

A TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

THE MORAL DAMAGE RATES IN THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS UNDER THE CONSTITUTIONAL PRISM

Débora Almeida Franco
Alexandre Francisco de Azevedo
Paulo Henrique Carvalho Pinho

RESUMO

As relações de trabalho sempre estiveram sob o olhar da sociedade, tamanho seu impacto econômico e social, desde os primórdios da História, tendo sido baseadas na escravidão e na servidão. Tomaram ares mais respeitáveis para com o trabalhador apenas após a Revolução Industrial. Muitos são os danos a que esses indivíduos estão sujeitos no exercício de suas funções, mas um tipo ganhou especial destaque após a Reforma Trabalhista ocorrida em 2017: o dano extrapatrimonial, que passou a ser expressamente tratado no Título II-A. Neste, traz-se uma inovação bastante polêmica e discutível, que é a tarifação desse tipo de dano, com sua classificação e limitação da indenização devida ao salário contratual do trabalhador. Esse dispositivo, na tentativa de tornar a aplicação da norma aos fatos mais objetiva e assertiva, mostra-se em total desarmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que fere o princípio da isonomia, além de trazer.

²Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Alfredo Nasser (UNIFAN). Especialista em Vigilância Sanitária e Assuntos Regulatórios pelo Centro Universitário de Anápolis. Nutricionista pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: debora.almeidafranco@hotmail.com;

³Possui graduação em DIREITO pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2005) e mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Atualmente é técnico judiciário - TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE GOIÁS, professor assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e professor - Faculdades Alfredo Nasser. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: reforma política, reforma eleitoral, comentado, regimento interno e TRE-GO e orientador do presente trabalho.

⁴Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Anápolis/Go (atual UNIEVANGELICA). MBA em Ciência da Educação pela UNIFAN/Universidade Lusófona do Porto-Portugal. Curso de pós-graduação em Direito Processual Penal pelo Instituto POSEAD/UNIVERSIDADE GAMA FILHO. Professor de Graduação nas cadeiras de Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Civil, Direito Civil e Prática Recursal Cível. Professor de Pós-Graduação e Professor de curso jurídico para Concursos Públicos. Mestrando em Educação pela Universidade Lusófona do Porto, em Portugal. Advogado inscrito na OAB/GO sob o n. 21075. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Goiás e coorientador do presente trabalho.

impactos sociais e limitações importantes da tutela dos direitos da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Moral.Reforma Trabalhista.Tarifado.

ABSTRACT

Labor relations have Always been under the eye of society, with such na economic and social impact, since the beginning of history, haying been based on slavery and servitude. Talking on a more respectable air towards the worker only after the Industrial Revolution. Many are due to the damages that these individuals are subject to in the exercise of their functions, but one type

gained special prominence after the Labor Reform that occurred in 2017, the off-balance-sheet damage, which started to be expressly addressed in Title II-A. In this, it brings a very controversial and debatable innovation, which is the pricing of this type of damage, with its classification and limitation of the indemnity due to the worker's contractual salary. A device that in an attempt to make the application of the norm to the fact more objective and assertive, the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 is in total disharmony, since it violates the principle of isonomy, in addition to bringing social impacts and limitations protection of the rights of the person.

KEY WORDS: Moral Damage. Labor Reform. Priced.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho sempre estiveram sob o olhar da sociedade, tamanho seu impacto econômico e social, desde os primórdios da História, visto que são a força motriz da produção e do desenvolvimento em pequena ou larga escala. Tais relações foram baseadas ao longo dos anos na escravidão, na servidão e, só após a Revolução Industrial, em um pseudoequilíbrio em que o trabalhador passou a ser visto como detentor de direitos, sob a tutela do Estado.

Dentre esses direitos, destaca-se a reparação do dano extrapatrimonial causado no âmbito do trabalho, abarcado tanto pelo Direito Constitucional, quando pelo Civil e Trabalhista. Essa reparação, após a Lei nº 13.467/2017, que foi sancionada em 13 de julho de 2017 e produziu efeitos desde 11 de novembro do mesmo ano, quando ganhou um Título específico (Título II-A). Neste, veem-se delineados seu conceito, abrangência, sujeitos ativos e passivos e, principalmente, a tentativa disparatada de sua classificação e tarifação, mais especificamente no artigo 223-G, § 1º, com fulcro no salário contratual do ofendido.

Ante esse ponto discutível da nova legislação, muitos juristas travaram profundos debates acerca da constitucionalidade desse artigo, uma vez que, aparentemente, fere o princípio da isonomia resguardado pela nossa Constituição Federal.

Desta feita, o presente estudo norteou-se pelo questionamento da existência ou não de inconstitucionalidade na inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017, que tarifou o dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho. Ele se propõe a analisar o tema com o olhar voltado para os fundamentos do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos e para os princípios que os regem, em especial, atentando à dignidade e à igualdade da pessoa humana. Procura-se aqui dimensionar o bem jurídico atingido, colacionando-o com a jurisprudência e a doutrina, bem

como analisar as práticas atuais jurisdicionais frente aos casos concretos relacionados à qualificação e à fixação do dano moral para o trabalhador, sob a égide da Constituição Federal.

Sua base metodológica é a pesquisa bibliográfica, voltada ao estudo de diversos doutrinadores constitucionalistas, civilistas e do direito do trabalho que trataram de quaisquer dos temas trazidos à baila no corpo deste estudo, que se divide em considerações sobre a historicidade das relações de trabalho e da tutela do dano extrapatrimonial, seguidas da exposição da regulamentação do tema na legislação pátria e da discussão sobre a natureza subjetiva desse bem tutelado. Por fim, abordam-se as controvérsias entre a tarifação do dano moral trazida pela Reforma Trabalhista e os princípios da Constituição da República, apontando seus aspectos mais polêmicos e levantando algumas de suas consequências práticas.

Sabe-se que a análise cuidadosa do dispositivo, sob a égide da Constituição Federal, é de suma importância para o operador do direito, por ser ela o elemento basilar de legalidade e aplicabilidade da norma, visto que materializa o entendimento do Estado Democrático de Direito no tocante ao tema.

2 HISTORICIDADE

Desde as sociedades mais antigas, a opressão do mais forte é exercida sobre o mais fraco, o que, desde então, em alguns casos, trazia o direito de reparação pelo dano moral sofrido. Esse direito foi materializado com exatidão pelo Código de Hamurabi (1792-1750 a. C.), no seu dispositivo legal mais famoso – “olho por olho, dente por dente” –, e pelo Código de Ur-Nammu, que em 2.140 a.C já trazia a ideia da reparação do dano sofrido pela vítima em pecúnia. Vale ressaltar, contudo, que ambos eram limitados a uma casta da sociedade e não abarcavam todos os indivíduos, pelo simples fato de não serem todos assim considerados, mas vistos, alguns, como parte do patrimônio de outros, a exemplo dos escravos (LIMA, 2016).

A mesma ideia de proteção aos bens imateriais é observada em livros religiosos, como a Bíblia e o Alcorão, que trazem em seu corpo, respectivamente, a obrigatoriedade de aquele que tomar à força uma donzela e casar-se com ela, como meio de reparação do dano causado a sua honra e à de sua família (Deuteronômio, versículos 28 a 30), e a penalidade imposta ao adúltero de só poder contrair novo matrimônio com uma adúltera ou idólatra, jamais com uma crente, conforme disposto no item V do texto sagrado islâmico.

Para os romanos a fama honesta era um patrimônio pelo qual o direito escrito velava por meio de normas e de ações denominadas *injuriarum aestimatoria*, cuja violação impunha a

reparação em dinheiro, arbitrada pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto. Esse fato demonstra a solidez da percepção romana quanto ao dano moral séculos atrás (CARMO, 1995, p. 49).

No direito moderno, a referida previsão estampou artigos de estatutos que serviram de inspiração para a legislação nacional, tais como o artigo 1.382 do Código Civil Francês de 1804, que, em livre tradução, firmou que “Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”, e o artigo 2.059 do Código Civil Italiano de 1.942, vigente até hoje, que estabelece que “O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente no caso determinado pela lei”(CARMO, 1995, p. 50).

No Brasil, assim como na Itália, houve resistência à aceitação da reparação do dano moral. Tal aceitação só ocorreu plenamente com a Constituição Federal de 1988 e, mais tarde, com o Código Civil Brasileiro de 2002, que consagrou definitivamente a reparação civil por dano moral (CARMO, 1995, p. 56).

Com o avanço da legislação civil, o respeito à condição humana ganhou força, evoluindo para princípios e direitos fundamentais universais inerentes a ela, tais como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, hoje veladas, no Brasil, principalmente pela Carta Magna e pelo Pacto de San José da Costa Rica (1969), do qual o País é signatário (LIMA, 2016).

Nas relações de trabalho, para melhor compreensão do que seguirá tratando este estudo, faz-se mister ter claro o objetivo essencial da regulamentação dos direitos trabalhistas, qual seja, o de garantir, através da tutela do Estado, que o trabalhador não seja aviltado em sua condição hierarquicamente inferior ao patronato, tanto no aspecto econômico, quanto em sua dignidade como pessoa humana. Devem, portanto, todos os institutos que o cercam estar voltados a esse fim (MARINO, 2013, p. 13).

Miguel Reale, citado por Ferrari (2011, p. 18) ilumina significativamente a relevância do trabalho e de sua tutela quando afirma que esse é um instrumento criador de valores, transformador da realidade física e social, através do qual o indivíduo busca a materialização de seus desejos, sejam eles materiais ou imateriais. Isto é, trata-se de mecanismo transformador e de grande influência sobre a sociedade e tudo que a rodeia, desde a economia até a segurança e a cultura.

Foi exatamente pela relevância social e o impacto sobre a ordem pública, que tal relação se tornou objeto da proteção estatal, já que seu desequilíbrio traz desarmonias sociais que comprometem os objetivos e as funções do Estado, que, como bem disse Max Weber, é o real detentor de poder de uma sociedade e o responsável pela proteção dos interesses sociais. Dele

dependem a harmonia, a qualidade de vida, o bem-estar social e o desenvolvimento nacional – inclusive o econômico, movido pela massa operária – através de sua atuação legislativa, executiva e jurisdicional. Cabe a ele, portanto, a solução dos conflitos de interesse, a fim de promover a igualdade material (MARINO, 2013, p. 17; LOPES, 2013).

Historicamente o trabalho evoluiu de referenciais que em nada se aproximavam da valorização, do respeito ou da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, eram vinculados a sacrifícios, sanções e à escravidão. Esse fato já aponta para o não reconhecimento da necessidade da reparação de quaisquer danos causados aos trabalhadores, que eram tidos como objetos e não como pessoas (MARINO, 2013, p. 17).

Com o fim da escravidão, os indivíduos libertos passaram à categoria de pessoas e começaram a receber uma contraprestação por suas atividades, tornando-se servos dos senhores feudais e trabalhando em troca de segurança e parte ínfima de sua produção. Isso não lhes garantiu a dignidade, uma vez, que em termos gerais, detinham apenas a liberdade, mas não as condições *sine qua non* para desfrutar desse bem inerente ao homem e que o protege, ou deveria, contra tratamentos degradantes de qualquer natureza (MARINO, 2013, p. 18-19).

Tais condições, na prática, não mudaram até a Revolução Industrial, marco relevante do Direito do Trabalho em virtude da revolta da classe operária e do surgimento de ideais de proteção ao trabalhador que se tornaram alicerces da evolução legal do direito trabalhista, a exemplo da Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, que previa a redução das jornadas para doze horas (MARINO, 2013, p. 20).

Nesse período o trabalhador – inclusive as crianças – era submetido a condições perigosas e insalubres de trabalho em ambientes fabris, com altas jornadas de trabalho e salários miseráveis. Fazia-se então necessária a intervenção do Estado para assegurar os direitos mínimos e a dignidade do trabalhador (MARINO, 2013, p. 22).

Apenas após a Primeira Grande Guerra, com o constitucionalismo social, que foi a inserção de preceitos em defesa da pessoa nas constituições, o Direito do Trabalho foi incluído em tais textos, sendo a Constituição do México de 1917 a primeira a apresentar tal vertente (MARINO, 2013, p. 21).

No Brasil, a evolução histórica das relações de trabalho não foi diferente. Passou pelas fases da escravidão, servidão e industrialização com as mesmas mazelas já descritas, evoluindo sob influência europeia e, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, promovendo o reconhecimento da validade dos direitos do trabalhador em âmbito internacional. Segundo Pedro Paulo Manus (2012, p. 17), o País passou por três fases do Direito do trabalho.

A primeira e a segunda, marcadas pelo liberalismo e a não intervenção do Estado nas relações entre trabalhador (mão de obra) e patrão (capital), durante os períodos imperial e republicano, de 1822 a 1930; e a terceira, que vai de 1930 aos dias atuais, marcada pelo intervencionismo estatal. Contudo, é importante ressaltar que a Constituição de 1891 já previa a liberdade de associação (MARINO, 2013, p. 21).

A terceira fase, iniciada pelos movimentos operários impulsionados pelos imigrantes europeus, possui como marco a Revolução de 1930, que trouxe como consequência a criação de leis trabalhistas, tanto em sede de direitos individuais quanto coletivos, constitucionalmente previstas pela primeira vez pela Constituição de 1934 e sacramentadas no dia 1º de maio de 1943 com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (MARINO, 2013, p. 27).

Todavia, a efetividade de proteção de tais direitos depende, necessariamente, de uma figura para a qual serão apresentadas as questões trabalhistas e dirimidas as divergências e incongruências que nessa relação possam surgir. Assim, nasceu a Justiça do Trabalho no Brasil, com o surgimento das legislações sindicais e trabalhistas, durante o primeiro governo do Presidente Getúlio Vargas, em 1941. Inicialmente vinculada ao Ministério do Trabalho, ela passou em 1946 ao Poder Judiciário como Justiça Especializada (MARINO, 2013, p. 21-22).

No que tange à proteção dos direitos sociais, a Constituição de 1988 foi a que consagrou os direitos trabalhistas no Brasil, trazendo a eles princípios e valores fundamentais e tornando-o um instrumento de realização social e garantia de dignidade, conforme preceituam seus artigos 6º e 7º e afirma Edilton Meireles (2012, p. 115), citado por Marino (2013, p. 32). A partir de então, o trabalhador foi colocado sob a tutela do Estado Democrático de Direito e passou a ser protegido com base em princípios hierarquicamente superiores às normas positivadas, visto que estas são pautadas naqueles com o fito de assegurar o bem-estar comum.

Sendo assim, cabe citarmos alguns dos princípios regenciais do Direito do Trabalho, tais como o da proteção, o da norma mais favorável, o da condição mais benéfica e o da primazia da realidade sobre formas (MARINO, 2013, p. 46). No entanto, mais importante que tais princípios são aqueles em que se baseia a República Federativa do Brasil, bem como seus objetivos. Destaque-se, quanto aos primeiros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o dos valores sociais do trabalho e o da prevalência dos direitos humanos; e, quanto aos objetivos, o de construir uma sociedade justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais (BULOS, 2010, p. 277-282).

Quanto à proteção do dano moral sofrido pelo trabalhador, inicialmente não havia quaisquer normatizações claras a esse respeito. Ela se exteriorizava apenas pela proteção

conferida à pessoa humana, principalmente com o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos, não por sua categoria operária, mas sim por sua condição humana antecedente a qualquer outra, cujos bens jurídicos essenciais gozam de proteção, cabendo a cada país a inserção desses direitos em seu ordenamento jurídico pátrio na forma de direitos fundamentais – o que fez o Brasil na Constituição de 1988 (MARINO, 2013, p. 32).

Historicamente tais direitos surgiram em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, voltada ao combate à escravidão e à garantia do direito de liberdade. Posteriormente, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem fez alusão ao Direito do Trabalho, garantindo ao homem condições justas e proteção, nesse momento, direcionada à luta contra as condições degradantes de trabalho e remuneração à época (MARINO, 2013, p. 107-108).

Nesse diapasão, ela traz dos Direitos Humanos, absolutos e universais, principalmente o ideal de igualdade entre os homens, independentemente de quaisquer distinções, ideal esse acolhido tanto pela Constituição Federal de 1988, em âmbito geral e trabalhista nos artigos 5º e 7º, quanto pela Consolidação das Leis do Trabalho, aplicada apenas às relações de trabalho, em seus artigos 461 e 373-A, ao vedar a diferenciação salarial e a discriminação por sexo, todos voltados à igualdade e à isonomia.

Atualmente, a tutela dos direitos imateriais do trabalhador encontra amparo jurídico no artigo 223-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, nos artigos 12, 186, 187, 927 e 944 Código Civil Brasileiro, e na Magna Carta, em seu artigo 5º, incisos V e X.

A provocação da atividade jurisdicional para a tutela desses direitos é recorrente, não sendo diferente na justiça do trabalho – ao ver de alguns, motivada por um desejo de ganhos pecuniários injustificáveis; para outros, fruto da evolução social e da conscientização do trabalhador quanto ao tema (BARBA FILHO, 2017, p. 187).

Após a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/17, a CLT passa a adotar o termo dano extrapatrimonial – gênero do qual o dano moral é espécie –, que abrange todo e qualquer dano que não possui conteúdo material ou patrimonial (SIMÃO, 2017).

Compreende-se, assim, por dano moral a lesão aos direitos de personalidade e àqueles que protegem contra dor ou sofrimento, chamados de *pretiumdoloris* (SIMÃO, 2017).

O fato é que seu enquadramento, conjunto probatório e valoração gozam de relevante carga subjetiva, tanto para as partes quanto para o juiz.

Neste cenário, a reforma trabalhista trouxe em seu corpo um título destinado ao tema, acredita-se, na tentativa de esclarecer e disciplinar, de modo mais uniforme e objetivo, a aplicação do dano extrapatrimonial.

Contudo, assim como diversos outros pontos, este tem sido alvo de discussões e controvérsias, em virtude, em especial, de ter adotado o legislador a tarifação da indenização.

Isto ensejou a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5870, apresentada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, em face dos incisos I, II, III e IV do §1º do artigo 223-G inserido na CLT, a qual aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Suas principais alegações são a limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenizações por dano moral, por meio da tarifação trazida pela nova lei; a violação à independência do Juiz do Trabalho e aos direitos dos trabalhadores garantidos constitucionalmente; e a ofensa ao princípio da isonomia.

3 A REGULAMENTAÇÃO E O SUBJETIVISMO DO DANO MORAL

O direito à reparação pelo dano moral causado encontra amparo jurídico na CLT, artigo 223-A, nos artigos 12, 186, 187, 927 e 944 Código Civil Brasileiro e, na Magna Carta, em seu artigo 5º, incisos V e X.

Senão vejamos, a Constituição Federal prevê como um dos direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão a resposta proporcional ao agravo, bem como a indenização por dano material, moral ou à imagem, afirmando ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Nesse diapasão, o Código Civil Brasileiro, ao regulamentar as relações e em total acordo com o que diz a Constituição, assevera que a cessação da violação a esse direito é exigível, e o dano, indenizável – à vítima e aos seus sucessores legítimos e colaterais até o 4º grau. É ainda imputada ao agressor a obrigação de reparação pelo ato ilícito cometido, na medida da extensão do dano.

Por fim, na seara trabalhista não poderia ser diferente, aplicando-se às relações de trabalho os mesmos direitos e deveres e atribuindo-se àquele que provocar o dano extrapatrimonial o ônus da reparação.

Assim, quando do ato ilícito restar configurados o dano, o dolo ou culpa e o nexo causal, será reclamável a devida retribuição.

Em relação à comprovação do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça – STJ afirmou ser desnecessária a prova, no que foi seguido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST no âmbito laboral, conforme, respectivamente, o Recurso Especial nº 506.437 SP 2003/0045107-6 e o Recurso de Revista: RR 10024707120145020468, conforme se vê:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. INTIMIDADE. VEICULAÇÃO. LISTA TELEFÔNICA. ANÚNCIO COMERCIAL EQUIVOCADO. SERVIÇOS DE MASSAGEM.

1. A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagem, viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereço residenciais.

2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(STJ, REsp 506.437 SP 2003/0045107-6, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 16/09/2003, 4ª Turma, Data de Publicação:06/10/2003). (grifo nosso).

DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

A caracterização do dano moral prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente, diante da impossibilidade de sua comprovação material. Considera-se, assim, a ocorrência do dano *in re ipsa*, sendo necessária apenas a comprovação do fato lesivo, o qual, por si só, representa agressão aos direitos da personalidade e, por conseguinte, dano moral à vítima. Recurso de revista não conhecido.(...)

(TST, RR - 121900-12.2008.5.03.0114, Relator Desembargador Convocado: José Maria Quadros de Alencar, Data de Julgamento: 09/10/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 11/10/2013). (grifonosso).

Todavia, sua aplicação ao caso concreto não se mostra tarefa simples, de mero encaixe dos fatos aos artigos ora citados. Ao contrário; como bem define Caio Mario da Silva Pereira, ao citar Savatier, dano moral é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, mas fere, por exemplo, a reputação, a autoridade legítima, o pudor, o amor-próprio e a inteligência da vítima (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 2001, p. 317).

Sendo assim, resta clara a natureza imaterial do dano moral, cujo princípio básico está na violação a direito de personalidade do ofendido, de modo que paira sobre o Poder Judiciário a seguinte questão: como mensurar o dano moral de modo a aplicar a justiça ao caso, em face da subjetividade e pessoalidade dos sentimentos?

Pois bem, não podendo a jurisdição se furtar à apreciação das causas, a legislação positiva optou, de forma acertada, conforme preceitua Jose Affonso Dallegrave Neto (2014, p. 185), pela omissão no que se refere à tarifação dos danos morais, em virtude da impossibilidade

de aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, pela natureza dos direitos imateriais de personalidade.

Contrariamente, a nova norma trabalhista elegeu, em seu artigo 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, e §§ 2º e 3º, a tarifação da indenização do dano extrapatrimonial, como meio de mitigar as possíveis variações de interpretações e decisões aplicadas aos casos na Justiça do Trabalho. *In verbis*:

Art. 223-G...

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

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 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.

Com isso, vieram à luz incongruências relevantes com o atual ordenamento jurídico, desconsiderando a pessoa em seu aspecto biopsicossocial, indissociável da condição humana e, por conseguinte, das relações sociais, para as quais o direito busca a proteção por intermédio da norma.

Com esse entendimento coaduna-se Roberto Dala Barba Filho (2017, p. 189), ao afirmar ser controversa a opção legislativa de limitar a indenização com base no salário do ofendido, sugerindo uma variação dos direitos de personalidade de acordo com a remuneração de cada pessoa. Afinal, são esses direitos de pretensão universal e tutelados a todos os seres humanos, pela sua simples condição humana.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

De acordo com o dicionário jurídico de De Plácido e Silva (1982, p. 1362), tarifa é de modo genérico toda tabela ou relação de preços que se deve pagar por alguma coisa. Em linhas gerais, significa uma referência ou tabela que exprime a quantia a ser paga em decorrência de algo.

Para fins deste estudo, esta será a compreensão adotada para a análise da tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito da justiça do trabalho, adotada a partir da Reforma Trabalhista ocorrida em 2017.

Vários foram os pontos polêmicos discutidos antes, durante e mesmo após a Lei nº 13.467/2017; contudo, um em especial nos chama a atenção, por ferir o princípio e o direito fundamentais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Trata-se da tarifação do dano moral, disciplinada no artigo 223–G, § 1º, incisos I, II, III e IV, e §§ 2º e 3º da CLT.

Partindo do princípio indiscutível da natureza subjetiva e imaterial do dano moral, causa certa estranheza que o legislador tenha encontrado não só alicerce para fixar valores limítrofes para a indenização de tal dano, como também meios precisos de graduá-lo em leve, médio, grave e gravíssimo.

O primeiro (e talvez mais espantoso) aspecto que carece de análise é a segregação e o tratamento distinto aplicado aos trabalhadores, que terão uma quantificação das ofensas muito diferente, mesmo sendo elas idênticas. A razão disso é que, ao se eleger o último salário contratual do ofendido como parâmetro para a liquidação da indenização pelo dano extrapatrimonial, cria-se imediatamente uma distinção entre os trabalhadores segundo suas formações, cargos e funções. Esse fato é vedado pela Constituição no artigo 7º, inciso XXXII, pois fere a dignidade da pessoa humana e a isonomia – princípio e direito também garantido por ela –, uma vez que trata com desigualdade os iguais perante a lei (CASAGRANDE, 2017).

Imaginemos que, em uma ambulância de determinada empresa que oferece transporte de emergência, estão o médico, o socorrista e o motorista. No caso de um acidente com o veículo e da morte de todos os ocupantes, receberão seus sucessores, a título de indenização por dano extrapatrimonial quantum desigual, em virtude dos salários a que faziam jus os trabalhadores por suas funções. Mas será a vida do médico mais valiosa que a do motorista? Ou será a ausência do socorrista, para seus familiares, menos dolorosa que a do médico para os seus?

A lei diz claramente que não, quando pugna pela igualdade de todos perante a lei. Se não o fosse, sendo réus em um caso de homicídio, cumpriria pena menor o motorista do que o médico, em virtude da presunção de superioridade de conhecimento deste em relação àquele no que tange à norma penal?

A resposta para tal questão também é negativa, não cabendo em nosso ordenamento jurídico quaisquer diferenciações entre as pessoas, conforme versa o artigo 5º da Lei Maior, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Nesse sentido, embora haja quem entenda a tarifação do dano extrapatrimonial como meio de evitar decisões discrepantes e proporcionar maior segurança jurídica, resta claro que a tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho representa um grave retrocesso social, além de um inegável desrespeito não apenas ao que está legal e expressamente posto pelo ordenamento jurídico, mas principalmente ao fim a que se destina o nosso arcabouço legal.

Sendo o dano moral de prejuízo extrapatrimonial de cunho subjetivo, não há que se falar em considerar o salário pago a cada trabalhador como fiel para a parametrização da reparação pelo dano sofrido, uma vez que não se trata de bem material, mas sim de caráter subjetivo e extrapatrimonial. Assim, o prejuízo experimentado pela vítima ou por seus familiares quando do dano moral, a exemplo da perda da vida do arrimo de família, não está em nada vinculado, ao salário, mas sim ao sentimento, que é de mesmo “valor” para qualquer pessoa.

Essa posição encontra fulcro argumentativo nos julgados de nossos Tribunais Superiores, conforme já citado no Recurso de Revista nº 121900-12.2008.5.03.0114, que afirma ser a caracterização do dano moral pautada na dor e no sofrimento diante da impossibilidade de sua comprovação material.

Outro importante aspecto a ser considerado é que a tarifação alimentará a prática de abuso de poder sobre o hipossuficiente, pois as sanções de modo geral prestam-se não apenas à reparação, mas, principalmente, à educação. De modo que subjugar e tratar de forma desonrosa um trabalhador, dito vulgarmente, braçal continuará sendo uma prática recorrente e agora quase que validada por lei, já que qualquer reparação a que o empregador seja obrigado será sempre baixa, já que baixo é o salário. O mesmo não ocorreria com um obreiro dito qualificado, que por seu salário passaria a merecer tratamento de maior respeito em detrimento de outros.

O que se quer dizer é que tal prática encorajará o tratamento desigual, por basear a reparação na condição pessoal do indivíduo e não no grau de reprovação do ato, perdendo-se assim o objeto principal a que se destina a lei, que é a educação (REIS, 2000, p. 78-79; BARBA FILHO, 2017, p. 189).

Conclui-se do exposto que o método adotado pela legislação atual fere o objetivo do princípio da igualdade, que é oferecer o mesmo a todos, dando tratamento específico a cada indivíduo em face de suas desigualdades e visando torná-los iguais perante não somente a lei, mas principalmente a sociedade e tudo que a envolve. Ou seja: a tarifação prejudica diretamente o objeto ou o fim a que se destina o princípio da igualdade, que é tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando reduzir a desigualdade e oferecer o

mesmo tratamento, a fim de mitigar as diferenças sociais e oferecer idênticas condições de acesso e possibilidades para todos. O aludido método, por conseguinte, alimenta a desigualdade social que tanto se busca combater.

Tal afirmação coaduna-se com o ponto de vista de Feliciando e Pasqualetto (2018), que afirmam serem os parâmetros associados ao referido método questionáveis por mais discriminarem do que repararem, indo de encontro aos princípios e valores constitucionais e de direitos humanos, assim revivendo tempos antigos, em que se baseava a pena na posição hierárquica do agente na sociedade.

Ainda sobre a questão, resta resguardado, no âmbito laboral, o tratamento digno e igualitário para todos os trabalhadores, também conforme a Carta Constitucional. Essas garantias são afrontadas pelos incisos I, II, III e IV do § 1º do artigo 223-G da CLT.

Observemos que aqui se está falando não da desejada equidade, que prevê o tratamento de cada um segundo suas necessidades, de modo a atingirmos, ao final, a igualdade entre os indivíduos, mas da promoção legalizada do tratamento desigual.

A proposta de determinação de elementos objetivos e da consequente tarifação do dano moral não é nova no ordenamento jurídico pátrio. Ela já havia sido declarada inconstitucional quando da ADPF 130/DF, referente à Lei nº 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, que a considerava não recepcionada pela Constituição de 1988, e de acordo com a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” – além de outros precedentes do próprio STF.

Nesse sentido, doutrinadores e magistrados defendem a inconstitucionalidade da tarifação, sugerindo, em contrapartida, a construção jurisprudencial de critérios que sirvam de referência, tais como o atendimento às finalidades de compensação do dano e punição para fins de educação social, o grau de culpa, as condições da vítima e a consideração dos aspectos econômicos das partes, tal como sugere Sebastião Geraldo de Oliveira (2009, p. 227-228).

Do mesmo entendimento compartilha a doutrinadora Vólia Bonfim Cassar (2020, p. 205) que afirma ser a tarifação do dano moral prevista no artigo 223-G da CLT constitucionalmente duvidosa uma vez que limita a reparação prevista no artigo 5º, incisos V e X Carta Magna, bem como contradiz o que já havia decidido o STF a respeito de tema similar previsto na Lei de Imprensa, ao julgar o RE 315.297.

Ainda sobre o posicionamento jurisprudencial, mesmo que até o presente carente de unanimidade sobre o assunto e em espera da decisão do STF, destaca-se a Súmula 48 do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região e o acórdão proferido pelos magistrados do pleno

do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região que entenderam em controle de constitucionalidade difuso ser o §1º, incisos I ao IV do artigo 223-G da CLT incompatível com os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previstos, ofendendo diretamente ao artigo 5º, incisos V e X da CF.

Vale ressaltar que a mesma deficiência de criação de critérios objetivos para a tarifação do dano moral incide sobre a graduação do dano, uma vez que não há meios adequados e exatos de mensurar a gravidade do dano (BARBA FILHO, 2017, p. 188).

Outro aspecto importante da nova reforma e, igualmente questionável no tocante ao dano extrapatrimonial, é a limitação da possibilidade de aumento do valor da indenização à reincidência específica entre as partes. Ora, não parece plausível admitir que se cumpra a finalidade educativa da sanção aplicada quando só se considerar recorrente o ato se for praticado contra a mesma vítima. É como direcionar ao ofendido a mudança de comportamento desejada e admitir-se certa tolerância da prática quando é atingido outro indivíduo. Esse fato compromete o fim a que se destina a tipificação do ato ilícito, contribuindo para a impunidade e reforçando a ideia de serem aceitáveis determinados comportamentos social e legalmente reprováveis (BARBA FILHO, 2017, p. 189; SÜSSEKIND, 2003, p. 632; CASSAR, 2016, p. 922).

Estudiosos como Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto alegam ainda a inconstitucionalidade do artigo 223-A em virtude de sua redação estabelecer aplicação exclusiva do referido artigo aos casos de dano de natureza extrapatrimonial em âmbito laboral, afastando outros dispositivos que porventura tutelem tais direitos. O grande questionamento dele nascido versa sobre a limitação da ampla tutela de direitos fundamentais, conforme exposto durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de 2017, por “violam a natureza do sistema jurídico nacional, de configuração aberta e integrativa das suas normas e também o princípio da máxima efetividade do direito fundamental à obtenção de uma tutela adequada e justa”.

Desse modo, mostram-se cristalinas as causas da inquietação da sociedade e, principalmente, dos operadores do Direito quanto à reforma, em especial ao Título II-A, que nos parece limitar direitos fundamentais oriundos do cerne do Estado Democrático de Direito, bem como, os meios de garanti-los. Ela merece, portanto, cuidadosa análise pela egrégia Corte, guardiã dos preceitos deste Estado.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, vê-se que a tarifação do dano extrapatrimonial trazida pela Lei nº 13.467/2017 mostra-se em total descompasso com a Constituição Federal de 1988, pois fere o princípio da isonomia, comprometendo os ideais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nota-se, ainda, que a aplicação do direito extrapatrimonial ao caso concreto, mesmo exposto, naturalmente, a imprecisão no que se refere ao *quantum* do dano moral, em virtude de sua natureza subjetiva, deve assim permanecer em respeito a tais princípios constitucionais, que regem a sociedade do nosso Estado.

Assim, a tentativa da Reforma Trabalhista de aplicar a norma aos fatos, tornando-a objetiva e assertiva, não se mostrou frutífera, uma vez que trouxe limitações importantes da tutela dos direitos da pessoa e significativa segregação social, a qual se busca diuturnamente combater.

Desta feita, defende-se aqui a permanência do respeito à natureza subjetiva do dano moral, inclusive no seu *quantum*, que deve continuar sob análise do juízo a que for submetida. Isso porque não há meio mais aproximado de se aplicar justiça do que permitir-se a consideração de todos os elementos fáticos, sociais e de personalidade ligados aos casos, sob a égide legal, o que, inevitavelmente, só pode ser satisfeito pelo olhar de um ser humano. Do contrário, corre-se o risco de “matematizar” a justiça, tornando-a uma ilusão social.

REFERÊNCIAS

_____. **Código Civil (2002)**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/244L10406.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 63, p. 187-193, nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 28. **A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.** Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Súmula nº 48. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE.** É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88. Disponível em: https://portal.trt23.jus.br/portal/sites/portal/files/groups/stp/trt_arginc_000239-76.2019.5.23.0000.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Proc. n.º ArgIncCiv-0000514-08.2020.5.08.0000,** DEJT de 16/09/2020 Disponível em: file:///C:/Users/debora.franco/Downloads/ArgIncCiv_000051408.2020.5.08.0000_2grau.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 2. ed. Saraiva: Saraiva, 2010. p. 277-282.

CARMO, Júlio Bernardo do. **O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 25, n. 54, p. 47-115, jul.1994/jun. 1995. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27134>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

CASAGRANDE, Cassio. **A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado.** Ver. Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Ano 2 – Nº 3. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 922.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. P. 205.

CRISTOFOLINI JUNIOR, Wilson. **As alterações inconstitucionais acerca do dano moral/extrapatrimonial segundo a Lei 13.467/2017.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 227-244, abr. 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho.** 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 185.

DE PLACIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1982. Volume 1-3.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. **Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação.** Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27005-danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

FERRARI, Irany. História do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 13.

LIMA, André Barreto. **O dano moral ao longo da história. Publicado na Revista Jurídica Âmbito Jurídico** - São Paulo - Qualis - ISSN - 1518-0360 - Rio Grande do Sul - 2016- Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17632. Acesso em 25 de setembro de 2019.

LOPES, Jose Domingos Rodrigues. **As funções do Estado, o princípio da legalidade e a separação de poderes no Estado Democrático de Direito.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3689, 7 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25053>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINO, Paulo Henrique Bertacini. **Dano Moral por desvio de acúmulo de funções: a dificuldade de caracterização como impeditivo da efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal.** São Paulo: Ltr, 2012, p. 115. In.: MARINO, Paulo Henrique Bertacini. Dano Moral por desvio de acúmulo de funções: a dificuldade de caracterização como impeditivo da efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 5a. ed. São Paulo: LTr, 2009. P; 227-228.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. P. 317.

REALE, Miguel. Prefácio. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2011 apud FERRARI, Irany... Op. Cit., p. 18.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMÃO, José Fernando. **Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? Parte III.** Publicado em 01.12.17. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-iii/18004>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Reforma Trabalhista. Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? Parte II.** Publicado em 01.10.17. Carta Forense. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/510997744/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-1>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; *et al.* **Instituições de direito do trabalho.** Vol. 1. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003 . p. 632.