

A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A VIOLAÇÃO ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO

THE FIXED PRICING OF NON-PECUNIARY DAMAGE AND VIOLATION OF INTERNATIONAL RULES OF LABOUR PROTECTION

Lorena Vasconcelos Porto*
Cláudia Honório**

RESUMO

O presente trabalho reflete sobre a disciplina dos danos extrapatrimoniais e sua respectiva indenização introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), em contraposição com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais possuem, no mínimo, hierarquia supralegal. Em conformidade com o disposto nessas normas internacionais, em sede de controle de convencionalidade, os referidos dispositivos legais devem ser interpretados no sentido de que não pode haver limite máximo para a fixação judicial da indenização pelo dano extrapatrimonial, e não pode ser obrigatório ou legítimo o cálculo sobre o salário contratual.

* Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Bacharel em Direito pela UFMG. Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá, e da Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas. Pesquisadora. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. E-mail: lorena.porto@mpt.mp.br.

** Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela UniBrasil, com Aperfeiçoamento em Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Bacharel em Direito pela UFPR. Autora de artigos publicados no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Dano extrapatrimonial. Indenização. Reforma trabalhista. Normas internacionais de proteção ao trabalho. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the regulation of non-pecuniary damage and its compensation introduced in the Consolidation of Labour Acts (CLT) by Act 13.467/2017 (labour reform), in contrast to the international treaties ratified by Brazil, which have at least a supralegal hierarchy. In accordance with these international treaties, due to the conventionality control, these rules must be interpreted in the sense that there can be no maximum limit for the judicial settlement of the compensation for the non-pecuniary damage, and it can not be compulsory or legitimate the calculation on the contractual salary.

KEYWORDS

Non-pecuniary damage. Compensation. Labour reform. International rules of labour protection. Conventionality review.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Controle de Convencionalidade;
 - 3 Normas Internacionais relativas à igualdade e a não discriminação;
 - 4 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 06/12/2018

Data de aprovação do artigo: 10/05/2019

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o tratamento normativo da indenização por danos extrapatrimoniais, conforme a alteração introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943) pela Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) (BRASIL, 2017), notadamente quanto à vinculação do valor da indenização por danos extrapatrimoniais ao último salário contratual do ofendido.

Nessa ordem de ideias, serão analisados os novos dispositivos legais, indicando como implicam discriminação, não apenas pela situação econômica como também pelo gênero da pessoa ofendida.

A partir daí, busca-se interpretar o novel Título II-A da CLT, sobretudo o art. 223-G (BRASIL, 2017), em consonância com as normas internacionais de proteção ao trabalho, em especial aquelas relativas à igualdade e a não discriminação, as quais possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

O Poder Judiciário nacional, notadamente a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos dispositivos legais, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, para proteção adequada dos direitos fundamentais dos trabalhadores e respeito à sua dignidade.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos – como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) –, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, § 3º, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988), ingressam no ordenamento jurídico pátrio com status supralegal. Desse modo, os dispositivos legais, como os introduzidas na CLT (BRASIL, 1943) pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), devem ser interpretados em conformidade com as normas internacionais, pois estas possuem, no mínimo, hierarquia supralegal (PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018, p. 39).

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos humanos possuem quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação (CANOTILHO, 2003, p. 407-410).

Todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos, o qual enseja o **dever do Poder Legislativo** de não produzir normas contrárias a tais direitos e, caso isso ocorra, incide o **dever do Poder Judiciário** de fazer sucumbir a norma violadora, por meio dos controles de constitucionalidade e convencionalidade. Com efeito, o agente estatal encontra-se juridicamente impedido de atuar de forma a afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos; veda-se que produza e aplique norma violadora de direitos humanos ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional (BELTRAMELLI NETO, 2017).

Desse modo, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o **controle de convencionalidade** das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa obrigação jurídica decorre do artigo 5º, § 2º, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988), bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA) (PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018, p. 40).

Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89, de 1998 (BRASIL, 1998). Nesse sentido, podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (BRASIL, 2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. 71; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000.

Série C. 70; Caso Paniagua Morales e outros vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. 37; Caso Albán Cornejo e outros. vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (BELTRAMELLI NETO, 2017).

Destaca-se que, no âmbito da Justiça do Trabalho, exsurge o dever de realizar o controle de convencionalidade dos artigos 223-A a 223-G, introduzidos na CLT pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), conferindo-lhes interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sob pena de responsabilização internacional do Estado brasileiro. Nesse sentido, vejam-se as seguintes sentenças da CIDH:

Com fundamento no art. 1.1 CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos], o Estado é obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos. De acordo com as regras do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, constitui um fato imputável ao Estado. (Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. 71; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. 70) (GARCÍA, 2011, p. 13 *apud* PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018).

“A responsabilidade do Estado pode surgir quando um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público afete, indevidamente, por ação ou omissão, alguns dos bens protegidos pela Convenção Americana. Também pode

decorrer de atos praticados por particulares, como ocorre quando o Estado é omissivo ao prevenir ou impedir condutas de terceiros que violem esses bens jurídicos”. (Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. 171). (GARCÍA, 2011, p. 14 *apud* PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018).

3 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO

O vocábulo **dano** origina-se do latim *damnum*, sendo utilizado na linguagem jurídica para indicar mal ou ofensa que uma pessoa tenha causado a outrem, de que possa resultar deterioração ou destruição de algo ou gerar prejuízo a seu patrimônio (SILVA, 2009, p. 238).

O **dano extrapatrimonial** pode ser conceituado como lesão a um interesse juridicamente protegido sem expressão monetária no mercado (ROSSETTI, 2010, p. 16-17). Daí a dificuldade da fixação de um valor reparatório pelo dano causado, diante da subjetividade inerente ao prejuízo experimentado.

Diferentemente ocorre com o dano patrimonial, consistente na lesão a interesses jurídicos passíveis de aferição econômica. Nesses casos, o valor da indenização corresponde à diferença do patrimônio da vítima, aferida objetivamente antes e depois do evento lesivo.

A **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017 (BRASIL, 2017), alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943 – (BRASIL, 1943), tendo sido denominada, por essa razão, de “reforma trabalhista”. No que tange especificamente ao tema do presente artigo, o novo diploma introduziu na CLT o título II-A, formado pelos artigos 223-A a 223-G, referente ao **Dano Extrapatrimonial** (BRASIL, 2017).

Em resumo, pode-se dizer o seguinte: o art. 223-A delimita as normas que regem a reparação dos danos de natureza extrapa-

trimonial decorrentes das relações de trabalho; o art. 223-B conceitua o dano extrapatrimonial; o art. 223-C enumera bens juridicamente tutelados da esfera extrapatrimonial da pessoa física; o art. 223-D enumera bens juridicamente tutelados da esfera extrapatrimonial da pessoa jurídica; o art. 223-E estabelece os responsáveis pelo dano extrapatrimonial; o art. 223-F possibilita cumulação de indenizações; e o art. 223-G estabelece critérios para apreciação judicial do pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, e para a quantificação de seu valor.

Para o escopo do presente estudo, interessa este último dispositivo, especificamente o seu primeiro parágrafo:

Art. 223-G. *Omissis.*

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

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

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

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

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Esse dispositivo legal estabelece que o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais causados ao trabalhador será calculado com base em seu último salário contratual, o qual, ainda, servirá de limite máximo para o *quantum* indenizatório.

Pelo novo texto legal, a vida, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer ou a integridade física (entre outros bens juridicamente tutelados) de um trabalhador pobre (cujo salário contratual seja o salário mínimo, por exemplo) vale menos, eis que os danos a

ele causados serão indenizados em um valor limitado e proporcional à sua remuneração, o que é não apenas jurídica, mas moralmente inadmissível.

Como já ensinava **Immanuel Kant** no século XVIII, os seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “cada um deles jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como meros meios, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo” (KANT, 2009, p. 259 e 261). Prossegue o autor:

O homem, porém, não é uma coisa, por conseguinte não é algo que possa ser tomado como mero meio, mas, em todas as suas ações, tem de ser considerado sempre como fim em si mesmo. [...] No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade (KANT, 2009, p. 245 e 265).

Desse modo, todos os seres humanos, independentemente de sua condição financeira, são dotados da mesma dignidade e, portanto, devem ser tratados com igual respeito e consideração pelo ordenamento jurídico. Aliás, esse é um dos fundamentos da característica da universalidade dos direitos humanos (BRITO FILHO, 2018. p. 78-92).

Não se admitem diferenciações em razão de condição econômica, como se o trabalhador pobre fosse humano de segunda categoria, merecedor de menor proteção por parte do Estado, e que sente menor dor quando atingidos seus direitos. Além de constituir uma tentativa de flexibilização (inadmissível) da dignidade, tal distinção viola frontalmente o princípio basilar da igualdade.

O **princípio da isonomia**, de acordo as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça, e consiste na vedação do arbítrio. Para o autor, o princípio cumpre função fundamental, como forma de realização

da democracia, devendo conduzir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador: “os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, conseqüentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio”. De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário “numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva” (LEIBHOLZ, 1925, p. 91 *apud* DRAY, 1999, p. 78 e 80).

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, eventual diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em efetiva justificativa, em uma razão necessária e suficiente. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920. Em uma decisão do *Reichsgericht*, de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que “uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia” (ENTSCHEIDUNGEN DES REICHSGERICHTS IN ZIV., t. 111, p. 320 *apud* DRAY, 1999, p. 82).

A doutrina de Leibholz, no entanto, foi realmente consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que: “O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária” (DRAY, 1999, p. 84-86). A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida.

Consoante à jurisprudência alemã, a ideia de “razão objetiva suficiente”, como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença, quanto a igualdade de tratamento, devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como “a obrigação de não tratar o que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual”. A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: “desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular” (DRAY, 1999, p. 85 e 87).

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil e a Alemanha, é da competência do Poder Judiciário (PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018, p. 45-46).

Pelo exposto acima, pode-se concluir que o princípio da isonomia consiste na **proibição do arbítrio**, o que significa que deve haver uma razão objetiva, adequada, necessária e razoável para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador.

Aplicando o raciocínio desenvolvido acima ao presente caso, tem-se que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para diferenciação entre os valores de reparação dos danos extrapatrimoniais de uma pessoa pela sua condição de trabalhador, e especialmente com base no seu salário. Não há justificativa aceitável para a diferenciação da dor, da vida, da integridade física e da honra do ser humano trabalhador por sua condição econômica no mercado de trabalho.

Do mesmo modo, a fixação de um limite máximo para o valor da indenização pelo dano extrapatrimonial obriga o juiz a tratar situações individualizadas da mesma maneira, e impede, em determinados casos, a reparação integral do dano e realização plena da justiça no caso concreto. Como observa Homero Batista Mateus da Silva:

As enfermidades são extremamente diversificadas e seu alcance, impossível de ser delimitado; as hostilidades podem variar desde xingamentos e brincadeiras de mau gosto até atos orquestrados de ociosidade forçada, de execração pública e de exposição ao vexame. Condutas antissindicais e atos de homofobia ou de desqualificação do trabalho da mulher tampouco são fatos isolados no mundo do trabalho. Como catalogar toda essa gama em apenas três ou quatro patamares? [...] houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão; essa crítica é irrespondível (SILVA, 2017, p. 59 e 61).

Admitir e aplicar a diferenciação inserida na CLT é fomentar a discriminação, o que afronta o princípio da isonomia assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, entre os quais se destacam as seguintes normas: artigos 2º, 7º e 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948; art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU (aprovado pelo Decreto Legislativo 226, 1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 1992); arts. 2º, 5º e 7º Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU (aprovado pelo Decreto Legislativo 226, 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 1992); itens I, II e III da Declaração Referente aos Fins e Objetivos da OIT (“Declaração de Filadélfia”), de 1944, anexada à Constituição da OIT; itens 1, 2 e 3 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998; arts. 1º, 2º, e 3º da Convenção 111 da

OIT (aprovada pelo Decreto Legislativo 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto 62.150, de 1968); artigos 2º e 14 da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948, da OEA; artigos 1º e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA (promulgada pelo Decreto 678, de 1992); e artigos 3º, 4º, 5º e 7º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA (aprovado pelo Decreto Legislativo 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto 3.321, de 1999).

Destaca-se, em particular, a **Convenção 111 da OIT**. Segundo a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, tal Convenção deve ser cumprida por todos os países membros, mesmo por aqueles que não a ratificaram, pois decorre da própria Constituição da OIT, a cuja observância o país se obrigou no momento em que formalizou o seu ingresso na entidade (OIT, 1998). A Convenção 111 trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto 62.150, de 1968. Prevê o seguinte:

Art. 1º Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) **toda distinção, exclusão ou preferência fundada** na raça, cor, **sexo**, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito **destruir ou alterar a igualdade** de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; [...].

Art. 2º Qualquer membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma **política nacional** que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de **eliminar toda discriminação** nessa matéria.

Art. 3º Qualquer membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

[...]

c) **revogar todas as disposições legislativas** e modificar todas as disposições ou práticas administrativas **que sejam incompatíveis** com a referida política; [...] (BRASIL, 1968, grifo nosso).

No âmbito do Direito Civil brasileiro, incluindo o Direito do Consumidor, não existem normas que imponham um valor máximo de indenização ou vinculem sua fixação à condição econômica ou social da vítima. Isso torna ainda mais evidente a discriminação perpetrada, pois ao trabalhador (que é a parte hipossuficiente da relação de trabalho) é assegurada uma proteção estatal menor do que ao sujeito do direito comum. A sua vida e sua integridade física valem menos pelo simples fato de ser um trabalhador:

A limitação também será capaz de gerar indenizações díspares para fatos semelhantes, senão idênticos, conforme decorra ou não de uma relação empregatícia. Tomemos o fator morte como exemplo. No âmbito de uma relação de trabalho, os dependentes do empregado vitimado em acidente de trabalho receberão, de acordo com a nova regra, indenização por dano moral no valor máximo de R\$ 46.850,00 – considerando o salário mínimo nacionalmente unificado. Trata-se de valor bastante aquém do que vem arbitrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. [...]. Como se vê, as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça estabelecem indenizações por dano moral decorrente de morte na faixa de 500 salários mínimos, um patamar dez vezes superior ao teto indenizatório estabelecido pela nova regra do art. 223-G (§ 1º, IV). Ademais, a insignificância dos limites trazidos pela nova regra fica ainda mais evidente quando cotejada com valores indenizatórios referentes a ilegalidades perpetradas em face da imagem, do nome e da honra da vítima (LIMA *et al*, 2018, p. 55 e 58).

A discriminação é a “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. Mauricio Godinho Delgado esclarece, ainda, que:

a causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, a identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos [...]. Ou, como afirma Ronald Dworkin, do fato de ser ‘membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros’ (DELGADO, 2017, p. 902-903).

Para melhor visualizar a discriminação introduzida pelo legislador da reforma trabalhista, tomemos o exemplo de um elevador de um hotel que despenca com três pessoas dentro – um hóspede e dois trabalhadores, um porteiro e outro gerente –, causando a incapacidade física de todos, por perda dos sentidos dos membros inferiores. No caso do hóspede, aplicam-se as normas do Direito Civil, não havendo nenhum limite máximo para a indenização, nem parâmetro legal fixo para a determinação do valor da indenização devida pelo prejuízo à sua integridade. Já no caso dos dois empregados, o Direito do Trabalho, com a reforma de 2017, impõe limites à reparação dos danos, ou seja, a integridade física e psíquica dos trabalhadores vale menos para a ordem jurídica do que a de um cidadão comum (no caso, o hóspede do hotel), eis que o valor da indenização será limitada pelo salário contratual percebido pelos ofendidos. E mais: a integridade do gerente vale mais do que a do porteiro, pois o seu salário é maior, ensejando maior valor de indenização, mesmo tendo ambos experimentado semelhante sofrimento decorrente do mesmo evento danoso.

Indo mais além, considere-se que no elevador esteja apenas o porteiro, agindo em serviço. Ocorrendo acidente como acima relatado e lesão a bens extrapatrimoniais, sua indenização será calculada com base em seu salário. Contudo, se naquele dia o porteiro estiver de folga, ou seja, despido de sua condição de

trabalhador, a indenização devida pelos mesmos danos decorrentes do mesmo acidente não terá qualquer limitação.

Chega-se a situações absurdas, em que a pessoa vale menos para o Direito porque trabalha e, ainda menos, porque é pobre. Trata-se de verdadeira discriminação, a qual é vedada expressamente pelos referidos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Além da **discriminação por situação econômica** – haja vista o tratamento diferenciado quanto à reparação de danos extrapatrimoniais conforme a condição de trabalhador e o salário contratual do ofendido – há também outro tipo de discriminação, igualmente grave, causada pelas normas da reforma trabalhista: a **discriminação de gênero**.

Não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo, as **mulheres invariavelmente recebem salários menores** do que os homens que exercem a mesma função (RÁDIO, 2018). Conforme pesquisa realizada pelo *site* de empregos Catho, com quase oito mil profissionais em 2018, as mulheres ganham menos do que os homens em todos os cargos, áreas de atuação e níveis de escolaridade pesquisados; a diferença salarial chega a quase 53%. A par disso, as mulheres ainda são minoria ocupando posições nos principais cargos de gestão, como diretoria, por exemplo (CAVALLINI, 2018). No mesmo sentido aponta pesquisa recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (INSTITUTO, 2018).

A situação se agrava ainda mais quando se observa que as mulheres negras recebem salários ainda menores que as mulheres brancas, seja nos casos em que possuem a mesma escolaridade, seja porque sequer têm acesso às mesmas condições de ensino (VELASCO, 2018; LIMA, 2018).

Não por acaso, foram editadas normas internacionais que buscam assegurar a igualdade, inclusive de gênero e raça, em

matéria de emprego e ocupação, abrangendo a questão salarial, como já mencionado.

Assim, se as mulheres ganham salários menores do que os homens, mesmo exercendo a mesma função, o valor da indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido por elas será também menor, eis que calculado sobre o salário percebido. A vida, integridade física e honra da mulher trabalhadora, portanto, valem menos do que as do seu colega do sexo masculino para o legislador da reforma trabalhista. E valem menos ainda se a mulher for negra.

Retomando o exemplo anteriormente utilizado, se dentro do elevador que caiu estivessem uma empregada e um empregado do hotel (considerando a realidade do mercado de trabalho, provavelmente ele seria gerente e ela camareira); mesmo que exercessem a mesma função, o homem perceberia salário maior; portanto, a integridade física e psíquica da mulher valeria menos do que a do homem para o direito do trabalho, o que é inadmissível.

As novas normas teratológicas, por óbvio, não encontram correspondência em nenhuma ordem jurídica atual. Não há nada que se assemelhe no Direito de outros países. Como bem observado pelo Procurador-geral do Trabalho, Ronaldo Curado Fleury, a única referência do Direito comparado que se pôde encontrar é o Código de Hamurabi, adotado pelo Império Babilônico por volta de 1776 a.C., isto é, há quase 38 séculos (FLEURY, 2017). Tal Código estabelecia uma espécie de tarifação da indenização pelo dano extrapatrimonial com base na condição social e econômica da vítima:

[...] se um homem superior bater em uma mulher superior e a fizer abortar, deverá pagar 10 siclos de prata pelo feto [...] se essa mulher morrer, a filha dele deverá ser morta [...] se ele bater em uma mulher comum e a fizer abortar, deverá pa-

gar 5 ciclos de prata [...] se essa mulher morrer, ele deverá pagar 30 ciclos de prata [...] se ele bater em uma escrava e a fizer abortar, deverá pagar 2 ciclos de prata [...] se essa escrava morrer, ele deverá pagar 20 ciclos de prata [...] (HARARI, 2017, p. 114-115).

De acordo com o Código de Hamurabi:

[...] as pessoas estão divididas em dois gêneros e três classes: os superiores, os comuns e os escravos. Os membros de cada gênero e classe têm valores diferentes. A vida de uma mulher comum vale 30 ciclos de prata e a de uma escrava, 20 ciclos de prata, ao passo que o olho de um homem comum vale 60 ciclos de prata [...] (HARARI, 2017, p. 115).

Percebe-se, assim, triste semelhança entre a CLT reformada e o Código de Hamurabi (único diploma em que se encontram regras teratológicas similares): a divisão das pessoas em dois gêneros (homens e mulheres) e três classes (cidadãos comuns, trabalhadores com salários mais altos e trabalhadores pobres), em total afronta ao princípio da isonomia.

A “modernização” das leis trabalhistas, utilizada como justificativa pelo legislador da reforma, conduziu, portanto, ao retrocesso do Direito do Trabalho brasileiro em quase 38 séculos de história da humanidade. Como destacado pela doutrina:

Criou-se por lei, novamente, uma hierarquia existencial de seres humanos no nosso país. Sem dúvida, fruto de fortes resquícios do nosso passado escravocrata, em que era comum existirem pessoas com *status* diferenciados, sendo a força de trabalho (escrava) a de menor importância na pirâmide social. Com a reforma trabalhista, não apenas voltamos a uma época pré-CLT, mas fincamos os pés em séculos anteriores, em que um ser humano era legalmente menos digno do que outro (HONÓRIO; OLIVEIRA, 2018).

Observa-se que esse absurdo, por evidente violação ao princípio da isonomia, não foi adotado em nenhuma outra oportunidade de alteração legislativa. Na França, por exemplo, foram introduzidos valores mínimos e máximos apenas para a indenização pela dispensa imotivada ou abusiva do trabalhador. Todavia, como observa a doutrina:

[...] diferentemente do caso brasileiro que estabeleceu um barema para danos extrapatrimoniais sofridos pelo empregado, a reforma francesa exclui a aplicação pelo juiz de qualquer parametrização em caso de indenização por discriminação, assédio, ou violação aos direitos e liberdades fundamentais dos empregados, podendo o magistrado decidir livremente sobre o valor da indenização a ser imposta [...] (BARRA, 2017, p. 54).

Nesse sentido, considerando que os já referidos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil consagram o princípio da isonomia e a não discriminação (inclusive por situação econômica e gênero), os artigos 223-A a 223-G da CLT, introduzidos pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), devem ser interpretados no sentido de que **não pode haver limite máximo** para a fixação judicial da indenização pelo dano extrapatrimonial, e **não pode ser obrigatório ou legítimo o cálculo sobre o salário contratual**. Com efeito, cabe não aplicar os novos dispositivos que contrariam a normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.467 (BRASIL, 2017) alterou profundamente a CLT (BRASIL, 1943), e entre as novas disposições trouxe a fixação, no âmbito trabalhista, de um limite máximo para a indenização pelo dano extrapatrimonial e a obrigatoriedade do seu cálculo considerando o salário do ofendido. Tal normativa afronta o **princípio da isonomia**, assegurado pelos tratados internacionais de direi-

tos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação da pessoa humana por sua condição de trabalhador, por sua situação econômica, pelas oportunidades que teve de inserção no mercado de trabalho, e inclusive pelo seu gênero e raça.

Os tratados internacionais de direitos humanos, como as normas produzidas no âmbito da OIT, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, §3º, da CF/88 (BRASIL, 1988), ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal, conforme o entendimento firmado pelo STF. Desse modo, as normas legais –, como os artigos 223-A a 223-G da CLT, introduzidos pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017) –, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, que possuem, no mínimo, hierarquia supralegal. Nesse sentido, os principais tratados internacionais e Convenções da OIT proíbem discriminações injustas e ilegítimas (como a por gênero e condição socioeconômica) e promovem a isonomia.

O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos dispositivos legais (PORTO; BELTRAMELLI NETO; RIBEIRO, 2018, p. 62). Assim, em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os artigos 223-A a 223-G da CLT, introduzidos pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), devem ser interpretados no sentido de que **não pode haver limite máximo para a fixação judicial do valor da indenização pelo dano extrapatrimonial, e não pode ser obrigatório o cálculo sobre o salário do trabalhador.**

REFERÊNCIAS

BARRA, Juliano Sarmiento. Reforma do Código do Trabalho Francês. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, 340, p. 49-54, out. 2017.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto Legislativo 89, de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos[...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2002]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466343/SP**. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALLINI, Marta. Mulheres ganham menos que os homens em todos os cargos e áreas, diz pesquisa. **G1**, Rio de Janeiro, 7 mar. 2018. Economia: concursos e emprego. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/mulheres-ganham-menos-que-os-homens-em-todos-os-cargos-e-areas-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

FLEURY, Ronaldo Curado. **Qual é o posicionamento do MPT diante das reformas trabalhistas?** Palestra proferida no 1º Painel – As mudanças na legislação trabalhista, do 57º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em São Paulo/SP, no dia 19.06.2017.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HONÓRIO, Cláudia; OLIVEIRA, Fabrício Gonçalves de. Retrocesso sem precedentes: a reforma trabalhista e os danos extrapatrimoniais. **Justificando**, São Paulo, 14 ago. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma-trabalhista-e-os-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 3 dez. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem.

Agência IBGE Notícias, Rio de Janeiro, 8 jun. 2018. Editoria: Estatísticas Sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 3 dez. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

LIMA, Bianca Pinto. Como raça e gênero (ainda) afetam as suas chances de conseguir emprego e bons salários. **Estadão**, São Paulo, 22 set. 2017. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/como-raca-e-genero-ainda-afetam-as-suas-chances-de-conseguir-emprego-e-bons-salarios/>. Acesso em: 3 dez. 2018.

LIMA, Carlos Eduardo de Azevedo *et al.* **Hermenêutica infraconstitucional da Lei nº 13.467/2017: reforma trabalhista**. Brasília, DF: Gráfica Movimento, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração da OIT sobre os Princípios fundamentais no trabalho e seu seguimento**. Brasília, DF: OIT Brasília, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_230648/lang--pt/index.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTO, Lorena Vasconcelos; BELTRAMELLI NETO, Silvio; RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves. **Manual do Grupo de Trabalho de controle de convencionalidade do Ministério Público do Trabalho: temas da Lei 13.467/2017** (“reforma trabalhista”) à luz das normas internacionais. Brasília, DF: Procuradoria-Geral do Trabalho, 2018.

RFI. Islândia é 1º país do mundo a impor igualdade salarial entre homens e mulheres. **G1**, Rio de Janeiro, 4 jan. 2018. Economia Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/islandia-e-1-pais-do-mundo-a-impor-igualdade-salarial-entre-homens-e-mulheres.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

ROSSETTI, Marco. **Il danno non patrimoniale**: cos'è, come si accerta e come si liquida. Milano, Itália: Giuffrè, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VELASCO, Clara. Negros ganham R\$ 1,2 mil a menos que brancos em média no Brasil; trabalhadores relatam dificuldades e 'racismo velado'. **G1**, Rio de Janeiro, 13 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/negros-ganham-r-12-mil-a-menos-que-brancos-em-media-no-brasil-trabalhadores-relatam-dificuldades-e-racismo-velado.ghtml>. Acesso em: 3 dez. 2018.

BIBLIOGRAFIA

GARCÍA, Fernando Silva. **Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos**: criterios esenciales. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011.

HONÓRIO, Cláudia. Tarifação do dano extrapatrimonial. *In*: HONÓRIO, Cláudia; VIEIRA, Paulo Joarês (org.). **Em defesa da Constituição**: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista”. Brasília, DF: Gráfica Movimento, 2018.

LEIBHOLZ. **Die Gleichheit vor dem Gesetz**. Berlim, 1925.