

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

Paulo Henrique Carvalho Pinho¹
Débora Almeida Franco²

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade estudar a (in)constitucionalidade do artigo 223-G, § 1º da CLT (inserido pela Lei n.13.467 da lei 13.467/2017), que tarifou a atuação do magistrado na mensuração e estipulação de indenização a título de dano moral pleiteada em processos dirimidos pela Justiça do Trabalho. Neste sentido perpassa pelos preceitos históricos de regulação do dano moral e seu subjetivismo, bem como os meios apontados para arbitramento dos valores adotados pela Justiça do Trabalho, e a inconstitucionalidade da nova regulamentação ante a imposição de limites valorativos.

Palavras-chave: Dano Moral. Reforma Trabalhista. Tarifado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the constitutionality of article 223-G, § 1 of the CLT (inserted by Law No. 13.467 of Law 13.467 / 2017), which charged the performance of the magistrate in the measurement and stipulation of indemnity as moral damages. Claimed in proceedings brought by the Labor Court. In this sense, it permeates the historical precepts of the regulation of moral damage and its subjectivism, as well as the means pointed to arbitration of the values adopted by the Labor Court, and the unconstitutionality of the new regulation before the imposition of value limits.

Keywords: Moral Damage. Labor Reform. Priced.

1 INTRODUÇÃO

Desde as sociedades mais antigas que 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. Como materializado com exatidão pelo Código de Hamurabi (1792-1750 a. C.),

¹ Graduado em Direito pela Unievangélica, MBA em Ciência da Educação (UNIFAN). Especialista em D. Processual Penal (Universidade Gama Filho). Professor de graduação, pós-graduação e curso jurídico para concurso público. Mestrando em Educação (Universidade Lusófona do Porto). Advogado e membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-GO.

² Especialista em Vigilância Sanitária e Assuntos Regulatórios pela Unievangélica. Possui graduação em nutrição pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Graduanda em Direito pela Faculdade Alfredo Nasser. Atua como Chefe de Apoio Institucional na Estratégia Saúde da Família da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Aparecida de Goiânia - GO.

quando do seu dispositivo legal mais famoso “olho por olho, dente por dente” e pelo Código de Ur-Nammu (LIMA, 2016).

Mais tarde, com o avanço da legislação civil, o respeito à condição humana ganhou força, evoluindo para princípios e direitos fundamentais universais inerentes à esta, tais como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, hoje velados, no Brasil, principalmente pela Constituição Federal de 1988 e pelo Pacto de San José da Costa Rica (1969), cujo Brasil é signatário (LIMA, 2016).

A provocação do poder jurisdicional para tutela desses direitos é recorrente, não sendo diferente na justiça do trabalho, sob o olhar de alguns, motivada por um desejo de ganhos pecuniários injustificáveis e, para outros, fruto da evolução social e conscientização do trabalhador quanto ao tema (FILHO, 2017).

Nas relações de trabalho, após a reforma trabalhista, trazida pela Lei nº 13.467/17, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT passa a adotar o termo dano extrapatrimonial. Gênero do qual o dano moral é espécie, e 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 aqueles causadores de dor ou sofrimento, chamados de *pretium doloris* (SIMÃO, 2017).

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.

O que 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. Cujas principais alegações são a limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenizações por dano moral, por meio da tarifação trazida pela nova lei, violação à independência do Juiz do Trabalho e aos direitos dos trabalhadores garantidos constitucionalmente e a ofensa ao princípio da isonomia.

Deste modo, a análise cuidadosa do dispositivo, sob a égide da Constituição Federal, é de suma importância para o operador do direito, uma vez que é esta o elemento

basilar de legalidade e aplicabilidade da norma, visto que materializa o entendimento do Estado Democrático de Direito no tocante ao tema.

2 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.

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 disse a Constituição, assevera que a cessação da violação a este direito é exigível e o dano indenizável, à vítima e aos seus sucessores legítimos e colaterais até o 4º grau. Sendo imputado 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, atribuindo àquele que provocar o dano extrapatrimonial o ônus da reparação.

Assim, quando do ato ilícito restar configurado 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 e foi seguido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST no âmbito laboral, conforme, respectivamente, o Recurso Especial: REesp 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. (REesp 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. (...) (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). (Grifo nosso).

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, autoridade legítima, pudor, amor próprio e inteligência da vítima (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 2001).

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, frente à 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), pela omissão no que se refere à tarifação dos danos morais, em virtude da impossibilidade de aplicação de 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.

Trazendo à luz incongruências relevantes com o atual ordenamento jurídico, desconsiderando ainda 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.

Entendimento do qual coaduna Roberto Dala Barba Filho, 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. Esquecendo-se que são estes de pretensão universal e tutelados a todos os seres humanos pelo simples fato de sua condição humana.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

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

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

O primeiro aspecto, e talvez mais espantoso, que carece de análise é a segregação e o tratamento distinto aplicado aos trabalhadores, que terão a quantificação da ofensa sofrida, mesmo que idênticas, muito diferentes entre si. Visto que, ao se eleger o último salário contratual do ofendido como parâmetro para liquidação da indenização pelo dano extrapatrimonial, cria-se imediatamente uma distinção entre os trabalhadores, segundo suas

formações, cargos e funções. Fato vedado pela Constituição no artigo 7º, inciso XXXII e que fere a dignidade da pessoa humana e a isonomia, princípio e direito também garantido por esta. Tratando com desigualdade os iguais perante a lei (CASAGRANDE, 2017).

Imaginemos quem em uma ambulância de determina empresa que oferece transporte de emergência estão o médico, o socorrista e o motorista. No caso de um acidente com o veículo e 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 pelas funções. Ora, 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 aos seus?

A lei diz claramente que não, quando pugna pela igualdade de todos perante a lei. Se não o fosse, cumpriria pena menor o motorista que o médico sendo réu em um caso de homicídio, 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...”.

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

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

A proposta de determinação de elementos objetivos e conseqüente tarifação do dano moral não é nova ao ordenamento jurídico pátrio. Já havendo sido declarada inconstitucional quando da ADPF 130/DF, referente à Lei nº 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, considerando-a não recepcionada pela Constituição de 1988 e, de acordo com a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que “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, entretanto, 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, condições da vítima e aspectos econômicos das partes, tal qual sugere Sebastião Geraldo de Oliveira.

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 mensuração de gravidade de dano (BARBA FILHO, 2017).

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 considerará recorrente o ato, se praticado contra a mesma vítima. É como direcionar ao ofendido a mudança de comportamento desejada e, admitir-se certa tolerância da prática quando atingido outro indivíduo. Fato que compromete o fim a que se destina a tipificação do ato ilícito, contribuindo para a impunidade e reforçando a ideia de ser aceitável determinados comportamentos social e legalmente reprováveis (BARBA FILHO, 2017; SÜSSEKIND, 2003; CASSAR, 2016).

Alguns estudiosos 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 por ventura tutelem tais direitos. O grande questionamento nascido deste 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:

APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE. É INCONSTITUCIONAL A PREVISÃO LEGAL DE EXCLUSIVIDADE DA APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, POIS VIOLA 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 ADEQUADA E JUSTA TUTELA RESSARCITÓRIA DO DANO, CONFORME PREVISTO NO ART. 5º, § 2º, DA CF/88. (Grifo nosso).

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

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nota-se 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, aos princípios constitucionais que regem a sociedade do nosso Estado, garantindo a isonomia e a dignidade da pessoa humana.

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

Desta feita, defende-se aqui a permanência do respeito à natureza subjetiva do dano moral, que deve continuar sob análise do juízo a que for submetida, já que 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. Sob 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/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

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.

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.

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.

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

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.