

A PARAMETRIZAÇÃO DO DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO FACE A INOVAÇÃO DA LEI 13.467 DE 2017

THE PARAMETRISATION OF MORAL DAMAGE IN THE JUSTICE OF LABOR FACTS THE INNOVATION OF LAW 13.467 OF 2017

Adria de Azevedo de Castro

Camila Gomes Serpa¹

Ester Vianna dos Santos²

RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo a análise dos parâmetros elencados nos incisos do parágrafo 1º do art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, proveniente das inovações trazidas pela Lei 13.467 de 2017 – Lei da Reforma Trabalhista. De acordo com a redação do novel artigo, o magistrado deverá se dedicar à observação de certos parâmetros no momento da fixação da reparação pelos danos extras patrimoniais experimentados pelo trabalhador. Nesse contexto, o legislador limitou a indenização por ofensas de cunho moral que os trabalhadores, vítimas da relação de trabalho, podem sofrer conforme seu último salário contratual. Tema contemporâneo e pouco discutido pela doutrina, fazendo-se necessário, portanto, uma abordagem a este instituto, demonstrando se a aplicação de tal dispositivo acabaria por se tornar discriminatória, haja vista que, dentre as diferentes classes de trabalhadores, os que auferem renda menor terão uma desvalorização de seus sentimentos se comparados aos que percebem maior remuneração, considerando a mesma ofensa suportada.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial. Tarifação. Reparação. Indenização.

ABSTRACT

This research's purpose is to analyse the parameters listed in the paragraphs of paragraph 1 of art. 223-G of the CLT - Consolidation of Labor Laws, which originated

¹ Graduandas em Direito pela Faculdade Multivix Castelo,

² Mestre em Sociologia Política pela Universidade de Vila Velha. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Público. Graduação em Direito. Professora na Faculdade Multivix de Cachoeiro de Itapemirim e Faculdade Multivix Castelo.

from the Labor Reform Law number 13467 of 2017. According to the Law article, the magistrate should observe certain parameters when fixing the compensation for the off-balance-sheet damages experienced by the worker. In this context, the legislator limited the compensation for moral offenses that workers, victims of the employment relationship, may suffer according to their last contractual salary. This is a current subject that is rarely discussed by the doctrine so that an approach to this is necessary, showing if the application of such artifact would eventually become discriminatory. Considering that those who receive lower income can feel damaged because there are other employees who receive a higher remuneration.

Keywords: Labor reform. Extra-financial damages. Tarification. Redress. Indemnit

1 INTRODUÇÃO

Nesse artigo serão analisados os parâmetros elencados nos incisos do parágrafo 1º do art. 223-G da CLT, que devem ser considerados pelo juízo no momento da fixação do valor da reparação em relação ao dano experimentado, face à inovação da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

Com o advento da Lei 13.467/2017, a CLT passou a ter um título próprio para tratar do dano moral, intitulado de dano extrapatrimonial. O dano extrapatrimonial é conceituado por Correia (2018, p. 1296) “como toda lesão que atinge os bens imateriais da pessoa, por exemplo, sua honra, seu nome e dignidade”. O dano extrapatrimonial ainda se divide em moral propriamente dito, estético e existencial. No primeiro capítulo tratar-se-á, conceitualmente, sobre essa divisão do dano extrapatrimonial, segundo a doutrina.

De acordo com o art. 223-B da CLT, o dano de natureza extrapatrimonial decorre de ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica. Assim, os requisitos para caracterização do dano extrapatrimonial dependem da prática de uma conduta intencional (ação) ou a prática de uma conduta por inobservância dos deveres de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia). Além disso, é necessário haver nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ao patrimônio moral ou existencial da pessoa física ou jurídica (BERNARDES, 2018). Esses

requisitos serão tratados no capítulo 2 do presente trabalho, a fim de melhor embasar a discussão do terceiro e último.

Ao fixar a indenização pelo dano extrapatrimonial, segundo o art. 223-G da CLT, o magistrado deve considerar alguns critérios, como, por exemplo, a intensidade da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, a situação econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa, além de outros. Esses critérios “devem ser aplicados e analisados pelo juiz, no caso concreto, conforme o padrão que o “homem médio” teria em situação idêntica a do caso *sub judice*, como maneira de assegurar a equidade dos valores fixados a título de indenização nas decisões” (SANTOS, 2018, p. 142). Nesse sentido, a intenção do legislador foi promover segurança jurídica e previsibilidade. Mas, por outro lado, o legislador também estabeleceu parâmetros para a fixação dos valores indenizatórios, conforme o §1º do mesmo artigo, o que acabou por se tornar uma contraposição, pois deve-se analisar as particularidades do caso concreto, contudo restringindo-se aos parâmetros elencados: ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima e valorada com base no salário contratual do ofendido.

Nesse contexto, pergunta-se: a fixação de valor indenizatório a partir do último salário contratual do empregado prejudica a individualização do dano? Trabalha-se com a hipótese que tal disposição ofenda direitos básicos dos trabalhadores, violando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Henrique Correia (2018, p. 1316), “o sistema de tarifação do dano moral nas relações de trabalho é inconstitucional, pois impõe limite injustificado ao valor a ser indenizado àquele que sofreu o dano, o que pode impedir a sua reparação integral”. Sendo um trabalhador, o valor da dor nunca será superior a 50 salários contratuais.

No que tange a metodologia adotada, a pesquisa em questão pode ser classificada como exploratória, pois pretendeu a busca de dados, prestando informações sobre o assunto abordado, estabelecendo critérios e métodos para o desenvolvimento da pesquisa. No que se refere à abordagem, por tratar-se o presente de assunto concernente a ciências humanas, a pesquisa foi qualitativa, de natureza básica. No mesmo sentido, o estudo tem delineamento bibliográfico, valendo-se de autores renomados que brilhantemente dissertam acerca do tema, cujas obras foram

encontradas na biblioteca da instituição de ensino, em sítios eletrônicos, bem como no acervo da Justiça Federal Especializada do Trabalho, além dos livros digitais (e-books), disponíveis para venda.

Para a consolidação da pesquisa em tela foram utilizados diversos autores conceituados, além de outros contemporâneos, tais como Vólia Bonfim Cassar, Maurício Godinho Delgado, Henrique Correia, Simone Soares Bernardes, dentre outros. O trabalho abordará diversos pensamentos de autores renomados que tratam sobre o tema em questão, a fim de que haja um estudo comparado, possibilitando o enriquecimento da pesquisa a partir da abordagem feita de vários ângulos e por diferentes óticas, com um maior embasamento teórico acerca do tema a ser examinado.

Assim, tal estudo demonstra extrema importância, porque além de expor a intenção legislativa de padronizar as indenizações, debate a recente alteração legal do referido dispositivo celetista, colocando na balança o sistema de tarifação do dano extrapatrimonial, com o escopo de se aferir se a fixação da reparação pecuniária segundo o último salário contratual do ofendido é razoável ou se demonstra violação a princípios e garantias constitucionais, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, não é correto prevalecer-se de parâmetro que provoque discriminação ou valoração diferenciada e injustificável entre pessoas naturais, para a fixação do valor indenizatório. Haja vista que a honra, a dignidade, a saúde física e psíquica, bem como outros bens e valores de caráter moral, são intrínsecos a qualquer pessoa, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, e política (DELGADO 2017).

2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

Segundo o entendimento de Correia (2017, p. 926), “dano é o prejuízo causado à pessoa, ou seja, a lesão que pode ser de ordem material, moral ou estética”. A proposta do presente estudo, no entanto, diz respeito ao dano moral especificamente, tratado na seara do Direito do Trabalho, desde o advento da Lei n. 13.467 de 2017, como dano extrapatrimonial. Antes disso o dano moral não tinha previsão legal na CLT.

O Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 186 e 927, dispõe que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, está obrigado a repará-lo.

Sabe-se que a CLT sempre permitiu o uso de fontes externas como, por exemplo, a jurisprudência, a analogia, a equidade, bem como outros princípios e normas gerais de direito, e, expressamente, no então parágrafo primeiro do art. 8º da CLT (à época parágrafo único), antes mesmo da Reforma Trabalhista, já tínhamos o permissivo de que o direito comum fosse fonte subsidiária do direito do trabalho, desde que fossem principalmente compatíveis. Logo, a rigor, nunca houve impedimento legal de que se examinasse a eventual ocorrência e reparação de danos dentro da dimensão dos contratos de trabalho. Contudo, por questões históricas e sociológicas, somente em meados da década de 90 é que a doutrina e a jurisprudência começaram a vislumbrar a figura do dano moral tipicamente trabalhista (DIAS, 2018).

Em consonância com o entendimento de Ana Claudia Schwenck Santos (2018), no começo, a doutrina era ampla em mensurar o dano moral, pretendia ampliar o máximo seu alcance, com o escopo de abarcar todos os prejuízos que produzissem lesão aos direitos imateriais das pessoas naturais, contemplando os direitos relacionados à personalidade, tal como a honra, a liberdade e a integridade moral ou física. Logo, o dano moral não era limitado aos sentimentos do ofendido, mas envolvia quaisquer implicações na capacidade de sentir, ter vontade e compreender dela.

2.1 Dano Moral

Cassar (2018, p. 191) adota o seguinte conceito de 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 à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.”.

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 de que só sofre

dano moral a pessoa natural ou o indivíduo, para atingir também a coletividade ou a pessoa jurídica (CASSAR, 2018, p. 190).

O entendimento de Vólia Bomfim Cassar (2018) é fundado na Súmula 227 do STJ, que diz que pessoa jurídica também pode sofrer dano moral. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 223-D da CLT, que permite a reparação por dano extrapatrimonial decorrente da imagem, marca, nome, segredo empresarial e do sigilo de correspondência da pessoa jurídica, tal como o art. 223-C da CLT autoriza a reparação do dano moral decorrente da honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, auto estima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física da pessoa natural. São as pessoas físicas e jurídicas as titulares exclusivas do direito à reparação (BRASIL, 1943).

São várias as hipóteses para a ocorrência de danos morais na vigência do contrato de trabalho. Para fins da presente pesquisa será dada ênfase ao assédio sexual e moral.

O assédio sexual é crime, previsto no art. 216-A do Código Penal, cuja definição é: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (BRASIL, 1940).

Entretanto, Cassar (2018) entende que o assédio sexual tem contornos mais amplos, transcendendo o tipo penal supracitado, já que é inaceitável que o empregador realize ou consinta com a prática por outrem ou que mantenha ambiente de trabalho inadequado, hostil e ameaçador, sob a ótica sexual. Além disso, tal crime pode ser praticado por empregador ou por empregado, por qualquer das partes, e tal conduta enseja a justa causa ou rescisão indireta.

Nesse sentido, o posicionamento de Cassar (2018, p. 916): “o conceito de assédio sexual deve abraçar toda conduta sexual praticada, normalmente de forma reiterada, contra alguém que a repele”. Em consonância com esse entendimento, Rodolfo Pamplona apud Cassar (2018, p. 916), considera assédio sexual toda “conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cercando-lhe a liberdade sexual”.

Frisa-se o entendimento de Barros (2010, p. 949) de que “a caracterização do assédio sexual pressupõe reiteração, mas poderá configurar-se também por um só incidente, suficientemente grave”. Para a caracterização do assédio sexual, a conduta, o constrangimento, deve ser praticado por quem se prevaleça de sua superioridade hierárquica ou ascendência inerente ao exercício do cargo, emprego ou função. Além de ser crime, o assédio sexual pode ensejar a ruptura contratual na modalidade de rescisão indireta, por culpa do empregador, bem como indenização por danos extrapatrimoniais (BERNARDES, 2018).

Por outro lado, no que tange ao assédio moral, Bernardes (2018, p. 133) disserta que “o assédio moral é uma forma de violência no trabalho que consiste na exposição prolongada e repetitiva dos trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes, praticadas por uma ou mais pessoas”. Delgado (2017, p. 734) assim define assédio moral:

Conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocional graves.

Existem diversas maneiras de manifestação do assédio moral, vezes através de comportamentos inadequados que pretendem inferiorizar o outro, vezes para menosprezar, ofender, humilhar, aterrorizar, em suma, para promover o desequilíbrio emocional dos empregados, que acabam por prejudicar a saúde física e mental, afetando, inevitavelmente, o desempenho laboral e promovendo um ambiente de trabalho desagradável, hostil.

Bernardes (2018, p. 134) diz que “o assédio pode se materializar através de ações diretas (acusações, insultos, gritos, humilhações públicas) quanto indiretas (propagação de boatos, isolamento, recusa na comunicação, fofocas e exclusão social)”.

As condutas, para que sejam taxadas de assédio, devem ter como características a repetitividade, a freqüência e a permanência. O assédio moral, ao contrário do assédio

sexual, não é tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, mas tal qual pode ensejar a rescisão indireta, bem como a reparação pecuniária por danos morais (BERNARDES, 2018).

2.2 Dano Estético

Outra espécie do gênero dano extrapatrimonial é o dano estético. De acordo com Ariane Joice dos Santos (2018), o dano estético é oriundo da modificação física do empregado, de maneira que, em decorrência dessa alteração, lhe seja proporcionada certa feiúra, seja através de uma cicatriz conquistada em um acidente de trabalho ou mesmo numa cirurgia indispensável para a cura de uma doença profissional, ou, ainda, adquirida em uma explosão ou incêndio com implicações na estrutura física do trabalhador.

Desde o Código Civil de 1916, em seu art. 1.538, §2º, já estava presente a preocupação do legislador com a justa reparação pelo dano causado à integridade física da pessoa que resultasse em uma deformidade ou condição física diversa da normalmente atribuída ao corpo. Não obstante, no Código Civil de 2002 o dano estético não foi contemplado de maneira própria, mas, de acordo com Tupinambá (2018), pode ser compreendido na parte final do art. 949.

Para Ana Cláudia Schwenck Santos (2018, p. 137):

O dano estético é toda mudança ocorrida na formação corporal da vítima, decorrente de ato de outrem, que resulte deformação, aleijão ou cicatriz, com efeito de diferenciar o ofendido dos demais membros de seu grupo social e, com isso, provocar sentimento de segregação na vítima. O referido dano atinge a integridade física da vítima, entretanto não precisa, necessariamente, gerar alteração na capacidade laboral para ser indenizado.

Para que seja configurado o dano estético, ele deve ter como característica ser visível, porque, segundo Ana Claudia Schwenck Santos (2018), a alteração no corpo do ofendido é que o faz sentir diferente dos demais que compõem seu grupo social. Se a cicatriz marca ou lesão puder ser escondida, ocultada ou disfarçada pelo ofendido de maneira eficaz, a indenização será em montante inferior para este se comparado àquele indenizado por uma deformidade impossível de ser mascarada.

É necessário, portanto, que haja alteração da harmonia física da vítima para a caracterização do dano estético. A indenização é um instrumento de reparação que objetiva proteger não a beleza física, mas a incolumidade física do ofendido, que integra seu patrimônio subjetivo (TUPINAMBÁ 2018).

De acordo com o entendimento de Ana Cláudia Schwenck Santos (2018), a prova deste dano estético, ocorre através da realização de perícia médica, e o parâmetro de aferição deve compreender a composição física do corpo da vítima, levando em conta o considerado normal desde o nascimento do ofendido, e não padrões sociais impostos ou estereótipos de beleza. Além disso, a lesão deformante capaz de ensejar a reparação por dano estético deve ter caráter de permanência, isso porque a lesão temporária em que seja possível tratamento dá ensejo apenas à indenização por danos morais, mas não o estético, pois compreende o sofrimento produzido no ofendido até sua recuperação.

Nesse sentido, o acidente de trabalho, quando causar dano que afete a estrutura física do obreiro, poderá caracterizar tanto o dano patrimonial como extrapatrimonial, e este último pode abarcar as modalidades de dano moral e dano estético. Esse entendimento é do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Súmula n. 387), que considera lícita a cumulação das indenizações de dano estético e de dano moral, pois são independentes entre si.

2.3 Dano Existencial

O dano existencial, de acordo com o entendimento de Ariane Joice dos Santos (2018), diz respeito àquela lesão que nasce através da conduta do empregador em relação ao empregado, sendo aquele capaz de privar este último do direito ao convívio em sociedade e ao lazer, mormente o excesso de atividades laborais que acabam por atingir a vida pessoal do empregado, repercutindo em grande escala.

É a privação de participar das datas festivas, de presenciar as comemorações familiares, de acompanhar os filhos às consultas médicas ou de simplesmente tirar uma folga para praticar uma atividade física, de ter lazer. Ana Cláudia Schwenck Santos (2018, p. 138) assim define o dano existencial:

O dano existencial é aquele decorrente de conduta ilícita do empregador, que atinge a psique da vítima e tem por consequência limitar a vontade e o intelecto dela, gerando uma frustração do projeto de vida pessoal. Envolve as hipóteses de trabalho muito além da jornada habitual (o trabalhador é exigido pelo empregador, inclusive nos momentos destinados ao descanso, mesmo fora do local e dos dias de trabalho habituais) e até de assédio moral que ultrapassa os limites do local de trabalho (o empregador contata empregado para cobrar metas em dias e horários de folga do obreiro).

O dano existencial provoca uma mudança na rotina da vítima, mediante uma obrigação ou proibição injetada em seus hábitos que dificultam ou impossibilitam a interação social e os períodos de lazer que são fundamentais principalmente, dentre outros motivos, para a manutenção da saúde. Segundo Tupinambá (2018), tal modalidade de dano é reconhecida sempre que o empregador, utilizando-se de seu poder diretivo, exigir do empregado labor excessivo, desrespeitando as regras de segurança e medicina do trabalho e as jornadas de trabalho legalmente previstas, acarretando prejuízo à existência do trabalhador, ao seu plano de vida e a sua convivência familiar.

Segundo Ana Cláudia Schwenck Santos (2018, p. 138), “o Tribunal Superior do Trabalho destacou como elementos aptos a comprovar o direito à indenização: o ato ilícito, o dano ao projeto de vida da vítima, o nexo de causalidade e a prova concreta do dano”.

3 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Sabe-se que a Reforma Trabalhista acresceu à CLT um novo título, que trata exclusivamente sobre dano extrapatrimonial. Nesse contexto, o art. 223-A da CLT, *in verbis*: “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

A expressão “apenas” incluída no dispositivo, a fim de limitar a responsabilidade por dano extrapatrimonial tão somente às normas tuteladas pelo referido título da CLT, foi bastante criticada pela doutrina, haja vista haverem permissivos legais contidos no mesmo Código para que sejam usadas fontes alternativas nas hipóteses em que haja na CLT, lacuna legislativa ou omissão, elegendo o direito comum como fonte

subsidiária do direito do trabalho. Acerca de tal discussão, Henrique Correia (2018, p. 1299) se posiciona no seguinte sentido:

A restrição da responsabilidade por dano extrapatrimonial apenas às normas contidas no título II-A da CLT não deve prevalecer quando a própria CLT não possuir norma regulamentando determinado tema sobre a indenização por danos extrapatrimoniais.

Em resumo, aquilo que foi regulamentado nos novos art. 223-A a 223-G da CLT deve ser aplicado na hipótese de indenização por dano extrapatrimonial, quando não houver normas mais favoráveis ao trabalhador. Por outro lado, havendo lacunas ou incompletudes dessa nova regulamentação, é plenamente possível a utilização dos demais dispositivos presentes no ordenamento jurídico, especialmente no Código Civil, que permitem viabilizar a completude da interpretação do instituto e evitar prejuízos aos trabalhadores.

De acordo com o art. 223-B da CLT, o dano de natureza extrapatrimonial decorre de ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica. Assim, os requisitos para caracterização do dano extrapatrimonial dependem da prática de uma conduta intencional (ação) ou a prática de uma conduta por inobservância dos deveres de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia). Além disso, é necessário haver nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ao patrimônio moral ou existencial da pessoa física ou jurídica (BERNARDES, 2018).

Existem, no entanto, situações em que o nexo de causalidade poderá ser afastado, como a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Em se tratando de incidência de qualquer das hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, não haverá o dever de indenizar pelo causador do dano (CORREIA, 2018).

O teor do novel art. 223-B da CLT são titulares exclusivas do direito à reparação a pessoa física ou jurídica cuja esfera moral ou existencial tenha sido lesada, senão vejamos, *ipsis litteris*: “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” (BRASIL, 2017).

Da leitura do supracitado artigo depreende-se que o legislador pretendeu limitar o direito de reparação pelo dano extrapatrimonial ao ofendido, exclusivamente, afastando expressamente, por isso, os sucessores e demais titulares do direito de

pleitear a reparação. Por oportuno, cumpre citar os ensinamentos de Henrique Correia (2018, p. 1303):

Em regra, a indenização por dano moral realmente só pode ser postulada pela própria vítima, porque os direitos da personalidade são personalíssimos e, portanto, intransmissíveis. Contudo, esta regra comporta exceção no caso de falecimento da vítima. Nesta hipótese, a pretensão reparatória, transmite-se aos sucessores [...].

Nesse mesmo sentido dispõe o art. 943 do Código Civil: “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança” (BRASIL, 2002). Logo, a pretensão do legislador, de acordo com o entendimento supra, não merece prosperar. Nesse sentido, também prevê o STJ:

O entendimento hoje prevalecente no STJ é o de que a exegese sistemática dos arts. 12 e 943 do CC/02 permitem concluir que o direito à indenização, isto é, o direito de se exigir a reparação do dano, inclusive de ordem moral, é assegurado aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Vale dizer que, o direito que se sucede é o de ação, de caráter patrimonial, e não o direito moral em si, personalíssimo por natureza e, portanto, intransmissível (STJ, 2008, Resp 1.071.158/RJ).

Cassar (2018) também compactua com o entendimento de que está resguardada a possibilidade de sucessão, ou seja, faz os herdeiros jus a indenização pelo dano causado ao *de cuius*. Além disso, segundo Vólia Bomfim Cassar apud Henrique Correia (2018), a inovação legislativa trazida pela Lei 13.467/2017 não alterou a possibilidade de se postular a indenização na Justiça do Trabalho do dano moral reflexo ou em ricochete.

O dano em ricochete ocorre quando a lesão é dirigida a uma pessoa, mas os efeitos da ofensa são recebidos por outra. É o que ocorre com o falecimento da pessoa em razão de uma lesão sofrida. [...] Assim, na hipótese de falecimento do trabalhador por acidente de trabalho, os herdeiros têm direito de exigir, em nome próprio, a reparação do dano moral reflexo ou em ricochete, em razão da violação de bens tutelados do falecido que transcendem seu falecimento, como o respeito ao nome, à sua honra, identidade, etc. (CORREIA, 2018, p. 1305).

Sobre o tema, o Enunciado nº 20 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que, apesar de não apresentar caráter vinculativo, expressa o posicionamento de parte da seara trabalhista:

Dano extrapatrimonial: Limites e outros aspectos. Danos extrapatrimoniais. O artigo 223-B da CLT, inserido pela Lei 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei 7.437/1985 e no título III do Código de Defesa do Consumidor (JORNADA NACIONAL, 2017).

No que diz respeito ao ofensor, segundo Bernardes (2018), “qualquer um que tenha participado da ofensa irá responder pelo dano extrapatrimonial, com a observância do grau de participação na lesão”. Tal entendimento é depreendido da redação do art. 223-E da CLT.

4 CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DO VALOR DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Antes do advento da Lei 13.467/2017, o arbitramento da indenização por danos morais era pautado nas normas constitucionais e regido pelo Código Civil, observando alguns critérios para garantia de que o valor da indenização não seria irrisório a ponto de causar constrangimento à vítima e tampouco exorbitante a ponto de implicar o enriquecimento ilícito do ofendido. Entretanto, o novel art. 223-G da CLT (BRASIL, 1943) fixou os seguintes critérios para arbitramento do valor do dano extrapatrimonial:

- I - A natureza do bem jurídico tutelado;
- II - A intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - A possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - Os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - A extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - As condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - O grau de dolo ou culpa;
- VIII - A ocorrência de retratação espontânea;
- IX - O esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - O perdão, tácito ou expresso;
- XI - A situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - O grau de publicidade da ofensa.

De acordo com o caput do referido artigo, fica a cargo do magistrado considerar todas essas hipóteses elencadas nos incisos I a XII ao apreciar o pedido, no momento da fixação da indenização. Esses parâmetros, de acordo com Ana Cláudia Schwenck Santos (2018, p. 142) “devem ser aplicados e analisados pelo juiz, no caso concreto, conforme o padrão que o “homem médio” teria em situação idêntica a do caso *sub judice*, como maneira de assegurar a equidade dos valores fixados a título de indenização nas decisões”.

Ocorre que, segundo Ana Cláudia Schwenck Santos (2018), por ser nossa sociedade heterogênea, não seria possível aferir um padrão homem médio, razão por que o próprio magistrado acaba por se colocar em lugar da vítima, por perseguir a fixação de uma indenização justa. Esse procedimento mostra-se um tanto inadequado, pois não se pode esperar que os magistrados recriem os fatos ou coloquem-se no lugar das vítimas para que, somente então, sejam capazes de avaliar a gravidade do dano e fixar a respectiva indenização. Esse procedimento promove demasiado desgaste e distorções pela própria disposição psicológica dos juízes.

De um lado a intenção do legislador foi de equilibrar os valores arbitrados, de modo a promover segurança jurídica e previsibilidade, consoante o disposto nos incisos do art. 223-G da CLT. Contudo, sob outra ótica, estabeleceu parâmetros para a fixação dos valores indenizatórios, conforme o §1º do mesmo artigo, o que acabou por se tornar uma contraposição, pois deve-se analisar as particularidades do caso concreto, mas restringindo-se aos parâmetros elencados. Senão, vejamos:

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.

É de difícil comprovação os sentimentos, como a dor, a raiva, a angústia. Por isso, sabemos que a fixação da indenização a ser paga à vítima por pessoa alheia, que não experimentou a ofensa, é deveras dificultosa. Não bastando, o magistrado terá ainda que se limitar a um teto, segundo parâmetros pecuniários, pautando-se no salário do trabalhador, para arbitrar a respectiva indenização.

A aferição da efetiva ocorrência do dano moral (*lato sensu*) e o próprio cálculo da respectiva reparação correspondem 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 (isto é, o efetivo prejuízo à moral, inclusive à estética, ou à imagem) (DELGADO, 2017, p. 712).

A fixação da indenização tem o condão de trazer alívio e conforto à vítima, como uma forma de compensação, já para o ofensor, trata-se de uma advertência a fim de corrigir e ajustar a sua própria conduta, ou de sua empresa. Não deve ser inexpressiva a ponto de não cumprir os requisitos reparadores, e nem demasiada a ponto de causar enriquecimento ilícito para o ofendido (DELGADO 2017).

Esse sistema de tarifação do dano extrapatrimonial, com a imposição de limites aos valores de indenização, deve ser respeitado pelo juiz, sendo vedada a cumulação (CORREIA, 2018). Nesse sentido, fixando o valor da indenização por dano extrapatrimonial, de acordo com os parâmetros, vinculando-a ao salário percebido pelo ofendido, inevitavelmente injustiças ocorrerão. Sobre essa reflexão, exemplifica Henrique Correia (2018, p. 1316):

Suponha-se que, em um mesmo evento, venham a falecer por acidente de trabalho em uma obra, o pedreiro, cujo salário é de R\$ 1.000,00 e o engenheiro, com salário de R\$5.000,00.

Pelas novas regras previstas pela Reforma Trabalhista, o dano moral para o pedreiro seria limitado a R\$50.000,00, caso considerada ofensa de natureza gravíssima, enquanto que, para o engenheiro seria de R\$250.000,00 nas mesmas condições. A vida do engenheiro teria valor superior a do pedreiro? A violação do direito de personalidade de um empregado em relação ao outro merece tratamento diferenciado?

A CLT não aborda os conceitos de ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima. Por isso, tal valoração ficará a cargo do magistrado. De acordo com Bernardes (2018), esses parâmetros são alvos de severas críticas pela doutrina, isso porque implica em violação ao princípio constitucional da isonomia. Conforme vimos no exemplo supra, estipular como parâmetro de fixação da indenização o salário contratual do ofendido valoriza mais a honra, a intimidade, a imagem, etc., daquele que tem o contracheque mais alto, de modo que o empregado mais simples, denominado “chão de fábrica”, suscetível a maiores possibilidades de sofrer por doenças e acidentes por estar exposto a condições árduas de trabalho, em razão de auferir salário menor receberá indenização com valor muito inferior.

Ao estabelecer como parâmetro para fixação do valor indenizatório o último salário contratual do ofendido, verifica-se um tratamento diferenciado e discriminatório tendo

em vista que empregados que recebem valor salarial menor em comparação a outros, seriam prejudicados nos casos envolvendo a mesma lesão a direitos (GARCIA, 2018). Destarte, se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada de acordo com os mesmo parâmetros supracitados, contudo considerará o salário contratual do ofensor (art. 223-G, §2º, CLT).

Como se não bastasse, o sistema de tarifação do dano extrapatrimonial ainda cria outro inconveniente, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves apud Henrique Correia (2018, p. 1317):

O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências da prática do ato ilícito e as confrontar com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

A indenização por dano moral não tem caráter apenas compensatório pelo dano experimentado, mas também pedagógico e punitivo, com o escopo de se reprimir a ocorrência da conduta lesiva (CORREIA, 2018).

O art. 223, §3º, da CLT, prevê que, na hipótese de reincidência, o juiz poderá elevar ao dobro o valor da indenização. Entretanto, o referido dispositivo dispõe que somente caracterizar-se-á a reincidência entre partes idênticas. Logo, se novo dano é causado pelo mesmo empregador, porém a empregado diverso, não se fala em reincidência (BRASIL, 2017).

Nesse sentido nos ensina Henrique Correia (2018), quando diz que o artigo precitado impede a majoração da indenização fixada quando o empregador cometer a conduta ilícita contra vários empregados, haja vista a reincidência se caracterizar apenas se ocorrer o ato lesivo entre as mesmas partes. Correia (2018, p. 1318) defende a inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT e disserta no seguinte sentido:

O art. 223-G da CLT deverá, no futuro, ser declarado inconstitucional pelo STF. A tarifação do dano moral viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III e 5º da Constituição Federal, ao estabelecer o limite para a violação de um direito da personalidade da pessoa. Além disso, o próprio STF e STJ não admitiram o sistema de tarifação que era previsto na Lei de Imprensa.

Lamentavelmente, até que a inconstitucionalidade do novel artigo 223-G da CLT seja efetivamente declarada e sua aplicação seja afastada pelo TST e STF, inúmeros empregados sofrerão os efeitos desse dispositivo, tendo o valor dos danos morais experimentados restritos ao teto previsto no §1º do mesmo artigo, segundo o salário auferido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese às inovações trazidas pela Lei nº 13.467 de 2017, de acordo com a redação do parágrafo primeiro do novel artigo 223-G da CLT, o magistrado deverá observar determinados parâmetros no momento da fixação da indenização pelo dano extrapatrimonial experimentado pelo trabalhador. Nesse sentido, através da quantificação do dano extrapatrimonial, o legislador teve a intenção de equilibrar os valores arbitrados a título de indenização, objetivando a promoção de segurança jurídica e previsibilidade.

Não obstante, no decorrer da pesquisa em tela foi possível identificar, através da análise de diversas obras de autores clássicos e contemporâneos, a existência de uma contraposição à intenção legislativa, vez que ao estipular como parâmetro de fixação da indenização o último salário contratual do ofendido, valoriza-se mais a honra, a intimidade e a imagem daquele empregado que aufere uma renda maior, se comparado ao empregado mais simples, que por perceber remuneração inferior terá, conseqüentemente, uma desvalorização de seus sentimentos, isso considerando a mesma ofensa suportada por ambos.

Essa parametrização prejudica a individualização do dano experimentado, haja vista que ao magistrado completamente alheio à ofensa incumbe colocar-se no lugar da vítima para que seja capaz de avaliar a gravidade do dano e classificá-lo em leve, médio, grave e gravíssimo, além de limitar-se a um teto pautado no último salário contratual do trabalhador para, somente então, arbitrar a respectiva reparação.

A tarifação do dano extrapatrimonial limitada ao último salário contratual do ofendido soa um tanto quanto discriminatória, além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988), bem como o princípio constitucional da isonomia, vez que os empregados, vítimas de idêntica

ofensa, receberão valores indenizatórios distintos, preestabelecidos segundo um critério objetivo.

6 REFERÊNCIAS

BERNARDES, Simone Soares. **Direito do Trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2018.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 de jun. de 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ed. Ltr, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Resumo de Direito do Trabalho**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980146/cfi/6/10!/4/10/4@0:100>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ed. Ltr, 2017.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho: para os concursos de analista do TRT e MPU**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

_____. **Direito do Trabalho**: Coleção Concursos Públicos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivim, 2018.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. et al. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista**: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, G.F.B. Reforma Trabalhista: Análise Crítica da Lei 13.467/2017. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018.

JORNADA Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho: Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Disponível em: <
<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 16 de jun. de 2018.

SANTOS, Ana Claudia Schwenck. Dano Extrapatrimonial. In: MANNRICH, Nelson. **Reforma Trabalhista**: Reflexões e Críticas. São Paulo: LTr, 2018.

SANTOS, Ariane Joice dos. **Direito Individual do Trabalho** - Com Apontamentos da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Medida Provisória n. 808/2017 (vigência encerrada). São Paulo: LTr, 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1071158 RJ 2008/0146386-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 25 de out. de 2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21050320/recurso-especial-resp-1071158-rj-2008-0146386-9-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 de jun. de 2018.

TUPINAMBÁ, Carolina. **Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018.