

Victor Farjalla

EM 24/04/2019

Aprovado

por 3
unanimidade



[Handwritten signature]

PARECER NA INDICAÇÃO Nº 004.2019

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO DO TRABALHO

Senhor Presidente da Comissão e seus ilustres Membros:

Honrado com a designação para emitir Parecer em Indicação apresentada ao Plenário pelo Dr. Daniel F. Apolônio Gonçalves Vieira, ilustre Presidente dessa douta Comissão de Direito do Trabalho, que tem a seguinte ementa:

**INGRESSO COMO AMICUS CURIAE NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL - ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS
ARTIGOS 223-A E 233-G, §1º, DA CLT ACRESCENTADOS
PELA LEI Nº 13.467/2017.**

passo a emitir o parecer.

O digno Indicante tem por inconstitucional a tarifação e o teto da indenização por dano moral estabelecidos pelas referidas normas com base no salário último recebido pela vítima e assim distingue o dano moral sofrido tendo em conta a maior ou menor condição econômica dos ofendidos pelo mesmo ato ilícito. Como fundamento básico da inconstitucionalidade apontada, articula a ofensa ao princípio da isonomia e ao direito fundamental do indivíduo à reparação integral do dano.

Victor Farjalla



Apresenta como paradigmas decisões do E. STF no Recurso Extraordinário n. 396.386-4/SP (Ministro Carlos Velloso) e na ADPF n. 130/DF (Ministro Ayres Britto) a respeito da Lei de Imprensa, com fundamentos, segundo o Indicante, *perfeitamente aplicáveis à presente situação*.

A admissibilidade da intervenção do IAB como *amicus curiae* já tem sido admitida, no tocante à natureza e ao objetivo institucional, pela Suprema Corte.

PARECER:

AS NORMAS EM FOCO:

As normas indicadas como inconstitucionais, inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho pela lei da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), possuem as seguintes dicções:

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

Art. 223-G.

§ 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.

PREMISSAS NECESSÁRIAS:

Para o presente parecer serão adotadas as seguintes premissas básicas e necessárias, que, se não aceitas, acarretam a rejeição de suas conclusões.

Pessoas e culturas discordam extensivamente sobre o que é certo e o que é errado, sobre o que é moral e o que é imoral.

A essência, portanto, do julgamento moral é o subjetivismo do julgador em face do que se apresenta como ofensa.

No mundo em que hoje se vive, especialmente, pelo fato de as redes sociais permitirem um sentido de anonimato individual ou apoio coletivo para o que se diz, o ataque de ordem moral passou a frequentar o dia a dia das pessoas, com uma tolerância que gera uma espécie de incentivo à sua constância, como recentemente se viu, em destaque, nas últimas eleições.

A ofensa moral, antes de se entregar ao monopólio estatal a reparação de qualquer dano, costumava ser resolvida em duelo entre autor e vítima, aquele por esta desafiado. Mantinha-se, assim, fora do domínio da indenização pecuniária a defesa e a reparação do que era, por natureza, um dano extrapatrimonial.

No seu livro *Cristianismo Puro e Simples*¹, C. S. Lewis escreveu o seguinte sobre esse tema:

Sei que certas pessoas afirmam que a ideia de uma Lei Natural ou lei de dignidade de comportamento, conhecida de todos os homens, não tem fundamento, porque as diversas civilizações e os povos de diversas épocas tiveram doutrinas morais muito diferentes.

Mas isso não é verdade. É certo que existem diferenças entre as doutrinas morais de diversos povos, mas elas nunca chegaram a constituir algo que se assemelhasse a uma diferença total.

De forma semelhante, o filósofo e teólogo cristão William Lane Craig² comenta:

¹ Editora Thomas Nelson, Brasil, 2017.



Eu acho que isso é certamente verdadeiro, mas muito frequentemente você vai achar uma igualdade entre as culturas e diferentes expressões culturais desses valores morais. Por exemplo, modéstia é um valor moral comum, mas o que é considerado modéstia numa cultura ao invés de outra pode variar de cultura para cultura. Ou por exemplo, tribos canibais acreditam na ética de amar o seu próximo, mas eles não consideram pessoas de outras tribos como sendo seus próximos, então enquanto eles não iriam canibalizar membros de sua própria tribo, eles iriam canibalizar membros de outras tribos. Então, entre a aparente diversidade moral há, eu acho, um código moral comum.

O subjetivismo do julgador na avaliação da ofensa moral possui, assim, um elemento objetivo, que é a moral comum.

Diferentemente das indenização por danos patrimoniais, em que todos os critérios são objetivos, a indenização por dano moral, tida esta, objetivamente, como a moral comum em um dado momento (tempo) da sociedade organizada em um mesmo coletivo de percepção e escolha (espaço) e uma mesma ordem jurídica (imposição de conduta), não é, contudo, mensurável economicamente (*pretium doloris*), residindo, pois, no subjetivismo da reparação econômica de dano extrapatrimonial o cerne da discussão em torno da fixação da indenização por dano moral. Como bem salientou o ilustre Indicante, *uma quimera*.

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

Na Constituição Federal de 1988:

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

² Apologética para Questões Difíceis da Vida, Editora Vida Nova, 2010.

Victor Farjalla



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

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

Art. 114.....

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

No Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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 jurídica de trabalho subordinado:

CF. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

CLT:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados



inerentes à pessoa jurídica.
13.467, de 2017)

(Incluído pela Lei nº

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - a natureza do bem jurídico tutelado;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - o grau de dolo ou culpa;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

X - o perdão, tácito ou expresso;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)



XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - o grau de publicidade da ofensa. (Incluído pela
Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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:
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

(os destaques em negrito são das normas objeto da Indicação)

São, pois, os direitos da personalidade e da dignidade humanas consagrados como direitos invioláveis do indivíduo, indisponíveis e irrenunciáveis, que, quando ofendidos, ensejam indenização por dano extrapatrimonial ou moral.

No direito comparado:

... constata-se que todos os países aceitam a dupla função da indenização por danos morais: compensatória e punitiva. Contudo,

a concepção do caráter punitivo da indenização se apresenta de maneiras diferenciadas. Na França e em Portugal, admite-se a função punitiva para fins de fixação do quantum indenizatório, conjuntamente com a função compensatória e por meio dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, evitando patamares que proporcionariam o enriquecimento indevido da vítima. Na Alemanha, observam-se estes mesmos critérios, com a ressalva de que o caráter punitivo somente pode ser aplicado nos casos de lesão a direitos da personalidade. Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, em contrapartida, o caráter punitivo da indenização se sobrepõe à compensação da vítima, de modo que não há qualquer preocupação com o enriquecimento indevido da mesma (MORAES, 2003). Ressalva-se, contudo, que na Inglaterra a aplicação das indenizações punitivas é também limitada a apenas determinados casos. Feita a análise comparativa do tratamento dado ao dano moral nos países estudados entre si, passamos a relacioná-lo com o sistema jurídico ao qual cada país é vinculado.³

O CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL:

O caráter punitivo-pedagógico da indenização por dano moral, sobrepondo-se ao caráter compensatório no que concerne ao ofensor, decorre de sua extrapatrimonialidade, ou seja, da ausência de materialidade do dano causado à vítima.

A abstração do preço da dor, inestimável economicamente, em face da evolução do dever de indenizar todo dano causado a outrem, material ou moral, e sua forma pecuniária como única no atual estágio da civilização ocidental, determinou seu caráter punitivo-pedagógico para além da mera compensação, em critério

³ Heloisa Bardini. Dano Moral no Direito Comparado. Monografia. UNISUL. https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1205/110628_Heloisa.pdf?sequence=1&isAllowed=y



abrangente da dupla face subjetiva da indenização: ofensor e ofendido, autor e vítima do dano.

ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DO DANO MORAL E CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA SUA INDENIZAÇÃO EM BASE ECONÔMICA:

A dificuldade em se estabelecer padronização da indenização pecuniária por dano moral, tendo em vista a inexistência de repercussão no patrimônio material da vítima que, se reflexamente causado, deverá observar a indenização própria (CLT, art. 223-F e parágrafos), tem levado ao permanente debate doutrinário sobre o exclusivo critério subjetivo do julgador em sede Judiciária, o qual, para muitos, enseja insegurança jurídica e, em última análise, quebra de isonomia, mesmo que observada a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação ao enriquecimento sem causa e a equidade exigidas para o arbitramento, como se pode constatar dos frequentes dissídios jurisprudenciais que autorizam os recursos aos Tribunais Superiores,

Nessa linha, vem do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a preocupação ostentada em julgamentos e depoimentos de seus ilustres Ministros e na busca de uma padronização para as decisões:

RECURSO ESPECIAL Nº 959.780 - ES (2007/0055491-9) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. EMENTA RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 3. Elevação do valor da indenização por dano



moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 4. **Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.** 5. **Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.** 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(destaque não textual)

STJ adota método bifásico para definir indenização por danos morais

A 4ª turma do STJ adotou, no último dia 4, o método bifásico para analisar a adequação de valores referentes a indenização por danos morais. A sistemática analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em segunda fase, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização.

Salomão, em voto que foi acompanhado pelos demais ministros da turma, disse que na segunda fase do método o juiz pode analisar a gravidade do fato em si e suas consequências; a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente; a eventual participação culposa do ofendido; a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima. Para o magistrado, o método é mais objetivo e adequado a esse tipo de situação.

"O método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tariffação do dano."

Para o presidente da 3ª Turma, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. "Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo", avalia. De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais frequentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física ou deformidade), o padecimento da própria pessoa e dos familiares, circunstâncias de fato (como a divulgação maior ou menor), e consequências psicológicas de longa duração para a vítima.

Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que a punição tenha efeito pedagógico e seja um desestímulo efetivo para não se repetir ofensa.

Tantos fatores para análise resultam em disparidades entre os tribunais na fixação do dano moral. É o que se chama de "jurisprudência lotérica". O ministro Salomão explica: para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas,



valor diferente. “Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica”, analisa o ministro do STJ. “A indenização não representa um bilhete premiado”, diz.

Revista Consultor Jurídico, 15 de setembro de 2009

(destaque não textual)

Notícia do julgamento do Recurso de Revista nº 377-48.2010.5.08.0106, da Egrégia Quarta Tuma do Tribunal Superior do Trabalho, seu relator, Ministro Caputo Bastos, assinalou que a capacidade econômica das partes é fator relevante para a fixação do valor. *“A reparação não pode levar o ofensor à ruína e, tampouco, autorizar o enriquecimento sem causa da vítima”, explicou. “Logo, é extremamente importante, sob o foco da realidade das partes, sem desprezar os fins sociais do Direito e as nuances do bem comum, considerar a perspectiva econômica como critério a ser observado na determinação do valor da compensação por dano moral.”*

Registre-se que o resultado desse julgamento foi a redução dos valores fixados pelo TRT de origem de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para R\$300.000,00 (trezentos mil), sendo que, em Primeiro Grau, a condenação não superou os R\$100.000,00 (cem mil reais). Uma disparidade que, por certo, entre outras, acabou por despertar o interesse legislativo na fixação por lei do valor indenizatório.

Isto posto, não há como se afastar a necessidade de uma padronização básica para reduzir a ilimitada subjetividade da fixação da indenização por dano moral. Resta saber quais os limites constitucionais e legais para a referida e indispensável padronização, confrontando as normas legais apontadas pela douda Indicação como inconstitucionais.



Cabe aqui ressaltar que a MP 808, que perdeu a vigência por decurso de prazo sem deliberação no Congresso Nacional, havia revogado em parte as normas introduzidas pela lei da reforma trabalhista, para fixar os valores das indenizações não com base no salário último da vítima, mas, em limites máximos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, em igualdade de todos os ofendidos, sem distinção de natureza pessoal de cunho econômico.

O ALCANCE DAS NORMAS INDICADAS:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

As normas introduzidas pela lei da reforma trabalhista para reparação de danos de natureza extrapatrimonial, como se pode observar das redações dos artigos acima transcritos, restringem-se, como não poderia deixar de ser às relações de trabalho, mais especialmente, aos seus respectivos titulares, empregado e empregador.

Não trata, assim, por limitação de natureza da matéria, de relação jurídica de natureza civil entre vítimas não empregadas e ofensores não empregadores, para reparação de dano moral causado por ato ilícito, sob a disciplina do Código Civil.

Sendo o dano moral personalíssimo, não é transmissível a herdeiros ou sucessores, e, por isso, não se insere entre os créditos resultantes da relação de trabalho devidos ao empregado

Victor Farjalla

falecido e que se transmitem aos dependentes ou vocacionados hereditários.



Dessa forma, ainda que na competência da Justiça do Trabalho, as indenizações devidas por dano moral aos que sejam titulares por razão de parentesco, casamento e outras reflexas que possam gerar abalo moral indenizável pelo falecimento da vítima, em acidente de trabalho, são de natureza civil e não, trabalhista agora expressamente estatuída pela Consolidação das Leis do Trabalho.

OS FUNDAMENTOS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE:

A douta Indicação refere-se a duas ADI's. Já agora são três, todas na relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por prevenção e para julgamento conjunto.

ADI 5.870 – AMATRA

ADI 6.069 – Ordem dos Advogados do Brasil

ADI 6.082 – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria

A ADI da AMATRA foi proposta em ataque às normas da Medida Provisória 808 e, portanto, contra a tarifação da indenização por danos morais, mesmo que com igualdade do valor a todos os ofendidos pelo mesmo ato ilícito.

Articula, entre outros fundamentos, a limitação ao Poder Judiciário para fixação da indenização prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

Victor Farjalla



Admite, singularmente, que, em interpretação conforme, a fixação legal seja apenas uma parametrização a serviço do Judiciário que poderá arbitrar outro valor justificadamente, tendo em vista que os parâmetros legais não seriam irrisórios.

Alude, ainda, ao dever de proteção à saúde e segurança do trabalhador (CF, art. 7º, XXII) e à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica (CF, art. 170).

Manifestou desistência do pedido, tendo em vista que investia contra normas da MP 808, que não prosperou. Sabe-se, contudo, do entendimento a respeito de desistência de ADI, em face da indisponibilidade do interesse público. Aproveitam-se, ao menos, os fundamentos que servem às normas introduzidas, originariamente, pela reforma trabalhista.

Em comum, todas invocam os precedentes referidos na Indicação relacionados com a Lei de Imprensa, considerada pelo E. STF como não recepcionada pela Constituição de 1988 e com específica rejeição à tarifação de indenização por danos morais (arts. 52 e 56).

A ADI da OAB, também entre outros fundamentos, considera que a MP 808 teria menor teor ofensivo à Constituição porque estabelecia a igualdade de valor de indenização por dano moral a todos os atingidos pelo mesmo ato ilícito.

Argui que as normas atacadas são anti-isonômicas pela igualdade de todos aos direitos da personalidade, sem distinção de fundo econômico no dano moral.

Tem por atingidos os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

E ainda articula:

Victor Farjalla



A limitação ao Poder Judiciário para fixação da indenização prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

Fere a independência funcional dos magistrados na ótica do livre convencimento (93, IX) e viola a dignidade da pessoa humana (1º, III), entre outros.

Subverte a base principiológica do direito do trabalho, sobretudo porque:

- i) fixou um teto de indenização em processo trabalhista inexistente no processo civil, de modo que aqueles que litigam na justiça do trabalho são demasiadamente prejudicados, em completa violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF);
- ii) inseriu o tabelamento de indenização que viola o princípio da reparação integral do ano (art. 5º, V e X, da CF) e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF);
- iii) impediu a correta valoração do dano pelo magistrado, interferindo desmedidamente no exercício da jurisdição e no livre convencimento do juiz, em contrariedade ao disposto no art. 93, inciso IX, da CF e atentando aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e
- iv) precificou o dano de acordo com a remuneração do ofendido, fazendo com que as indenizações sejam previamente calculáveis ao empregador, possibilitando-se o cotejo entre a permanência da violação e a suposta reparação do dano sob o viés econômico, em completa ofensa à saúde e proteção do trabalho, implicando em retrocesso social

A Confederação Nacional dos Transportes (CNT) ingressou como *amicus curiae* em defesa da constitucionalidade das normas legais.

A ADI da CNTI repete os fundamentos comuns, com foco em acidentes de trabalho.

A Procuradoria Geral da República manifesta-se na ADI 5.870 pela procedência do pedido, no entendimento, em síntese, de que os “*bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem e a intimidade da vida privada não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à*

Victor Farjalla



peessoa. Por conseguinte, a reparação do gravame a tais bens "não é reconduzível a uma escala econômica padronizada, análoga à das valorações relativas dos danos patrimoniais". (RE 447.584/RJ, Relator Ministro Cezar Peluso). Jurisprudência reiterada no julgado da ADPF 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto.

RAZÕES DO PARECERISTA E CONCLUSÕES DO PARECER:

Na decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF 130, da relatoria do Ministro Carlos Britto, citada como paradigma em todas as ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra as normas objeto da Indicação e pelo próprio ilustre Indicante, foram apresentados os seguintes fundamentos majoritários e divergentes, em síntese:

Não impressiona, data venia, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário ADPF 130 / DF jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. ADPF 130 / DF A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já, a indenização por dano moral - depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados - vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer

Victor Farjalla

exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. **Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.** ADPF 130 / DF Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

(Ministro Ricardo Lewandowski)

A rigor, essas regras, normas de organização e procedimento decorrentes do modelo institucional - porque não se trata apenas de um direito subjetivo, mas de uma garantia institucional -, existiam para proteger o cidadão e os órgãos de mídia. Nós estamos afirmando que elas não foram recebidas e deferindo ao juiz a possibilidade de fazer essas construções. Um exemplo, no caso específico do dano moral ou do dano material e dos limites da tarifação, não vem a pelo, aqui não é adequado, por quê? Porque ali tem de haver, realmente, um juízo concreto. O que fez o STJ e, depois, o Supremo Tribunal Federal nas duas Turmas? **Que aquelas normas - acho que foi um caso, inclusive, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso - não foram recebidas e que o juiz poderia fixar critérios outros, além daqueles limites da tarifa. E vamos ser honestos, no caso específico da tarifa, não podemos dizer, necessariamente, que aquelas tarifas poderiam ser inconstitucionais, mas não qualquer tarifa, porque nós ADPF 130/DF sabemos, e o Ministro Celso de Mello já o disse bem, que os riscos também da mídia são enormes neste caso. Nós podemos ter sanções pecuniárias que podem representar, aí sim, uma ameaça à liberdade de imprensa. Elas podem vir a sucumbir pela opressão financeira a partir de uma sistemática condenação. Caso recente, envolvendo a Folha de São Paulo, faz bem lembrar isso.**

(Ministro Gilmar Mendes – então Presidente)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - **Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel;**

Victor Farjalla

passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade - o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.

(vencido integralmente)



A expressão “critério de plantão” define um dos pontos básicos da discussão em torno da (in)constitucionalidade da tarificação do dano moral (prejudicial ao da relativa à desigualdade do *status* econômico da vítima), dando suporte aos que defendem um mínimo de padronização que previna a fixação do valor em puro critério subjetivo do julgador.

Com efeito, se a tarificação legal não se der em valores irrazoáveis – e não se pode dizer que são irrisórios os valores fixados pela norma legal aqui discutida -, parece deva ser ultrapassada a simples questão de se ter uma parametrização legal para a indenização, a fim de se avaliar os critérios objetivos adotados para o padrão indenizatório, estes sim passíveis de vício de inconstitucionalidade em face, principalmente, do princípio da isonomia e da natureza do dano moral.

A questão está, pois, na distinção em razão da capacidade econômica da vítima entre os atingidos pela mesma causa danosa, em se tratando de ofensa moral, ou seja, se a esfera extrapatrimonial de um indivíduo é a mesma de todos os outros, afastando a possibilidade de uma discriminação positiva por causa pessoal de cunho econômico, também resultaria na impossibilidade de ser esta levada em conta, no critério puramente subjetivo do julgador de fixação do valor da indenização, no exercício da liberdade respaldada no princípio da ampla reparação do dano.

Segundo o Ministro Luís Felipe Salomão, acima citado, o critério bifásico adotado no Superior Tribunal de Justiça deve levar

Victor Farjalla



em conta, entre outros elementos, a *condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima*.

Se assim deve ser, qual a razão para não se ter por legítima a parametrização da lei, com base econômica, na fixação da indenização do dano extrapatrimonial? A resposta seria, certamente, de que esse não é o único critério, mas, um dos elementos que devem ser acudidos na avaliação.

Por essa razão, este parecer não desaprova a padronização básica legal para a fixação judicial da indenização do dano moral, sem excluir a liberdade do julgador de reduzir ou ampliar o valor legal, dadas as circunstâncias do caso concreto, desde que expressa e justificadamente motivada (CF, art. 93, IX).

Em favor dessa parametrização básica legal está o princípio da segurança jurídica e o da isonomia, este último para evitar, na expressão do Ministro Marco Aurélio, o *critério de plantão*, e na do Ministro Luís Felipe Salomão, a *jurisprudência lotérica*, que se evidencia nos inúmeros dissídios jurisprudenciais sobre a matéria, com multiplicidade inaceitável de valores indenizatórios do dano moral em situações análogas ou mesmo idênticas.

Aflora à tona, ademais, a conveniência de uma base legal para a fixação do valor da indenização, principalmente, quando se tratar do dano moral *in re ipsa* (dano presumido pela simples ocorrência do fato), em face de sua própria natureza objetiva.

Nesse contexto, resultaria apropriada, desde que, considerada passível de flexibilidade pelo Judiciário, justificadamente, a parametrização estabelecida pela extinta Medida Provisória 808, que fixava, isonomicamente, em múltiplos dos limites máximos de benefício previdenciário, para todas as vítimas de um mesmo ato ilícito, o valor da indenização por dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho.

Victor Farjalla



Com esse sentido, merecia a aceitação da AMATRA na ADI 5.870, que requeria a liminar de suspensão da eficácia dos dispositivos atacados *"para o fim de ser dada interpretação conforme à Constituição de sorte a permitir que os órgãos jurisdicionais fixem, eventualmente, decisões superiores aos limites previstos, em decisão fundamentada"*.

De se ressaltar, ainda, que o próprio Judiciário, como antes demonstrado, vem buscando adotar critérios objetivos para padronizar, minimamente, a indenização por dano moral. Por que não a lei?

Resta analisar o critério baseado no salário da vítima para a parametrização legal aqui discutida, trazida pela lei da reforma trabalhista.

Conjugados o princípio da igualdade perante a lei e a natureza extrapatrimonial do dano moral, não há permissão constitucional para a adoção de critério que leve em conta a condição econômica da vítima, desigualando, em abstrato, os igualmente ofendidos pela mesma causa ilícita. Só a liberdade conferida ao julgador, no caso concreto, pode inserir no valor indenizatório tal critério.

Por outro lado, é, ainda, antisonômico não haver paridade no tratamento com base econômica também do ofensor, já que, por múltiplas razões, uma pequena empresa não deve suportar um mesmo valor indenizatório, em nível mínimo que seja, do que uma média e uma grande empresa, por um dano moral da mesma gravidade, não só pela necessidade de sua manutenção para continuidade da função social empresarial (opinião compartilhada da expendida pelo Ministro Gilmar Mendes, em relação a uma

empresa de comunicação), como, também, para adequado efeito punitivo-pedagógico, uma vez que não terá, nesse sentido, o mesmo efeito para uma e outra empresa distintas economicamente, pela capacidade de suportar um mesmo valor indenizatório. Ausência de proporcionalidade inversa da indenização segundo o parâmetro legal.

Na lição de Sepúlveda Pertence, então Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Então, por isso se balançaram os interesses em jogo, para estabelecer, de um lado, uma sanção prêmio; de outro, uma sanção punitiva. A medida me parece plenamente consentânea com o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, que, embora, por um mecanismo de tratamento diferenciado, como ocorre frequentemente, é forma de respeitar o princípio da isonomia.⁴

CONCLUSÃO:

Com base nos fundamentos expostos, o PARECER é no sentido de:

1. Ingressar o IAB na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.069, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil;
2. Aditar às razões de inconstitucionalidade a ausência de paridade de tratamento a ambos os sujeitos do ato ilícito causador do dano moral no que diz respeito à distinção por capacidade econômica, tendo em vista o caráter punitivo-pedagógico da indenização devida ao empregado, em afronta ao princípio da isonomia no critério pessoal de cunho econômico;

⁴ Extraído em : <https://jus.com.br/artigos/33840/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>

Victor Farjalla



3. Não aderir ao fundamento de que a indenização por morte do empregado, como na tragédia de Brumadinho, está sujeita à tarifação do §1º do art. 239 da CLT, tendo em vista que não se trata de dano extrapatrimonial direto de empregador a empregado;
4. Admitir a interpretação conforme para adotar a parametrização apenas como base para o Judiciário, na liberdade da fixação da indenização com ampla reparação do dano e com efeito punitivo-pedagógico, desde que justificadamente, para redução da carga de dissídio jurisprudencial e mínima segurança jurídica.

É o parecer que submeto à elevada apreciação da douta Comissão.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2019.

Victor Farjalla