

EM QUE MEDIDA É ADEQUADO ESTABELECEM UM REGIME TARIFADO PARA A INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL?

Regina Stela Corrêa Vieira*

No presente texto, desdobramento de minha apresentação no Seminário *O “Novo” Direito e Processo do Trabalho: um Outro Olhar*, evento realizado no dia 30 de outubro de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, propus-me a responder a pergunta que se encontra no título deste artigo: em que medida é adequado estabelecer um regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial? A resposta a ela, no momento do seminário, foi rápida e objetiva: em nenhuma medida. Isso, ao menos, se pensarmos que o paradigma da pergunta são os arts. 223-A a 223-G, que integram o Título II-A “Dano Extrapatrimonial” incluído na CLT pela referida lei¹.

Para melhor compreensão da crítica incutida na resposta negativa, passo agora a analisar alguns pontos da normativa, incluindo considerações sobre as mudanças trazidas pela MP nº 808/2017, que tentou ajustar os pontos controversos da Lei nº 13.467/2017, mas com a ressalva de que, ainda que a medida provisória tenha sido renovada por mais 60 dias², não há garantias de que o Congresso Nacional vote e aprove sua conversão definitiva em lei. Ou seja, trata-se de um cenário incerto, em que não é possível saber se as alterações da MP nº 808 continuarão a valer ou se serão rejeitadas, voltando-se ao texto original da reforma trabalhista.

Feitas essas considerações e antes de entrar na questão da parametrização da indenização por dano extrapatrimonial, importante colocar sua previsão no contexto do art. 223-A da CLT, que pretende que nada escape de sua tutela. Em seu texto, lê-se: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de nature-

* *Doutoranda e mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP, com estágio de pesquisa no Centre de Recherches Sociologiques et Politiques de Paris; integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP).*

1 A redação do presente artigo foi concluída em 5 de março de 2017.

2 Até o dia 23 de abril de 2017 (BRASIL, 2018).

za extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Observa-se a gana do legislador em isolar o dispositivo do restante do ordenamento jurídico, como se essa “declaração de independência” do art. 223-A, nas palavras de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo), eximisse-o de sua interpretação constitucionalmente orientada, o que dentro do ordenamento jurídico brasileiro é impossível, vez que hierarquicamente nada obsta a aplicação da Constituição de 1988.

Além disso, a tentativa de bloquear qualquer outra incidência normativa, que não a própria, sobre danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, ignora a complexidade das relações humanas e a imprevisibilidade das condutas sociais. Isso fica claro quando tomado o art. 223-C, cuja mera hipótese de que o rol nele inserido seja taxativo é descabida. Tal como está escrito: “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”.

Na primeira leitura, salta aos olhos as muitas possibilidades de bens juridicamente tutelados que o ímpeto reformista deixou de lado. Pelas ferrenhas críticas recebidas por tal dispositivo, a MP nº 808/2017 previu nova redação, nos seguintes termos: “Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural”.

Desse modo, etnia, idade, nacionalidade, gênero e orientação sexual foram – ao menos temporariamente – incluídos no rol do art. 223-C. Ainda assim, a alteração não foi capaz de abarcar todas as formas possíveis de se hostilizar um ser humano. Sem a necessidade de elencar o que continua de fora do referido artigo – posso rapidamente citar a origem da pessoa, num país de forte migração regional –, faço minhas as palavras de Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 60): “(...) só nos resta concluir que o rol é meramente exemplificativo, podendo ser acrescidos outros fundamentos para a lesão extrapatrimonial; é o recurso de que o jurista dispõe quando nota a pouca seriedade do legislador”.

Tendo isso em vista, sigo para o alvo principal da presente análise, que cito em sua íntegra abaixo:

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

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

DOCTRINA

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

§ 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.

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

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

Vale reforçar que os eventos agressivos que podem levar ao dano extrapatrimonial envolvem “uma multiplicidade de fatos, nuances e detalhes e cada um dos sinistros e dos eventos agressivos que permeiam as relações de trabalho”, de maneira que não há como o legislador querer englobar e prever todos, muito menos o valor de cada um para cada indivíduo (SILVA, 2017, p.

59). Logo, da leitura dos incisos de I a IV resta o questionamento: como colocar as várias formas de violência e as diferentes formas de adoecimento laboral em apenas quatro patamares?

A priori, se não é possível dizer “como” colocar em escalas a subjetividade do sofrimento humano, é possível responder o “porquê” de fazê-lo. O fator essencial, levado em consideração na edição da Lei nº 13.467/2017, foi a tentativa de garantir certo grau de previsibilidade jurídica para que a circulação e o acúmulo do capital sejam resguardados sem maiores empecilhos. A demanda pela fixação de parâmetros claros para que sejam enquadradas indenizações trabalhistas deriva do “mito” que ronda a Justiça do Trabalho de que ela funcionaria como uma loteria do dano moral. Afinal de contas, nada mais assustador para a lógica neoliberal, por mais contraditório que possa parecer, do que a exploração do trabalho estar sujeita a externalidades não reguladas que envolvam aportes monetários aos trabalhadores e trabalhadoras.

Portanto, a justificativa para a fixação do tal regime tarifado para a indenização por dano extrapatrimonial teve como sustentação os destaques dados pela imprensa brasileira contra indenizações arbitradas na Justiça do Trabalho, tidas como exorbitantes (SILVA, 2017, p. 59). Curiosamente, para muitos dos críticos do Direito do Trabalho nacional, o ideal a ser alcançado é o padrão estadunidense, repetindo o mantra de que “os EUA não têm CLT” (CASAGRANDE, 2017), ao mesmo tempo em que deixam de mencionar que é justamente na jurisprudência daquele país que foram consagradas condenações civis de caráter punitivo – na língua original, *punitive damages* –, de modo completamente desvinculado do salário das vítimas.

A esse respeito, cabe um breve parêntesis sobre a figura dos *punitive damages*, que, por mais que não se confundam com os danos extrapatrimoniais aqui em debate (que entrariam na categoria de *compensatory damages*), valem como exemplo dessa desvinculação. Tomando as explicações de Flávio da Costa Higa (2016a), é justamente a “relativa imprevisibilidade do montante condenatório constitui um dos grandes valores intrínsecos” desse instituto jurídico, por se tratar de “garantia de eficácia” para que os agentes econômicos não possam escolher, por meio de simples cálculo matemático, se optarão entre “cumprir a lei e pagar as sanções pecuniárias, contingenciando escolhas orçamentárias pautadas apenas no critério de maior lucratividade” (HIGA, 2016a, p. 405-406)³.

3 Para maior aprofundamento sobre *punitive damages*, ver: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva*: os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Além dos *punitive damages*, outro instituto estadunidense que demonstra a existência de instrumentos jurídicos que podem, sim, ser aplicados com pulso firme na seara trabalhista são as *class actions*. Merece ser citado aqui o paradigmático caso *Jenson v. Eveleth Taconite Company*, primeira ação coletiva nos Estados Unidos por assédio sexual, que tratou do sofrimento causado às empregadas nas jazidas de ferro da empresa devido ao ambiente inóspito, que decorria dos abusos verbais e visuais por parte dos empregados homens, além de casos de molestamento (HIGA, 2016b, p. 496). Em 1998, foi firmado acordo entre as 15 mulheres que ajuizaram o pleito e a empresa, fechando o valor global da indenização em US\$ 3.500.000,00 (*idem*, p. 497)⁴.

Fechando parêntesis, mas considerando as ponderações aqui apresentadas, parece evidente que longe de delinear parâmetros legais para o arbitramento das indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes de relações de trabalho com intuito de garantir segurança para ambas as partes na relação de trabalho, o que os legisladores reformistas fizeram, foi simplesmente tirar da cartola a exigência de que os valores fixados se encaixem em uma das quatro faixas relacionadas à gravidade do dano – leve, média, grave ou gravíssima.

Ao criar esse regime tarifado mal fundamentado, o art. 223-G acaba por instituir duas categorias de pessoas: os cidadãos e os empregados, pois se “se um/a cidadão/ã sofrer dano moral, o Judiciário não estará limitado para definir a indenização”, contudo, “se essa pessoa for empregado/a ofendido pelo patrão, o Judiciário passa a ter que agir de modo distinto e se submeter a limites que não existem em outras relações que não de trabalho” (CORREGLIANO *et. al.*, 2017, p. 10).

Agrava ainda mais a situação o fato de o salário contratual do empregado ter sido utilizado como base de cálculo para a indenização, o que transpassa a seguinte mensagem, decodificada por Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 61): a dor do pobre é menor que a dor do rico. Talvez não seja necessário lembrar que esta imposição da Lei nº 13.467/2013 viola o princípio constitucional da isonomia, definido do art. 5º, *caput*, mas é importante aclarar que, ao “precificar os danos extrapatrimoniais”, a legislação dita que “dois trabalhadores/as que sofreram dano da mesma intensidade, circunstância, pelo mesmo ofensor, com o mesmo método e a mesma gravidade terão indenizações distintas conforme o salário que receberem” (CORREGLIANO *et. al.*, 2017, p. 10).

Por conseguinte, instituir uma lógica que define uma indenização maior para salário maior fere o também o art. 7º, inciso XXXII, da Constituição,

4 Posteriormente, a história foi retratada por Hollywood, no filme Terra Fria (2005).

que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, em uma evidente incoerência que “desconsidera a capacidade econômica do ofensor, fixa indenizações díspares, não pela severidade do dano e sim pela posição e remuneração do trabalhador ou da trabalhadora” (TEIXEIRA, 2017, p. 27).

Essa disparidade, não é preciso de muito esforço para concluir, terá efeitos perversos em determinados grupos sociais. Se “a carne mais barata do mercado é a carne negra”⁵ – uma vez que os homens brancos têm o mais alto rendimento médio do Brasil, equivalente a R\$ 2.393,00, seguidos pelas mulheres brancas, homens negros e, na base da pirâmide, pelas mulheres negras, com a renda média mais baixa, de R\$ 946,00 (IPEA, 2016, p. 13) –, não é difícil identificarmos as trabalhadoras e trabalhadores que mais lidarão com as consequências de terem seu sofrimento computado na base de cálculo de alguns empregadores.

Devido a tamanho absurdo legislativo, a MP nº 808/2017 alterou o referido dispositivo, mudando o parâmetro do regime tarifado para o valor do teto dos benefícios do RGPS. Reiterada a possibilidade de que a MP não seja convertida em lei, o texto momentaneamente em vigência possui a seguinte redação:

“Art. 223-G. (...)

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

I – para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II – para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III – para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Por fim, importante falar também do § 3º do art. 223-G, que prevê a majoração da indenização em caso de reincidência, mas limita sua aplicação a casos envolvendo as mesmas partes. Difícil colocar em palavras o quão

5 Referência à canção *A Carne*, de Seu Jorge, Marcelo Yuka e Ulisse Cappelletti, popularizada na voz de Elza Soares.

DOCTRINA

desconectada do ordenamento jurídico nacional é a previsão de que, no caso concreto, a magistrada ou o magistrado não poderá considerar como reincidência a repetição dos mesmos fatos, no mesmo local de trabalho, se com vítimas diferentes. Nesse sentido, basta considerarmos o art. 76 do Código Penal, no qual consta que a reincidência se configura “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Afinal, usando as palavras de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo), “não teria a menor lógica (...) ser necessário matar ou aleijar duas vezes a mesma pessoa para reincidir”, já que, do contrário, ter-se-ia uma situação caricata a ponto de que “bastaria a Lucius Veratius tomar a precaução de espancar um romano diferente a cada vez, que ele jamais seria considerado reincidente”.

Tal como os demais aqui já apresentados, o referido dispositivo foi alvo da MP nº 808, passando a expor que “§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização”. Mais um exemplo das inúmeras tentativas de fazer com que a Lei nº 13.467/2017 seja um pouco mais coerente, tanto em termos gerais, quanto especificamente no tratamento das indenizações por danos extrapatrimoniais.

Como visto, a título de encerramento, muitas arestas continuam soltas em relação ao tema aqui abordado, que ainda irão render uma série de debates na seara jurídico trabalhista. Enquanto isso, vale firmar ponto acerca da inconstitucionalidade do regime tarifado para indenização por dano extrapatrimonial⁶, ao menos nos termos instituídos pela atual redação dos arts. 223-A a 223-G da CLT, pleiteando um debate amplo e democrático sobre o tema, de modo a compreender os anseios sociais a esse respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *MPV nº 808/2017*. Informações de tramitação, 2018. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162296>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e o “sonho americano”: uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. *Jota*, São Paulo, 11 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-11062017>>.

6 Deixo registrada a lição de Flávio da Costa Higa (2018, no prelo) a esse respeito, que se lembrou de que o STF já se manifestou sobre tarifação de dano moral (STF, RE 396.386/SP, 2ª Turma, DJ 13.08.04), oportunidade na qual entendeu que a limitação do montante da indenização prevista no art. 51 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

DOCTRINA

CORREGLIANO, Danilo Uler *et. al.* *Parecer técnico*: interpretações favoráveis aos trabalhadores e inconstitucionalidades da reforma trabalhista. São Paulo: Gebrim Advocacia, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 484-515, maio/ago. 2016b.

_____. *Danos extrapatrimoniais*. Ref. Lei nº 13.467/2017. Previsão de publicação: 2018. No prelo.

_____. *Responsabilidade civil punitiva*: os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

IPEA. Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014. *Nota técnica*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016. Disponível em: <https://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

TEIXEIRA, M. *O desmonte trabalhista e previdenciário*: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos. Análise n. 26/2017, Friedrich Ebert Stiftung Brasil, jul. 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

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