

DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA TRABALHISTA: um pouco do que não está escrito na CLT

EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE IN LABOR REFORM: a little of what is not written in the CLT

Antonio Umberto de Souza Júnior¹
Ney Maranhão²

*“Não tem dó no peito
Não tem jeito
Não tem coração que esqueça
Não tem ninguém que mereça
Não tem pé não tem cabeça
Não dá pé, não é direito
Não foi nada, eu não fiz nada disso
E você fez um bicho de 7 cabeças,
Bicho de 7 cabeças...”³*

RESUMO: Este estudo faz uma análise crítica da regência jurídica celetista conferida aos danos extrapatrimoniais, com ênfase naquilo que não está expressamente consignado na lei. Abordam-se a não taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação, a possibilidade de reparações não pecuniárias do dano extrapatrimonial trabalhista, a permanência da plena reparabilidade dos danos morais coletivos ocorridos na esfera trabalhista, a teoria do piso implícito conducente a valores mínimos de reparação do dano extrapatrimonial, a possibilidade de diálogo com o Código Penal para definição dos graus de gravidade do dano extrapatrimonial em matéria de acidente do trabalho e a necessidade da regra de tarifação prévia do valor reparatório de danos extrapatrimoniais prestar obediência aos ditames constitucionais. O texto intenta descortinar caminhos hermenêuticos no marco dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista. Danos extrapatrimoniais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A não taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação. A força irresistível dos direitos fundamentais; 3. As reparações não pecuniárias do dano extrapatrimonial trabalhista; 4. A permanência da plena reparabilidade dos danos morais coletivos ocorridos na esfera trabalhista; 5. A teoria do piso implícito. Valores mínimos de reparação do dano extrapatrimonial; 6. Dialogando com o Código Penal: possível parâmetro analógico para definição dos graus de gravidade do dano

Artigo recebido em 09/09/2018.

Artigo aprovado em 10/10/2018 e 12/10/2018.

¹ *Antonio Umberto de Souza Júnior* é Professor Universitário. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009). Advogado (1986-1993). Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília/DF (TRT da 10ª Região). E-mail: antonio.umberto.jr@gmail.com

² *Ney Maranhão* é Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-graduação *stricto sensu*). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor convidado de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8ª Região/PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com

³ Trecho da letra da canção Bicho de Sete Cabeças, de Renato Rocha, Geraldo Azevedo e Zé Ramalho.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 152-173, Mai-Ago/2018



extrapatrimonial em matéria de acidente do trabalho; 7. O caráter volátil das circunstâncias a serem consideradas no arbitramento do dano extrapatrimonial; 8. Tarifação prévia do valor reparatório de danos extrapatrimoniais e necessária observância dos ditames constitucionais; 9. Para encerrar a conversa; 10. Referências.

ABSTRACT: This study makes a critical analysis of the juridical legal regime conferred on extrapatrimonial damages, with emphasis on what is not expressly stated in the law. It addresses the non-exhaustive nature of the extrapatrimonial damages of workers susceptible to violation and repair, the possibility of non-pecuniary reparations of extra-patrimonial labor damages, the permanence of full reparability of collective moral damages occurred in the labor sphere, the theory of implicit floor leading to minimum values of reparation of extrapatrimonial damage, the possibility of dialogue with the Penal Code to define the degrees of severity of the extrapatrimonial damage in the matter of work accidents and the need for the rule of prior pricing of the reparative value of off-balance sheet damage in accordance with the constitutional dictates. The text tries to unveil hermeneutical paths within the framework of fundamental rights.

KEYWORDS: Labor reform. Extrapatrimonial damages.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The non-exhaustive nature of the extrapatrimonial damages of workers susceptible to violation and repair. The irresistible force of fundamental rights; 3. Non-pecuniary reparations of labor extrapatrimonial damages; 4. The permanence of full reparability of collective moral damages occurred in the labor sphere; 5. The implicit floor theory. Minimum values of reparation of extrapatrimonial damages; 6. A dialogue with the Penal Code: possible analogue parameter to define the degrees of severity of extrapatrimonial damage in the matter of work accidents; 7. The volatile nature of the circumstances to be considered in the arbitration of the extrapatrimonial damage; 8. Previous assessment of the reparatory value of extrapatrimonial damages and necessary observance of the constitutional parameters; 9. To end the conversation; 10. References.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as muitas inovações (e tentativas retóricas de inovações) que a Lei nº 13.467/2017 trouxe para o mundo do trabalho está a inédita disciplina de um sistema legal regulador do dano extrapatrimonial na seara laboral. O conjunto de dispositivos introduzidos na CLT com tal propósito (arts. 223-A a 223-G) teve a ambição de maximamente demarcar as espécies de danos reparáveis e limitar, com um rigoroso tabelamento, as respectivas indenizações.

No presente estudo, busca-se jogar luz sobre *o que não está expressamente escrito no texto legal* e, com isso, buscar contornar as dificuldades operacionais e inconstitucionalidades ensejadas por esse ponto da chamada Reforma Trabalhista⁴. Nesta perspectiva, propomos abordar os seguintes temas:

- a) a aparente taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação;
- b) a aparente impossibilidade de se recorrer a modos não pecuniários de reparação

⁴ Sobre o inteiro teor da chamada Reforma Trabalhista, conferir nossa obra, escrita com *Fabiano Coelho de Souza* e *Platon Teixeira de Azevedo Neto*: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da MP nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

do dano extrapatrimonial trabalhista;

c) a aparente impactação do novo regime celetista de reparação do dano extrapatrimonial perante os danos morais coletivos;

d) a falta de indicação de valores mínimos a considerar quando tomada em conta a tabela legal de reparações do dano extrapatrimonial;

e) a possibilidade de empréstimo analógico da gradação das penas atribuídas ao crime de lesão corporal, no Código Penal, para definição dos graus de gravidade do dano extrapatrimonial em matéria de acidente de trabalho;

f) a classificação e modo de análise e uso das circunstâncias a serem consideradas no arbitramento do dano extrapatrimonial;

g) a ilimitabilidade do valor do dano extrapatrimonial nos casos fora da curva de cotidianidade.

Dada a caducidade e a ausência de regulamentação dos efeitos da Medida Provisória nº 808/2017, que superara ou atenuara alguns dos graves problemas gerados pelo novo sistema legal de tarifamento do dano moral, a análise terá como norte o texto original da Lei nº 13.467/2017, em pleno vigor.

2 A NÃO TAXATIVIDADE DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS DOS TRABALHADORES SUSCETÍVEIS DE VIOLAÇÃO E REPARAÇÃO. A FORÇA IRRESISTÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira questão a merecer nossa atenção diz respeito ao tratamento legal assimétrico que o legislador reformista emprestou ao delimitar rigorosamente quais direitos fundamentais dos trabalhadores estariam propensos à reparação pecuniária e, simultaneamente, contemplar um menu apenas exemplificativo de direitos fundamentais dos empregadores que poderiam propiciar indenização no campo extrapatrimonial.

Eis os textos legais em que tal assimetria normativa é percebida, com grifos nossos:

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.

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.

A assimetria legal fez-se de um modo sutil – ao invés de usar advérbios (“somente”,

“exemplificadamente” etc), o legislador reformista utiliza o artigo definido quando trata dos “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, insinuando a ideia de uma lista exaustiva, e, ao abordar os “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”, omite o artigo definido, apontando discretamente que a lista legal é meramente ilustrativa.

A fórmula encontrada é juridicamente desastrosa:

a) de um lado inaugura uma fratura do princípio isonômico em sentido inverso ao que se aceita e se defende no Direito do Trabalho, onde a tendência histórica, atrelada à principiologia, origem e ontologia deste segmento da ciência jurídica, tem sido invariavelmente de trazer a máxima amplitude de proteção jurídica aos empregados, seja no plano do direito material, seja no campo processual, dada a sua situação de vulnerabilidade contratual;

b) as disposições também maculam o postulado constitucional isonômico na esteira do que chamamos de perspectiva “externa”, porquanto os seres humanos investidos no papel social de trabalhadores passariam a deter um patamar jurídico de proteção imaterial injustificadamente inferior em relação aos seres humanos não investidos nesse papel social;

c) igualmente, tais preceitos parecem ferir o postulado isonômico no que chamamos de perspectiva “interna”, haja vista que os seres humanos investidos no papel social de trabalhadores-empregados passariam a deter um patamar jurídico de proteção imaterial injustificadamente inferior em relação aos seres humanos investidos no papel social de trabalhadores-não empregados (autônomos, avulsos, voluntários etc.);

d) o texto legal tenta comprimir a tutela de direitos extrapatrimoniais a partir de uma técnica de expurgo de bens e valores constitucionalmente assegurados, em desalinho insuportável com o princípio da supremacia da constituição que permite ao legislador ordinário reiterar, regulamentar e ampliar os direitos fundamentais que a Constituição Federal garanta – jamais restringi-los ou descartá-los;

e) esses enunciados legislativos também ofendem, de maneira gritante, a cláusula constitucional de fomento à melhoria da condição social da classe trabalhadora (CF, art. 7º, caput, parte final), cuja eficácia jurídico-constitucional mínima está a revelar uma lógica de constante *progressividade* dos direitos titularizados pelos obreiros e não sua abrupta e desfundamentada constrição, retrocesso normativo esse não permitido também a nível de proteção internacional dos direitos humanos (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDESC], art. 2º, item 1 – promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992);

f) de quebra, ao traçar a distinção do diâmetro de bens tuteláveis a partir da

natureza da pessoa (humana ou natural – e não a antiquada expressão “pessoa física” adotada no texto legal – ou jurídica), cria uma curiosa (e igualmente insuportável) assimetria de tratamento entre os empregadores no Brasil, como se os empregadores que sejam pessoas naturais não tenham marca, segredos empresariais ou sigilo das comunicações a zelar.

A se levar a sério o que está dito no texto legal, sequer a vida do trabalhador e do empresário individual constitui bem tutelado digno de reparação na seara laboral, o que é um evidente absurdo⁵.

Portanto, a interpretação e aplicação coerentes com a Constituição Federal impõem que se considere como meramente exemplificativa a lista legal de bens tutelados quando a vítima seja uma pessoa natural, a despeito da sutileza gramatical discriminatória do texto do art. 223-C da CLT.

3 AS REPARAÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA

Outro aspecto invisível no novo sistema legal de regulação do dano extrapatrimonial trabalhista é a admissão de outras possibilidades reparatórias não monetizadas. Não indica nem insinua o legislador reformista, ao longo dos 8 artigos da CLT dedicados ao dano extrapatrimonial, que possa o causador do dano ser compelido a promover outros modos de reparação do mal promovido que não passem (ou não passem exclusivamente) pelo pagamento de uma indenização.

Todavia, a ideia universal de reparabilidade do dano jamais esteve atrelada, de forma indissociável e exclusiva, ao pagamento de um valor em dinheiro para compensar a perda

⁵ “Por isso, a estranha carga de taxatividade que emana do artigo (“são os bens juridicamente tutelados (...)” – grifamos), a ponto de perder a oportunidade de se atribuir um expresso e sábio caráter exemplificativo ao rol de bens jurídicos tutelados (um singelo “entre outros” serviria), é de causar rubor ao estudioso minimamente familiarizado com o assunto. Perceba-se que o legislador reformista, em sua **pulsão de infalibilidade normativa**, acabou cometendo o desatino de olvidar bens jurídicos centrais à tutela da dignidade humana, como a própria **vida**, a **segurança**, a **vida privada**, a **integridade moral e psíquica**, a **igualdade** (com o respectivo respeito à identidade de gênero e repressão a posturas discriminatórias, como em relação à nacionalidade, naturalidade, posição social, deficiências orgânicas e por outras razões repugnantes), as **liberdades de pensamento**, de **expressão artística**, de **credo**, de **participação política**, de **reunião para fins pacíficos** e de **comunicação** e mesmo o **acesso à justiça** (CF, arts. 5o, *caput*, I, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XII, XVI e XXXV, e 7o, XXX, XXXI e XXXII, para ficar em apenas alguns exemplos ilustrativos), todos igualmente “inerentes à pessoa física” (*rectius*: “pessoa humana”)) (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*, 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 129-130).

espiritual.

Essa concepção não financeira das reparações tem marcado as compensações de cunho material no campo ambiental, inclusive labor-ambiental. Ao invés de impor uma indenização pecuniária, podem surgir outras modalidades reparatórias, muitas vezes mais eficazes, inclusive no plano pedagógico. Assim, a confecção de cartilhas acerca dos riscos ambientais ou a substituição de equipamentos ou melhorias prediais podem ter mais efeito reparador – e preventivo – que a mera paga de um valor. Afinal, a paga de uma expressão monetária pode incutir na mentalidade do causador do dano a impressão de que, “pagando bem, que mal tem?”, assimilando, em tom coloquial, o que em acepção técnico-jurídica constituiria a leitura mais superficial do princípio do poluidor-pagador.

O uso das condenações para superação dos problemas detectados pode ter um efeito bem mais benéfico para a coletividade que a mera entrega de dinheiro às vítimas, exclusivamente. É mesmo de se lamentar que não se tenha consolidado ainda uma cultura jurídica que vá além das reparações pecuniárias. O exemplo das reclamações de adicional de insalubridade é bem eloquente para demonstrar aquilo que se pondera aqui. Usualmente, os trabalhadores, individualmente ou em ações plúrimas ou ainda por intermédio da substituição processual sindical, buscam a reparação exclusivamente retrospectiva, postulando o pagamento do adicional de insalubridade pelos riscos de adoecimento propiciados pela presença de agentes nocivos. Rarissimamente assiste-se a uma iniciativa de provocação da jurisdição estatal com o propósito de superação do ambiente agressivo à saúde dos trabalhadores, seja por tutelas inibitórias, seja por tutelas de cunho prestacional, a despeito da utilidade da medida e da previsão legal expressa ao menos no plano das tutelas coletivas em geral (Lei nº 7.347/85, art. 11).

No campo extrapatrimonial, a nova disciplina sob exame reforça a impressão de não haver outros modos reparatórios que não passem pelo pagamento de uma indenização. Cuida-se de mais uma oportunidade perdida pelo legislador reformista para não apenas demonstrar conhecimento mínimo dos debates atuais do fenômeno jurídico, mas também vertê-los explicitamente em lei por meio de diretrizes portadoras de eficácia real para a solução do terrível problema de violação de bens jurídicos imateriais em terreno pátrio, como se daria com o fomento a medidas preventivas e de remoção do ilícito.

Todavia, talvez bem mais que no plano dos danos materiais, determinadas obrigações de fazer ou não fazer podem gerar para a vítima uma satisfação e sensação de bem-estar com

maior impacto que o recebimento de uma indenização. Daí prever o art. 3º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho (CLT, art. 769), a possibilidade de imposição de obrigações de fazer ou não fazer, além das reparações financeiras.

À guisa de exemplos, podemos cogitar das seguintes reparações não pecuniárias:

a) construção de equipamentos públicos e benfeitorias de uso comum, nas situações de trabalho degradante (por oferta de água contaminada ou sem nenhum conforto ergonômico, por exemplo);

b) entrega de carta de boas referências ao empregado moralmente ofendido por algo que não tenha feito;

c) publicação de esclarecimentos ou pedidos de desculpas nas dependências da empresa e na mídia;

d) realização de atividades formativas para prevenção de novas lesões (distribuição de cartilhas, cursos de reciclagem de gestores, palestras temáticas etc.).

Tais possibilidades também recebem os bons fluidos inspiradores pela aplicação supletiva (CPC, art. 15) do art. 139, IV, do CPC, que confere ao juiz amplos poderes criativos no momento da definição do modo de cumprimento de uma decisão condenatória, ao assinalar que lhe incumbe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

Portanto, não está o juiz do trabalho refém da hipótese meramente pecuniária no momento de deliberar sobre a reparação do dano extrapatrimonial, podendo fixar outros instrumentos satisfativos, alternativa ou cumulativamente em relação ao pagamento de uma indenização.

Obviamente, tratando-se de ação individual, o magistrado estará adstrito ao pedido do autor. Tratando-se, porém, de ação coletiva, um punhado de flexibilidade é medida coerente com o microsistema processual coletivo, que prima pela tutela mais adequada do interesse metaindividual em jogo no processo.

Individual ou coletiva a ação, o certo é que a reparação do dano extrapatrimonial pode compreender outras dimensões além da pecuniária.

4 A PERMANÊNCIA DA PLENA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS COLETIVOS OCORRIDOS NA ESFERA TRABALHISTA

A terceira indagação formulada diz respeito à continência do dano moral coletivo na disciplina legal focalizada neste estudo. Em verdade, a posição topográfica dos dispositivos novos que regulam o dano extrapatrimonial trabalhista na CLT e a sua interpretação sistemática já permitem a conclusão de que o dano moral coletivo não se acha ali contemplado.

Deveras, topograficamente, o legislador inseriu um novo Título II-A para tratar do dano extrapatrimonial, logo após o Título I (Normas Gerais de Tutela do Trabalho) e antes do Título III (Normas Especiais de Tutela do Trabalho) – distante das porções da CLT dedicadas à regência das relações coletivas de trabalho – Título IV-A (Comissão de Representantes dos Empregados), Título V (Organização Sindical) e Título VI (Convenções Coletivas de Trabalho). Ou seja, os dispositivos novos estão insertos no conjunto de normas que, em geral, regem as relações trabalhistas individuais.

Por outro lado, ao enumerar as circunstâncias e valores a serem considerados para o arbitramento do dano extrapatrimonial, os novos dispositivos claramente identificam situações incompatíveis com as relações coletivas de trabalho. São reveladoras da vocação de aplicabilidade exclusivamente voltada às relações individuais:

a) a menção aos bens tutelados da pessoa “física” ou jurídica ao especificar os objetos reparáveis (CLT, arts. 223-B, 223-C e 223-D);

b) a menção “a cada um dos ofendidos” no instante em que a lei introduz a tabela de valores para indenização (CLT, art. 223-G, § 1º), deixando bem claro que a reparação visa indivíduos e não grupos, a coletividade ou interesses difusos;

c) a vinculação, de constitucionalidade extremamente duvidosa, dos valores da indenização do dano extrapatrimonial ao salário contratual do ofendido (CLT, art. 223-G, § 1º, I a IV), a reforçar o caráter individualista do novo regime legal indenizatório analisado.

Como se vê, seja na perspectiva formal-topográfica, seja na perspectiva da própria regência técnico-jurídica, a conclusão natural é a de que a sistemática recém-impressa na CLT a respeito dos danos extrapatrimoniais guarda relação direta com discussões exclusivamente individuais.

Ademais, pensar de maneira diferente implicaria proposta exegética que feriria de morte o princípio da *reparação integral*, portador de assento tanto infraconstitucional (CC, art. 944, caput) quanto constitucional (CF, art. 5º, V e X).

Não fosse o suficiente, a legislação brasileira conta ainda com disciplina própria das

reparações no plano coletivo. É o que se extrai da letra explícita do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação conferida pelo art. 88 da Lei nº 8.884/94 e reiterada pelo art. 117 da Lei nº 12.529/2011, intacta com o advento da dita Reforma Trabalhista:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos morais** e patrimoniais causados:

I – **ao meio-ambiente;**

IV – **a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;**

Com o mesmo propósito, o Código de Defesa do Consumidor enumera, dentre os direitos básicos do consumidor, “**a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos**” (Lei nº 8.078/90, art. 6º, VI).

Portanto, a reparação do dano moral coletivo não está disciplinada pelo novo conjunto de dispositivos introduzido na CLT.⁶

5 A TEORIA DO PISO IMPLÍCITO. VALORES MÍNIMOS DE REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Talvez a crítica a congregar o maior coro doutrinário estudioso da chamada Reforma Trabalhista, em um mesmo tom, esteja concentrada na ideia de tarifamento rígido do dano extrapatrimonial. É que a Constituição Federal preconiza o direito fundamental da reparação por dano material, moral ou à imagem “proporcional ao agravo” (CF, art. 5º, V e X) e o Supremo Tribunal Federal mantém há algum tempo uma jurisprudência coerente a repudiar sistemas legais de tarifamento de dano extrapatrimonial:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art.

⁶ Na mesma direção, sustentamos em obra a oito mãos: “Da mesma forma, ao referir que ‘por dano de natureza extrapatrimonial deve ser compreendido todo aquele que implique ofensa à esfera moral ou existencial **da pessoa física ou jurídica**’ (CLT, art. 223-B – grifamos), fica evidente que o legislador reformista centra seu foco na regência de danos extrapatrimoniais estritamente individuais, não importando, por óbvio, qualquer óbice à continuidade do reconhecimento da figura do **dano moral coletivo** no âmbito trabalhista, modalidade de dano extrapatrimonial de natureza **metaindividual** que continua detendo amparo normativo próprio e diferenciado (CF, art. 5º, X; Lei nº 7.347/1985, art. 1º; Lei nº 8.078/1990, art. 6º, VI)” (*Reforma...*, ob. cit., p. 124). Para o estudo do assunto em seus termos mais gerais, inclusive na perspectiva da jurisprudência do TST, confira-se: MOLINA, André Araújo; MARANHÃO, Ney. Dano moral coletivo nas relações trabalhistas. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba/SP: FOCO, 2018.

52: **NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88**, artigo 5º, incisos V e X. [...] **A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial** – C.F., art. 5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. **Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição** (STF, 2ª T., RE 396386, VELLOSO, j. 29/6/2004, DJ 13/8/2004)

Bem a calhar ainda o fragmento do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, durante o julgamento da ADPF 130, em que se discutia a não-recepção da Lei de Imprensa pela atual ordem constitucional (STF, Pleno, BRITTO):

Ademais, **o princípio da proporcionalidade**, tal como 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 reticção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos**. 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 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 os arts. 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 Súm. nº 281 do STJ**.

Além da difícil harmonia do sistema de indenização tarifada com o direito fundamental à reparação moral proporcional ao dano, outra solução legal digna da mais ácida crítica teórica é a adoção do salário contratual da vítima ou ofensor como unidade monetária a ser multiplicada para se encontrar o valor.

Claramente, o legislador promoveu imperdoável confusão entre o dano material e o dano moral.

No dano material, faz sentido a consideração do salário contratual como um fator matemático para o cálculo da reparação – nos casos de pensionamento vitalício ou de paga de indenização de dano material em valor único isso aflora muito óbvio: a incapacidade laborativa

permanente, por exemplo, há de ser financeiramente compensada com a projeção daquilo que a vítima terá deixado de receber por conta do infortúnio. E, em tal cenário, nada mais natural que utilizar o salário contratual como uma das variáveis úteis ao cálculo da indenização.

Já no caso do dano moral, o bem tutelado não pode ser traduzido, aritmeticamente, pelo valor remuneratório (ou patrimonial) da vítima. A dignidade de um gerente não tem maior valor que a dignidade de seus subordinados ou de um consumidor presente no momento de um infortúnio que ceife a vida das três pessoas. Nem a reputação ou o sofrimento por uma perda.

A Medida Provisória nº 808/2017 melhorara um pouco tal anomalia normativa ao substituir o critério móvel do salário contratual pelo critério fixo do valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Porém, como se sabe, o ato normativo retificador não foi convalidado pelo Congresso Nacional, repristinando o texto original do § 1º do art. 223-G da CLT, com seu insólito tabelamento vinculado ao salário contratual.

Portanto, sem deixar de reiterar o descontentamento doutrinário em torno da montagem de um sistema aparentemente inflexível e iníquo, no que diz respeito aos limites máximos das reparações pecuniárias do dano extrapatrimonial e à sua vinculação com o salário contratual, parece razoável deduzir do sistema legal progressivo constante dos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT a existência de parâmetros mínimos na gradação sugerida na norma.

Ou seja, muito embora vigore justa e veemente crítica à fixação de um “teto” para as reparações por danos extrapatrimoniais, a leitura atenta do arranjo normativo adotado pelo legislador reformista permite concluir que, por outro lado, haveria, pelo menos, um legítimo e razoável “piso” compensatório a ser rigorosamente observado pelo juiz, a depender da natureza leve, média, grave ou gravíssima em que a ofensa seja concretamente enquadrada.

Em outras palavras, embora não o faça literalmente a lei, ao estipular gamas de valores de indenização em faixas monetárias progressivas o legislador pretendeu assegurar não só patamares máximos, mas, implicitamente, também patamares mínimos.⁷ A não ser assim, a

⁷ Assim estava proposto no projeto que serviu, por suas grandes similitudes redacionais, de óbvia inspiração do legislador reformista – o PLS 150/1999, onde se cogitou de implementar um regime geral de tarifamento do dano extrapatrimonial, inclusive com semelhante taxonomia dos níveis de gravidade da ofensa reparável (<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/06/2002&paginaDireta=13104>). Acesso em 7/9/2018). Diga-se de passagem, a proposição, de autoria do Senador ANTONIO CARLOS VALADARES, aprovada no Senado com substitutivo apresentado pelo Relator, Senador PEDRO SIMON, foi rejeitada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob o fundamento de inconstitucionalidade material, em 8 de junho de 2.010, por parecer do Deputado RÉGIS DE OLIVEIRA (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92E328A8D7BFA2C2C627CE5707F0E4D.proposicoesWebExterno2?codteor=777390&filename=Tramitacao-PL+7124/2002). Acesso em 8/9/2018.

livre fixação em qualquer patamar igual ou inferior à faixa imediatamente anterior subverteria a taxonomia legal das ofensas extrapatrimoniais na seara trabalhista.

Assim, sempre que se utilizar a tabela do § 1º do art. 223-G da CLT, o valor do dano moral que não seja leve deve ser arbitrado sempre acima do limite máximo da faixa legal imediatamente anterior. As circunstâncias judiciais (CLT, art. 223-G, *caput*), a serem abordadas mais adiante, auxiliarão na fixação do valor dentro dessa faixa entre o patamar legal mínimo implícito e o teto legal explícito.

Desse modo, por exemplo, se determinado trabalhador, vítima de dano extrapatrimonial, tem como último salário contratual a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e se, em determinado processo judicial, o magistrado trabalhista decide por fixar a ofensa como portadora de natureza *grave*, o valor da reparação por danos extrapatrimoniais a ser conferido a essa vítima, mesmo depois da conjugação de possíveis agravantes e atenuantes (CLT, art. 223-G, I a XII), necessariamente deverá ser *superior* a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), equivalente a cinco vezes o seu último salário contratual (“ piso” mínimo implícito à vista do parâmetro máximo contido da faixa anterior, alusiva a uma ofensa *média* – CLT, art. 223-G, § 1º, II) e, em tese (mercê das sérias discussões referentes à pecha de inconstitucionalidade desse “teto”), nunca superior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), equivalente a vinte vezes o seu último salário contratual (“teto” máximo explícito contido na sua própria faixa – CLT, art. 223-G, § 1º, III). Logo, não poderia o juiz, neste caso, por exemplo, embora atribuindo natureza *grave* à ofensa, conferir reparação por danos extrapatrimoniais no importe de apenas R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

6 DIALOGANDO COM O CÓDIGO PENAL: POSSÍVEL PARÂMETRO ANALÓGICO PARA DEFINIÇÃO DOS GRAUS DE GRAVIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL EM MATÉRIA DE ACIDENTE DO TRABALHO

A teoria da necessária observância das faixas legais na dosimetria do *quantum* mínimo compensatório, desvelada no tópico anterior, traz à arena de debate a necessidade de se pensar em mecanismos viabilizadores da fixação de parâmetros objetivos mínimos para o enquadramento técnico da gravidade da ofensa extrapatrimonial.

Por isso, outra razão para perplexidade, instigada pelo texto do § 1º do art. 223-G da CLT, está justamente no significado das expressões ofensa de natureza “leve”, “média”,

“grave” e “gravíssima”, no corpo dos quatro incisos da tabela legal de valores arbitráveis aos danos extrapatrimoniais. A disposição legal faz a gradação sem dar nenhuma pista da correspondência de tais graus de gravidade da lesão extrapatrimonial. Por exemplo, a ofensa com palavras de baixo calão é leve ou média? O dano provocado por assédio moral deve ser considerado ofensa grave ou gravíssima? Uma deformidade permanente no corpo de um empregado que tenha sofrido um acidente durante a prestação de serviços ficará em que patamar de gravidade? A amputação das duas pernas em acidente de trabalho constitui ofensa grave ou gravíssima? Gravíssima seria somente a ofensa ensejadora do evento *morte*? Essas não são perguntas simples de responder.

O legislador, a despeito do esforço de imprimir a máxima objetividade no arbitramento da compensação por dano moral, acabou, com seu silêncio regulador, deixando em aberto o enquadramento das situações fáticas concretas. Isso, evidentemente, não é algo de todo negativo, levando a *equidade*, uma vez mais, ao centro do palco judicial no momento da fixação das reparações de danos extrapatrimoniais (CLT, art. 8º, *caput*). Aqui, o inovador figurino legal do arbitramento do dano moral promoveu o famoso “giro de 360º”, ou seja, embora retoricamente se indicasse o abandono da justiça líquida traduzida pela equidade⁸, permanecemos, em verdade, onde sempre estivemos – com o agravante da equivocada adoção de um critério móvel (salário contratual) como coeficiente de cálculo da reparação financeira do dano moral, insensível à dimensão do patrimônio ou renda da vítima como parâmetro de fixação do respectivo valor.

Fica-se por saber, assim, como operar as circunstâncias do *caput* do art. 223-G da CLT e se são elas as balizas para enquadramento do dano extrapatrimonial em um dos quatro níveis constantes da tabela prevista no § 1º do mesmo dispositivo legal ou, bem ao contrário, serão examinadas e computadas após o enquadramento em uma das quatro faixas legais de valores.

Voltaremos ao tema no tópico a seguir. Contudo, ao menos no tocante aos danos extrapatrimoniais decorrentes de acidentes do trabalho, propomos a adoção de outra ferramenta jurídica a ser utilizada conjuntamente com a equidade como mecanismo integrador da lacuna

⁸ Eis um trecho do Relatório do texto final que se transformou na Lei nº 13.467/2017, de autoria do Relator do respectivo projeto, na Câmara Federal, Deputado Rogério Marinho: “A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. **Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes**” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961, pág. 46. Acesso em 8/9/2018). Paradoxalmente – é irresistível o comentário – o texto legal consagra em norma rígida a disparidade indenizatória para “lesões similares” ao atrelar os valores a arbitrar ao salário contratual do ofendido, no caso das reparações a cargo de pessoas jurídicas.

legislativa no delineamento dos critérios de enquadramento da ofensa segundo o grau de gravidade, igualmente previsto dentre as várias possibilidades de colmatação de lacunas no ordenamento jurídico laboral (CLT, art. 8º, *caput*).

De acordo com a legislação brasileira, o acidente de trabalho “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (Lei nº 8.213/91, art. 19).

Tomando-se como base o conceito legal, tem-se como acidente de trabalho a lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda da capacidade para o trabalho necessariamente decorrente do labor efetuado em prol do empregador.

Em se tratando de indenização de dano acidentário à integridade física do trabalhador, soa adequado, à míngua de norma trabalhista a esclarecer o significado e alcance dos graus da ofensa, a aplicação analógica da gradação constante do art. 129 do Código Penal, que, sendo "direito comum", é subsidiariamente aplicável ao Direito do Trabalho (CLT, art. 8º, *caput*)⁹. Eis o inteiro teor do texto legal invocado:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I – incapacidade permanente para o trabalho;

II – enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁹ Neste sentido: “As normas gerais são conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e conceitos fundamentais do Direito, aplicáveis a qualquer disciplina. Já **o direito comum pode até encontrar-se no Código Civil, como pode parecer, mas não se restringe a este: revela-se em qualquer regra jurídica fora do Direito do Trabalho. A aplicação do direito comum ao Direito do Trabalho expressaria, portanto, a utilização da técnica intelectual denominada “diálogo das fontes”, pelo qual uma regra de direito civil, penal, consumidor, ambiental, previdenciário, empresarial etc. seria aplicável, desde que compatível ou passível de adaptação ao campo normativo trabalhista**” (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et alli*, ob. cit., p. 15).

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

.....

Assim, adaptando analogicamente a gradação penal para a realidade dos sinistros laborais, podemos considerar:

a) grau leve: a lesão corporal simples que não resultar em incapacidade laborativa por 15 dias ou mais (não gera benefício perante o INSS);

b) grau médio: a lesão corporal simples que resultar em incapacidade laborativa entre 15 e 30 dias (gera benefício perante o INSS por curto período);

c) grau grave: a lesão corporal que resultar **(i)** incapacidade laborativa por mais de 30 dias, **(ii)** perigo de vida, **(iii)** debilidade permanente de membro, sentido ou função ou **(iv)** aceleração de parto;

d) grau gravíssimo: a lesão corporal que resultar **(i)** incapacidade laborativa permanente, **(ii)** doença incurável, **(iii)** perda ou inutilização do membro, sentido ou função, **(iv)** deformidade permanente ou **(v)** aborto.

Note-se que o evento morte forma uma qualificadora à parte (CP, art. 129, § 3º), com pena mais severa, por sua máxima gravidade em termos de consequências de lesões corporais. Como veremos na última escala deste ensaio, essa peculiar gravidade parece-nos merecer uma solução que transponha a barreira do tarifamento, fazendo as pazes entre a inovação na CLT e as limitações constitucionais inexpugnáveis.

Assim, ao menos no tocante aos acidentes do trabalho não fatais e outras situações particularizadas, o socorro da subsidiariedade do direito comum (a despeito da contraditória, irreal e impraticável tentativa normativa de confinar a disciplina do dano extrapatrimonial trabalhista às disposições do Título II-A, como enuncia o art. 223-A da CLT) oferece um eficaz instrumento para facilitar a árdua tarefa do arbitramento do dano extrapatrimonial.

De todo modo, percebe-se que essa construção teórica, malgrado oferte diretrizes minimamente objetivas à fixação da faixa de gravidade da ofensa, suprimindo, assim, em alguma medida, o incômodo da adoção de um total subjetivismo judicial, em nenhum momento, porém, significa ruptura total com o recurso da *equidade* como versátil instrumento de colmatação de lacunas, mais precisamente nessa artesanal tarefa de sopesar fatos e circunstâncias com vistas a acomodar cada evento de acordo com a gravidade que dele promana.

Noutras palavras: qualquer ingênuo propósito do legislador reformista de se alcançar completa objetivização desses critérios tenderá, fatalmente, à frustração científica, isso porque não há como, em seara tão complexa, imprimir-se tamanho grau de determinismo sem cometimento de injustiças. Ao fim e ao cabo, alguma margem de liberdade há de sempre existir nas mãos do juiz na execução dessa espinhosa tarefa de realizar a dosimetria do montante reparatório.

7 O CARÁTER VOLÁTIL DAS CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM CONSIDERADAS NO ARBITRAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Outro aspecto que nitidamente frustra a retórica da objetivação legal do arbitramento do dano extrapatrimonial – principal mote para a introdução da novidade na CLT – localiza-se no conjunto de circunstâncias a serem consideradas para tal tarefa jurisdicional.

Dispõe o *caput* do art. 223-G da CLT:¹⁰

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

A lista, em linhas gerais, coincide com os fatores que a doutrina e a jurisprudência vinham há muito preconizando, em mais um flanco legal de aproximação do aparente inflexível critério legal em relação ao tradicional juízo de equidade, apenas aparentemente colocado de

¹⁰ Uma vez mais a inspiração trazida pelo texto do PL 7.124/2002 (Substitutivo do PLS 150/199 na origem) é indisfarçável, até nas impropriedades (“grau de dolo”, por exemplo). Confira-se o texto do § 2º do art. 7º do aludido projeto, rejeitado na Câmara dos Deputados por inconstitucionalidade material da tentativa de predeterminação limitada do valor do dano extrapatrimonial: “Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92E328A8D7BFA2C2C6257CE5707F0E4D.proposicoesWebExterno2?codteor=78514&filename=Tramitacao-PL+7124/2002. Acesso em 8/9/2018).

escanteio no regime legal inédito de tarifamento do dano extrapatrimonial.

Não esclarece a lei, no entanto, como devem ser manejadas tais circunstâncias:

a) Devem ser todas consideradas para o arbitramento ou apenas a mais preponderante no caso concreto?

b) Elas ostentam algum grau hierárquico de relevo ou devem ser tomadas em conta em pé de igualdade?

c) A avaliação das circunstâncias leva ao enquadramento da natureza leve, média, grave ou gravíssima de que trata o § 1º do art. 223-G da CLT ou apenas servirá de norte para a fixação do valor entre o mínimo implícito e o máximo explícito do nível respectivo, determinado por outro critério?

d) Seja como for, quais das circunstâncias conduzem à atenuação e quais das circunstâncias levam ao aumento do valor da reparação?

e) As circunstâncias listadas na lei são exaustivas ou exemplificativas?

A profusão e importância teórica e prática destas e de outras indagações que se poderiam trazer já justificariam uma profunda e extensa investigação que o espaço programado para o presente estudo não permite desenvolver.

Mostra, porém, a fragilidade da regulamentação e – insiste-se – a imprescindibilidade da persistência do uso da equidade e de outros meios de integração das omissões normativas na seara laboral como via inevitável para a tarefa espinhosa de dar preço a bens e interesses imateriais.

Enfrentemos, ainda que superficialmente, algumas das sérias dúvidas expostas.

Em primeiro lugar, continuando a equidade a servir como instrumento crucial para o arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista, não há como supor que o perímetro legal das circunstâncias alinhadas no *caput* do art. 223-G da CLT não comporte a consideração de outros fatores extravagantes que o caso concreto ostente. Se a apreciação por equidade compreende o esforço da justiça artesanal, adaptada às peculiaridades de cada litígio, evidentemente não poderá ser castrada a tutela cognitiva inerente à atuação jurisdicional a que se dedique o magistrado, confinando-a às circunstâncias imaginadas pelo legislador reformista.

Podem-se exemplificar, como fatores adicionais não contemplados na lista legal de circunstâncias definidoras do valor do dano extrapatrimonial, o conteúdo de regulamento empresarial afrontado por preposto patronal, a vulnerabilidade do ofendido momentaneamente agravada por uma doença conhecida pelo ofensor ou as condições atmosféricas a revelar postura

imprudente do empregador em manter determinada ordem de serviço propícia para outro clima ou temperatura.

Em segundo lugar, é preciso pontuar que, infelizmente, o problema da dosimetria normativa, novo para o Direito do Trabalho, não é novo no Direito Penal no tocante à dosimetria da pena – e lá, a despeito dos graves desdobramentos que acarreta, é antiga e ainda atual a perplexidade da doutrina.¹¹

A diferença importante é que, guiado constitucionalmente pela necessária limitação temporal das penas privativas de liberdade dada a proibição da prisão perpétua (CF, art. 5º, XLVII, *b*), em contraposição à necessária ilimitação financeira das reparações ao dano moral preconizada no art. 5º, V e X, da Carta Magna, o legislador penal tem a seu dispor um grau maior de objetividade em duas das fases que compõem o sistema trifásico de definição da pena. Lá, no Direito Penal, a “lesão”, ou seja, a conduta tipificada como delito tem o seu conteúdo e a sanção bem definidos (dentro dos princípios de inexistência de crime e de inexistência de pena sem lei anterior que os preveja– CF, art. 5º, XXXIX) e é comum a previsão de qualificadoras majorantes ou redutoras da pena-base, em frações ou faixas de frações, em cada tipo penal.

Porém, mesmo lá onde os passos para a dosimetria estão indicados na lei, há um largo espectro de certa insegurança jurídica dada a necessária consideração inicial, depois de definido o tipo em que a conduta do acusado está enquadrada, das circunstâncias, conhecidas como *circunstâncias judiciais*,¹² genérica e imprecisamente delineadas no art. 59 do Código Penal (os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente; os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento da vítima), fixando, ao final desta primeira fase, a pena-base, calculada entre o mínimo e o máximo de pena correspondentes ao tipo penal em que tenha sido enquadrada a conduta do réu (CP, art. 68).

Em uma segunda etapa do processo de dosimetria, deve o juízo criminal tomar em conta as circunstâncias agravantes (CP, arts. 61 e 62) e atenuantes (CP, art. 65), adotando apenas uma delas como preponderante, que ditará, a partir da pena-base já estipulada na primeira fase, uma quantidade de pena mais próxima da mínima ou da máxima (pena provisória), a depender da preponderância de circunstância atenuante ou agravante (CP, art. 67).

¹¹ Dentre muitas obras, conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, Parte Geral, 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 706-723; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 311-498.

¹² CARVALHO, ob. cit., p. 332.

Por fim, na terceira etapa, aplicam-se à pena provisória resultante da segunda fase as frações majoradoras ou diminuidoras das qualificadoras do próprio tipo penal, podendo “o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (CP, art. 68, parágrafo único).

Como se vê, a operação da dosimetria no Direito Penal é sofisticada, complexa e, ainda assim, dependente de alguma margem de liberdade do julgador.

Transpondo tal metodologia da legislação penal para o novo regime de arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista, como deve a Justiça do Trabalho atuar, ciente da inexistência de uma clara ordem legal entre a consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes e da consideração dos níveis de gravidade da ofensa?

Fala-se aqui de uma ausência de clareza da ordem sequencial do processo dosimétrico do dano extrapatrimonial laboral porque, diversamente do campo penal, não especifica o legislador reformista o passo-a-passo procedimental (ou mental) que deve observar o juiz do trabalho no instante da fixação do valor da reparação do dano não patrimonial. Houve uma enorme (e constitucionalmente ingênua) preocupação com a limitação do valor máximo do dano extrapatrimonial, mediante a juridicamente repugnante técnica do tarifamento da dor, mas se negligenciou o *modus operandi* das novas regras a ser observado na atividade jurisdicional.

Assim, confinado o regramento dosimétrico laboral ao contido no art. 223-G da CLT e incompatíveis várias das circunstâncias judiciais atenuantes e agravantes penais em relação à seara laboral, será necessária criatividade para forjar alguma metodologia que empreste coerência ao sistema legal reparatório sob análise.

Neste cenário de precariedade normativa, talvez seja interessante, como ponto de partida, debruçar sobre a lista de circunstâncias dos incisos que compõem o *caput* do art. 223-G da CLT.

Analisando a lista legal, é possível identificar circunstâncias agravantes, circunstâncias atenuantes e outras que poderíamos chamar de circunstâncias genéricas.

Enquanto este terceiro grupo congrega critérios indicativos do nível de gravidade da ofensa, os dois primeiros grupos reúnem critérios que atuam na fixação do valor a ser arbitrado a título de indenização por dano extrapatrimonial.

Como **circunstâncias genéricas**, auxiliares na difícil tarefa de definir o nível de gravidade da ofensa extrapatrimonial, podem ser consideradas:

- a) a natureza do bem jurídico tutelado (a liberdade de credo, a liberdade de

pensamento, a privacidade, a honra, a integridade física etc);

b) a ocorrência de dolo ou o grau de culpa (já corrigindo aqui a infeliz redação do texto legal, que cogita de grau de dolo);

c) as condições da perpetração da ofensa (planejamento ou imprevisto do gesto ofensivo, estado de ânimo das pessoas envolvidas e situações externas potencialmente influenciadoras do comportamento agressivo, dentre outras).

A análise destas três variáveis – e de outras que o caso apresentar – permitirá o enquadramento do caso em um dos quatro níveis legais (ou no “extrateto” a ser abordado a seguir).

Consumada esta primeira fase, passa-se a fazer a ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes para fixar o valor definitivo da indenização, dentro do mínimo implícito e do máximo explícito indicados no nível legal a ser considerado.

Podem ser consideradas **circunstâncias agravantes**:

- a)** a repercussão pessoal e social da ação ou da omissão;
- b)** o grau de publicidade da ofensa;
- c)** a intensidade do sofrimento ou da humilhação (a ser examinada mesmo nos danos *in re ipsa*, pois a desnecessidade de comprovação de tais espécies de prejuízos não torna desnecessária ou supérflua a prova da dor para efeito de mensuração da reparação);
- d)** a extensão e duração dos efeitos da ofensa (que determinarão o aumento do valor da reparação de modo diretamente proporcional).

Por outro lado, podem ser consideradas **circunstâncias atenuantes**:

- a)** a ocorrência de retratação espontânea por parte do ofensor;
- b)** o esforço efetivo para minimizar a ofensa a ser reparada;
- c)** o perdão, tácito ou expresso (circunstância a ser considerada apenas quando a vítima for o empregador, pois a assimetria inerente aos contratos de trabalho torna intolerável, em princípio, o perdão da vítima empregada obtido pelo empregador).

Ainda devem ser consideradas duas últimas circunstâncias, dentre aquelas constantes da lista legal, que podemos considerar, digamos, ambivalentes: i) a possibilidade de superação física ou psicológica (não meramente hipotética, mas real), critério que pode funcionar tanto como atenuante quanto como agravante (como na hipótese de constatação da *impossibilidade* dessa superação); ii) a situação social e econômica das partes envolvidas, em especial a situação do empregador, que pode funcionar ora como agravante, ora como atenuante (suscitando a

preocupação com o realismo da reparação, a indicar que a contenção da reparação, em consideração ao porte da empresa agressora, pode redundar em uma reprimenda judicial muito mais eficaz que aquela gerada por um valor estratosférico totalmente fora das possibilidades de satisfação pelo condenado).

Da comparação das circunstâncias agravantes e atenuantes, incluídas aí as circunstâncias ambivalentes, deve o julgador extrair qual grupo prepondera: se preponderarem as circunstâncias agravantes, o valor da reparação tenderá a se aproximar ou equivaler ao máximo da tabela; se prevalentes as atenuantes, deverá tal valor ser reduzido; se ausentes ou equivalentes as circunstâncias agravantes e atenuantes, o valor deverá situar-se no valor médio correspondente ao nível selecionado.

Nas raríssimas situações de reincidência (ou seja, a verificação de lesão extrapatrimonial precedente, detectada em outra ação, com decisão condenatória, de ocorrência rara por exigir a lei que a situação lesiva se repita não só com o mesmo empregador, mas também pela mesma vítima – CLT, art. 223-G, § 3º),¹³ deverá o valor encontrado ser aumentado até o dobro.

Evidentemente, a operação dosimétrica aqui sugerida não subtrai do juiz do trabalho a possibilidade de fixar, em decisão fundamentada, um valor diverso, caso a hipótese em julgamento ofereça aspectos que tornem difícil ou impossível o cálculo ora proposto. Afinal, insiste-se, o silêncio legislativo sobre a metodologia apuradora da indenização do dano extrapatrimonial preserva permanentemente a possibilidade de uso da equidade, que poderá compreender detalhes fáticos ou jurídicos incompatíveis com as vagas regras do art. 223-G da CLT.

8 TARIFICAÇÃO PRÉVIA DO VALOR REPARATÓRIO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

Como último capítulo deste ensaio em torno dos possíveis silêncios do regime legal de tarifamento, voltamos ao problema da estipulação de limites máximos de reparação do dano extrapatrimonial.

¹³ Acusando a inocuidade da qualificadora majoradora da reincidência introduzida na CLT: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et alli*, ob. cit., p. 145.

Como já se salientou linhas atrás, a jurisprudência da Suprema Corte repudia o tarifamento legislativo do dano moral ante o claro comando constitucional de proporcionalidade incondicional do valor a ser judicialmente arbitrado ao prejuízo sofrido.

A despeito do desalinho constitucional do limitador legal das reparações extrapatrimoniais trabalhistas, não se pode ignorar a utilidade de parâmetros normativos para a fixação dos respectivos valores, ainda que, repita-se, o uso do salário contratual seja completamente inadequado por permitir o tratamento díspar para ofensas morais de mesmo quilate – justamente o mote declarado pelo legislador reformista para justificar a inovação aqui estudada.

Assim, se há uma dificuldade para substituição do salário contratual por outro critério linear que afaste tal anomalia, na questão do limite máximo, a interpretação em conformidade com a Constituição Federal deve conduzir o magistrado, sem nenhum constrangimento pela nitidez do texto legal, a extravasar o teto reparatório celetista sempre que o dano apreciado mereça, por sua gravidade, intensidade, duração ou publicidade, valor superior, fazendo com que a quantia fixada pelo juiz trabalhista, no caso concreto, a título de reparação por danos extrapatrimoniais, resulte de uma técnica de dosimetria fielmente obediente aos ditames constitucionais que regem o assunto – já reportados em tópicos anteriores deste arrazoado.

9 PARA ENCERRAR A CONVERSA

Como se percebe, o novo regime legal de arbitramento do dano extrapatrimonial suscita muitas e relevantes dúvidas cuja superação tem importante impacto prático sobre esse cotidiano instituto na rotina forense trabalhista.

De tudo o que analisamos, podemos alinhar as seguintes conclusões em torno deste verdadeiro “bicho legal de sete cabeças”:

1. É aberta a lista dos bens tuteláveis que integram a esfera extrapatrimonial das pessoas naturais e jurídicas;
2. São admissíveis outros modos de reparação do dano extrapatrimonial de natureza não pecuniária;
3. O dano moral coletivo não se submete à regulação dos arts. 223-A a 223-G da CLT;
4. É viável a adoção supletiva dos critérios de definição das diversas espécies das

lesões corporais, constantes do Código Penal, para estabelecer o nível de gravidade da ofensa extrapatrimonial trabalhista nos danos acidentários;

5. Há valores mínimos implícitos a serem considerados nas faixas do § 1º do art. 223-G da CLT;

6. É viável a adoção adaptada do sistema trifásico na dosimetria da pena para nortear o arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista;

7. Não há possibilidade constitucional de limitar o valor das reparações por dano extrapatrimonial, sendo permitido ao juiz do trabalho, sempre que a situação do caso concreto fique juridicamente desconfortável no figurino apertado do tabelamento legal do dano extrapatrimonial, extrapolar validamente os limites ali consignados, mediante decisão fundamentada sobretudo com aportes constitucionais.

10 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLINA, André Araújo; MARANHÃO, Ney. Dano moral coletivo nas relações trabalhistas. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba/SP: FOCO, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da MP nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, Parte Geral, 6. ed. São Paulo: RT, 2006.