



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Hugo Silva Pereira de Lima

**OS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL SEGUNDO O TST E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÂMETRO ADOTADO PELA REFORMA
TRABALHISTA**

Belém/PA

2018

Hugo Silva Pereira de Lima

**OS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL SEGUNDO O TST E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÂMETRO ADOTADO PELA REFORMA
TRABALHISTA**

Trabalho de conclusão de curso na modalidade Monografia, apresentado como requisito parcial da obtenção do grau de bacharel em direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Allan Gomes Moreira

Belém/PA

2018

Hugo Silva Pereira de Lima

**OS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL SEGUNDO O TST E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÂMETRO ADOTADO PELA REFORMA
TRABALHISTA**

Monografia apresentada na disciplina Apresentação e Elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso, para obtenção do grau de bacharel em direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), área das ciências sociais aplicadas.

Data da aprovação:

Banca examinadora:

Prof. Msc. Allan Gomes Moreira (orientador)
Centro Universitário do Estado do Pará

Prof. (avaliador)

Belém/PA

2018

Em homenagem aos meus pais, Elvio e Silvia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus pela dádiva da vida, bem como por ter me proporcionado saúde e força para superar todas as dificuldades.

Aos meus pais, Elvio e Silvia, por terem me dado amor e apoio durante toda a minha trajetória. À eles, cabe toda a minha gratidão, por serem os meus maiores incentivadores e nunca terem me deixado faltar nada, motivo pelo qual foram peça fundamental para que eu alcançasse meus objetivos.

Ao meu irmão, Thiago e a minha namorada, Fernanda, que estão sempre na torcida por mim.

Ao meu professor e orientador, Allan Gomes Moreira, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Ao meu amigo, Flávio Leal, pela ajuda na formatação do presente trabalho.

Ao corpo docente do CESUPA, que por intermédio de seus professores, numa difícil missão de passar o conhecimento, gerou em mim profundas mudanças de caráter pessoal, aguçando o meu senso crítico e me tornando um indivíduo mais empático.

Por fim, a todos que contribuíram direta e indiretamente na elaboração do presente trabalho.

“Não existe verdadeira inteligência sem
bondade.”

(Ludwig van Beethoven)

RESUMO

O presente trabalho pretendeu analisar os critérios utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) para fixar um valor as indenizações provenientes de danos morais ocorridas dentro do ambiente de trabalho. Para além disso, foi feita uma confrontação entre esses critérios e aquelas adotados pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que implantou um novo parâmetro baseado no salário do ofendido para quantificar os danos morais trabalhistas. No desenvolvimento do texto, a pesquisa se estruturou fazendo primeiramente a análise do dano moral e sua conceituação, explorando as características da responsabilidade civil do ofensor perante o fato delituoso, bem como a forma de comprovação do dano. Posteriormente, foi feito um contraponto entre este dano e o direito do trabalho, visando observar a forma como este se expressa dentro da seara trabalhista. Após isso, foi feita uma análise sobre os critérios adotados na mensuração do quantum relativo ao dano moral em nosso ordenamento jurídico. Por final, analisou-se a constitucionalidade da mudança de critérios trazida pela Reforma Trabalhista e a forma como será ou não utilizado este novo parâmetro dentro do direito do trabalho.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito. Trabalho. Critérios de quantificação. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The present study aimed at analyzing the criteria used by the Superior Labour Court (SLC) in order to establish an amount for compensations for moral damage held within the workplace. Moreover, a contrast is suggested between such criteria and those adopted by the Act N. 13.467/2017 (Labour Reform) which implemented a new reference based on the wage earned by the injured in order to quantify labour moral damage. Structurally, this study begins by analyzing moral damage and its conceptualization, and explores the characteristics of civil responsibility of the injured before the offense as well as how the damage can be verified. Furthermore, a counterpoint is made between the given damage and labour Law noting how the latter observes the former in the labour field. Next, this study analyzes the criteria for establishing the quantum to be paid to compensate the moral damage in our legal system. At last, the constitutionality of changes in the criteria was analyzed in the light of the Labour Reform as well as whether this new reference will be used or not in Labour Law.

Keywords: Moral Damage. Law. Labour. Quantum criteria. Labour reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

MP – Medida Provisória

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O CONCEITO DE DANO MORAL.....	12
1.1. A Responsabilidade Civil.....	15
1.1.1. Responsabilidade Civil Objetiva X Responsabilidade Civil Subjetiva.....	16
1.1.2. Teoria do Risco.....	18
2. O DANO MORAL E O DIREITO DO TRABALHO.....	20
2.1. As Formas Mais Comuns de Ocorrência do Dano Moral Trabalhista.....	21
2.1.1. Assédio Moral.....	22
2.1.2. Assédio Sexual.....	23
2.1.3. Acidente de Trabalho.....	24
3. A DIFÍCIL TAREFA DE QUANTIFICAR O DANO MORAL.....	26
3.1. Os Sistemas Utilizados para a Fixação da Reparação Pecuniária.....	29
3.1.1. Tarifamento Legal.....	29
3.1.2 Arbitramento.....	30
3.2. Os Critérios de Quantificação do Dano Moral Segundo o TST.....	32
3.2.1. Extensão do Dano.....	35
3.2.2. Gravidade da Culpa.....	36
3.2.3. Condições Socioeconômicas das partes.....	37
3.2.4. Proporcionalidade, Razoabilidade e Equidade.....	37
4. A REFORMA TRABALHISTA E A MUDANÇA DE CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO DANO MORAL.....	39
4.1. A (In)Constitucionalidade da Modificação.....	39
4.2. A Medida Provisória 808/2017.....	41
4.3. Como Ficarà na Prática a Utilização dos Critério Adotados pela Reforma?.....	42
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
6. REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

O dano moral deve ser observado como uma lesão cometida na esfera extrapatrimonial do indivíduo, devidamente consolidado na Carta Magna pelo Artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal Brasileira de 1988. Evidencia-se a infração através de atos atentatórios à personalidade do indivíduo, que produzem efeitos negativos com relação a proteção da dignidade humana. Visando reparar o abalo provocado, é inserida a ideia de compensação pecuniária com o objetivo de amenizar o dano do ofendido.

Os critérios adotados na fixação do quantum indenizatório do dano moral no ambiente de trabalho, levantam muitas dúvidas com relação à forma como é tratado em âmbito jurídico. Isto se deve pelo fato de que esta compensação financeira se destina a neutralizar os sentimentos negativos provocados pela lesão, sendo, portanto, tarefa difícil para os magistrados. Essa dificuldade deve ser observada sob dois aspectos; o primeiro, é que a falta de parâmetros objetivos possa permitir arbitrariedades por parte do julgador, posto que este terá um poder discricionário alto; o segundo, se projeta na ideia de que a utilização de critérios objetivos possa parametrizar a dor dos injuriados e relativizar o respeito à dignidade humana.

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), passou a utilizar alguns critérios de caráter subjetivo que permitem ao juiz analisar mais precisamente o dano em si. Sendo necessário que exerça sua função se utilizando de proporcionalidade, o que não implica dizer que ele não deverá fundamentar a decisão e explanar a importância que cada elemento teve para a definição do quantum.

Em contrapartida, a Reforma Trabalhista, promovida com o advento da Lei Nº 13.467/2017, definiu por intermédio do seu Artigo 223-G §1º e incisos, a faixa salarial percebida pelo empregado como definidor do padrão indenizatório a ser prestado pelo empregador. Tal situação gera uma certa aflição por parte dos litigantes, pois isso implicaria dizer que um indivíduo que ganha mais, tem seus valores imateriais mais bem avaliados do que aqueles que tem uma percepção salarial menor, implantando um suporte propício a causar injustiças na Justiça do Trabalho.

Portanto, chega-se a seguinte questão: Será que a alteração proposta pela Reforma Trabalhista se encontra em conformidade com Constituição Federal?

Os fatos acima dispostos ensejam a necessidade de se botar em pauta esta temática, sendo um assunto de extrema importância não só para os empregados, mas para a sociedade como um todo, pois como bem se sabe, a relativização dos direitos inatos dispostos no Artigo

5º da CF, gera brechas na esfera jurídica, pondo em cheque as garantias constitucionais que por sua vez são corolários do Estado Democrático de Direito.

Para atingir o fim colimado, o presente trabalho se utilizou do exercício dialético, analisando os mais diversos assuntos que permeiam a temática, onde são expostos conteúdos doutrinários e jurisprudenciais, visando obter a melhor percepção das questões aqui levantadas e, dessa forma, alcançar uma conclusão capaz de satisfazer o objeto da pesquisa.

1. O CONCEITO DE DANO MORAL

Visando a melhor compreensão acerca do Dano Moral, cabe fazer um breve esclarecimento sobre a diferença entre este e o dano material/patrimonial. O último, como o nome sugere, se refere a lesão cometida contra o patrimônio material do indivíduo, ou seja, está diretamente ligado a algo que possua valor econômico ou que possa ser reparado por meio de compensação financeira, sendo portanto de fácil apreciação a extensão do dano sofrido, haja visto que existem parâmetros objetivos que garantem a mensuração da avaria. Cumpre destacar que nem sempre o dano material vai estar atrelado a um objeto, podendo ser alvo de reparação inclusive a incolumidade física do indivíduo. Assim, vamos imaginar que dois homens brigaram num bar e um deles acabou tendo sua perna quebrada durante a confusão. Nessa situação fictícia, o dano material seria utilizado para custear os gastos que o cidadão lesado teve para voltar a normalidade, como os medicamentos, cirurgia, fisioterapia, etc.

De maneira oposta, encontrar a definição mais adequada para o Dano Moral se faz uma tarefa árdua. Como se sabe, este é um conceito mutável, passível de alteração conforme a mudança de necessidade da sociedade em determinada época, entretanto, pode-se fazer uma análise acerca do significado e do que a proteção estabelecida por este instituto busca.

Observa-se que as duas hipóteses legais já tratadas aqui apenas apontam para a ilegalidade de determinadas condutas e a sua devida reparação. Por consequência, se omite acerca de quais bens jurídicos estão sendo tutelados, muito menos traz quaisquer conceitos acerca do bem ora lesionado, cabendo, portanto, aos doutrinadores e a jurisprudência pátria a incumbência de fazer essa conceituação, que é em certo grau indeterminada.

Dessa forma, podemos nos utilizar do conceito de dignidade da pessoa humana, de forma residual, na tentativa de compreender o que o dano moral representa, pois é este o alvo mais latente da lesão à moral dos indivíduos.

Segundo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Sendo assim, a dignidade é concebida como um atributo do sujeito pelo simples fato de alguém ser humano, se tornando automaticamente digno de respeito e proteção dos seus direitos, não importando sua origem, raça, orientação sexual ou condição socioeconômica.

Ao analisar a constituição, podemos visualizar a dignidade da pessoa humana representada como um princípio expresso presente no inciso III do Artigo 1º. Este, pode ser considerado um princípio fundamental de aplicabilidade geral, cabível a todos os seres humanos desde sua concepção até o seu leito de morte, não sendo necessário quaisquer requisito para a garantia do mesmo, pois sua exigibilidade surge com a simples ocasião do nascimento do indivíduo com vida. Considerado um princípio basilar para a condução da vida em sociedade, é um critério unificador de todas as garantias constitucionais, sendo o responsável pela valorização da figura do homem como um sujeito de direitos.

Nesse tocante, é importante entender que a sua sustentação no meio jurídico visa evitar a ocorrência de retrocessos no meio social, impedindo o surgimento de novos movimentos violadores de direitos humanos, como foram a ditadura militar no Brasil e o Nazismo na Alemanha. Apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio de apresenta de forma absoluta, é imprescindível ter sensibilidade para analisar caso a caso, olhando sempre sob a ótica do ofendido, pois o reflexo de uma ação nem sempre surtirá os mesmos danos quando cometida contra sujeitos diferentes.

Desta feita, nas palavras de Moraes:

Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere a nossa dignidade. O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída em sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana. (MORAES, 2003, p. 133).

Dessa forma, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana é um princípio do Estado Democrático de Direito que protege os direitos humanos e garante às pessoas o livre exercício dos seus direitos fundamentais. O instituto do dano moral por sua vez, serve como instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana, estendendo, pois, a noção de sujeito de direito, que até então era insuficiente para alcançar as pessoas desprovidas de patrimônio material. Para tanto, assinala a concepção segundo a qual a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores e merece a tutela jurídica personalíssima por ser um fim em si mesmo, não obstante, ainda que sem patrimônio material disponível.

Dito isto, convém explanar também a ideia em torno dos direitos da personalidade e sua ligação com os danos morais. Os direitos da personalidade por sua vez são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, sendo classificados como irrenunciáveis e intransmissíveis por transcendem a esfera individual, visto que sua relativização colocaria em risco a coletividade e o reconhecimento de direitos inatos aos indivíduos. De maneira simplificada, os direitos da personalidade têm como objetivo a proteção dos atributos de um sujeito, quais sejam o seu nome, imagem, honra, integridade e privacidade (rol não exaustivo). Portanto, pode-se entender o dano moral como a violação de um direito da personalidade. Assim, basta a prova de violação de um direito da personalidade, que reproduza gravidade maior que um mero aborrecimento, para restar configurado o dano moral.

Segundo Diniz (2003), o dano moral seria uma “lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade(...) ou nos atributos da pessoa”. Assim, o dano moral pode ser entendido como aquilo que resulta das relações não patrimoniais entre os indivíduos. A matéria tratada irá se importar com discussões que ocorrem dentro do campo das relações existenciais e ligadas aos direitos da personalidade, ou seja, a lesão sofrida transcende as questões puramente materiais e passa a afetar a moral do indivíduo como ser humano.

Sobre esses direitos da personalidade, Gonçalves leciona:

Constituem-se assim em direitos inatos, absolutos (originários), intransmissíveis, inalienáveis, vitalícios e oponíveis erga omnes que merecem especial proteção do Estado, apoiando-se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos e merecedores de proteção jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente, que são os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural. São direitos que transcendem, pois o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza humana, independente de relação com o mundo exterior ou outra pessoa, sendo assim intangíveis, de lege lata, pelo Estado, ou pelos particulares (GONÇALVES, 2014, p. 153)

Ou seja, os danos morais são violações cometidas contra um bem interno aos direitos da personalidade e relativos à moral do indivíduo, como a sua imagem, honra, dignidade, intimidade, o bom nome e a sua integridade; portanto, são todos os danos que a pessoa venha a sofrer na sua esfera íntima, e que ecoam na sua saúde física e psíquica. Dentro desta ótica, pode-se dizer que aquele que for alvo de práticas que resultem em dano moral, podem acabar tendo complicações médicas e psicológicas, muitas vezes sofrendo reflexos em sua vida pessoal e profissional. Como podemos perceber, compreender a lógica por trás do conceito do dano moral

vai muito além de uma questão meramente jurídica, pois se trata na verdade da valorização e proteção do ser humano num plano geral.

Nessa perspectiva, o dano moral, segundo Reis (2002), é aquele que causa fissuras no âmago do ser, perturbando a paz que o indivíduo necessita para conduzir sua existência de forma equilibrada e sadia.

Podemos concluir, que quando se fala em danos morais, o objeto de análise são os prejuízos na esfera extrapatrimonial decorrentes de um fato danoso de ordem moral, sendo assim uma ofensa à personalidade do indivíduo atingido. Portanto, é um prejuízo imaterial que ocasiona um distúrbio anormal na vida da pessoa, provocado por um desconforto comportamental proveniente na maioria das vezes de uma atitude ilícita de que tenha como resultado a violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, a honra, à boa fama e a dignidade da pessoa humana.

1.1 A Responsabilidade Civil

A ideia da responsabilidade civil está baseada na noção de civilidade. Sabendo que a vida em sociedade se pauta sobre determinados direitos e deveres básicos atribuídos aos cidadãos como o voto, a educação e o respeito pelos seus iguais; o eventual descumprimento dos deveres gera responsabilização por parte daquele que o descumpre, tendo em vista a reparação de eventual dano causado. Essa premissa adotada pelo meio social regrado, de impor a todos o dever de responder por seus atos, exprime a própria noção de justiça existente em nossa sociedade.

É de conhecimento geral que quando há violação de direitos individuais resguardados pela Constituição pátria, a ponto de afetar a dignidade da pessoa humana, sua imagem ou honra, surge o dever de indenizar. Este dever tem seus fundamentos norteados na responsabilidade civil, que orienta a busca por justiça e a harmonia nas relações sociais, como já fora mencionado.

Assim, dispõe Silva:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção” (SILVA, 2010, p. 642).

Entende-se, portanto que por trás da responsabilidade civil há duas finalidades, quais sejam a função reparadora e a punitiva. Assim, cabe à vítima a indenização e ao causador do dano reparar a lesão causada, bem como sofrer as sanções pertinentes, que terão o papel de coibir novos desvios de conduta.

Não é mistério para ninguém que a busca pela harmonia na vida em sociedade se pauta sobre determinadas regras de convivência, que permitem aos indivíduos se relacionar entre si de forma a equilibrar seus interesses individuais. Para tanto, é imprescindível que a coexistência entre os indivíduos seja guiada de maneira pacífica, não podendo ultrapassar os limites legais e provocar danos a outrem.

Nessa perspectiva, o código civil dispõe que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dessa forma, a responsabilidade civil faz referência à reparação do dano causado, partindo da premissa de que só há necessidade de compensação quando existir efetivamente o dano. Trazendo o conceito para as relações sociais, sua aplicação se baseia na ideia de não prejudicar o outro. Portanto a responsabilidade pode ser entendida como a observância de determinadas medidas que obriguem o indivíduo a reparar o dano causado à vítima em consequência de sua ação ou omissão.

Acerca disso, Maria Helena Diniz assevera:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p.35).

Assim, considera-se que a reponsabilidade parte do entendimento de que todo o indivíduo que violar um dever jurídico por meio de um ato por ela mesma praticado, que venha porventura a gerar danos a terceiros, tem o dever de reparar, pois todos temos o dever jurídico originário de não causar danos a outrem, surgindo consequentemente o dever de reparar.

1.1.1. Responsabilidade Civil Objetiva x Reponsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil se divide em duas teorias: a da responsabilidade civil subjetiva e a objetiva. A subjetiva é determinada pela conduta culposa *latu sensu*, ou seja, é aquela que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo do agente. A culpa deve trazer consigo um dos

pressupostos de classificação, quais sejam a negligência ou a imprudência; que se liguem ao ato praticado através do nexo de causalidade. Ou seja, há de existir ligação entre a ação ou omissão do agente e o resultado. Por sua vez, o dolo é a vontade que o agente possui de atingir a produção do resultado alcançado.

Portanto, neste caso devem necessariamente estar presentes três requisitos cumulativos, quais sejam: o dano, o nexo de causalidade e a culpa. A ausência de qualquer um desses impossibilitaria a configuração da responsabilidade civil sob o prisma da teoria subjetiva.

Até certo momento, a teoria subjetivista era suficiente para resolver os casos levados a julgamento, entretanto, com o desenvolvimento nas relações sociais decorridas em função do tempo, a teoria se mostrou em certo ponto insuficiente para elucidar todos os casos, pois aquele modelo de responsabilidade baseado na culpa não bastava mais. Um dos principais fatores para essa constatação a evolução das relações laborais ligadas a indústria, que além de trazer os avanços na área da engenharia, também colaborou para o maximização dos riscos de acidente de trabalho.

Assim, surge a responsabilidade civil objetiva, onde a culpa deixa de ser fato preponderante para a responsabilização do agente causador restar configurada, conforme aponta o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927 [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A prova da culpa não será mais necessária, pois mesmo que fique comprovado que não houve dolo ou culpa por parte do autor indivíduo, ainda recairá sobre ele a obrigação de indenizar a vítima. O que acontece na verdade é a substituição da culpa *latu sensu*, pela culpa presumida, devido a hipossuficiência da vítima, importando, portanto, na inversão do ônus da prova no caso da relação empregador/empregado, por exemplo.

Nesse sentido, Rui Stoco destaca:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. (2007, apud, STOCO, 2018, p. 157).

Assim, a culpa presumida consiste em atribuir a imperícia, imprudência e negligência de alguém pela prática de uma ação ou omissão que provoquem danos à uma simples presunção,

sem necessidade de prová-la, pois no caso do empregador, é dever dele garantir a plena execução do labor ao empregado em condições dignas, dispondo de equipamentos de proteção que evitem ou minimizem os acidentes de trabalho, pautada na teoria do risco.

1.1.2 Teoria do Risco

A responsabilidade objetiva respalda-se sobre o princípio da equidade, identificado como um dos princípios norteadores da nossa constituição pátria, sob o fundamento da proporcionalidade e razoabilidade. Ainda nesse sentido, o princípio da isonomia preceitua por meio do Artigo 5º, XXXVI, que “Todos são iguais perante a lei”, entretanto, uma análise desatenta sobre o referido dispositivo pode nos conduzir a falso conclusão de que o mesmo se refere apenas à igualdade formal, quando na verdade esta deve inclusive ceder lugar a igualdade real quando necessário, ou seja, é necessário tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente para que seja alcançado o maior grau de justiça.

Para que os indivíduos se relacionem em pé de igualdade, se faz necessário analisar as especificidades de cada sujeito, a fim de compensar as desigualdades reais existentes para propiciar a concretização da igualdade efetiva em cada caso. Portanto, entende-se que o princípio da isonomia visa a igualdade real, para que não se corra o risco de tratar com desigualdade os iguais e os desiguais com igualdade, o que acarretaria numa falsa percepção acerca da igualdade.

Visando criar um meio mais justo no entorno dos contratos de trabalho, busca-se através da teoria do risco, minorar o descompasso existente entre o empregador e o empregado - que por sua vez se encontra em situação de hipossuficiência perante o primeiro - para que seja alcançado o equilíbrio do contrato.

Segundo esta teoria, a lógica por trás da responsabilidade objetiva se sustenta através da atividade desenvolvida pelo agente, que pelo perigo inerente a ela pode provocar dano à vida, à saúde ou a outros bens, gerando risco de dano à terceiros. É certo que algumas atividades, como por exemplo aquelas destinadas à exploração de minas e à construção civil, requerem um tratamento diferenciado pelo risco que os funcionários correm ao desenvolver suas funções.

Sendo assim, a teoria do risco transfere para o empregador a responsabilidade pelos eventuais danos decorrentes do exercício de determinadas funções. Portanto, se alguém põe em funcionamento qualquer atividade, passa a responder pelos eventos danosos que a mesma gera aos seus subordinados.

Nessa lógica, Caio Mário leciona:

Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo, [...] A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. (1990, apud, PEREIRA, 2018, p. 35).

Conforme os ensinamentos de Caio Mário, podemos observar a presença da inversão do ônus da prova para os casos em que o empregado é colocado em uma atividade de risco, passando a ser de responsabilidade do empregador a reparação pertinente ou a prova de que adotou todas as medidas idôneas a fim de evitar o dano gerado.

Ainda sobre as palavras de Caio Mário, é importante frisar que a teoria do risco comporta algumas modalidades, destacando-se a do risco profissional, a do risco excepcional, a do risco integral, a do risco-proveito e a do risco criado; entretanto nos ateremos à análise das duas últimas, pois comportam as situações fáticas envolvidas na relação de trabalho.

Nesse seguimento, a teoria do risco proveito responsabiliza aquele que busca tirar proveito da atividade danosa, baseando-se no preceito de quem auferir o bônus, deve suportar o ônus. Buscando a máxima adequação às condições de vida social, a teoria do risco criado, por sua vez, surge no intuito de ampliar a teoria do risco proveito e atribuir a responsabilidade ao empregador, por ter colocado em funcionamento uma atividade que comporta risco ao trabalhador. Em razão disso, o agente deve assumir os riscos da atividade e responder pelos eventos danosos que a mesma gera para os indivíduos, estando obrigado a indenizar a vítima pela mera exposição ao dano, independentemente da presença do elemento culpa.

Em suma, pode-se concluir que a presença da periculosidade ou da insalubridade em algumas atividades laborais, faz com que o empregador assuma o risco que os seus empregados correm ao desempenhar suas funções simplesmente pelo fato de serem expostos a esse risco, visto que o empregador irá lucrar com o desempenho dessa atividade. Sendo assim, este fica responsável por indenizar os danos – mais especificamente nas situações de acidente de trabalho – concretizando a função reparadora da responsabilidade civil.

2. O DANO MORAL E O DIREITO DO TRABALHO

Quando se fala em responsabilidade civil no âmbito trabalhista, trata-se na prática da responsabilização/reparação atribuída ao malfeitor, aliada ao direito que a vítima tem a indenização pelos danos oriundos de alguma ação decorrente da relação de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. Dessa forma, caso haja dano ou prejuízo para a vítima, poderá ser pleiteada a responsabilidade civil do causador na intenção de fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências dos danos utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restaurar o equilíbrio rompido na relação de trabalho.

Em vista disso, quando há no bojo das relações laborais a ocorrência de ofensa de caráter moral direcionada a outrem, conseqüentemente surge um dano que deve ser reparado em pecúnia, desagravo ou sanção punitiva, com fulcro de harmonizar a relação empregador-empregado, reconduzindo o equilíbrio do contrato de trabalho.

A relação laboral entre o patrão e o seu empregado deve estar sempre pautada no respeito mútuo. Por mais que haja um vínculo de subordinação entre os sujeitos, esta deverá sempre se ater aos limites do contrato de trabalho, estando vedada quaisquer ações que ultrapassem essa divisa a ponto de transpor a intimidade do outro.

Garcia (2015, p. 92), conceitua o dano moral trabalhista como aquele que ocorre dentro do contrato de trabalho, no seu exercício e em razão da sua existência, envolvendo os dois sujeitos dessa relação jurídica (patrão e empregado). Ou seja, aqui verifica-se a incidência do dano extrapatrimonial quando uma das partes extrapola o seu direito previsto no contrato, gerando um desconforto entre as partes e contaminando a relação de trabalho.

Segundo o artigo 223-B da CLT:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Portanto, o referido dispositivo aponta a ação ou omissão do autor que venha a ofender a esfera moral ou existencial da vítima como o conceito legal do dano extrapatrimonial. Ademais, nada impede que a ofensa ocorra por parte do trabalhador, entretanto, é incomum, visto que há uma relação de subalternidade entre eles e conseqüentemente uma disparidade de armas entre os sujeitos, estando o empregado em uma posição de vulnerabilidade frente ao empregador. Por mais, esta possibilidade não é alvo do presente trabalho.

Fato é, que na maioria das vezes a ofensa ocorre por parte do tomador de serviços, que munido de sua posição hierárquica, se utiliza de meios tortuosos com fins diversos, que resultam na desvalorização do trabalhador. Sabe-se que na ocasião do contrato de trabalho, o empregado, por estar em uma situação de inferioridade e hipossuficiência em relação ao seu patrão, se põe em certas situações de risco ou que minimizem os seus bens mais íntimos, quais sejam os direitos da personalidade.

Sobre isso, o artigo 223-C da CLT elenca os bens que poderão vir a ser alvo de reparação por danos morais na ocasião do contrato de trabalho:

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.

Por conseguinte, o dano moral praticado pelo empregador dirigido ao empregado ocorre quando este, ao exceder o seu papel de controlar e fiscalizar comete excessos, atingindo a honra e a dignidade do empregado.

À vista disso, o dano moral dispõe de uma dúplici função. Por parte do indivíduo lesado, a compensação terá a função lenitiva, servindo como elemento minimizador dos danos causados, a fim de compensar seus sofrimentos e infortúnios, na tentativa de voltar ao status quo existente antes da ocorrência do fato. Por outro lado, para o ofensor, a reparação terá função pedagógica, pois gera um prejuízo econômico, visto que haverá diminuição do seu patrimônio para satisfazer a compensação financeira. Desse jeito, o indivíduo pensará duas vezes antes tornar a incidir na conduta ora alvo de indenização.

2.1 As formas mais comuns de ocorrência do Dano Moral Trabalhista

Conforme o entendimento acima formulado, o dano moral trabalhista pode ser definido como o agravo ou constrangimento moral cometido contra o empregador ou empregado, mediante a violação de direitos relativos à personalidade dentro do exercício da relação de emprego. Ainda nesse sentido, vale pontuar que não há necessidade de comprovação por parte do ofendido, visto que é um dano in re ipsa, e, portanto, presumido.

É de interesse de ambas as partes que o objetivo do contrato de trabalho, qual seja a execução dos serviços, seja plenamente satisfeito dentro dos padrões estabelecidos pelos mais diversos dispositivos legais que se prestam a tutelar a relação de trabalho, entretanto, em algumas ocasiões há o descumprimento do padrão de normalidade do contrato, resultando em

compensação por danos morais, mas quais seriam as ações que endossariam este tipo de prestação pecuniária por parte do ofensor?

Para viabilizar o melhor entendimento acerca do tema, trouxemos três das principais formas ocasionadoras de reparação por danos morais dentro do ambiente de trabalho, quais sejam: O Assédio Moral; o Assédio Sexual e o Acidente de Trabalho.

2.1.1. Assédio Moral

O assédio moral cometido no bojo da execução do contrato de trabalho se dá quando ocorre uma conduta abusiva de forma sistemática e repetitiva contra um alvo previamente determinado.

Conforme o entendimento de Marie-France Hirigoyen:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gestos, palavra, comportamento, atitudes...) que atente por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (HIRIGOYEN, 2002, p. 83.)

Dessa forma, podemos compreender que o assédio moral pode se manifestar de diversas formas, não sendo imprescindível o uso de palavras ou escritos para a sua configuração. A ocorrência do assédio nesses casos pode estar atrelada a olhares e gestos de desprezo, ordens que extrapolem os limites da relação de emprego, tarefas sem utilidade prática, metas impossíveis de serem alcançadas, entre outros. O assédio moral se diferencia estruturalmente do assédio sexual, pois sua motivação possui caráter econômico, pois o empregador, ao praticar essas ações, visa na verdade forçar o pedido de demissão por parte do empregado.

O assédio moral ainda não se encontra especificamente tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não há lei Federal como no assédio sexual. No entanto, a Justiça do Trabalho tem se posicionado independentemente da existência de leis específicas. Como já fora explanado acima, este tipo de assédio se caracteriza pela sucessão de atos de violência psicológica cometidas contra a vítima.

Intentando a melhor compreensão da situação aqui tratada, podemos destacar algumas hipóteses de ocorrência do assédio moral, como:

1. Isolar o trabalhador dos demais colegas de trabalho;
2. Expor publicamente o assediado a críticas ou comentários vexatórios;
3. Utilizar apelidos degradantes;

4. Cobranças que ultrapassem os limites do contrato ou sobre metas inexecutáveis;
5. Ridicularizar a orientação sexual, condição socioeconômica, regional ou opinião política.

Portanto, o assédio moral se faz presente em uma série de situações que transcendem os limites do exercício regular do direito e o poder de direção do empregador, uma vez que ofendem os direitos da personalidade e a dignidade do trabalhador.

2.1.2. Assédio Sexual

O assédio sexual é definido como o constrangimento ilegal praticado no exercício da função laboral. Pode-se dizer realizado o assédio sexual no ambiente de trabalho quando há o cometimento de qualquer conduta de natureza sexual (não necessariamente física) contra o trabalhador(a), mesmo diante de recusa por parte do mesmo. Na maioria das vezes, as vítimas são mulheres, assediadas por seus chefes, que por sua vez se utilizam de sua posição hierárquica para obter favores sexuais de seus subordinados, oferecendo em certas ocasiões promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação ou de ameaças e atitudes de represália no caso de recusa, como a perda do emprego, ou de benefícios.

Diferente do assédio moral, o assédio sexual é tipificado como crime no Código Penal. Com isso, importa dizer que além de responder na esfera cível e trabalhista, o culpado será julgado também no âmbito criminal.

Nesse sentido, o artigo 216-A do CP dispõe adota como conduta criminosas:

Art. 216-A. 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.

Cumprido destacar que para o ato se consumar, basta que haja resistência e o consequente constrangimento por parte do trabalhador lesado, não sendo necessário que o empregado ceda ao que lhe é pedido. Entretanto, em diversas ocasiões as vítimas deixam de denunciar seus superiores por receio de não lograr êxito na ação ou deixar de receber a remuneração habitual que ela tanto necessita.

De fácil identificação, listamos aqui cinco atos que podem ser interpretados como ações que denotem assédio sexual, vejamos:

1. Propostas de cunho sexual;
2. Fazer comentários evasivos sobre os atributos físicos;

3. Contatos físicos indesejados (carícias, abraços, beijos...);
4. Perguntas íntimas;
5. Convidar alguém repetidamente para manter relações sexuais ou para passear.

Sendo assim, podemos constatar que o assédio sexual comporta diversas formas de comportamento. Não é preciso que haja a conjunção carnal para que o assédio sexual seja consumado. O que vai caracterizar a conduta é a repetição de determinada ação invasiva que atenta contra a liberdade sexual da vítima. Portanto o abuso sexual é em suma uma prática que atenta contra a liberdade sexual da pessoa, que é consagrada em nossa constituição como um direito fundamental.

2.1.3. Acidente de Trabalho

O acidente de trabalho também pode ser alvo de ação indenizatória por danos morais. Considera-se acidente de trabalho o evento danoso que ocorre pelo desempenho de sua função laboral provocando efeitos negativos na vítima.

Nesse sentido, o artigo 19 da Lei nº 8.213/1991 traz que:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico 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.

Ademais, entende-se que como a Constituição Federal considera que o empregador tem o dever de zelar pela integridade física de seus subordinados, pode-se presumir que eventual ação que tenha como alvo a saúde, integridade física ou mental do empregado poderá ensejar o dever indenizatório em face do acidente de trabalho sofrido.

A referida garantia se mostra presente no artigo 7º, XXIII da Constituição Federal, como podemos observar:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Sendo o empregador o responsável pela garantia das condições adequadas para o exercício do labor por parte do empregado, considera-se que o mesmo possui responsabilidade civil perante o evento danoso, podendo ser alvo de compensação pecuniária no caso da

ocorrência de um evento lesivo por meio de ação ou omissão do mesmo perante o fato. Logo, a obrigação do empregador indenizar o dano sofrido pelo empregado não decorre simplesmente do risco da atividade, mas, sim da negligência ou imprudência no trato das relações empregatícias.

3. A DIFÍCIL TAREFA DE QUANTIFICAR O DANO MORAL

Conforme já exposto no presente trabalho, o dano moral pode ser entendido como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem consequência patrimonial. Ou seja, enquanto o dano material irá provocar uma lesão no patrimônio da vítima, o dano moral de maneira diversa irá atingir a personalidade do sujeito, provocando sentimentos dolorosos e difíceis de serem mensurados. A dor a que se refere tal afirmativa possui o mais amplo significado, podendo ser tanto uma dor física, que está ligada a sensação, quanto a dor moral, que está ligada aos sentimentos.

Seguindo essa linha de raciocínio, o professor Cahli, alude que o dano moral é:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no desenvolvimento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral” (CAHALI, 2005, p. 22-23).

O importante aqui é saber que as lesões oriundas de ofensa moral possuem características completamente diferentes daquelas experimentadas em danos patrimoniais, pois remetem ao plano valorativo do ser humano, em que seus atributos internos passam a ser analisados, tornando mais complicada a vida nos magistrados pela falta de parâmetros objetivos para avaliar a extensão do dano sofrido.

Em imersão feita na doutrina trabalhista, chega-se a conclusão de que não há um consenso sobre qual seria o sistema ideal a ser utilizado para orientar os magistrados na fixação do quantum indenizatório a ser pago a vítima, a fim de ressarcir os prejuízos da lesão de um bem não patrimonial, como é a moral dos indivíduos. Tal situação ocorre devido a abstratividade que permeia o campo do dano moral, pois para este não há fixação de um valor monetário como há no caso de bens patrimoniais.

Nesse sentido, Caio Mário dispõe:

(...) na indenização por dano material, a idéia-força tem em vista que existe um prejuízo, no respectivo da diminuição ou do não incremento do patrimônio, enquanto a do dano moral repousa na existência de mágoa sofrida pela vítima. (1989, apud, PEREIRA, 2018, p. 337).

Conforme as palavras do doutrinador Caio Mário, entende-se que a indenização correspondente aos danos materiais remonta a algo concreto, que possui uma forma de verificação objetiva, qual seja a diminuição ou a não majoração do patrimônio do ofendido, enquanto que na indenização por danos morais, o que se discute são os aspectos existenciais da vítima. Ou seja, não se trata, portanto, de um dano de simples mensuração, haja vista não se tratar de bens que podem ser facilmente reduzidos a determinada quantificação pecuniária.

Na verdade, a lesão que origina a compensação por danos morais possui características muito subjetivas, pois ao atingir a parte interna do indivíduo, afeta o âmago do ser do mesmo, e, portanto, a forma como aquela lesão irá produzir efeitos, vai variar de pessoa pra pessoa. É necessário investigar a intimidade dos sujeitos, seu nível social, o seu grau de sensibilidade e o grau de relacionamento no ambiente social e familiar, dentre outros aspectos que ensejam o padrão comportamental do mesmo, a fim de traçar o perfil sensitivo do indivíduo. Os fatores mencionados têm importância na medida em que ajudam o interprete a aferir como a lesão irá impactar na vida do ofendido, tornando mais palpável a apreciação da extensão do dano, o que irá servir como norte ao magistrado para que possa estabelecer valores compensatórios compatíveis com a realidade vivenciada pela vítima em face da lesão sofrida em seus valores mais íntimos.

Em vista disso, o dano moral não pode ser compreendido pura e simplesmente como uma prestação pecuniária, já que o objeto de tutela não pode ser comercialmente reduzido a dinheiro. A combinação de sentimentos negativos experimentados pela vítima, como a angústia, a vergonha ou até mesmo a apatia, geram danos irreparáveis, que traduzem o sentido mais aberto do significado de dor, dificultando mais ainda a satisfação do ofendido, afinal a dor não possui um preço.

Conforme já exposto no presente trabalho, o dano moral possui uma função dúplici. Primeiramente, temos a ideia de punição ao transgressor, que deve ter sua conduta reprimida por ter ofendido a esfera jurídica de outrem. É importante pontuar que a reparação atribuída ao agente não deve ser meramente simbólica, sob risco de não atingir o fim colimado. Para que a sanção pecuniária alcance sua função pedagógica e sirva como desestimula a reincidência do agente transgressor, se faz necessário analisar as condições econômicas e sociais do mesmo e utiliza-las como critérios para a fixação do quantum indenizatório.

Nessa mesma linha de raciocínio, resta claro que indenizações em valores considerados baixos para indivíduos mais abastados não cumprem sua função educativa, pois o montante arbitrado não acarretará em abalo de qualquer natureza à vida do ofensor, que pode facilmente se tornar recorrente. Sendo assim, é imprescindível a consideração das peculiaridades de cada

caso para o arbitramento do valor compensatório, mesmo se tratando de situações semelhantes, pois o que deve ser levado em conta também são as condições financeiras do agente e o impacto que a sanção causará, sendo necessário atentar para o princípio da equidade. Portanto, fica evidenciado que a padronização desses valores pode gerar decisões injustas, correndo o risco de inibir o caráter pedagógico da medida, podendo se tornar irrisória a ponto de o empregador, no caso de uma indenização trabalhista, já sabendo o custo que determinada conduta surtirá em suas finanças, passar a considerar tal valor nos balanços financeiros de seu negócio, decidindo muitas vezes reincidir na mesma conduta por julgar mais vantajoso pagar a indenização do que cessar a violação.

Por outro lado, temos a ideia de compensação financeira à vítima, visando reparar o dano sofrido. No caso de um empregado vítima de um atentado em seu patrimônio, em especial no que se refere à dor, bem como a sentimentos angustiantes por ter sido exposto a tratamentos indevidos que ferem sua dignidade, prejudicando-o no desempenho de sua função, resta configurado o dano moral, cabendo a indenização frente a justiça do trabalho. Tal fenômeno pode ser observado quando há um excesso por parte do empregador no desempenho de sua atividade, ocasionando situações constrangedoras, como por exemplo, humilhar um funcionário na frente dos seus clientes ou submetê-lo a condições degradantes de trabalho.

É válido destacar que a reparação do dano moral não possui o condão de fazer com que a vítima esqueça o inconveniente, mas sim minimizar a dor e o sofrimento. Não se trata então de estabelecer um preço para a dor sofrida pelo ofendido, mas de possibilitar que o indivíduo experimente novas atividades ou entretenimentos, para superar o quadro traumático. Portanto, o dano moral não pode ser considerado como um remédio que produz a cura do mal, mas sim um calmante que visa atenuar os efeitos negativos da lesão na vida da vítima. Assim, reparar significa colocar nas mãos do ofendido uma certa quantia monetária que não significa o preço do abalo, mas sim a possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie, tanto materiais quanto intelectuais ou morais.

É fundamental pontuar que a condição econômica do ofendido também deve ser considerada, com a finalidade de proporcionar a ele um montante que tente reparar o seu sofrimento através de uma indenização substancial para não penalizar ainda mais a vítima, que possua a capacidade de minorar a extensão do mal que se instalou. Ainda nesse sentido, a condição financeira do indivíduo ofendido deve ser fator preponderante para a fixação do quantum indenizatório para que o valor fixado não seja desmedido e ao invés de significar uma compensação, se torne provedora de enriquecimento ilícito. Sendo assim, é necessário que a

fixação do valor compensatório seja feita com base na ponderação, analisando todos os critérios concernentes para que não haja excesso de ônus ou bônus para nenhuma das duas partes.

3.1 Os Sistemas Utilizados para a Fixação da Reparação Pecuniária

Não há hoje, na doutrina pátria, um consenso quanto ao sistema ideal a orientar o magistrado na difícil tarefa de fixar um valor capaz de ressarcir os prejuízos da lesão ao dano extrapatrimonial do indivíduo.

Desse modo, cabe fazer a análise dos dois sistemas adotados no Brasil: O tarifamento legal e o arbitramento, sendo os meios pelos quais o julgador irá determinar o quantum indenizatório à vítima.

3.1.1. Tarifamento Legal

O tarifamento legal é o sistema que impõe o estabelecimento dos valores de reparação por dano moral com base na lei. Ou seja, há uma predeterminação legal ou jurisprudencial do valor indenizatório para cada situação, utilizando-se assim de um critério objetivo e sem a possibilidade de flexibilização da norma, inibindo que a força modificadora das peculiaridades de cada caso influa na execução

Visando instituir o sistema tarifário na justiça do trabalho, a reforma trabalhista acrescentou o artigo 223-G na CLT, que dispõe da seguinte redação:

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

[...]

§ 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.

Dessa forma, o legislador optou por fazer o tarifamento com base no salário do ofendido, afastando por completo o subjetivismo da decisão. Entretanto, o referido sistema encontra barreiras em sua execução. A não observação das particularidades de cada agente tende a

relativizar as relações humanas, pondo um valor ao sofrimento alheio, e o que é pior, passando a considerar a valorização do indivíduo com base na sua remuneração.

Ademais, ao estabelecer valores fixos, o efeito pedagógico da reparação é posto em cheque, já que a pequena empresa pode sofrer um abalo que sirva como lição para que não cometa a mesma infração, mas o mesmo valor fixado para uma mesma situação que tenha como agente causador uma grande empresa, pode não servir como o fim educativo à que a sanção se propõe.

3.1.2. Arbitramento

O arbitramento pode ser entendido como um sistema abeto, onde cabe ao juiz, segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, se utilizar desses critérios subjetivos para fixar o valor correspondente a reparação da lesão. Esse sistema tem base no Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos traz a ideia de que quando o juiz vai verificar o dano moral, ele deve arbitrar segundo um juízo de equidade, então, o sistema de arbitramento dá ao magistrado certa discricionariedade para exercer sua função.

Por essa razão, identificamos o sistema da livre valoração motivada como ensejador deste método, que permite ao julgador se utilizar de seus conhecimentos técnicos para chegar a uma decisão que mais se adeque ao caso. Dessa forma, o juiz irá apreciar os elementos probatórios trazidos a juízo e fará uma análise do caso concreto. A apreciação e valoração das provas será feita livremente, sem elementos objetivos que vinculem o arbitramento, no entanto, o julgador deverá indicar os motivos que lhe levaram a fixar o valor arbitrado.

Sobre isso, o saudoso doutrinador Cunha Gonçalves assevera:

Se uma indenização fixada por prudente arbítrio do juiz pode ser relativamente injusta - conquanto a experiência só prova a excessiva benevolência e brandura dos juizes para com os autores de inúmeros e gravíssimos danos - maior, mais clamorosa injustiça é negar aos lesados, com tão fútil pretexto, toda e qualquer reparação, estimulando-se com a impunidade novos prejuízos, novos acidentes, novas mortes. É mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada. (1957, apud, GONÇALVES, 2018, p. 543-544).

Nesse pensamento, cumpre destacar que o valor da indenização do dano moral é fixado pelo juízo do feito por meio do arbitramento, de acordo com as circunstâncias de cada caso, não cabendo ao legislador parametrizar o quantum indenizatório, já que cada caso suscita uma interpretação específica que mais se adeque às suas especificidades, posto que o abalo sofrido

por cada indivíduo será único, mesmo que se trate de infrações de mesma natureza. Seguindo essa linha de raciocínio, se faz imprescindível atribuir aos magistrados um grau de discricionariedade, mesmo que isso cause certa aflição aos observadores que equivocadamente temem a falta de segurança jurídica, posto que uma decisão previamente tarifada causaria um dano ainda maior, conduzindo as decisões a um mar de injustiças que se permeariam no meio jurídico, afetando ainda mais os indivíduos lesados.

Segundo Bernardo (2005, p.164), o que existe não é um tabelamento, mas sim um arbitramento no qual o magistrado deve explicitar os motivos que lhe levaram a decidir pelo valor indenizatório arbitrado, bem como pontuar as provas produzidas e a valoração de cada uma na formação de seu convencimento, a fim de que o comando por ele emitido possa estar sujeito ao controle de sua racionalidade.

A opção pelo arbitramento propicia ao julgador fixar com mais precisão e liberdade a justa reparação dos danos sustentados pela vítima. Sobre a possibilidade de isso gerar um grau de incerteza jurídica, é necessário confiar aos juízes o poder de decisão, visto que seu conhecimento jurídico e sua experiência prática devem ser fator preponderante para que assumam a função a qual se destina. Ainda nesse sentido, cumpre destacar que a fixação do quantum indenizatório arbitrada pelo juiz não dispõe de uma liberdade irrestrita, pois deve se respaldar de forma prudente em critérios e parâmetros preestabelecidos, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne puro arbítrio, já que tal configuraria o rompimento total dos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, levando o conteúdo decisório para uma caminhada em favor de um sistema autoritário.

É importante destacar, que a reparação de danos insuscetíveis de avaliação pecuniária deve obedecer a regra da satisfação compensatória do ofendido. É impossível restituir o lesado ao seu status quo, portanto faz-se necessário uma indenização compensatória que proporcione ao indivíduo um lenitivo para o seu sofrimento. Portanto, é o juiz, por ter um contato direto com as partes e com os elementos que compõem a lide, o sujeito mais indicado para quantificar a reparação pelo dano moral. Os juízes então são responsáveis por julgar a dor e o sofrimento da vítima, mensurá-lo em pecúnia e ainda apresentar uma sentença que seja justa, ou seja, que repare o dano sem causar enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

Utilizando-se da ideia do Ministro do STJ, Paulo de Tarso, expressa no julgamento do Recurso Especial 1152541/RS, em 2011, podemos dividir o arbitramento de danos morais em duas fases. Na primeira, arbitra-se o valor básico, considerando o interesse jurídico da vítima, bem como os precedentes jurisprudenciais, visando que seja garantida a equidade na decisão. Já na segunda fase, define-se o valor final da indenização, majorando ou minorando o valor

fixado na primeira fase com base nas peculiaridades e circunstâncias de cada caso, através da análise de critérios como a gravidade do fato, a culpabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica das partes, até que se alcance o justo valor compensatório.

Sendo assim, o arbitramento é entendido como o modelo mais adequado para quantificar a indenização por danos morais, mas para garantir a eficácia do referido sistema, é necessário que o juiz demonstre suas motivações e parâmetros utilizados para chegar àquele valor, com o intuito de demonstrar que a decisão não foi oriunda de desígnios pessoais e possibilitar que a mesma seja avaliada e entendermos o porquê de haver valoração diferente para casos semelhantes.

Assim, é ponto fundamental da decisão que o juiz determine quais são os critérios que ele utilizará no momento da quantificação do dano moral para que esta não seja tão alta e despropositada que atue como fonte de locupletamento, e nem seja tão inexpressiva a ponto de não atingir o fim pedagógico de desestímulo a reincidência por parte do agente causador à que ela se propõe.

3.2 Os Critérios de Quantificação do Dano Moral Segundo os Tribunais Superiores

Não é novidade para ninguém a dúvida que há quanto aos critérios que o julgador irá se utilizar para arbitrar a indenização extrapatrimonial. Portanto, faz-se necessário um esforço por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, a fim de sanar incerteza que permeia este campo, uma vez que a lei não fixa critérios objetivos para tal.

A quantificação pecuniária que ronda os danos extrapatrimoniais é, por si só, subjetiva, mas nada impede que alguns deles sejam apreciados de forma objetiva, como é o caso da culpa do agente. O importante é saber que sempre haverá um certo grau de subjetividade no que tange os parâmetros adotados para nortear o julgador, pois suscitam dele um certo juízo de valor, que indicará a relevância que o mesmo dará para cada critério analisado, o que possui intervenção direta no arbitramento do quantum indenizatório.

Nesse sentido, em entrevista concedida Secretaria de Comunicação do TST, o paraense, Ministro do TST, Walmir Oliveira da Costa:

Hoje, o juiz não tem critérios objetivos ou determinantes para fixar o valor da indenização. O Código Civil se limita a estabelecer que a indenização se mede pela extensão do dano. Eu, particularmente, acho que, na esfera trabalhista, não se trata de indenização, porque indenizar é restituir ao estado anterior. Entendo que é apenas uma compensação pela dor. Não há possibilidade, na esfera trabalhista, de restituir. A reparação pode ser pecuniária, mas também

o que chamamos de reparação in natura: pedido de desculpas, declaração reparatória, que não é em dinheiro. (PORTAL DO TST, 2012)

Como pontua o ministro, não há, hoje, critérios objetivos que limitem na fixação do valor indenizatório, o que não significa dizer que este terá ampla e indiscutível liberdade para arbitrar o valor como bem entender. É indiscutível que a Justiça do Trabalho tem trilhado um caminho em prol da proteção dos direitos da personalidade, que até há algum tempo eram tidos como de menor relevância, entretanto, é importante que haja cautela. Como já foi dito, é indispensável a presença de critérios que balizem a decisão do julgador, sendo vedadas decisões que se fundamentem em “achismo”. A sentença motivada possibilita a apuração dos parâmetros utilizados, sua adequação e a dosagem, para possibilitar o reexame pela instância superior e o argumento das partes contra ou a favor, em possível recurso. Portanto, é preciso seguir um método e demonstrar como foram observados os critérios definidos, garantindo sempre o cumprimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que se destinam a evitar que o valor arbitrado seja tão grande a ponto de gerar enriquecimento ilícito por parte do ofendido, ou tão pequeno a ponto de se tornar inexpressivo e perder o seu efeito pedagógico.

Visando facilitar o trabalho do julgador, a Constituição Federal e o Código Civil têm tentado criar parâmetros para balizar o arbitramento dos valores indenizatórios. Além desses dispositivos, algumas leis especiais, com destaque para a Lei de Imprensa (Lei 5250/67). De início, cumpre destacar que essa lei foi declarada inconstitucional pelo STF (2009), entretanto, vale a análise de um artigo específico.

Nesse sentido, propunha o artigo 53 dessa lei:

Art . 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Ainda que o dispositivo tenha perdido a validade em âmbito jurídico, vale pontuar os critérios estabelecidos por este. Mesmo que não sirva mais como fundamentação jurídica, o referido artigo forneceu elementos interessantes para o exercício da atividade do magistrado,

que guardam semelhanças para com as fundamentações dispostas nas decisões do TST atualmente.

Dessa forma, a jurisprudência pátria vem definindo alguns critérios a serem utilizados pelos juízes em suas decisões, como demonstra a ementa da decisão proferida pela 2ª Turma do TST:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM ARBITRADO. ANÁLISE CONJUNTA . **O valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve observar o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a extensão do dano**, tal como dispõem os arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 944 do CC, de modo que as condenações impostas não impliquem mero enriquecimento ou empobrecimento sem causa das partes. Cabe ao julgador, portanto, atento às relevantes circunstâncias da causa, **fixar o quantum indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade. Devem ser observados, também, o caráter punitivo, o pedagógico, o dissuasório e a capacidade econômica das partes.** Conforme a jurisprudência do TST, **a mudança do quantum indenizatório a título de danos morais somente é possível quando o montante fixado na origem se mostra fora dos padrões da proporcionalidade e da razoabilidade.** Tal circunstância não se verifica na hipótese dos autos, em que o TRT, manteve o valor da condenação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em face da lesão no punho que implicou em limitações temporárias para a reclamante. O valor mostra-se compatível com a extensão do dano sofrido, a capacidade financeira da reclamada, sua conduta, o nexo de causalidade, a compensação dos danos sofridos e o caráter pedagógico da sanção negativa. Não se observa, portanto, violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso de revista não conhecido (TST - RR: 3121020155090669, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 20/03/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DJT 23/03/2018. Grifo nosso).

Primeiramente, cumpre destacar que o entendimento desta Corte Superior, como instância recursal extraordinária, ao não conhecer o recurso de revista, vai em favor do entendimento assimilado pela Súmula 126 do TST, que destaca como incabível o recurso de revista ou de embargos para reexame de fatos e provas. Portanto, somente é possível alterar o valor arbitrado à título de danos morais em sede de recurso de revista nas hipóteses em que se mostra evidente o caráter ínfimo ou exagerado da condenação, de tal modo que não alcance os objetivos à que se pretende a obrigação de indenizar estabelecida pelo ordenamento jurídico. A ideia é, portanto, no sentido de que em recurso de revista não se discute a existência do direito à indenização, mas apenas o valor da indenização devida quando esta se distancia muito dos parâmetros fixados pela corte em casos semelhantes.

Feita essa consideração, cumpre apontar quais os critérios que devem ser utilizados pelo magistrado no momento da quantificação do dano extrapatrimonial. Na referida decisão,

encontram-se destacados: Os princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade; a gravidade da culpa; a extensão do dano e as condições socioeconômicas das partes. Resta agora entender a forma como cada parâmetro atua na formação do convencimento do juiz.

3.2.1. Extensão do Dano

O critério da extensão do dano é aquele que se refere a gravidade do fato em si, sendo o objeto de análise a dimensão da lesão que a vítima suporta. Este fundamento se sustenta à luz dos preceitos gerais da responsabilidade civil e se presta a análise dos resultados que o dano pode provocar e a forma como seus efeitos devem intervir na quantificação do dano moral.

O próprio Código Civil demonstra de forma clara que:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Dessa forma, o dispositivo legal vem positivar no campo da responsabilidade civil o princípio da reparação integral do dano, enfatizando que a indenização deve ser medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado. A maior dificuldade enfrentada pelo julgador consiste em mensurar o tamanho da lesão que o dano cometido causou à vítima. Através da observação de dois pontos específicos, é possível apreciar a extensão da lesão. O primeiro se refere a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio corolário da nossa constituição, pois é no valor do princípio que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Em segundo plano, temos o tempo de duração do dano, posto que aquelas lesões de caráter passageiro geram menos abalo do que aquelas consideradas definitivas, restando necessária a diferenciação no valor da indenização, posto que em uma delas não há cessação da dor experimentada.

Na perspectiva de Clayton Reis:

Para se proceder à avaliação do “preço da dor”, é necessário investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido. (REIS, 2003, p. 117-118).

Portanto cabe ao juiz, na qualidade de árbitro, definir a extensão do abalo suportado pelo ofendido, a fim de reduzir a sua dor a um determinado valor monetário capaz de compensar a lesão sofrida.

3.2.2. Gravidade da Culpa

Hoje em dia, segue a tendência pela desconsideração da culpa no âmbito da responsabilidade civil, não sendo mais fator preponderante para a configuração do direito de reparar. Como já fora explanado, a ideia da responsabilidade objetiva dispensa a necessidade da culpa direta do ofensor, o que se explica através da teoria do risco, já que o tomador do serviço é responsável por eventuais danos causados ao empregado, pelo simples fato de não proporcionar meios para evitar a ocorrência da lesão decorrida no desempenho da atividade laboral. Dessa forma, podemos afirmar que se faz presente o elemento da culpa, em sentido amplo, quando a pessoa deveria agir em conformidade com a lei, mas não o faz, seja porque essa era sua intenção (ação dolosa), ou porque essa não era sua intenção mas sua conduta foi negligente, imprudente ou imperita.

Com a chegada do código civil de 2002, surgiu uma regra excepcional, que permite a averiguação do dano de acordo com o grau de culpa do agente como critério para a diminuição ou majoração do valor indenizatório quando houver grande desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Seguindo esse entendimento, o parágrafo único do artigo 944, Código Civil, dispõe:

Art. 944 [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Dessa forma, o dispositivo legal admite a possibilidade de ponderação por parte do juiz em relação à culpa, com base na equidade, sustentando a necessária correspondência entre a indenização e a lesão provocada. Assim, quanto mais latente for a culpabilidade do agente, maior será o valor da reparação. Além disso, vale mencionar que a culpa concorrente da vítima, disposta no Artigo 945 do Código Civil, também serve como critério para a alteração do valor ou até mesmo a exclusão da responsabilidade civil do agente causador.

Nos casos em que há indenizações por danos morais, é perceptível que o grau de culpa do ofensor possui notoriedade, servindo como parâmetro para a fixação do quantum indenizatório, justamente por se tratar de um dano imaterial, sem medida física constatável, sendo, portanto, necessário observar as circunstâncias e a intenção do agente em provocar o dano.

Então, os dispositivos acima mencionados introduziram a culpa como critério para o ajuste do quantum indenizatório. Entretanto, cabe o alerta de que somente nas hipóteses abarcadas pelos artigos é que o magistrado está autorizado a fazer um juízo de culpa que tenha

interferência na determinação do quantum indenizatório. Nesse sentido, entende-se que a análise do grau de culpa do agente é um fator de extrema importância no auxílio da atividade do magistrado, mas deve ser analisado com cautela, respeitando a prevalência pela observação do critério de extensão do dano.

3.2.3. Condições Socioeconômicas das Partes

Como já foi dito, analisar as condições socioeconômicas das partes é elemento fundamental para alcançar o fim ao qual o dano moral se propõe. É mister que o juiz observe as condições do agente e da vítima, a fim de compensar danos desmedidos, para que a decisão seja eficaz.

Na relação trabalhista é comum que o ofensor – que em regra é o empregador-, seja detentor de condição socioeconômica superior à do ofendido. Portanto, para que o efeito pedagógico seja obtido, é importante atentar para o tamanho do patrimônio do causador do dano. Isso não significa dizer que uma ofensa sofrida pelo empregado de uma pequena empresa seja menos grave do que aquela sofrida por um indivíduo que trabalhe em uma multinacional, mas para que a função educativa da reparação sirva como inibidor da prática de novas ofensas é essencial que a grande empresa preste uma indenização maior à vítima.

Por outro lado, isso não significa que o empregado de uma empresa detentora de grande poder econômico deva receber uma indenização milionária. A sanção deve representar um montante razoável e adequado ao patrimônio do ofensor, mas não deve chegar a um número exorbitante para que não gere enriquecimento ilícito. É importante que haja bom senso do julgador na fixação do quantum.

3.2.4. Proporcionalidade, Razoabilidade e Equidade

A proporcionalidade, razoabilidade e equidade são critérios que guardam uma ligação entre si. Devido a subjetividade desses elementos, é essencial que sua observação seja feita em consonância com outros parâmetros na mensuração do dano.

Como vem sido reiterado no presente trabalho, não há na legislação pátria delimitação do quantum a ser estabelecido a título de reparação por danos morais. Cabe ao juiz, de forma equitativa, fixá-lo, se atentando a condição das partes, posto que mesmo em situações de extrema semelhança, a dor sofrida pela vítima irá variar de acordo com as circunstâncias de

cada caso. Para isso, serve aquela premissa de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na exata medida de sua desigualdade, como prevê o princípio da isonomia.

Ademais, a omissão legislativa na seara trabalhista quanto aos critérios para fixação do dano, leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, para que a decisão não venha a auferir ônus ou bônus excessivo para nenhuma das partes, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei.

Sabendo que estes são elementos de caráter intuitivo, é extremamente importante que o juiz, na qualidade de arbitro, seja cauteloso e se utilize do bom senso. Portanto, cabe ao magistrado, à luz do princípio do livre convencimento motivado, demonstrar na prolação da sentença os critérios que utilizou para emitir o seu juízo de valor, correlacionando-os ao caso concreto. Além disso, é imprescindível que ele pondere esses critérios de acordo com as circunstâncias de cada caso, para que se alcance o maior grau de satisfação da lide.

4. A REFORMA TRABALHISTA E A MUDANÇA DE CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Antes da reforma, não havia quaisquer regramentos específicos sobre este tema na CLT, cabendo aos juízes se utilizar de forma subsidiária da base legal disposta no Código Civil. Portanto, a valoração era feita de acordo com o convencimento do juiz, sem uma tabela de valores fixada.

O advento da reforma trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/17, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, suscitou algumas discussões no âmbito do direito do trabalho. Uma das modificações que receberam maior atenção se refere a alteração dos critérios utilizados para a quantificação do dano moral. De agora em diante, os empregados que buscarem reparação na Justiça por danos físicos ou morais causados pelo empregador, encontrarão limites para os valores das indenizações. Agora, dependendo do grau da ofensa, a compensação deverá respeitar tetos que variam entre 3 (três) e 50 (cinquenta) vezes o último salário do ofendido.

4.1 A (In)constitucionalidade da Modificação

As alterações constantes na reforma trabalhista propiciaram divergência de opiniões tanto em âmbito jurídico quanto social. Os que defendem a modificação, levantam a tese da modernização legislativa, que visa desburocratizar e tornar mais simples a vida do empregador no campo das relações de trabalho, afirmando ainda que as mudanças não provocaram nenhum tipo de prejuízo aos trabalhadores. Contudo, não é isso que se percebe ao fazer a análise da lei que fundamenta a referida reforma. Aqueles que possuem contato direto com o direito do trabalho percebem que houveram, no bojo da reforma, a subtração ou limitação de direitos sociais e trabalhistas adquiridos no decorrer de anos de luta, fazendo-se perceptível o retrocesso.

Nessa seara, uma das modificações mais preocupantes é o capítulo destinado aos danos extrapatrimoniais. Acontece que a nova lei tratou de estabelecer em seu texto, limites que balizassem a quantificação em juízo dos danos morais, criando faixas de reparação pautadas na natureza e na gravidade da lesão.

Isso pode ser vislumbrado no corpo do artigo 223-G da nova CLT, que dispõe da seguinte redação:

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

§ 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.

Utilizando-se do salário do ofendido como critério limítrofe da indenização devida, o texto consagra o instituto do dano moral tarifado nas relações laborais. Não precisa ser um especialista no assunto para constatar que a utilização de tais elementos corrobora para o retrocesso social, afligindo a sociedade como um todo.

Dessa forma, o dispositivo legal institucionaliza uma discriminação para com os trabalhadores de baixa renda ao tarifar a dor do indivíduo com base na sua faixa salarial, utilizando critérios objetivos demais para julgar casos que dispõem de uma densa carga de subjetividade. É como se a lesão acometida em seu patrimônio imaterial pudesse ser julgada e medida de acordo com a sua remuneração; ou seja, aqueles que ganham mais, em tese, deveriam receber uma indenização maior do que os que ganham um salário inferior, mesmo se tratando de situações de contexto veementemente similar, o que geraria uma afronta ao princípio da isonomia. Ao contrário do que prevê o conteúdo da reforma, é possível imaginar que em muitas vezes na verdade o empregado que possui uma remuneração menor, seja mais abalado que o que recebe um salário maior, posto que o primeiro tem um aporte financeiro reduzido, tornando a sustentação da dor mais dificultosa.

É compreensível a utilização deste método tarifário quando se fala em dano material, pois este se expressa através do decréscimo patrimonial. Ademais, a compensação deste dano, na esfera trabalhista, possui relação com o salário do trabalhador, posto que a lesão acometida pode implicar nos lucros cessantes, devendo a faixa salarial do indivíduo ser levada em conta no arbitramento do quantum.

Já no que se refere aos danos imateriais, é inconcebível se utilizar do mesmo método. A afetação dos direitos da personalidade, devidamente protegida no corpo da Carta Magna, impossibilita a utilização de parâmetros tão rígidos, pois sua lesão só poderá ser constatada por meio de uma leitura multifuncional das circunstâncias que permeiam o fato. É certo que não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há sim parâmetros com a textura mais aberta que podem buscar uma compensação justa à vítima.

É mister ressaltar que o conteúdo da norma gera espanto, pois já era um assunto superado pela jurisprudência pátria.

Nesse sentido, o STF já se posicionou em favor da impossibilidade da parametrização do dano moral, revogando a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) ao entender como inconstitucional a redação dos artigos 51 e 52 por destoarem daquilo que prevê o artigo 5º da CF/88, incisos V e X, pois estabeleciam parâmetros rígidos e tarifados para a apuração do valor indenizatório.

Visto isso, é oportuno expor o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF 130/DF sobre o caso em comento:

Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello. (STF, ADPF 130/DF, Data de publicação: 06/11/2009)

Sendo assim, entende-se a tarifação como um método completamente incompatível com os desígnios do dano moral, pois a equidade, que é o seu objeto principal resta prejudicada, já que é retirado do julgador a faculdade de avaliar o tipo de lesão, sua gravidade e as condições pessoais dos envolvidos, fatores indispensáveis para que se alcance a restituição integral do dano. Portanto, resta comprovado que a parametrização do dano moral é inconstitucional. Os limites criados ao julgador representam um dissenso com os princípios e normas dispostos na Constituição Federal, esbarrando no crivo do controle de constitucionalidade e convencionalidade, motivo que enseja o afastamento de sua aplicação, nos casos concretos, pelo julgador.

4.2 A Medida Provisória 808/2017

Diante das manifestações em desfavor novo texto infraconstitucional, o governo de Michel Temer (presidente à época), decidiu recuar em partes a matéria trazida pela nova lei. A Medida Provisória (MP) 808/2017, publicada em 14/11/2017, trouxe algumas alterações à lei da Reforma Trabalhista, dentre elas uma no que diz respeito a tarifação do dano moral.

A emprego deste método se manteve, entretanto houve a modificação do critério utilizado como parâmetro. Assim, passou a valer o valor do limite máximo dos benefícios do

Regime Geral da Previdência como base de cálculo, e não mais o salário, como previa o texto original da reforma. De acordo com essa nova regra, a reparação deverá ser fixada observando o teto máximo de 3 (três), 5 (cinco), 25 (vinte e cinco) e 50 (cinquenta) vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, sendo arbitrado de acordo com a gravidade da ofensa. Contudo, a contrariedade a norma constitucional permanece, pois ainda assim se manteve a tarifação do dano moral.

Além disso, cumpre informar que a MP 808/2017 perdeu sua validade, pois excedeu o tempo limite de 45 (quarenta e cinco) dias, previsto em lei, sem ao menos ter sido submetida ao Congresso para aprovação.

4.3 Como Ficar na Prática a Utilização dos Critérios Adotados pela Reforma?

Diante da temática abordada no presente trabalho, resta-nos indagar: Como ficará a aplicação dos critérios dispostos na nova lei?

É preciso ter muita cautela no manuseio da norma, pois esta, por si só, já traz prejuízo aos trabalhadores. Sendo necessário que o magistrado desenvolva sua função com o máximo de atenção, a fim de que não cometa ainda mais injustiças.

Cumpre destacar que alguns juízes, em sinal de protesto, já declararam que não vão aplicar a reforma trabalhista, à exemplo do juiz Elízio Perez, da 41ª Vara do Trabalho de São Paulo, que em decisão liminar proferida no dia 23 de Novembro de 2017, decidiu não aplicar a nova lei trabalhista, revertendo a demissão em massa de mais de 100 funcionários de um grupo hospitalar da capital paulista, destoando daquilo que prevê o artigo 477-A, que dispensa a necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para a demissão em massa imotivada.

Dessa forma, paira sobre nós a incerteza quanto a aplicabilidade ou não do conteúdo disposto na Reforma Trabalhista. Além disso, se esta for aplicada, resta saber a forma como será feita e os cuidados que o arbitro terá na apreciação de cada caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente trabalho, chega-se a determinadas conclusões a respeito do dano moral e os critérios utilizados para a sua quantificação monetária como forma de compensação ao ofendido por ocasião de um incidente na seara trabalhista. Pelo resultado obtido na análise da referida questão, destaca-se, que o incidente ao qual se fala, tem origem na relação entre empregador e empregado, provocando um abalo à esfera da personalidade do ofendido, que por conta de uma prática atentatória aos seus direitos mais íntimos, gera no indivíduo inquietação capaz de germinar alterações psíquicas e dor em seu âmago do ser.

Dessa forma, o dano moral pode ser entendido como uma lesão causada a pessoa em razão de infração cometida durante a execução do contrato de trabalho, levando o infrator a indenizar os danos provocados ao patrimônio imaterial do prejudicado, visto que compreendem direitos inatos vinculados ao princípio da dignidade humana –devidamente amparado na Constituição Federal– e por isso merecem ser resguardados tanto em âmbito social quanto jurídico. A compensação deve ser capaz de amenizar o sofrimento causado, mas jamais pode ser entendida como um preço dado a dor sentida, posto que esta é inquantificável, e, portanto, irredutível a dinheiro. Sendo assim, a reparação não deve ser entendida como um preço dado ao padecimento da vítima, mas como uma forma de contornar as lesões provocadas e tentar reestabelecer o status quo anterior ao inconveniente, proporcionando alguma forma de bem-estar ao predito.

Visto que a responsabilização civil do ofensor possui uma função dúplice, cumpre analisar que esta deve satisfazer seus objetivos; quais sejam, a finalidade compensatória como já fora destacada, mas também a pedagógica, que se destina a punir o transgressor e prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso, fazendo com que o ato ofensivo não saia impune e ao mesmo tempo desestimule a ocorrência de práticas que atinjam a dignidade do trabalhador. Para isso, o magistrado deve arbitrar um valor justo, se utilizando de critérios adequados para tal destinação.

Nesse sentido, o TST vem adotando alguns parâmetros reiteradamente usados como balizamento do valor a ser fixado nessas reparações. Portanto, para melhor satisfazer o objetivo da lide, primeiramente, deve-se identificar o dano e classificá-lo como lesão moral leve, média, grave ou gravíssima dentro do caso concreto e segundo o grau de culpa. Posteriormente, são analisados os outros critérios, como a extensão do dano, analisando quanto o dano teve repercussão dentro da esfera social do ofendido, e as condições socioeconômicas do ofensor e da vítima. Tudo isso pautado sob os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e equidade.

De forma contrária, a Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/2017, estabelece mais precisamente em seu artigo 223-G, a faixa salarial do ofendido como critério para o arbitramento do quantum reparatorio. É perceptível que a opção por um parâmetro tão objetivo, causa um certo desconforto aos observadores. Isso se deve ao fato de que o abalo moral suportado pelo ofendido jamais pode ser mensurado com base em sua remuneração, posto que o grau de abalo sofrimento em nada tem a ver com a percepção salarial deste. Institucionalizar esse sistema seria abrir margem para a ocorrência de injustiças dentro da Justiça do Trabalho, já que aqueles que ganham mais teriam a sua moral mais prezada do que aqueles que ganham menos, sendo incondizente com os princípios da igualdade e da equidade amparados na nossa Constituição cidadã.

Por conseguinte, entende-se que a alteração promovida pela Reforma Trabalhista, ao pretender criar um tabelamento para o quantum indenizatório, é visivelmente inconstitucional. Além disso, a fixação desses valores agravaria o quadro da banalização do dano moral sofrido, posto que a análise circunstancial do fato ficaria em segundo plano. Com o advento do referido sistema, corremos um risco muito grande no que tange a proteção dos direitos constitucionais, posto que a instituição desse novo parâmetro provocaria a relativização da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, conclui-se que a melhor forma de avaliar o valor compensatório é a utilização de critérios subjetivos por meio do sistema de arbitragem judicial. Por mais que a adoção deste parâmetro provoque variações no quantum, é imperioso que o juiz possua uma certa margem de discricionariedade para melhor avaliar a lesão acometida, e definir a reparação condizente com as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação através da ponderação dos elementos que compõem o fato, para que a sentença não seja tão irrisória a ponto de não compensar o sofrimento da vítima e não servir como medida educativa ao ofensor, ou tão exorbitante a ponto de gerar enriquecimento ilícito para o ofendido.

Isto posto, frisa-se que será necessária a mobilização por parte do judiciário, a fim de definir como será implantado o novo método quantitativo de arbitramento de danos morais na esfera trabalhista, bem como se a alteração na legislação deve prosperar frente ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que é possível assegurar que o conteúdo disposto na Reforma se mostra incondizente com a atual Constituição pátria.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lorena. **A quantificação do dano moral na seara trabalhista**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9256/A-quantificacao-do-dano-moral-na-seara-trabalhista>>. Acesso em: 15 nov. 2018, 21:46.

AMARAL, Antônio Carlos Melo de. **Dano moral e a fixação do quantum indenizatório na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44537/dano-moral-e-a-fixacao-do-quantum-indenizatorio-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 26 out. 2018, 23:37.

AMORMINO, Tatiana Costa de Figueiredo. **Inconstitucionalidade da Tarifação do Dano Moral Promovida pela Reforma Trabalhista**. Conteudo Juridico, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590272&seo=1>>. Acesso em: 25 nov. 2018, 02:47.

AYRES, Maria Cristina. **A quantificação do dano moral na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26729/a-quantificacao-do-dano-moral-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 26 out. 2018, 00:23.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. **Lei 13.467/2017, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

BRASIL. **Lei 5.250/1967, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação (revogada).

BRASIL. **Lei 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências

BRASIL. **Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (revogada).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.152.541 / RS, 3ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 nov. 2018, 00:37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 – PR**. Brasília, DF. 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em: 22 nov. 2018, 23:48.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 3121020155090669 – RR**. Brasília, DF. 20 de março de 2018. Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559890375/recurso-de-revista-rr-3121020155090669/inteiro-teor-559890392?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 nov. 2018, 01:34.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Valmir Oliveira de. **Entrevista concedida a Secretaria de Comunicação do TST**. Disponível em: <<https://bit.ly/2RyvFbm>>. Acesso em: 20 nov. 2018, 01:40.

COSTA, Waldir Oliveira da. **Dano Moral nas Relações Laborais: Competência e Mensuração**. Curitiba: Editora Juruá. 1999.

COUTO, Igor Costa; SALGADO, Isaura. **Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do STJ**. Rio de Janeiro, a.2,n.1,jan/mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/criterios-stj/>>. Acesso em: 20 nov. 2018, 23:45.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAVARETTO, Cícero. **Os critérios para fixação dos danos morais**. Disponível em: <<https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113718912/os-criterios-para-fixacao-dos-danos-morais>>. Acesso em: 10 nov. 2018, 02:30.

FLEURY, Renata. **O dano moral na reforma trabalhista: Inconformidade constitucional**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271868,81042-O+dano+moral+na+Reforma+Trabalhista+Inconformidade+constitucional>>. Acesso em: 15 nov. 2018, 20:40.

FREITAS, Danielli Xavier. **TRT PR: Ministros do TST debatem critérios para tipificar e coibir o dano moral**. Disponível em <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/199188304/trt-pr-ministros-do-tst-debatem-criterios-para-tipificar-e-coibir-o-dano-moral>>. Acesso em: 15 nov. 2018, 15:30.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MELLO, Roberta Lins Estevam de. **Dano moral no direito do trabalho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 21, 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=623>. Acesso em: 10 out. 2018, 15:34.

MENEGHINI, Maxweel Sulívan Durigon. **Dano moral no tempo, no espaço e sua reparação no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8701>. Acesso em: 20 out. 2018, 23:26.

MORAES, Maria Celina, Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **Dano moral e seu caráter desestimulador**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_dano_moral_e_seu_carater_desestimulador. Acesso em: 20 out. 2018, 16:26.

SALIM, Adib Pereira Netto. A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.41, n.71, p. 97-110. jan/jun. 2005.

SANGALLI, Jaciara. **Dano moral do direito do trabalho**. 2006. 99f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – UNIVALI. Itajaí, 2006.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Extrapatrimonial na Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) após o advento da MP 808/2017**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/11/23/dano-extrapatrimonial-lei-13-467-2017-reforma-trabalhista-apos-mp-808-2017/>. Acesso em: 20 out. 2018, 01:48.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2010.