregador, mesmo havendo divergência e com base no entendimento do próprio caput do artigo 7º da CRFB/1988, é inegável que a responsabilização subjetiva do empregador deve ser observada, sobretudo porque essa é a dicção do inciso XXVIII do mesmo artigo citado, também nas hipóteses em que ocorre culpa exclusiva do empregado ou mesmo na culpa concorrente, vale lembrar o exemplo de Vólia Bomfim Cassar:

Também não tem direito á indenização se o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do empregado, isto se explica porque neste caso o patrão não praticou qualquer ato ilícito ou abusivo. Se, todavia, os dois concorrerem com culpa ou dolo, a reparação deve ser reduzida e proporcional á culpa de cada um. (CASSAR, 2017, p. 874).

Nota-se que a culpa exclusiva do autor ou mesmo a culpa concorrente trate-se de responsabilidade subjetiva, uma excluindo a indenização, outra a dividindo proporcionalmente, assim como há uma interpretação alargada do caput do artigo 7º da CRFB/1988 para aplicar a responsabilização objetiva do empregador, sem que esta esteja disposta de maneira expressa, quanto mais á responsabilização subjetiva com base na conduta culposa e dolosa do empregador que está expressamente disposta no mesmo artigo da mesma constituição.

2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR CONFLITO TRABALHISTA EXTRAPATRIMONIAL

O estado social surge exatamente para suprir as necessidades deixadas pelo estado liberal, nas lacunas profundas que causavam distorções gritantes na sociedade, sobretudo na jurisdição da qual o estado liberal não foi capaz de dar uma efetiva resposta a sociedade, nesse contexto o estado social surgiu e supriu todas as necessidades fundamentais da sociedade e dessas funções se destaca com maior relevância função jurisdicional:

Conforme Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

As ideias do estado social, em que ao estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para por em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação de conflitos que afligem as pessoas e lhes traz angústia, de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto á necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.43).

Nesse sentido o estado social surge como expressão da realização da justiça social e também como poder de jurisdição, ou para efetivamente dizer o direito.

Assim, jurisdição é uma função estatal um poder dever, pelo que, o estado substitui os titulares de interesses que se encontram em conflitos e de maneira imparcial deve encontrar a pacificação desses conflitos com justiça.

É nesse sentido o entendimento dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco para quem jurisdição é:

Monopólio estatal, ao mesmo tempo, poder, dever, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividades ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 145).

Corroborando essa ideia Sergio Pinto Martins:

Jurisdição vem do latim *ius, iuris*, com o significado de direito, e *dictio* do verbo *dicere*, que quer dizer dicção. Dessa forma, jurisdição é o poder que o

juiz tem de dizer o direito nos casos concretos a ele submetidos, pois está invertido desse poder pelo estado. (MARTINS, 2007, p. 93).

Da jurisdição estatal, deste poder dever, de dizer o direito, sendo a jurisdição o poder absoluto do estado, compreendendo toda a ação ou atividade-função estatal de impreterivelmente fazer cumprir as normas do ordenamento pátrio, sendo ela expressão da soberania é por definição una, pode, porém, pelo seu exercício ser dividida, sendo distribuída a órgãos segundo critérios funcionais e a isso se dá o nome de competência.

Já quanto à competência é uma das principais características do poder jurisdicional, por ela os órgãos do poder judiciário se diferenciam em suas funções, o que compete a um não compete a outro ou não faria sentido haver variedade de órgãos, competência é a divisão do exercício do poder jurisdicional, isto é, a parcela de jurisdição.

Segundo Sergio Pinto Martins:

Competência é uma parcela de jurisdição, dada a cada juiz. É a parte da jurisdição atribuída a cada juiz, ou seja, a área geográfica e o setor do direito em que vai atuar, podendo emitir suas decisões. Consiste a competência na delimitação do poder jurisdicional. É, portanto, o limite da jurisdição, a medida da jurisdição, a quantidade de jurisdição. (MARTINS, 2007, p. 93).

Competência é segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2006, p.247) “chama-se competência a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”.

Para os autores a competência é a medida de jurisdição a que compete cada órgão, é o exercício da soberania estatal ou a parcela que lhe é transferido por meio da investidura informada e limitada por lei ou pela constituição, nessas linhas a competência ou sua distribuição pode ser em razão da matéria, em razão da pessoa, em razão do lugar e em razão do valor da causa, na Justiça do Trabalho não é diferente e sua competência também se divide em razão da matéria, pessoa, lugar e funcional.

Quanto a Justiça do Trabalho a competência que a diferencia é especialmente a competência em razão da matéria, competência em razão da matéria para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2006, p.251) “a competência pela natureza da relação jurídica é

conhecida como competência material. A expressão *ratione materiae* tem um sentido mais amplo e geralmente significa competência absoluta”.

Mas adiante continuam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2006, p.253) “é a natureza da relação jurídica material controvertida, para definir a competência das justiças especiais em contraposição às das comuns”.

Para Délio Maranhão e Luiz Inácio Barbosa de Carvalho (1992, p. 346) “competência em razão da matéria é aquela, já referida, fixada pela constituição, e que se contrapõe, dentro do poder judiciário, á dos juízes da justiça comum e das outras justiças especializadas (militar e eleitoral)”.

Já para Sergio Pinto Martins (2007, p.104) “A competência em razão da matéria (*ex ratione materiae*) vai dizer respeito aos tipos de questões que podem ser suscitadas na justiça laboral, envolvendo a apreciação de determinada matéria trabalhista”.

Nesse sentido a competência em razão da matéria é definida pela relação material trabalhista, isto é, a relação de trabalho que abrange todos os contratos de trabalho salvo algumas exceções, e a relação de emprego subordinada, aquela envolvendo o empregado e empregador, nota-se que a competência material é que de fato define os limites e a razão da existência da Justiça do Trabalho.

Dentro da sistemática da jurisdição existe a justiça comum e a justiça especial, esse sistema que reparte a jurisdição se define pela matéria que compete legalmente a cada uma, trata-se da competência estabelecida pela CRFB/1988 Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

A doutrina costuma, levando em conta as regras de competência estabelecida na própria constituição, distinguir entre justiça que exercem jurisdição especial e justiça que exercem jurisdição comum. Entre as primeiras estão a Justiça Militar (art. 122-124), a Justiça Eleitoral (art. 118-121), a Justiça do Trabalho (art. 111-116) e as Justiças Militares Estaduais (art. 125, § 3º), no âmbito da jurisdição comum estão a Justiça Federal (art. 106-110) e as Justiças Estaduais ordinárias (art. 125-126). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 160).

Nesse sentido a Justiça do Trabalho se localiza na jurisdição especial sendo uma justiça especializada cuja matéria é as relações de trabalho estabelecido pela própria constituição federal.

Porém, no tocante a matéria de dano extrapatrimonial essa sempre foi uma matéria controvertida na justiça obreira, desde as primeiras decisões embasadas pelo princípio da subsidiariedade advinda da própria consolidação das leis do trabalho até a sua absoluta confirmação pela emenda constitucional 45 de 2004.

2.1. HISTÓRIA

A competência da Justiça trabalhista para processar e julgar os conflitos trabalhistas no tocante a matéria de danos extrapatrimoniais até o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 e da lei 13.467 de 2017 foi controvertida, pois a CRFB/1988 nem a CLT/1942 traziam qualquer regulamentação da matéria, dando ensejo para uma larga discussão e tanto a doutrina como os tribunais titubeavam sobre a sua aplicação.

Conforme ensina Grijaldo Fernandes Courinho e Marcos Neves Fava (2005, p. 347) “entretanto, a menção, aqui, a dano “moral” talvez se justifique em razão da controvérsia que se estabeleceu na jurisprudência a cerca da indenizabilidade desse dano no âmbito trabalhista”.

O grande problema da matéria de danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho era porque não havia nenhuma regulamentação para servir de base jurídica para sua aplicação na legislação obreira e nem no dispositivo constitucional, nesse sentido o dispositivo que tratava da competência da justiça obreira, a saber, o artigo 114 da CRFB/1988 não mencionava nada sobre a matéria, se limitando a dizer na redação original que a Justiça do Trabalho era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, nesse sentido se poderia aplicar a matéria o que também segundo a doutrina tornava competente a justiça obreira.

Segundo Sergio Pinto Martins;

A justiça do trabalho é competente para examinar o pedido de dano moral. Essa competência decorria do fato de, apesar do dano ser civil, de responsabilidade civil prevista no código civil, a questão é oriundo do contrato de trabalho. Estaria, portanto, incluída essa competência no art. 114 da constituição, que prevê que as controvérsias entre empregado e empregador ou controvérsias decorrentes da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho. (MARTINS, 2007, p. 118).

Nota-se pelo ensinamento do doutrinador que mesmo antes da lei 13.467 de 2017 a matéria já era aplicada pelos tribunais, porém, o fato ensejador de danos morais devia decorrer da relação trabalhista.

Contudo, as decisões nos tribunais trabalhistas se embasavam no princípio da subsidiariedade este contido na própria CLT/1942, essa era a solução que os juízes trabalhistas usavam para fundamentar suas decisões, essa forma foi amplamente defendida pela doutrina, pois a matéria não era regulada na legislação obreira.

Segundo Sergio Pinto Martins:

Destaque-se que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho (parágrafo único do art. 8º da CLT). Leia-se por direito comum o direito civil, o que importa na aplicação do art. 186 do código civil. Não é necessário que a norma pertença ao campo do direito do trabalho para ser aplicada na justiça laboral, podendo pertencer ao direito civil e ter incidência na relação de emprego ou na relação processual. (MARTINS, 2007, p. 118).

Dizia a redação original do parágrafo único do artigo 8º Consolidação das Leis do Trabalho (1942) “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, o que quer dizer que independente da regulação da matéria de danos extrapatrimoniais, o artigo acima sempre permitiu a sua aplicação.

Segundo Grijaldo Fernandes Courinho e Marcos Neves Fava (2005, p. 163) “impende realçar que o art. 8º, parágrafo único, da CLT sempre permitiu ao juiz do trabalho a inovação subsidiária do direito comum para solucionar o litígio tipicamente trabalhista”.

O princípio da subsidiariedade no direito do trabalho informa que, em sendo faltoso o ordenamento trabalhista para regular certa matéria o ordenamento comum será a fonte que a regulará, a subsidiariedade faz parte do sistema de integração do direito, que por meio do tipo autointegração faz uso de norma supletiva ou subsidiária das próprias fontes principais do direito. (MARTINS, 2007).

Porém, no tocante a competência da justiça obreira, antes mesmo da emenda constitucional 45 de 2004 e da lei 13.467 de 2017 o Supremo Tribunal federal, na decisão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence por meio do recurso extraordinário N° 238.737-4-SP de novembro de 1998 decidiu pela competência da justiça do trabalho para processar e julgar a matéria de danos morais.

Vale lembrar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Cuida-se, pois, de dissídio entre trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o art. 114 da Constituição, a firmar a competência da Justiça do Trabalho, nada importando que deva ser solvido à luz de normas do Direito Civil. (BRASIL, 1998, p. 8).

Vale lembrar que embora o artigo 114 da CRFB/1988 não versasse sobre a matéria de dano extrapatrimonial, o artigo 5º da lei de introdução ao direito Brasileiro instrui o magistrado a observar o fim social da lei assim como o bem comum, e que melhor fim e bem do aquele que beneficia o trabalhador, não bastasse esse entendimento teleológico da lei de introdução temos ainda os princípios protetores que instam o entendimento favorável ao obreiro bem como a sua proteção.

Ainda, não se pode olvidar que o artigo 114 da CRFB/1988 foi mudado por duas vezes, a primeira Emenda Constitucional a modificar o referido artigo foi a Emenda Constitucional nº 20, que havia inserido o parágrafo 3º no artigo 114 e falava sobre execução de ofício, já a Emenda Constitucional nº 45, como dito em linhas anteriores provocou verdadeira revolução no artigo em comento, de maneira que quase reconstruiu o referido artigo em um todo, manteve apenas o parágrafo 1º e deu nova redação aos parágrafos 2º e 3º, além de acrescentar os incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, e destes pode-se destacar com relevância o inciso VI que versa sobre o dano extrapatrimonial, colocando-o no bojo da competência da justiça obreira e dessa forma sacramentou o fim do perjúrio irresoluto do entendimento daqueles que não aceitavam a sua aplicação na Justiça do Trabalho, (BRASIL, 1988).

De fato a redação original do artigo 114 da CRFB/1988 não mencionava nada sobre a matéria de dano extrapatrimonial, o discurso de quem entendia pela não aplicação da matéria era que, esse tipo de dano era civil e se localizava na área da responsabilidade civil, por isso inadmissível sua aplicação na justiça obreira, porém, com a Emenda Constitucional 45 de 2004 o discurso sobre incompetência da justiça obreira caiu por terra.

A Emenda Constitucional 45 foi uma verdadeira revolução no judiciário brasileiro, sobretudo para a Justiça do Trabalho que ampliou de sobremodo a sua competência, hoje pode decidir sobre todas as ações decorrentes da relação de trabalho, anteriormente apenas julgava a relação de emprego e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho na forma da lei, isso era necessário, e culminou na evolução da própria Justiça do Trabalho como instituição, não só, assim como a sociedade capitalista avança jogando uma enxurrada de novas tecnologias na

sociedade obreira, concomitante a Justiça do trabalho também deve avançar para amparar as novas formas de conflitos que com estes suje.

Segundo Grijaldo Fernandes Courinho e Marcos Neves Fava:

A recente publicação da Emenda Constitucional n. 45 de 31.12.2004, que implantou a primeira etapa da Reforma do Poder Judiciário, no particular, constitui um formidável avanço, não obstante se ressinta ainda de imperfeições. Além de suprir algumas graves lacunas atinentes à competência para conflitos trabalhistas típicos, contemplou a Justiça do Trabalho com um vigoroso e alentador fortalecimento institucional, mormente ao ampliar-lhe sobremodo a competência material. (COUTINHO; FAVA, 2005, p. 148).

No tocante a matéria de dano extrapatrimonial, a Emenda Constitucional 45 de 2004 foi crucial, reformou o artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil lhe acrescentando o inciso VI (BRASIL, 1988) “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:”, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;”.

A reação da doutrina foi unânime Grijaldo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava (2005, p.171) descreveram com muito entusiasmo “eis aí um dos mais auspiciosos avanços no aprimoramento da competência material da Justiça do Trabalho brasileira”. Deveras, a inclusão da matéria de danos extrapatrimoniais na competência da justiça obreira foi sem dúvida um dos últimos grandes avanços da legislação obreira em décadas, sobretudo porque junto à prestação de serviço pessoal está á subordinação de quem a presta, e nesse sentido, trata-se indiscutivelmente da submissão inseparável dos direitos personalíssimo do trabalhador, é nessa área que incorre as mais infames e injustas lesões extrapatrimoniais.

Adiante os autores Grijaldo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava encerram a discursão sobre a incompetência da justiça obreira:

O novo art. 114, inc. VI da CF/88 consagra definitivamente o entendimento de que recaem na competência material da Justiça do Trabalho quaisquer lides por atos ilícitos civis causados pelo empregador ao empregado, ou vice-versa, em tal condição. (COUTINHO; FAVA, 2005, p. 172).

Vale lembrar que o dano deve ser um resultado da existência anterior de um contrato de trabalho subordinado ou relação de trabalho, fora isso á justiça obreira será fatalmente incompetente e a competência da resolução da causa se localizará na justiça civil.

Após o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a matéria de danos extrapatrimoniais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence por meio do recurso extraordinário N° 238.737-4-SP de novembro de 1998, após a positivação da matéria de danos extrapatrimoniais no artigo 114, inciso VI na CRFB/1988 pela Emenda Constitucional 45 de 2004, restava apenas à regulamentação da matéria na CLT/1942 para que se fixasse o limite da matéria bem como a sua efetiva aplicação pelos tribunais trabalhistas, dessa forma, com a promulgação da lei 13.467 de 2017, conhecida como reforma trabalhista, a matéria foi definitivamente regulamentada tornando inafastável à competência da Justiça do trabalho.

A lei 13.467 de 2017 causou verdadeiro reboiço na jurisprudência e doutrina, a negação da aplicação da matéria de danos extrapatrimoniais caiu de vez por terra, porém, quanto à lei em especial a doutrina restou dividida, não era pra menos, pois, a lei da reforma trabalhista tem muitos pontos passíveis de críticas assim como pontos que caracterizaram uma certa evolução no tocante a regulamentação da relação do trabalho, muitos doutrinadores entenderam que a reforma trabalhista constituiu retrocesso aos direitos do trabalhador, outros afirmaram que houve uma acertada evolução na matéria dando expressiva liberdade ao contrato de trabalho, com a doutrina majoritária de cunho protecionista sendo contra a referida lei, isso será observado no último capítulo, porém, quanto à lei propriamente, sobre os danos extrapatrimoniais deu contornos peculiares à matéria.

Sobre a lei escreveu Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Estranhamente, porém, o referido PL foi, substancialmente e antidemocraticamente ampliado pelo substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), que acrescentou e/ou modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT. (LEITE, 2019, p. 39).

A lei 13.467 de 2017 acrescentou na CLT/1942 o Título II-A para acomodar tema: Do Dano Extrapatrimonial, que por sua vez incluiu os artigos 223-A ao 223-G, cujos temas principais foram o tipo de ofensa se a pessoa física ou jurídica, cumulação da indenização, as características da lesão, o valor indenizatório que ficou conhecido como tarifação do dano moral e a reincidência do dano. (BRASIL, 2017).

Sem dúvida que a criação da lei 13.467 de 2017 representa pelo menos um avanço na pacificação da doutrina e jurisprudência no tocante a matéria do dano extrapatrimonial o que tornou inquestionável a sua aplicação.

No entanto como dito antes a aplicação da matéria é anterior aos avanços da legislação obreira, contudo, não é trabalho fácil achar as históricas primeiras decisões sobre danos extrapatrimoniais na Justiça Trabalhista, por mais que se faça uma pesquisa minuciosa o fato da virtualização eletrônica do processo ser relativamente nova, torna a tarefa quase ineficaz de maneira que as decisões disponíveis são do ano de 2010 em diante, por isso, para apresentação histórica será usada decisões encontradas que datam deste período pra frente, como se verá na decisão do julgado apresentado.

Decisão anterior à lei 13.467 de 2017 sobre danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, o julgado foi protocolado em 2012 e resolvido em 2014.

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Processo: 0001676-34.2012.5.12.0056

Vara do Trabalho de Navegantes

Recorrentes: V.L.S.S.D.

Recorrido: C.S.P.S.

Relatora: Lília Leonor Abreu

No caso apresentado a autora interpôs recurso ordinário para pedir a reforma da sentença de primeiro grau, que indeferiu o pedido de indenização por danos morais decorrente de lesão causada por ofensas verbais e xingamentos, que sofreu do Sr. Jeferson Adrinani Ouriques, além de verbas devido à rescisão indireta, decorrentes da impossibilidade de poder continuar no trabalho após as agressões, assim a recorrente interpôs o recurso:

Competia a demandante, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC e 187 e 927 do Código Civil a prova dos fatos alegados por ela e constitutivos de seu direito ao recebimento de indenização, a saber, o dano causado, o dolo ou a culpa do agente ou de preposto “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (Código Civil, art. 932) e o nexo de causalidade entre os dois primeiros requisitos. (BRASIL, 2014).

Ocorre que, os fatos narrados pela autora não decorrem da relação de emprego, mais sim, de relação de caráter exclusivamente pessoal que envolve questões românticas e familiares com o agressor. Nesse sentido não existe nexo de

casualidade entre o dano e a relação de emprego e sim, somente pessoal não ensejando indenização.

Para que haja condenação ao pagamento de indenização por dano moral, que tem como substrato a responsabilização subjetiva contemplada no art. 186 do Código Civil, imperativa se torna a existência de ação ou omissão do agente ou de terceiro, dolo ou culpa dessas pessoas, nexo causal e lesão extrapatrimonial. Ausentes esses requisitos, indefere-se a pretensão indenizatória. (BRASIL, 2014).

Primeiramente percebe-se que a base jurídica para justiça obreira julgar o caso, já que a demanda é anterior a criação lei 13.467 de 2017 que regulamentou os danos extrapatrimoniais é a subsidiariedade do parágrafo único do artigo 8º da CLT/1942, o que permitia o uso do CCB/2002 de maneira subsidiaria as leis do trabalho, o que não ocorreu com a lei 13.467 de 2017 já que na Consolidação das Leis do Trabalho artigo 223-A isso não é possível (BRASIL, 1942) “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Outro ponto importante é que no caso apresentado a decisão da magistrada se funda no principio da culpa, isso porque a culpa na responsabilidade civil majoritariamente impende responsabilidade subjetiva, isto é, à medida que cabe a cada um no tocante a sua responsabilidade ou culpa. (DELGADO, 2019).

Percebe-se que nesse sentido a lei 13.467 de 2017 não mudou, porque o dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho se funda na culpa ou responsabilidade subjetiva, considerando o grau de cada cometimento.

A magistrada de maneira acertada embasa a negação de sua decisão no nexo de casualidade, quer dizer, na negação da existência do dano do qual a autora reclama, de forma que fica evidente que não há relação entro o resultado experimentado pela autora e a conduta do empregador ou atividade de sua empresa. Ficou demonstrado nos autos que não havia relação direta e nem mediata, por isso, não foi possível á indenização.

Sobre nexo de casualidade no direito do trabalho ensina Vólia Bomfim Cassar:

Para que o dever de indenizar recaia sobre o patrão, mister que exista uma relação de causa e efeito entre a conduta por ele praticada ou á atividade desenvolvida pela empresa ou por seu empregado e o resultado. Se a atividade é de risco, se o patrão pratica ato ilegal ou abusivo, mas não

causa dano algum ao empregado, não haverá dever de indenizar. (CASSAR, 2017, p. 880).

Nesse sentido foi confirmada a sentença que negou provimento ao recurso da autora, justamente por não se fundar o dano extrapatrimonial na culpa, condição essencial para responsabilização subjetiva, assim decidiu a magistrada Lília Leonor Abreu (BRASIL, 2014) “comungo do posicionamento perfilhado pelo juízo de origem que não reconheceu o nexo de causalidade entre a apontada lesão e o trabalho realizado pelo agente (empregado tido como agressor)”.

O caso apresentado como dito ante é anterior a lei 13.467 de 2017, no entanto é posterior a Emenda Constitucional 45 de 2004, percebe-se que mesmo antes da referida lei as decisões dos tribunais trabalhistas quando se lhes apresentavam demandas cujo pedido houvesse matéria de danos extrapatrimoniais os juízes trabalhistas usavam o princípio da subsidiariedade embasando suas decisões em normas supletivas.

2.2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Como dito anteriormente, a primeira decisão a definir que a Justiça do trabalho era competente para processar e julgar causas trabalhistas que demandassem indenização por danos extrapatrimoniais foi uma decisão em recurso extraordinário N° 238.737-4-SP de novembro de 1998 do Supremo Tribunal Federal, em que decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence favoravelmente pela competência da justiça obreira.

Contudo o grande problema é que a seara trabalhista carecia de legislação para tornar factível a aplicação da matéria, dentre as existentes o problema era qual lei aplicar.

É sabido que a regulamentação da matéria de danos morais é de bastante tempo, tendo sido regulada de fato pelo código civil de 1916 em seu artigo 156 que ficou conhecido como o astro-rei da responsabilidade civil no Brasil, contudo o referido código apenas se limitava a falar em violação de direito, dando ensejo para a aplicação da matéria nos tribunais brasileiros. (VENOSA, 2012).

Além do CCB/1916, outras leis especiais também trataram da matéria como o código eleitoral de 1965, a lei de imprensa de 1967, o código Brasileiro de telecomunicações de 1972, código do consumidor de 1990 e a lei de direitos

autorais de 1973, contudo só em 1988 a matéria de danos extrapatrimoniais foi elevada a mandamento constitucional, afastando de vez as dúvidas de sua aplicação, com o CCB/2002 o dano extrapatrimonial foi de vez regulamentado em seu artigo 186, qualificando como um tipo de dano ilícito.

Contudo, na justiça obreira permanecia a dúvida de sua competência, com a Emenda Constitucional 45 de 2004 esse problema da aplicação da matéria foi dirimido, isso porque a referida emenda incluiu no artigo 114 o inciso VI da CRFB/1988 que firmou a competência da justiça obreira para julgar a matéria.

Com isso uma questão se impunha, qual era a legislação dentre a gama de normas que versam sobre a matéria no ordenamento brasileiro que seria aplicável as ações de dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho.

Antes, algumas questões se impõem, a primeira é que a matéria de danos extrapatrimoniais para ser competência da justiça obreira o dano deveria ser em razão do contrato de trabalho subordinado, isto é, a lesão deveria ocorrer em razão da condição empregado e empregador e não fora dela. (MARTINS, 2007).

Outra é que a aplicação da matéria só poderia se dar pelo princípio da subsidiariedade, a própria CLT/1942 trazia em seu artigo 8º parágrafo único, que o direito comum seria fonte subsidiária do direito do trabalho, com isso permitindo aos tribunais trabalhistas o uso de normas supletivas para resolução das demandas de danos extrapatrimoniais na justiça trabalhista. (MARTINS, 2007).

Por ultimo a aplicação pode ser dividida em: antes da lei 13.467 de 2017 e depois desta.

Antes da lei 13.467 de 2017 a matéria era resolvida com base no princípio da subsidiariedade, por meio de norma supletiva e nesse caso, em caso de configuração e aplicação do dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho, os magistrados se socorriam do CCB/2002 e do artigo 5º da CRFB/1988.

Os artigos que embasavam as decisões dos magistrados eram os artigos 186 que fala propriamente do dano moral, o 927 que trata do dever de reparar o dano, o 944 que trata da extensão do dano. (BRASIL, 2002).

Sobre legislação aplicável ensina Sergio Pinto Martins:

Destaca-se que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho (parágrafo único do art. 8º da CLT). Leia-se por direito comum o direito civil, o que importa na aplicação do art. 186 do código civil. Não é necessário que a norma pertença ao campo do direito do trabalho para ser aplicada na justiça laboral, podendo pertencer ao direito civil e ter incidência na relação

de emprego ou na relação processual. Exemplo: aplicação do artigo 412 do código civil para limitar a multa prevista na norma coletiva. Trata-se apenas de aplicação subsidiária do direito comum, como prevê o parágrafo único do art. 8º da CLT. (MARTNS, 2007, p. 118).

Embora a CLT/1942 não regulasse a matéria de modo a inibir as dúvidas quanto a sua competência para processar e julgar lides sobre danos extrapatrimoniais, o próprio ordenamento obreiro permitia a Justiça do Trabalho resolver todas as demandas que adviesse do contrato individual do trabalho.

Segundo Sergio Pinto Martins:

A alínea a do inciso IV do art. 652 da CLT atribui competência as varas do trabalho para julgar “os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho”. A Justiça do Trabalho tem, por exemplo, competência para resolver questões pertinentes à anulação ou cancelamento de suspensão ou advertência. Uma das controvérsias que pode advir do contrato individual do trabalho é o dano moral praticado pelo empregador contra o empregado, pelo fato de o primeiro ofender o segundo no horário de trabalho e durante o serviço. (MARTINS, 2007, p. 118).

Percebe-se que mesmo antes da criação da lei da reforma trabalhista, lei 13.467 de 2017, a matéria era aplicado pelos julgadores trabalhistas e a legislação aplicável era CCB/2002 e claro, com expressa permissão da CLT/1942.

A maneira subsidiária de resolver os conflitos trabalhistas sobre danos extrapatrimoniais foi a principal solução usada pelos magistrados antes da lei que regulamentou a matéria na CLT/1942 e a legislação aplicável foi o CCB/2002, contudo, com a lei 13.467 de 2017 houve uma mudança de rumo bastante acentuada na forma de tratar a matéria, isso porque a referida lei deu contornos próprios para a resolução das lides trabalhistas.

A nova legislação apresentou as hipóteses de incidência artigo 223-B, os bens jurídicos tutelados que serão atingidos pela conduta lesiva artigos 223-C e 223-D, também qualificou os responsáveis pelo dano artigo 223-E, a forma de reparação artigo 223-F e a maneira como os magistrados trabalhistas deverão apreciar o dano, bem como, os valores a serem considerados na indenização medidos pelo grau do dano. (BRASIL, 1942).

Nesse sentido a lei que regulamentou os danos extrapatrimoniais 13.467 de 2017 se tornou a principal legislação aplicável na Justiça do Trabalho, na verdade o artigo 223-A coloca a referida lei ou a CLT/1942 como a única aplicável, porém, não podemos olvidar que a despeito da inovadora regulamentação aportada pela nova lei que reformulou a matéria e a colocou como fonte exclusiva, e das veementes

críticas doutrinárias, duas normas se apresentam como possíveis fontes de resolução da matéria em casos apresentados à justiça obreira, uma, o inveterado Código Civil Brasileiro que há tempos abordou o assunto, outra, a inovadora lei da reforma trabalhista que regulamentou o tema na CLT/1942, a questão é qual legislação usar.

Nesse sentido uma coisa deve ficar clara, embora a referida lei tenha tornado a CLT/1942 fonte exclusiva para solução dos conflitos trabalhistas envolvendo a matéria de danos extrapatrimoniais, esta tem sido apenas a legislação principal, pois, a nova lei 13.467 de 2017 não derogou a subsidiariedade do artigo 8º parágrafo único do ordenamento obreiro e nesse sentido tanto a doutrina continua a apoiar o uso da subsidiariedade como os próprios magistrados continuam o aplicando e usando a norma supletiva, isto é, o CCB/2002 para solução das demandas apresentadas, assim, tanto a legislação obreira como as normas supletivas tem sido as principais legislações aplicáveis naquilo em que elas não se confrontarem.

Conforme Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Ademais, o próprio § 1º do art. 8º da CLT já admite a aplicação subsidiária do Código Civil (Direito Comum), razão pela qual é perfeitamente aplicável, in casu, os arts. 927 e seguintes do CC, desde que propiciem, concretamente, a melhoria da condição social dos trabalhadores (CF, art. 7º, caput). (LEITE, 2019, p. 69).

Com isso, vale lembrar que por mais inovações que façam as leis para modernizar as relações de trabalho, estas devem ter como baliza o norte constitucional do artigo 7º da CRFB/1988, cujo basilar fundamentação é a proteção do trabalhador e nisso as novas leis não podem com a pretensa intenção de modernização das relações de trabalho suprimir os direitos trabalhistas sejam eles quais forem, mas sim, considerar os fins teleológicos e a maneira constitucional e protecionistas como devem ser interpretadas e criadas. (LEITE, 2019).

2.3. QUANTIFICAÇÃO DA REPARAÇÃO NA SENTENÇA

Esse talvez seja o grande problema da matéria de danos extrapatrimoniais tanto na seara civil quanto na seara trabalhista a quantificação da reparação do dano, isso porque a lesão que atinge a pessoa ocorre no seu patrimônio imaterial,

etéreo, psíquico, trata-se de prejuízo ou lesão a direito que não se pode de fato exprimir em dinheiro, não é pecuniário nem comerciável. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

No mesmo sentido ensina Maurício Godinho Delgado:

Dano moral corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana. Ou, na clássica conceituação de Savatier, “é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”. (DELAGADO, 2019, p. 738).

Todo o problema se concentra no fato de que não há uma fórmula para quantificar o valor da indenização, até mesmo pelo campo que ele atinge e o bem jurídico que ele lesiona.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa:

O prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque se aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. (VENOSA, 2012, p. 46).

No mesmo sentido ensina Maurício Godinho Delgado:

Registre-se que a quantia indenizatória por dano moral, mesmo o derivado de lesão à saúde do trabalhador, não tem como ser fixada com a objetividade inerente à indenização por danos materiais. Prevalecerá, em tais casos, inegável juízo de equidade pelo julgador. (DELAGADO, 2019, p. 741).

De fato a quantificação da indenização é matéria quase infactível, dado à dificuldade de precificar de alguma maneira a dor de alguém, isso porque não se pode comprar a alma e nem vender o espírito.

Continua o mestre Maurício Godinho Delgado:

A aferição da efetiva ocorrência do dano moral (lato sensu) e o próprio cálculo da respectiva reparação corresponde a uma das áreas em que se apresentam as maiores dificuldades no exercício da função judicante. A natureza do dano (não patrimonial, mas apenas moral, estético ou dano à imagem) reduz a possibilidade de aplicar-se um critério de pleno objetivismo na aferição da ocorrência efetiva do tipo constitucional. (DELAGADO, 2019, p. 748).

Contudo, a primeira coisa que se deve considerar é o caráter da indenização dos danos extrapatrimoniais, este é pedagógico, punitivo e compensatório, ou seja, é uma punição de caráter exemplar e educativa ao empregador e compensatório ao

empregado de maneira que, de alguma forma amenize a dor sofrida, o ressentimento, o descontentamento suportado.

Segundo Vólia Bomfim Cassar:

A indenização deste dano visa não à satisfação da vítima, e sim o castigo do autor da ofensa. “As perdas e danos não tem aqui caráter ressarcitório e sim caráter exemplar”. Correta a posição de Ripert, pois a indenização do dano moral não tem o condão de reparar a lesão sofrida, esta ressarcibilidade é pertinente ao dano patrimonial. O sofrimento é impassível de reparação material. Impedir que o empregador pratique novamente o ato com os demais empregados é o objetivo da reparação do dano moral. (CASSAR, 2017, p. 906).

Outro ponto importante a ser considerado na indenização é que ao quantificar o valor este não deve ser excessivamente módico e nem estratosférico, porém ao se trata de um dano materialmente inauferível e faticamente difícil de provar, assim, isso não deve ser um obstáculo para tornar indene o dano extrapatrimonial, a que se considerar a razoabilidade quando aplicado em justa retribuição á aqueles que os cometem, e ainda assim, com toda cautela possível não há como encontrar o liame perfeito entre a indenização e o dano.

Segundo ensina Sílvio de Savio Venosa:

Como é lógico, o ideal é indenizar exatamente o valor da perda, o que, todavia, nem sempre é possível. Ao mesmo tempo em que não podemos converter a indenização em instrumento de lucro ou enriquecimento injusto, de nada adiante indenizar de forma insignificante ou incompleta. (VENOSA, 2012, p.305).

A lei 13.467 de 2017 estabeleceu parâmetros para fixar a indenização, estes pontos devem ser observados na sentença pelo magistrado, a lei dispõe desses critérios no artigo 223-G, porém há pelo menos três elementos gerais que precisam ser observados pelo julgador.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Os referentes ao fato deflagrador do dano e ao próprio dano (elementos objetivos); os referentes aos sujeitos envolvidos, essencialmente a vítima e o ofensor (elementos subjetivos); finalmente, os referentes à própria indenização (elementos circunstanciais). (DELGADO, 2019, p. 751).

Nesse sentido, a lei 13.467 de 2017 trouxe os seguintes critérios, a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento e da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições

em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo pra minimizar a ofensa, o perdão tácito ou expresso, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa. (BRASIL, 1942).

Esses critérios trazidos pela lei estão em linha com a antiga lei de imprensa e o código brasileiro de telecomunicações que tratavam a matéria de modo semelhante, quanto à doutrina de alguma maneira satisfizes aquilo que já vinha sendo adotado pela experiência judicial ao decidir sobre casos dessa natureza que se utilizavam dos mesmos elementos objetivos, subjetivos e circunstanciais.

De acordo com Maurício Godinho Delgado:

Enfatize-se que o manejo de tais critérios deve-se fazer mediante o máximo exercício das qualidades inerentes à função de julgador, já tanto enfatizadas neste Curso: sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade. (DELGADO, 2019, p. 750).

Outro ponto que deve ser observado na quantificação da sentença é a tarifação do dano extrapatrimonial que a lei 13.467 de 2017 trouxe no mesmo artigo 223-G e incisos, esse dispositivo quantificou o dano extrapatrimonial pela natureza da ofensa que pode ser leve, média, grave e gravíssima assim como suas respectivas indenizações de no mínimo três a até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL, 1942).

Todos esses critérios devem guiar o julgador no tocante à quantificação do valor indenizatório na sentença, a despeito de todas as críticas doutrinárias, esses mesmos critérios procuram dar segurança e previsibilidade ao magistrado, que deve decidir com bastante parcimônia e isso o conduzirá ao juízo de equidade considerando a máxima sensatez, ponderação e proporcionalidade.

Para isso vale lembrar duas lições importantes, uma, a lição do Código Civil Brasileiro (Brasil, art. 944) “a indenização mede-se pela extensão do dano”, outra, a lição do mestre Maurício Godinho Delgado (2019, p. 750) “cabe inferir-se da própria experiência judicial um conjunto sistematizado de orientações a serem postas a serviço do intérprete conclusivo do Direito em casos dessa natureza”.

Postas as bases pela lei 13.467 de 2017 para fixação da indenização do dano extrapatrimonial, cabe ao magistrado diante de sua nobre tarefa decidir em acordo com os preceitos legais postos, a fim de dar a melhor decisão.

Isso vai em linha com o ensinamento de Vólia Bomfim Cassar:

A natureza da indenização decorrente do dano moral é de punição educativa ao agressor, de forma a inibir a repetição do mesmo ato no futuro. Por isso, deve levar em conta a intensidade do ato, os antecedentes e a capacidade econômica do empregador. Não tem a finalidade de enriquecer a vítima. (CASSAR, 2017, p. 907).

Toda essa inovação trouxe para seara trabalhista uma mudança extrema no rumo em que caminhava, segundo a maior doutrina, o direito do trabalho sempre traçou um rumo protetivo ao trabalhador, com a nova lei traçou-se um novo rumo liberal nas relações de trabalho em detrimento do espírito protetivo da legislação obreira.

3. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

As inovações trazidas pela lei da reforma trabalhista, lei de 13.467 de 2017, foram bastante relevantes para a sistemática da relação de trabalho, no sentido de volume de inovações que a referida lei trouxe. De todas as últimas legislações que causaram mudanças na consolidação das leis do trabalho a lei da reforma trabalhista foi em décadas a que provocou uma mudança de rumo bastante acentuada no tocante ao espírito do direito do trabalho que sempre foi protetivo, buscando sempre defender os interesses do trabalhador, assim como nas relações trabalhistas.

As mudanças causaram bastante polêmica no mundo jurídico e na doutrina majoritária que sempre apoiou à aplicação da matéria de danos extrapatrimoniais na Justiça Trabalhista, é sabido que em todo tempo de sua existência a justiça obreira foi regida por princípios protecionistas, porém, com a edição da lei 13.467 de 2017 toda essa sistemática de princípios protetivos acabou por ser de alguma forma mitigada, essa talvez seja uma das maiores críticas da doutrina, pois uma instituição como a Justiça do trabalho cujo razão de existência é exatamente a de proteção da ordem da relação de trabalho e do trabalhador ver os seus princípios, a legislação quedar mitigada é sim o início do declínio do espírito protecionista da Justiça do Trabalho e o ressurgimento de um liberalismo exagerado.

Sobre a lei 13.467 de 2017 a chamada reforma trabalhista, a princípio não seria tão ampla, o projeto de lei apresentado previa uma quase inexpressível mudança se comparado ao que de fato foi modificado e aprovado pelo Congresso Nacional.

Segundo o professor Carlos Henrique Bezerra de Leite:

A chamada Reforma Trabalhista foi iniciada em 22.12.2016 com o Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República Michel Temer a Câmaras dos Deputados, recebendo número PL 6.787/2016, o qual alterava apenas as redações ou inseria disposições concernentes aos seguintes artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775. Ou seja, o referido PL 6.787 tratava tão somente de 7 (sete) artigos que alterariam a CLT, com ênfase para à introdução do art. 611-A, que instituiu a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo estado. (LEITE, 2019, p.38).

O projeto inicial foi fruto de ampla discussão entre o Ministério do Trabalho e os representantes dos empregadores e dos trabalhadores, mas o que se viu foi à

aprovação de um projeto totalmente antidemocrático e sem participação da sociedade.

Nesse sentido continua Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Estranhamente, porém, o referido PL foi, substancialmente e antidemocraticamente, ampliado pelo substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), que acrescentou e/ou modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 3 (três) artigos da lei 6.019/74, 1 (um) artigo da lei 8.036/90, 1 (um) artigo da lei 8.213/91 e 1 (um) artigo da MP 2.226/2001. (LEITE, 2019, p. 39).

As principais modificações foram de direito material e processual, contudo a referida lei embora tenha causado um terremoto na CLT/1942 não mexeu nas principais normas de ordem pública, como saúde, segurança e os demais direitos sociais, assim, os principais pontos mudados foram: a superioridade dos instrumentos coletivos, prescrição intercorrente, extinção das horas *in itinere*, teletrabalho, danos extrapatrimoniais, novas modalidades de contrato de trabalho, legalização da extinção do contrato de trabalho por acordo, sucumbências recíprocas, litigância de má-fé, jurisdição voluntária para homologação de acordo judicial, extinção de execução de ofício com exceção dos reclamantes que exercerem o direito de postulação sem patrocínio de advogado.

Por toda essa transformação a que passa a legislação obreira, sendo sacudida com a intromissão de princípios liberais e afeitos ao capital, estranhos a sistemática trabalhista de proteção, não é nada mais do que a diminuição protetiva da senil CLT/1942.

Vale lembrar a lição de Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Essa proposta legislativa de reforma trabalhista não se limitou apenas a alterar o texto da CLT. Na verdade, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, ela institui três princípios de proteção ao capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrado em diversas normas constitucionais. (LEITE, 2019, p. 39).

3.1. POSIÇÃO DUTRONÁRIA

Como dito acima, a consolidação das leis do trabalho sofreu grande mudança de rumo com a edição da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017, a referida lei acrescentou ou modificou nada menos que noventa e sete artigos da legislação

obreira modificando diversos temas, tanto em direito material trabalhista como em direito processual trabalhista, desde temas simples como a extinção da execução de ofício pela Justiça do Trabalho a complexidade da superioridade dos instrumentos coletivos, dentre todas essas inovações cabe analisar algumas e a principal delas sobre danos extrapatrimoniais.

Com isso, a reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 a despeito das inovações trazidas no intuito de modernização das relações trabalhistas sofreu pesadas e duras críticas da doutrina jurídica trabalhista brasileira, fato é que a nova lei veio em desacordo com o que esperava a doutrina o que vale a crítica.

Um dos pontos bastante criticados da reforma trabalhista é sobre direito processual, mudança ocorrida com inserção do parágrafo 2º no artigo 8º da consolidação das leis do trabalho:

Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (BRASIL, 1942, art. 8º, par. 2º)

Nesse sentido Vólia Bomfim Cassar, tece críticas contundentes ao diploma reformador, a primeira é com relação a função interpretativa da lei, função intrínseca do ofício judicante, com efeito, deixaria o magistrado de decidir alegando lacuna e obscuridade da lei? Certamente que não, aliás, o artigo 4º da LINDB o obriga a decidir, também o artigo 5º do mesmo diploma orienta o magistrado a seguir os fins sociais da lei, segundo, a lei não pode abolir a obrigatória observância do sistema de precedentes pelos magistrados além da uniformização da jurisprudência, a autora explica que dessa maneira o parágrafo 2º do artigo 8º conflita com o código de processo civil em seus artigos 140 função interpretativa, 489, § 1º, VI, 926 e 927 sistema de precedentes, diz à autora que o CPC/2015 é aplicável ao processo do trabalho conforme dicção do artigo 15, além dos artigos 769 e o caput do próprio artigo 8º do diploma obreiro, por isso, haveria um conflito entre leis. (CASSAR, 2017).

O ponto que a autora traz é que, nesse caso deve haver uma compatibilização dos diplomas obreiro e processual e não suas mútuas exclusões, isso porque a reforma trabalhista não revogou o diploma processual nem em partes tratando-se de uma mera antinomia perpetrada pelo legislador.

Nesse sentido ensina Vólia Bomfim Cassar:

Em se tratando de normas da mesma hierarquia, a hermenêutica nos ensina que a posterior revoga a anterior quando tratar da matéria de forma diversa. Ora, o § 2º do art. 8º da CLT não exclui a aplicação do CPC nem revoga a regra do art. 15 do CPC, que determina sua aplicação supletiva. (CASSAR, 2017, p. 75).

A posição da autora em criticar o paragrafo 2º do artigo 8º da CLT/1942 além de pertinente é absolutamente necessária, não pode o legislador editar normas que visem diminuir a atividade judicante, sobretudo no tocante a interpretação da lei e a observância do padrão de precedentes, sob pretexto de atenuar o ativismo judicial.

Outro importante ponto bastante criticado da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017, posição unânime na doutrina, foi a completa extinção pelo diploma reformador das horas *in itinere* que antes da reforma o artigo 58, parágrafo 2º da CLT/1942 admitia em casos específicos, porém, a lei reformadora deu nova redação ao referido parágrafo.

Vale lembrar que a positivação das horas *in itinere* foi demanda exaustiva da jurisprudência trabalhista que desde 1970 intercedia pela sua aplicação, ou seja, este dispositivo obreiro atendia as expectativas tanto da doutrina como da jurisprudência, contudo a nova redação desfez todo trabalho de anos, conforme Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1034) “Após a construção jurisprudencial longamente maturada, o legislador, em 19.6.2001, incorporou, em diploma normativo (Lei n. 10.243/01), as horas *in itinere*, mediante inserção de um § 2º no art. 58 da CLT”.

Redação anterior, paragrafo 2º artigo 58 da consolidação das leis do trabalho:

O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (BRASIL, 1942).

Redação posterior a reforma trabalhista, parágrafo 2º artigo 58 da consolidação das leis do trabalho:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (BRASIL, 1942).

Ponto interessante da redação anterior era que mesmo neste caso havia requisitos para que se concedessem as horas *in itinere* ao trabalhador, os requisitos

eram: dificuldade de acesso, local não servido por transporte público e a condução deveria ser suprida pelo empregador, nesse sentido também havia as sumulas 90, 320, 324 e 325 do Tribunal Superior do Trabalho que apontavam na mesma direção, o que parece estranho que uma legislação que se pretende protetiva exclua dessa forma todas as outras possibilidades que não as descritas no comando legal, esse papel assumiu bem a lei 13.467 de 2017 já que exclui qualquer possibilidade.

Segundo Vólia Bomfim Cassar:

A proteção legal atingia apenas o itinerário casa-trabalho-casa, podendo excluir parte do trajeto alcançado por transporte público e regular. Assim, caso haja condução regular até determinado ponto, este será excluído e só será computado na jornada o trajeto atingido pela condução fornecida pelo empregador – Súmula nº 90, IV, do TST. (CASSAR, 2017, p. 607-608).

Interessante que nem mesmo por meio de negociação coletiva se poderia suprimir a concessão das horas **in itinere** ao trabalhador, nesse sentido a lei complementar nº 123 de 2006, Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte que inseriu o parágrafo 3º no artigo 58 da legislação obreira somente permitiu a que fosse objeto de negociação coletiva a fixação do volume médio estimado de horas **in itinere**. (DELGADO, 2019).

Porem, este direito do trabalhador não resistiu a reforma trabalhista que com o seu condão liberal, a pretexto de segurança jurídica exclui da legislação obreira.

Conforme Mauricio Godinho Delgado:

A Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, ao conferir nova redação ao § 2º do art. 58 da CLT e revogar o § 3º desse art. 58, excluiu da CLT a referência às horas *in itinere*, acanhando, uma vez mais, o conceito de tempo à disposição no Direito do Trabalho do País. Naturalmente que as horas *in itinere* podem, ainda, ser objeto de negociação coletiva trabalhista, mas deixam de estar explicitadas na Consolidação. (DELGADO, 2019, p. 1036).

É insano pensar que um direito suprimido da própria consolidação das leis do trabalho seria objeto de reincorporação ao bojo do direito do trabalhador por meio de negociação coletiva.

Pode-se afirmar que no tocante a exclusão das horas **in itinere** pela reforma trabalhista, a posição da doutrina em criticá-la é unânime, e que, além disso, esse passo dado pela lei da reforma trabalhista foi totalmente contrário do que esperava a jurisprudência obreira.

Outro ponto muito criticado em posição unânime pela doutrina da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 foi a inclusão da prescrição intercorrente na

consolidação das leis do trabalho pelo diploma reformador artigo 11-A e parágrafo 1º (BRASIL, 1942) “Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos”, “A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”.

A prescrição intercorrente pode ocorrer durante o curso do processo ou mesmo no processo de execução.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Intercorrente é a prescrição que flui durante o desenrolar do processo. Proposta a ação, interrompe-se o prazo prescricional; logo a seguir, ele volta a correr, de seu início, podendo consumir-se até mesmo antes que o processo termine. (DELGADO, 2019, p. 327)

Conforma Enoque Ribeiros dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel filho:

Prescrição intercorrente pode surgir no curso do processo executivo, caso a parte interessada não realize os atos a ela competentes. Em outras palavras, se o credor não movimentar o processo, praticando atos que lhe são exclusivos, no lapso temporal equivalente ao prazo de prescrição da ação, restará caracterizada a prescrição intercorrente. (SANTOS; HAJEL FILHO, 2020, p. 1112).

A matéria, porém, não era pacificada nem na doutrina, sendo a doutrina majoritária contra a aplicação da matéria e tendo doutrinadores a favor da aplicação da matéria, nem nos tribunais superiores, a exemplo do Supremo Tribunal Federal que sempre permitiu à aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do trabalho e o fez por meio da Súmula 327 editada ainda em 1963 (BRASIL, Súmula 327) “O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente”, já o Tribunal Superior do Trabalho não admitia à aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do trabalho e também o fez por meio da Súmula 114 (BRASIL, Súmula 114) “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

No tocante a doutrina, Maurício Godinho Delgado se posiciona contra a aplicação da prescrição intercorrente:

À medida que o Direito é fórmula de razão, lógica e sensatez, obviamente não se pode admitir, com a amplitude do Direito Processual Civil, a prescrição intercorrente no Direito Processual do Trabalho. (DELGADO, 2019, p. 327).

Para o autor, a prescrição intercorrente só poderia ocorrer na Justiça do Trabalho por clara negligência ou omissão na fase de conhecimento ou na fase de execução se o exequente por motivos próprios de desleixos e negligência

abandonasse por mais de dois anos ou deixar de praticar os mandamentos judiciais que claramente poderiam da continuidade ao processo, de outra forma seria inviável sua aplicação.

De toda maneira, o fato de ocorrer a prescrição intercorrente só se daria quando cumprido os requisitos da instrução normativa 41, parágrafo 2º do Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, o fluxo da prescrição ocorreria se o exequente não cumpri determinação judicial, percebe-se que essa é a mesma dicção do parágrafo 1º do artigo 11-A introduzido pela reforma trabalhista, deve-se lembrar que esse também é teor do artigo 40 parágrafo 4º da lei de execução fiscal lei 6.830 de 1980.

Ainda para o autor contrariando a lei de execução fiscal não pode ocorrer a prescrição intercorrente por falta de bens do executado ou mesmo se ele não for localizado, afastando o paragrafo 4º do artigo 40 da referida lei, assim, sendo o prazo de dois anos da prescrição intercorrente e ocorrendo este, por força do preceito da referida lei o juiz de ofício deveria decretar a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Mas atenção: a ausência de atos executórios derivada de falta de bens do executado (ou de seu desaparecimento...) não enseja a decretação da prescrição intercorrente. É que, nesse caso, a inércia processual não pode ser imputada ao exequente. Por esse motivo, a alternativa processual que emerge para o Juiz Executor, em tais situações, será aquela prevista no art. 40, §§ 2º e 3º, Lei n. 6.830/80 (aplicável ao Processo do Trabalho por força do art. 889, CLT). Ou seja: “decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos” (§ 2º). Porém fica aberta a ressalva: “encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução” (§ 3º do art. 40). (DELGADO, 2019, p. 328).

Já para Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho a prescrição intercorrente pode e deveria ocorrer na justiça obreira, segundo os autores:

Assim, como o prazo prescricional para a propositura da ação trabalhista é de 5 (cinco) anos na vigência do contrato, limitada até 2 (dois) anos após a extinção do contrato de emprego, o prazo da prescrição intercorrente no processo de execução trabalhista será de 2 (dois) anos. Exemplificando, se o juiz determina que o credor indique bens do devedor passíveis de penhora e o mesmo não o faz, dentro em 2 (dois) anos, configurada estará a prescrição intercorrente. (SANTOS; HAJEL FILHO, 2020, p. 1112-1113).

Continuam os autores Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel (2020, p. 1113) “Filiamo-nos à aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho, principalmente quando o transcurso da execução recair, de modo exclusivo, sobre a atuação do credor”.

Os autores encontram lógica na aplicação da prescrição intercorrente na antítese das ideias de Maurício Godinho Delgado, isto é, configurada a desídia processual do obreiro resta configurada a prescrição intercorrente, também o artigo 884 parágrafo 1º da CLT/1942 ensejariam a prescrição intercorrente, sendo essa uma das razões dos autores.

Segundo Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho:

Alguns argumentos favoráveis estão estampados no art. 884, § 1º, CLT – que admite que os embargos à execução aleguem a prescrição e, obviamente, esta prescrição seria a intercorrente, posto que a prescrição ordinária somente é arguível na fase de conhecimento, pelo fato de poder ofender a coisa julgada – e o art. 40, § 3º, da Lei 6.830/1980, o qual determina que o juiz suspenderá o curso da execução, em casos de o devedor não ser localizado ou não possuir bens, não correndo, assim, o prazo prescricional (intercorrente). (SANTOS; HAJEL FILHO, 2020, p. 111).

O entendimento dos autores vai de encontro com que sumulou o Supremo Tribunal de Justiça, súmula 314 para quem passado um ano da suspensão do processo, se inicia o prazo da prescrição intercorrente.

Finalizam os autores Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (2020, p. 1114) “A Lei 13.467/2017 veio colocar uma pá de cal em toda esta cizânia, com a edição do art. 11-A da CLT”.

Por fim, pode-se afirmar que a inclusão da prescrição intercorrente não está pacificada nem na doutrina nem nos tribunais, tendo parte da doutrina sabidamente contra apoiada pelo Tribunal Superior do Trabalho, outra parte é a favor da aplicação da matéria na Justiça Trabalhista apoiada pelo Supremo Tribunal Federal e isso de tempos.

Outro ponto muito importante que a lei da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017 trouxe, e que é posição unanime quanto a sua aplicação na justiça obreira é a matéria de danos extrapatrimoniais.

A reforma trabalhista como dito alhures, criou o Título-A e os artigos 223-A a 223-G para acomodar a norma na CLT/1942, agora sua aplicação na Justiça Trabalhista está consagrada, se por um lado atendeu a expectativa da doutrina pelo fato de sua normatização já que elide qualquer dúvida no tocante a sua aplicação,

por outro não atendeu o sentimento desta pela forma como foi disposta e tratada a matéria, nesse sentido surgiram pontos de grande discordância na doutrina com o texto expresso de lei e a intenção do legislador como se verá.

São vários os principais pontos de discordância da doutrina com a reforma trabalhista quanto à matéria de danos extrapatrimoniais, o primeiro foi quanto ao fato de que o diploma reformador admite como fonte de resolução da matéria única e exclusivamente os dispositivos tratados naquele título, conforme consolidação das leis do trabalho (Brasil, 1942, art. 223-A) “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Segundo Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Vale dizer, o legislador pretendeu, absurda e abusivamente, afastar a incidência de normas da Constituição Federal e do Código Civil respeitante ao tema (responsabilidade objetiva ou decorrente da atividade de risco, por exemplo). (LEITE, 2019, p. 68).

Nesse sentido para o autor, o legislador ao afirmar que só pode ser aplicada a matéria os dispositivos concernentes a aquele título, faz na intenção de restringir à aplicação do instituto, o que transparece a incongruência deste, uma vez que ficaria de fora toda a gama normativa que trata deste assunto no ordenamento pátrio, fora isso, este dispositivo confrontaria com outros da própria CLT/1942, isso porque o referido diploma obreiro autoriza a aplicação subsidiária dos demais dispositivos que tratam do tema e que este tentou restringir, conforme preleciona o artigo 8º parágrafo 1º.

Maurício Godinho Delgado critica a intenção isolacionista do legislador que não deve prevalecer sob pena de restringir direitos do trabalhador, o que dilacera o espírito protetivo e sistemático do direito do trabalho (2019, p. 787) “Não prevalece, portanto, o isolacionismo jurídico nessa matéria, ao contrário do que pode induzir uma interpretação literal do novo art. 223-A da Consolidação”.

No mesmo tom, é a crítica da doutrina no tocante a intransmissibilidade dos direitos patrimoniais do trabalhador, ou os danos morais de que são alvos os seus herdeiros ou dano moral em ricochete, isso porque a reforma trabalhista tornou personalíssima a titularidade da reparação, conforme consolidação das leis do trabalho (Brasil, 1942, 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”.

Vale lembrar que os efeitos patrimoniais decorrentes da ofensa podem sim ser transmitidos, segundo Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 905) “apesar da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, de acordo com o art. 11 do Código Civil, haverá transmissão dos efeitos patrimoniais dos danos morais aos sucessores do sujeito agredido”.

No mesmo sentido é a crítica de Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Na verdade, o legislador confundiu propositalmente direitos da personalidade com direitos personalíssimo, a fim de reduzir a interpretação e a aplicação de normas que dispõe sobre danos morais no âmbito da Justiça do Trabalho, o que nos parece inconstitucional, por violar a cláusula de separação de poderes e a independência dos Órgãos judiciais especializados (juízes e tribunais do trabalho) que integram o Poder Judiciário brasileiro. (LEITE, 2019, p. 69).

Ora, se os direitos patrimoniais são transferíveis com a herança por força do artigo 943 do CCB/2002, se os direitos da personalidade do morto podem reclamar perdas e danos dando legitimidades também aos herdeiros por força do artigo 12 parágrafo único do CCB/2002, logo é evidente que o diploma reformador não pode suprimir a aplicação dos preceitos do diploma civil em caso semelhante.

No mesmo sentido Maurício Godinho Delgado:

O dano moral em ricochete (por exemplo, indenização pleiteada pelo filho, em face da perda do pai ou da mãe, em decorrência de acidente do trabalho; ou reparação pleiteada pela esposa ou companheira, em face da perda acidentária de seu esposo ou companheiro) não se tornou infenso às indenizações constitucionais e legais. É evidente que esse tipo de dano e suas indenizações se preservam regulados pela ordem jurídica, uma vez que sua tutela deriva diretamente da Constituição da República (art. 5º, V e X, CF). Nesse quadro, a ideia de titularidade exclusiva do direito à reparação, contida no art. 223-B, in fine, da CLT, tem de ser objeto de adequada interpretação, obviamente. (DELGADO, 2019, p. 787).

Por último, e talvez o mais criticado em posição unânime pela doutrina foi prefixação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista que ficou conhecida como tarifação, o diploma reformador acrescentou o artigo 223- G a CLT/1942 com referido tema, assim, passou a culminar valores prefixando o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.

Vale lembrar que a reforma trabalhista não foi o primeiro diploma a prevê tarifação para danos extrapatrimoniais, o Código Brasileiro de Telecomunicação em

seu artigo 84 e a lei de Imprensa em seus artigos 51 e 52 tratavam a matéria da mesma forma.

O problema é que, o arbitramento do valor indenizatório é trabalho exclusivo do magistrado de árduo escrutínio e com imparcialidade, sensatez e equanimidade, o que torna a função legislativa ao prefixar o valor do dano inconstitucional, até porque o dano extrapatrimonial diferente do dano material não é passível de exata quantificação, não há como exprimir em moeda corrente atribuindo certo valor, por isso indispensável o trabalho do magistrado e sua reparação constitui mero lenitivo a quem sofreu tal infortúnio.

Para Carlos Henrique Bezerra de Leite:

O dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (LEITE, 2019, p. 70).

Ainda, há outro problema e esse insanável, o fato de a lei fixar o salário como parâmetro da indenização torna este critério fonte de clara discriminação e acepção, percebe-se que a reparação com base em dano de mesmo cunho ofensivo e igual fato a trabalhadores que percebem salários diferentes fará que o valor recebido por um seja inferior ao outro, com efeito, seria honra o nome, a boa fama deste superior ao outro, certamente não.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Se não bastasse a incompatibilidade desse critério de fixação da indenização com a Constituição de 1988 — conforme exhaustivamente explicado -, o diploma legal agregou fator adicional de incompatibilidade, ou seja, o parâmetro do salário contratual do ofendido como regra geral para cômputo da indenização. Tal parâmetro propicia injusta diferenciação entre o patrimônio moral de seres humanos com renda diversa - circunstância que acentua o desajuste da lei nova à matriz humanista e social da Constituição e da ordem jurídica internacional regente dos Direitos Humanos no País. (DELGADO, 2019, p. 788).

É com razão que a doutrina critica a lei 13.467 de 2017, por todas as suas incongruências que com um rápido passar de olhos pode-se perceber, com isso, à aplicação do diploma reformador na Justiça do trabalho só pode se dar de maneira sistemática, teleológica a fim de conforma-la com os preceitos constitucionais para evitar que seja apenas um mecanismo supressor de direitos.

3.2. DECISÕES EM ACÓRDÃO

Após a constitucionalização e a regulamentação pela reforma trabalhista na CLT/1942 dos direitos da personalidade e o equivalente direito a reparação aos danos sofridos, muitas foram às críticas endereçadas a matéria, algumas delas fora no sentido de que a positivação do dano extrapatrimonial criaria a chamada indústria dos danos morais e que culminariam com uma enxurrada de ações no judiciário brasileiro, outras, de maneira jocosa deram ao dano extrapatrimonial à alcunha de batata frita, pois acompanhava todos os pedidos, quer dizer, comparavam a matéria de danos extrapatrimoniais a batata frita no sentido de que este acompanhava todos os pedidos. Corretas ou não, certo é que a matéria hoje é pacificada e amplamente aplicada em todas as áreas da justiça brasileira, criando uma robusta jurisprudência, sobretudo trabalhista, além de criar e consolidar direitos aos trabalhadores.

Neste último capítulo apresentaremos alguns julgados das varas do estado de Santa Catarina que visam apresentar a recepção da nova competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações envolvendo danos extrapatrimoniais, além de trazer como tem sido aplicado pelos magistrados trabalhistas e analisar os fundamentos de suas decisões com base no que se apresentou nos capítulos anteriores deste trabalho, vale lembrar que a análise focará, sobretudo no tocante ao pedido de reparação de danos extrapatrimonial, objeto deste trabalho.

O primeiro julgado a ser apresentado é uma sentença da 1º Vara do Trabalho de Joinville:

Processo nº ATSum 0000478-69.2022.5.12.0004.

Juiz do Trabalho Substituto: Marcelo Tandler Paes Cordeiro

Reclamante: R.S. D

Reclamada: T. S

No caso em estudo, trata-se da sentença proferida por juiz de primeiro grau, que indeferiu todos os pedidos da parte autora, curiosamente dado as circunstâncias dos fatos apresentados na reclamatória trabalhista o magistrado apenas deferiu o pedido do reclamante no tocante à indenização por danos extrapatrimoniais, mais curioso ainda é que não foi com base na nova lei 13.467 de 2017.

O reclamante entrou com a reclamatória pedindo indenização e condenação da reclamada, por ter sido despedido por justa causa em 09/09/2021, por desídia do

autor em virtude de atrasos e faltas injustificadas. O reclamante alegou bis in idem, e que havia sido suspenso em 01/09/2021 a 06/09/2021 em razão de atraso, a reclamada alegou que o reclamante foi suspenso nos dias 23/08/2021, 24/08/2021, 26/08/2021, 30/08/2021 e 01/09/2021 e não como alegou.

O motivo da justa causa foi desídia do trabalhador e baixo desempenho de suas atividades, além de ter sofrido cinco advertências e cinco suspensões, também no período alegado pelo autor, o mesmo estava de licença remunerada de 02/09/2021 a 06/09/2021, em virtude de procedimento na comissão de ética para apurar medida cabível ao empregado.

Colhida as provas orais e documentais o reclamante não se desincumbiu do ônus de prova contrária, assistindo razão as alegações feitas pela reclamada.

A decisão do magistrado concordou com as alegações da reclamada e que estavam preenchidos os requisitos legais que caracterizam a justa causa em razão da desídia do reclamante, assim, julgou improcedente os pedidos do autor da demanda em condenar a reclamada a praticamente todos os pedidos do autor, com uma única exceção, o pedido de reparação por danos morais, que passamos a analisar.

No tocante ao pedido de danos extrapatrimoniais, o autor informou que ao utilizar o banheiro da reclamada para banhar-se era exposto a infame constrangimento, pois as dependências dispostas pela reclamada não eram apropriadas, os banheiros não tinham divisórias os chuveiros eram muito próximos, de maneira que o obreiro ficava a menos de 1,5 metros de distancia dos demais trabalhadores, assim requereu a condenação da ré em R\$ 10.670,00 (dez mil seiscentos e setenta reais). A reclamada alegou que a falta de divisória por si só não geraria danos morais e que o reclamante não era obrigado a banhar-se, constituindo uma faculdade do autor, por isso não lhe era devido indenização por danos dessa natureza, porém o magistrado ao analisar os fatos condenou a ré a pagamento de indenização ao obreiro no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Eis a fundamentação.

O primeiro ponto a ser observado é que o magistrado faz inferência ao dano em razão do contrato de emprego, de fato para haver pedido de reparação do dano moral na Justiça do trabalho o dano deve efetivamente ser em decorrência da relação fática de emprego aportado pelo contrato de emprego, isto é, deve haver relação ou nexos causal (vale lembrar que nexos causal é um dos requisitos da

responsabilidade civil e do dever de indenizar) entre o dano e a relação de emprego, nesse sentido, o dano suportado pela vítima deve ser estritamente em razão da qualidade de empregado, fatos ocorridos fora da relação de emprego a exemplo de um abalroamento de trânsito em um fim semana entre empregado e empregador e em razão disso há xingamentos, não existe danos extrapatrimoniais trabalhistas senão civil, pois esse ocorrido em nada tem haver com a relação empregatícia. (MATINS, 2007).

O segundo ponto é em relação à competência da Justiça do trabalho para processar e julgar danos extrapatrimoniais suscitada pelo magistrado, no sentido que a ocorrência de danos extrapatrimoniais em razão do contrato de emprego é um fator limitante da competência da justiça obreira e com razão, embora a Emenda Constitucional 45 de 2004 tenha ampliada a competência da Justiça do Trabalho para solucionar lides cujo pedido seja reparação de danos extrapatrimonial, esta também põe limites na matéria, de maneira que a justiça obreira poderá julgar apenas e tão somente danos extrapatrimoniais trabalhista e não qualquer dano extrapatrimonial.

Segundo ensina Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho:

O legislador constitucional fixou, expressamente, competência para a Justiça do Trabalho processar e julgar ações cujo pedido envolva indenizações por dano patrimonial e/ou moral, desde que referidos danos sejam decorrentes da relação de trabalho. Trata-se de uma competência em razão da matéria, pois o seu substrato está na relação de trabalho. Portanto, é uma competência absoluta. (SANTOS; HAJAEL FILHO, 2020, p. 346).

O terceiro ponto na decisão do magistrado é que ao fundamentar sua decisão não o fez com base na lei aplicável a matéria de danos extrapatrimoniais lei 13.647 de 2017, o fez com base apenas na doutrina e nos artigos 1º inciso III e 5º inciso X da CRFB/1988, que falam sobre a dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da intimidade, é evidente que a lei que regula a matéria tem como pressuposto fundamental assim como o CCB/2002 os mandamentos constitucionais, a intimidade do trabalhador que é o ponto basilar da decisão e objeto da conduta violadora do empregador está disposto no artigo 223-C da legislação obreira, vale lembrar que a mesma lei torna o regramento trabalhista como fonte principal e exclusiva da resolução de conflitos envolvendo a matéria, curiosamente o julgador sequer faz

menção a legislação obreira em sua decisão, ainda que o mandamento supremo seja aplicado genericamente a todas as demandas há lei especial regrado tal matéria e nesse sentido é essa que deve ser aplicada.

Por último e quarto ponto a quantificação indenizatória, embora o magistrado não tenha feito expressamente menção à lei da reforma trabalhista que trata da matéria, o fez de maneira tácita, pois ao quantificar o valor indenizatório considerou os pontos listados no artigo 223-G que imperativamente manda o juiz observar, a isso a doutrina deu o nome de juízo de equidade.

Nessa linha Maurício Godinho Delgado:

Trata-se, em substância, de um juízo de equidade, em que o órgão sentenciante deve exercitar ao ponto máximo as qualidades inerentes à função de julgador: sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade. (DELGADO, 2019, p. 749).

A aferição do dano extrapatrimonial não é tarefa fácil, por isso na visão do autor a forma mais adequada para se chegar a quantificação mais justa é por meio do juízo de equidade, o artigo referido ao ordenar ao juiz a observância do mandamento obreiro, destaca que deverá ser observado os seguintes requisitos: a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento e da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa. (BRASIL, 1942).

Nesse sentido o magistrado ao arbitrar a condenação da ré considerou a condição social e a capacidade econômica das partes, bem com a repercussão dos fatos que nesse caso restringiu-se ao ambiente de trabalho e arbitrou o valor indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pode-se perceber que magistrado não considerou a tarifação que traz a legislação obreira, o fez de maneira acertada já que sobre a tarifação do dano extrapatrimonial segundo a doutrina paira o manto repressivo da inconstitucionalidade.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

O segundo dos critérios repelidos é o do tarifamento. A indenização, para o Texto Máximo de 1988 (art. 5º, V), há de ser proporcional ao agravo, ao

dano — o que repele a noção de prévio e rigoroso tarifamento da indenização. (DELGADO, 2019, p. 752).

Assim, acerta o magistrado ao arbitrar tal valor indenizatório, a indenização não tem o condão de dar riqueza sem causa a quem não a buscou, mas também não pode ser excessivamente módica a ponto de estabelecer claro desvalor à bem jurídico incalculável da pessoa humana.

O segundo julgado a ser apresentado é uma sentença da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis:

Processo nº ATSum 0000772-22.2022.5.12.0037

Juiz do Trabalho Substituto: Fabio Augusto Dadalt

Reclamante: D. R. R

Reclamada: N. T. S. L

No caso em estudo, trata-se da sentença proferida por juiz de primeiro grau que deferiu parte dos pedidos do reclamante, porém neste caso vale ressaltar o principal pedido do reclamante sobre indenização de danos morais por assédio moral constantemente sofrido pelo autor em face de seu líder na empresa reclamada.

Relata o reclamante que desde que fora admitido na empresa na qual trabalhou, foi sob supervisão de seu líder de equipe Marlon que perpetrou por todo tempo em que esteve sob sua supervisão uma perseguição sem limites, críticas depreciativas, o autor alega que até foi mudado de lugar para que ficasse de costas para os demais colegas e frente para parede, tendo à tela de seu computador a vista para outros, para que o seu líder criticasse o trabalho do autor na presença de todos.

Além disso, o reclamante procurou os recursos humanos da reclamada para informar a situação que estava passando, mas não teve retorno algum, a empresa reclamada era vinculada a Higie Plus que em certo tempo romperam e cada funcionário retornou para sua empresa original, no caso o reclamante e seu líder pertenciam a mesma empresa de forma que voltaram na mesma posição de líder e subordinado, e nesse retorno continuou sob a liderança de Marlon no núcleo de designer tendo assim contato ainda mais próximo de seu detrator que continuou com seu ranço em relação ao autor, com humilhações, chacotas e críticas depreciativas em relação a seu trabalho e sua pessoa.

Após denúncia feita pelo reclamante contra seu líder ao recurso humano da empresa, mesmo com base em assédio praticado pelo líder Marlon contra outra colega, esta nada fez, de maneira que a partir desse episódio as agressões se intensificaram, ocorrendo críticas mais intensas sobre o trabalho do autor, que era obrigado a repetir diversas vezes sendo ainda mais exposto na empresa perante outros colegas.

O reclamante tentou resolver amigavelmente, pedindo troca de equipe para outra que não fosse liderada por Marlon, mas foi ignorado de maneira que se viu obrigado a pedir férias da empresa em julho de 2022, pois não suportava mais tanto desabor, ao retornar foi informada que continuaria na mesma equipe e sob comando de Marlon, se estivesse insatisfeito que pedisse demissão o que não ocorreu, sendo que o líder Marlon ainda ficou insistindo para que ele o reclamante pedisse demissão, assim, não vendo efeito o líder Marlon o demitiu sem justa causa.

As testemunhas trazidas ao processo confirmaram as alegações do autor, a própria testemunha ouvida como informante também confirmou os relatos e que Marlon agia de maneira agressiva com todos, não só com o reclamante, tanto que Marlon foi retirado da liderança, no tocante a posição da reclamada, esta negou todas as alegações do reclamante.

O magistrado, por fim condenou a reclamada a pagar indenização ao reclamante por danos morais. Na fundamentação o juiz curiosamente também não se utilizou da regulamentação sobre a matéria trazida pela lei 13.467 de 2017 a não ser de maneira implícita.

O magistrado afirma que o tratamento disponibilizado pelo líder a todos os seus subordinados claramente configurava-se como grosseria:

Ser tratado com grosseria habitual pelo chefe é grave bastante para violar direitos da personalidade dos subordinados, a exemplo da dignidade, o mais simbólico dos direitos da personalidade, ou seja, o reclamante sofreu dano moral. (BRASIL, 2023).

Dessa forma, percebe-se que ainda que o magistrado não tenha citado expressamente o diploma reformador, o fez de maneira implícita, pois o artigo 223-C fala exatamente dos bens tutelados juridicamente referentes à pessoa humana, assim como as ações ou omissões do empresário ou seu representante. (BRASIL, 1942).

Esse dispositivo da CLT/1942 trata especialmente dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humano, por isso deve ser interpretado de maneira extensiva e sistemática.

Conforme Carlos Henrique Bezerra de Leite:

O art. 223-C da CLT deve ser interpretado sistemática, ampliativamente e teleologicamente, de modo a se considerar também outros bens, com a integridade psíquica, a autoestima, o nome, a boa fama, a vida digna de ser vivida, a orientação sexual, a etnia, a idade, a nacionalidade, o gênero, a saúde, o lazer etc. (LEITE, 2019, p. 69).

No tocante ao valor indenizatório, o magistrado fez questão de deixar claro a inconstitucionalidade do artigo 223-G do dispositivo obreiro, que de maneira atabalhoada estabeleceu valores fixos ou tarifas para à indenização do dano extrapatrimonial, acertou o magistrado.

É o que ensina Carlos Henrique Bezerra de Leite:

Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (LEITE, 2019, p. 70).

Nessa linha, o magistrado arbitrou o valor indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para, além disso, percebe-se que mesmo que o magistrado não tenha fundamentado sua decisão expressamente na lei 13.467 de 2017, de maneira implícita o fez ao considerar pontos comuns trazidos pelo diploma reformador.

O terceiro caso a ser apresentado é um acórdão, do Tribunal Regional do Trabalho da 12° Região.

Processo nº 0000164-29.2022.5.12.0003 (ROT)

Relator: Marcos Vinicio Zanchetta

Recorrentes: D. C., B. I. E. C. L. E.

Recorridos: D. C., B. I. E. C. L. E.

Redator-designado: Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira

No caso em estudo, trata-se de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12° Região, em face de recursos interpostos pelos recorrentes que irredesignados recorreram da sentença de 1° grau da Vara do Trabalho de Criciúma/SC, a reclamada interpôs recurso ordinário e o reclamante interpôs recurso adesivo, interessante decisão, a 4° câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12° Região

negou provimento tanto ao recurso da ré quanto ao recurso do autor, confirmando a sentença de 1º grau.

A ré pretendeu se eximir das indenizações decorrentes de acidente de trabalho e demais indenizações, o autor por sua vez pugnou pela majoração dos danos materiais sofridos.

Segundo relata os autos, o autor ingressou na empresa em 26/10/2020 para exercer função de operador de máquina, onde sofreu acidente em 15/11/2020, o acidente ocorreu no momento em que o obreiro estava operando a máquina chamada picador, segundo os autos, a máquina em que o obreiro laborava estragou, cumprindo ordem do preposto da reclamada, a máquina embruxou, momento em que o mesmo foi embaixo do equipamento para verificar o ocorrido, a máquina estava ligada e o obreiro colocou a mão, momento em que foi puxado para dentro do equipamento ficando o dedo preso, pós-ocorrido o obreiro ficou afastado por três meses, este trabalhava a menos de um mês na empresa.

A ré alegou que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do obreiro, e que o operador era treinado para operar o equipamento.

A perícia concluiu que o obreiro sofreu amputação parcial de seu terceiro dedo da mão esquerda, quadro clínico compatível com acidente de trabalho e grau moderado de perda física, além de quadro clínico definitivo, irreversível e irrecuperável, dano estético leve, entretanto, considerado apto para o trabalho.

Voto do relator foi no sentido de dá provimento ao recurso da ré, porém, fora o relator a 4º câmara posicionou-se contrariamente, dando razão a decisão da magistrada de primeiro grau, para assim negar provimento ao recurso da recorrida.

O ponto importante da decisão da 4º câmara é quanto ao pedido de indenização por danos moral e estético.

Já no que concerne ao pleito de indenização por danos morais e estéticos, não se pode olvidar que, se nos casos de incapacidade física, mesmo que temporária, é presumida a lesão à esfera imaterial da vítima, caracterizando-se, segundo a jurisprudência pacífica das cortes trabalhistas, como "damnum in re ipsa", com muito mais razão se evidencia a necessidade de reparação por tais danos quando a hipótese de incapacidade for de cunho definitivo, ainda que parcial acrescida pela ocorrência de danos estéticos. (BRASIL, 2023).

Ainda, na mesma decisão percebe-se que os julgadores utilizaram-se do princípio da subsidiariedade ao aportar como parâmetro em sua decisão os artigos

944 a 953 do CCB/2002, não obstante essa técnica a própria CLT/1942 autoriza o uso desta maneira de resolver as lides trabalhistas, isso decorre do seu artigo 8°.

Vale lembrar a lição de Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (2020, p. 124) “Por outro lado, aplicação subsidiária denota a situação em que não há lei processual trabalhista, seja na CLT ou em legislação processual esparsa, regendo determinado tema”.

Para os autores, assim como decidido pela 4° câmara, além de permitido pela própria legislação obreira nessa ausência em que falta dispositivo que complemente a matéria no sentido de fundamentação, quando necessário para embasar suas decisões pode desde que não contrarie dispositivo obreiro usar de maneira subsidiária ou mesmo supletiva as demais leis do ordenamento brasileiro, nesse sentido a decisão da 4° câmara está em consonância com a doutrina.

Por fim, outro ponto importante da decisão dos magistrados é quanto às diretrizes para o arbitramento do valor indenizatório que considera os critérios da lei 13.467 de 2017.

No caso concreto, não há deixar de se considerar, ainda que em caráter auxiliar, as diretrizes estabelecidas pelo art. 223-G da CLT, dispositivo que não padece de inconstitucionalidade: o tempo muito breve entre o início do contrato de trabalho e o acidente, a condição física e a idade da parte autora (43 anos) quando do infortúnio, o grau moderado da lesão e leve no campo estético, com o comprometimento funcional da ordem de 5%, o grau de culpa da ré, consistente na negligência em zelar pela saúde do recorrido e a situação social e econômica das partes envolvidas, donde entendo que se mostra prudente a manutenção dos valores das indenizações por danos morais e estéticos na ordem, respectivamente, de R\$7.901,70 e R\$15.000,00. (BRASIL, 2023).

Nesse sentido, fica claro que a decisão da 4° câmara considera além da lei da reforma trabalhista outros dispositivos, ou quantos bastem para satisfação do propósito da prestação jurisdicional segundo a subsidiariedade, outorgada aos magistrados pela própria CLT/1942.

Para, além disso, podemos afirmar com base nos casos em tela que os pedidos de reparação de danos extrapatrimoniais são sempre cumulativos, isto é, em sua maioria não são puramente ações de reparação de danos extrapatrimoniais, sendo sempre cumulativos com outros, e em sua maioria atrelados ao pedido de reparação material, quanto a legislação aplicável, às reclamações trabalhista tem como principal fonte, os dispositivos da própria CLT/1942, sobretudo as trazidas pela nova regulamentação da lei 13.467 de 2017 que ficou conhecida como reforma

trabalhista ainda que implícita, some-se a isso, outros dispositivos aplicáveis pela condescendência legal que a própria legislação obreira permite por meio da subsidiariedade, o que faz com que tenha sido frustrada a tentativa do legislador de fazer dos dispositivos trazidos pela reforma trabalhista a única e exclusiva fonte de resolução dos conflitos obreiros cujos pedidos reparatórios sejam baseados na matéria de danos extrapatrimoniais.

CONCLUSÃO

Quando se iniciou este trabalho abordando a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações envolvendo a matéria de danos extrapatrimoniais, o objetivo era analisar a competência da Justiça Trabalhista após as mudanças ocorridas com Emenda Constitucional 45 de 2004, e principalmente com a lei da reforma trabalhista lei 13.467 de 2017, também analisar a legislação a partir dessa mudança que tem sido aplicado pelos magistrados trabalhistas aos casos a estes apresentados, e se as mudanças vieram em consonância com o que a doutrina e jurisprudência esperavam, e por fim analisar casos posteriores à reforma trabalhistas.

A pesquisa foi necessária a fim de entender a sistemática da matéria, seu histórico, desde a sua negação completa até a confirmação de sua aplicação pelos tribunais trabalhistas pelos dispositivos reformadores que ocorreram ao longo das duas últimas décadas.

Nessa linha, no primeiro capítulo tratou-se de estudar a sistemática do dano extrapatrimonial, sua classificação, sua diferença com o dano patrimonial, a forma como ele se apresenta através de suas espécies no direito do trabalho, a ligação que este tipo de dano tem com o poder de direção do empregador e a subordinação do empregado, no sentido de que dessa relação nasce a responsabilidade do patrão, concluindo que o dano extrapatrimonial segue em quase totalidade a mesma sistemática do direito comum, com suas ressalvas de tratar-se de uma justiça protetiva e inquinada a hipossuficiência do obreiro, e nesse sentido não se pode negar a ocorrência de dano qualquer que seja na relação de trabalho, com uma agravante que este atingirá sempre e de uma só vez aquele cujo único poder é a sua força de trabalho.

No segundo capítulo, abordou-se propriamente a competência da Justiça do trabalho para processar e julgar conflitos trabalhistas extrapatrimonial, começando pela história de sua própria competência, tratou-se de apresentar os primeiros casos submetidos à justiça obreira antes das grandes transformações dos dispositivos reformadores, porém com uma dificuldade, a pesquisa tornou-se limitada pela dilação temporal remota entre aqueles e este tempo, de maneira que a busca limitou-se apenas a um caso, o que basta para informar a histórica relação que a justiça trabalhista tem com a matéria, também se tratou da legislação aplicável,

concluindo que a Justiça do trabalho sempre embasou suas decisões na subsidiariedade inscrito na legislação obreira em seu artigo 8º, usando primeiramente as disposições do Código Civil Brasileiro além do inciso VI do artigo 114 e artigo 5º incisos X da Constituição da república Federativa do Brasil que foi quem de fato autorizou à aplicação da matéria na Justiça do Trabalho por meio da famosa Emenda Constitucional 45 de 2004, de forma que esses dispositivos são usados supletivamente e integrativamente pela forma subsidiária de resolver tais conflitos, além do dispositivo primordial agora estatuído pela reforma trabalhista, por fim, tratou-se da quantificação da reparação na sentença, concluindo que os magistrados trabalhistas usam ainda que implicitamente os dispositivos trazidos pelo diploma reformador, sobretudo no tocante ao juízo de equidade inscrito no artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, porém, sobre a tarifação a jurisprudência e a doutrina são unânime em declarar a sua letal inconstitucionalidade, usando também os dispositivos das legislações esparsas para arbitrar o valor indenizatório.

Por último, o terceiro capítulo, tratou-se de trazer à posição doutrinária no tocante as inovações trazidas pela lei 13.467 de 2017, constatou-se de maneira unívoca a queixa doutrinária que a reforma trabalhista veio para diminuir o já fragilizado quadro de direitos trabalhistas, seja com a sucumbência recíproca, seja por tentar tornar as disposições da legislação obreira como fonte única de resolução, seja pela embaraçosa e equivocada tarifação do dano moral, dentre tantos outros retrocessos que a famigerada lei trouxe, por fim, analisou-se casos cujos pedidos envolvia a matéria de danos extrapatrimoniais por meios de acordões e decisões de primeiro grau, para perceber a recepção do tema após a vigência da lei reformista nas varas e tribunais do estado de Santa Catarina, e nesse sentido pode-se constatar poucas mudanças no que já vinha sendo feito, a matéria não sofre mais resistência sendo aplicada amplamente nos tribunais obreiros, em linha com o que vinha a tempos pregando doutrina justralhista, a matéria continua sendo resolvida com base na aplicação subsidiária e supletiva dos demais códigos naquilo que não contraria a disposição das leis trabalhista, além, claro, dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho trazidas pela lei 13.467 de 2017.

Desta forma podemos concluir que a hipótese foi confirmada, sim, à Justiça do Trabalho compete processar e julgar as ações trabalhistas cujo pedido seja a reparação de danos extrapatrimoniais advindas da relação de trabalho subordinado.

Para tanto, considera-se que o problema da legislação aplicável foi resolvido, através das decisões apresentadas onde se pode confirmar que tanto a legislação obreira tem sido a principal fonte como os demais diplomas continuam sendo aplicados.

A metodologia utilizada por meio de revisão bibliográfica, legislação e análise jurisprudencial foi essencial para comprovar a competência da Justiça do trabalho e demonstrar na prática como têm sido resolvidas as lides trabalhistas que envolvam a matéria de danos extrapatrimoniais, assim, conclui-se que o tema da aplicação de danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho está pacificado na doutrina e na jurisprudência trabalhista, com apenas uma ressalva da doutrina, malgrado, a legislação atual que regula a matéria de danos extrapatrimoniais apesar de inovadora carece de urgente e revigorante melhora.

REFERÊNCIAS

MELLO JR, Adolpho C. de Andrade .**O DANO RESPONSABILIDADE CIVIL**. Rio de Janeiro: Emerj, v. 3, n. 9, 05 mar. 2000. Semestral. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_46.pdf. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.4066/2002, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. , Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 353 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 455 p. (3).

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 1988, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília , Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. 927 p.

BRASIL. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RIO DE JANEIRO, Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa de. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Fgv, 1992. 491 p.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019. 1775 p.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2017. 1379 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 732 p.

SUSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002. 725 p. v. 1. ISBN 85-361-0204-7.

A IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA (Bogotá). **Declaração dos Direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em:

<https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/wp-content/uploads/sites/35/2020/07/DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Costa Rica).

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2014. 1169 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 932. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 13 de março de 2020. **Responsabilização Objetiva do Empregador**. Brasília, . Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932#:~:text=Tema%20932%20%2D%20Possibilidade%20de%20responsabiliza%C3%A7%C3%A3o,decorrentes%20de%20acidentes%20de%20trabalho..> Acesso em: 08 maio 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 383 p. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006)
Cintra, Grinover e Dinamarco (2006)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 238.737-4. FOTOPTICA LTDA. EDSON FERREIRA DA SILVA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 de novembro de 1998. **Competência da Justiça do Trabalho: Danos Morais**. Brasília: Dj, , p. 1-9. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256201>.
Acesso em: 17 maio 2023.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. 391 p.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº 0001676-34.2012.5.12.0056. V. L. S. S. D.. C. S. P. S.. Relator: Lília Leonor Abreu. Florianópolis, SC, 04 de fevereiro de 2014. **Dano Moral. Pagamento de Indenização. Requisitos Essenciais À Implementação**.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1048 p.
Santos e Hajel Filho (2020). (SANTOS; HAJEL FILHO, 2020).

BRASIL. 1ª Vara do Trabalho de Joinville. Julgado nº 0000478-69.2022.5.12.0004. R. S. D. T. S. Relator: Marcelo Tandler Paes Cordeiro. Joinville, SC, 02 de junho de 2023. **Danos Patrimoniais e Morais**. Joinville.

BRASIL. 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis. Julgado nº 0000772-22.2022.5.12.0037. D. R. R. N. T. S. L. Relator: Fabio Augusto Dadalt. Florianópolis, SC, 05 de junho de 2023. **Danos Extrapatrimoniais, Assédio moral**. Florianópolis.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Acórdão nº 0000164-29.2022.5.12.0003. D. C., B. I. E. C. L. E.. D. C., B. I. E. C. L. E.. Relator: Marcos Vinicio Zanchetta. Florianópolis, SC, 10 de maio de 2023. **Acidente de Trabalho Típico. Indenização Por Danos Morais, Estético e Materiais**.