A precificação do dano moral após a Reforma Trabalhista: uma análise com vista ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana

The pricing of moral damages after labor reform: an analysis with a view to the principle of isonomy and human dignity

Eliane Dutra de Carvalho Santiago*

João Gomes Pessoa**

Resumo: Visando a reflexão sobre as normas de aplicabilidade da tarificação do dano moral introduzido pela reforma trabalhista, conforme artigo 223-G na Lei 13.467/2017, este artigo analisa sua constitucionalidade, com base nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Expõe as posições doutrinárias sobre o tema em comento, bem como sua eficácia na reparação de danos a sujeitos de direitos. Busca analisar a suposta desigualdade que advém dos critérios utilizados para sua tarificação, através do estudo do conceito de dano moral construído em sua evolução histórica e normativa. Inicialmente o trabalho trata de conceituar o dano extrapatrimonial, para o correto entendimento do tema, partindo para a maneira com que essa modalidade de dano é tratada no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando também a função social do Direito, para enfim, apresentar as mudanças feitas pela Reforma Trabalhista no âmbito da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Direito; Trabalho; Dano; Moral; Reforma Trabalhista.

Abstract: Aiming at reflecting on the applicability of the moral damage tariff in labor reform, with the introduction of Article 223-G in Law 13.467 / 2017, known as Labor Reform, which, this work analyzes its constitutionality, with a view to the constitutional principles of isonomy and of the dignity of the human person. It exposes the doctrinal positions on the subject in question, as well as its effectiveness in repairing damages to subjects with rights. It seeks to analyze the supposed inequality that comes from the criteria used for its pricing, through the study of the concept of moral damage built on its historical and normative evolution. Initially, the work tries to conceptualize off-balance sheet damage, for the correct understanding of the theme, starting with the way in which this type of damage is dealt with in the Brazilian legal system, also presenting the social function of Law, in short, to present the changes made by Labor Reform within the scope of compensation for off-balance-sheet damages in Labor Law.

Keywords: Law; Job; Damage; Moral; Labor Reform.

Recebido em: 28/8/2021

Aprovado em: 24/10/2020

* Graduada em Direito Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). E-mail: elianaaguimaraess@gmail.com.

** Professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Bacharel em Direito pela Faculdades Milton Campos (FMC). Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: joaogomespessoaadv@gmail.com.

Introdução

O dano extrapatrimonial, ou dano moral, geralmente é determinado utilizando-se de critérios subjetivos, por ser mais difícil de mensurar em relação ao dano patrimonial. A ideia de indenização monetária por danos morais vem desde a antiguidade, sendo que o Código de Hamurabi - já trazia em seu texto a possibilidade de reparação de um dano moral através do pagamento em dinheiro.

No que diz respeito à Lei de Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”, utilizada pelo Código de Hamurabi, existia já a possibilidade de, se ao aplicar a Lei de Talião não fosse possível ressarcir a coisa lesada ao estado anterior, aplicava-se a penalidade de indenização monetária pelo dano (FREITAS, 2017).

Essa condição era utilizada comumente nas situações em que havia danos extrapatrimoniais, tendo em vista que punir o agente com algum tipo de agressão seria menos benéfico à vítima, do que receber algum tipo de indenização em dinheiro.

Contudo, essa hipótese de reparação de dano, mesmo tendo sua previsão clara no Código de Hamurabi, ainda encontra respaldo em legislações mais antigas, como por exemplo, o Código de Ur Nammu, que é um tipo de coleção de leis dos antigos povos Sumérios, anterior ao Código de Hamurabi. Já havia à época um tipo de preocupação com formas alternativas de punições (FREITAS, 2017).

Após esse período, o Código de Manu, que era a coleção de leis do povo indiano, também trazia a possibilidade de se reparar financeiramente a vítima que, porventura, tivesse sofrido algum tipo de dano moral.

Nas palavras de Wilson Melo da Silva (1969, p. 253):

A abordagem ao tema do dano moral, com efeito, já se fazia presente no Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo, onde ao lado da vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente na teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 45) ainda afirma que:

Também no Código de Manu (Índia), havia pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta. Também em Roma se admitia a reparação por danos à honra, mas, a exemplo dos Códigos de Hamurabi e Manu, a sanção era aplicada a certos fatos, e não genericamente.

O Direito Romano também trazia a possibilidade de reparação por danos, desde a criação da Lei das XII Tábuas, em 452 a.C. Entretanto, essa legislação não distinguia o dano moral do patrimonial.

Assim, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 49) explica que:

A partir da Lei Aquilia (286 a.C.) e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. Há, contudo, enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano acerca da extensão de tal ampliação, não sendo poucos os que afirmam ter inexistido, em Roma, a regulamentação do dano moral, cuja reparabilidade teria surgido de fato, como teoria moderna nunca cogitada entre os antigos.

Mesmo com essa discussão, a doutrina majoritária ainda acredita que a indenização por dano moral, através do dinheiro, surgiu na antiguidade.

Dessa forma, mesmo em tempos remotos, em que as infrações penais e civis ainda eram embaraçosas, já existiam formas de solucionar lides que continham algum tipo de reparação por danos, nos mesmos moldes do atual modelo.

Com o avanço da história e com a evolução dos conceitos jurídicos, mais especificamente no que diz respeito à reparação dos danos morais, a ideia de indenização através do dinheiro foi ganhando cada vez mais força, principalmente através de constituições democráticas, como a Constituição Federal de 1988 (FREITAS, 2017).

Assim, assuntos que dizem respeito a danos psicológicos e morais, ou seja, que não tenham relação com o patrimônio, se tornaram objeto de estudo por parte dos especialistas e juristas.

O recente artigo 223-G da CLT estabeleceu critérios de tarifação para sua aplicabilidade. A questão que se coloca é se essa novidade, advinda com a reforma trabalhista, está alcançando a prestação jurisdicional de forma equilibrada ou se há uma desigualdade por trás da referida norma, uma vez que a reparação do dano sofrido deve ser de forma integral e não se ater aos limites impostos pela introdução do artigo 223-G.

Assim, em uma abordagem histórica e conceitual do dano moral, bem como da observação de sua função social e os critérios para se chegar ao quantum indenizatório deve-se verificar a sua constitucionalidade. No mesmo sentido, deve-se questionar se ocorre violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que, ao tarifar a dor do trabalhador, bem como limitar a atuação do magistrado que se vê impedido de decidir a indenização conforme as peculiaridades de cada caso em concreto, de forma proporcional, uma vez que está limitado por força do artigo celetista.

Conforme Mauro de Azevedo Menezes (2017, s.n.),

A assimilação dos danos morais no âmbito da Justiça do Trabalho deriva da afirmação de direitos fundamentais relacionados à personalidade e a cidadania dos trabalhadores. Seu alcance e valoração advêm da apreciação de elementos preconizados a partir do texto constitucional, o que garante que o seu delineamento seja aberto e ajustável, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e a análise prudente do magistrado competente para efetuar o correspondente arbitramento.

Inicialmente, se faz necessário refletir sobre a evolução do dano moral no ordenamento jurídico, bem como observar as posições doutrinárias e jurisprudenciais frente a este instituto, para compreender, após esta análise, se o artigo 223-G, introduzido pela Reforma Trabalhista, viola os princípios e direitos garantidos constitucionalmente.

Deste conceito, esclarecem Adriana Strabelli e Lara Porto Renó (2018, s.n.):

A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extra-patrimoniais, nas relações laborais.

Incorporação dos danos extrapatrimoniais ao ordenamento jurídico brasileiro

Depreende-se que, mesmo antes da concepção do Código Civil de 2002, a legislação brasileira já previa a reparação por danos morais, através da reparação pecuniária.

Verifica-se na legislação que a reparação por danos extrapatrimoniais era plenamente aceita, passando a ser a regra determinada pelo Código Civil, tornando obrigatória a indenização à vítima pelo dano sofrido, independentemente de ser patrimonial ou moral.

Entretanto, elucida Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 53) que ainda havia certas decisões equivocadas acerca do assunto:

Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil (de 1916), ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em texto de lei.

Neste cenário, alguns doutrinadores interpretavam os dispositivos do Código Civil de 1916, de acordo com seu entendimento, posicionando-se a respeito da fundamentação legal da reparação por danos morais. Muitos juristas utilizavam o artigo 76 do Código Civil para afirmarem que, para propor ou mesmo contestar uma ação, era preciso possuir um legítimo interesse econômico, ou moral, enquanto outros utilizavam-se do artigo 159 do mesmo diploma legal, que tratava sobre a obrigação de reparação pelo indivíduo que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causasse dano a outrem.

Entretanto, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia mais espaço para uma discussão acerca do tema, tendo em vista o que passou a ser disciplinado em seu artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º. [...] V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem. [...] X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, s.n.).

Além disso, com a posterior sanção do Código Civil de 2002, os artigos 186, 187 e 927 trouxeram ainda mais eficácia ao que determinou o texto constitucional, imputando o dever de indenizar, até mesmo nos casos em que houver somente o dano moral.

Segundo Humberto Theodoro Junior (1999, 54): “Hoje, então, está solidamente assentada à ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima”.

O Direito e sua função social

A análise de qualquer norma jurídica em um sistema constitucional deve passar, evidentemente, pelo exame de seu sistema, tendo como pilares fundamentais seus princípios em relação direta com o tema abrangido por esta norma jurídica infraconstitucional.

A concepção científica de princípios como efetivas normas jurídicas floresceu na Europa Ocidental logo após terminada a Segunda Grande Guerra, tendo, entretanto, somente ganhado força a partir da década de 1940.

Absorvido pelo Direito Constitucional, tornou-se conquista plena e consagrada na Ciência do Direito e em diversos campos jurídicos positivados. São os princípios, portanto, efetivas normas jurídicas, compondo o ordenamento do Direito ao lado das regras jurídicas.

Conforme pontua Maurício Godinho Delgado (2017, p. 45):

O conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva [...]. O paradigma novo fez-se presente na estrutura de princípios, institutos e regras da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituindo o luminar para a compreensão do espírito e da lógica da ordem constitucional do País.¹

Afirma também Maurício Godinho Delgado (2017) que o conceito estruturante de um Estado Democrático de Direito tem como ponto central a pessoa humana, com sua dignidade. Desta forma, o princípio da dignidade e da isonomia deve harmonizar-se na aplicação das normas jurídicas, envolvendo todos os segmentos, não sendo um mecanismo de exclusão e desigualdade social entre pessoas humanas que compõem uma realidade social. Deve caminhar com uma concepção inclusiva, igualitária, humanista e social, sendo instrumento de civilização.

Conforme Maurício Godinho Delgado (2017, p. 45),

Parte-se do pressuposto de que qualquer sistema jurídico de proteção ao trabalho humano reconhece as premissas constitucionais e se volta a elas, reafirmando-as. Nessa linha procura demarcar a sólida relação entre a constituição e o Direito do Trabalho, colocando o processo de interpretação jurídica, nessa seara normativa, em plano superior, de modo a garantir a conexão necessária entre as duas esferas.

Dito isso, os princípios estão inseridos, por força constitucional, na interpretação e aplicação do direito, nos seus mais variados segmentos.

No direito do trabalho, devem ser observados, além dos princípios específicos a ele aplicado, os contidos, obviamente, na Constituição Federal, sendo a aplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, objeto de análise ora apresentada, em busca da sua efetivação.

Desde a antiguidade, o homem se deparava com situações de conflitos e perdas. Assim, ainda que de forma primitiva, os danos oriundos das mais diversas relações faziam jus a uma reparação.

No ano de 1967, a Lei nº 5.250, conhecida como Lei de Imprensa, trouxe em seus artigos 52 e 53 uma previsão para a aferição do quantum indenizatório, sendo adotado o

¹ Supressão como nos originais.

modelo para a tarifação. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 os artigos supracitados foram revogados, havendo o entendimento de que eram inconstitucionais.

No entanto, apesar de revogados, serviram de parâmetro para a utilização de critérios que podem ser observados até os dias atuais, através da jurisprudência.

Porém, por omissão legislativa, a quantificação do dano moral tornava-se extremamente difícil, tendo em vista o modo genérico que se apresentava, e por este motivo a doutrina majoritária entendia como complexo o processo para alcançar a quantificação de forma a atender sua função de maneira eficaz e com a Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, os danos extrapatrimoniais foram abordados de forma específica.

A tarifação do dano moral na justiça do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho não trazia em seu texto nenhuma previsão acerca da reparação por danos morais, entretanto, com o advento da Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que alterou a CLT em diversos pontos, passou a constar nesse diploma legal a possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais na seara trabalhista.

Essa possibilidade de reparação por dano material foi incluída na CLT através do artigo 223-G, que tratou também de tarifar o dano moral, ou seja, já trouxe determinados os valores, de acordo com o grau de dano causado ao indivíduo, conforme se observa:

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

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

§ 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 (BRASIL, 1943, p. s. n.).

A precificação do dano moral pode ser percebida no § 1º do artigo supracitado, que já traz os valores predeterminados, utilizando-se como base o último salário recebido pelo empregado.

O legislador buscou, ao taxar valores fixos para a indenização, diminuir situações em que houvesse exageros por parte dos magistrados, evitando assim o enriquecimento sem causa do ofendido. Ao mesmo tempo em que teve como intenção evitar situações contrárias, onde o valor determinado pelos juízes fosse extremamente baixo, não condizente com o dano sofrido (ROSA, 2018).

Esse entendimento é corroborado pelo posicionamento de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Rafael Lara Martins e Raphael Miziara (2018, p. 308), ao dizerem que: “A alegação que alguns apresentam para o tabelamento, é no sentido de que a arbitrariedade conferida ao judiciário seria capaz de gerar o enriquecimento ilícito”. Além disso, alegam, ainda, que o outro extremo também acontece, onde o magistrado estipulava uma indenização muito baixa, incoerente com o dano sofrido. Ou seja, objetivou-se a realização de análises subjetivas, que poderiam trazer uma grave insegurança jurídica para a Justiça Trabalhista (BOUCINHAS FILHO; MARTINS; MIZIARA, 2018). Entretanto, alguns doutrinadores não entendem como correto o posicionamento acima apresentado, como Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 147):

Se não bastasse, o art. 223-G, § 1º, incisos I até IV, estabelece tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, se esquecendo que a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Neste contexto, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita a absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando

a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Vale destacar que a tarifação do dano moral já se fez presente em nosso ordenamento jurídico, especialmente na Lei de Imprensa, em seus artigos 52 e 53, que trazem um valor limite para a responsabilização civil de jornalistas e empresas tratadas na referida Lei (ROSA, 2018).

Contudo, estes dispositivos também não foram bem aceitos pelos Tribunais Superiores do país e nem pelos doutrinadores especializados no tema, como se observa:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Imprensa. Publicação de matéria ofensiva. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Multa. Não incidência. Pedido genérico de indenização por danos morais. Possibilidade. Publicação de matéria jornalística. Exercício regular de direito. Reexame de provas. Prova do dano. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Tarifação da Lei de Imprensa. Não recepção pela Constituição Federal de 1988. Sucumbência recíproca. – Os embargos de declaração são corretamente rejeitados quando o acórdão recorrido aprecia os temas levantados pelas partes, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. – Não são protelatórios os embargos de declaração interpostos para fins de prequestionamento do direito tido por violado. – É admissível o pedido genérico em ação de indenização por dano moral por não ser possível, quando do ajuizamento da ação, determinar-se o valor devido. Precedentes. – Impossível rever o entendimento do Tribunal que, com base nas provas dos autos, concluiu que a recorrente veiculou matéria imputando fato criminoso à recorrida, sem, contudo, comprovar as suas afirmações, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. – O dissenso pretoriano deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas similares. – A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da não recepção das normas previstas na Lei de Imprensa a respeito da tarifação dos danos morais. – Verificada a sucumbência recíproca, por compreender o pedido inicial itens distintos, a saber: ressarcimento por danos materiais e indenização por danos morais, e tendo sido apenas um deles julgado procedente, impõe-se a compensação dos honorários advocatícios. Recurso especial parcialmente conhecido e provido (STJ – Resp: 77219 RJ 2005 0142256-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de julgamento: 05.10.2006, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.10.2006 p. 310).

Depreende-se, pois, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não recepcionou essa tarifação dos danos morais nos casos elencados pela Lei de Imprensa, tendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado da mesma forma.

Destaca-se ainda que o STJ editou, em 13 de maio de 2004, a Súmula nº 281, que traz o seguinte texto: “Súmula 281/STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL, 2004, p. s. n.).

Ainda sobre o assunto, assim se posiciona Maria Helena Diniz (2013, p. 119):

Mesmo que a lei de imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamento de certas infrações, não traz segurança e certeza da reparação do dano moral, pois, por ser norma especial, não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil aberto a ampla reparação do dano moral. P. ex., se ficar evidenciado o dolo não há que se falar em indenização tarifada ou limitação na reparação do dano moral.

Com isso, não há dúvida que a tarifação do dano moral presente na Lei de Imprensa, não foi aceita em nosso ordenamento jurídico tendo em vista sua inconstitucionalidade, sendo revogada exatamente por este motivo.

Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 45) elucida ainda que,

Contudo, a vivência do problema nos tribunais, ao longo dos anos que se sucederam à CF de 1988, conduziu a um consenso sobre a inconveniência de estabelecer-se, pelos tribunais, qualquer tarifação para a indenização do dano moral. É certo que se há de manter uma certa coerência no arbitramento da indenização, evitando-se enormes disparidades no tratamento jurisprudencial de situações aparentemente similares. Em se tratando, porém, de fato necessariamente solucionável pelos critérios da equidade e da razoabilidade, é, à evidência, inviável o estabelecimento de qualquer tabela de ressarcimento.

Como explicado pelo autor mencionado, parâmetros baseados na equidade e razoabilidade devem ser usados ao estipular o dano moral, devendo analisar cada caso concreto, separadamente, evitando grandes diferenças de valores.

Destaca-se também, que no próprio artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, existe um rol de medidas e orientações para se determinar o valor correto para a indenização extrapatrimonial, e nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 45) ensina:

Foi, por isso, que o STJ acabou por impedir até mesmo o recurso a certas tabelas de indenização estabelecidas em legislação especial, como, v.g., a da Lei de Imprensa: “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (Súmula n. 281/STJ). É, outrossim, de lembrar que a Lei de Imprensa foi, afinal, considerada pelo STF como revogada, por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Entende-se então que na doutrina não vê por certa a tarifação no que diz respeito aos danos morais, como explicam Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Rafael Lara Martins e Raphael Miziara (2018, p. 307):

Essa predeterminação do ressarcimento, ou tarifação, trata de igual modo lesões essencialmente desiguais. O juiz fica adstrito a valores indenizatórios não raro inadequados ou desproporcionais à lesão perpetrada. A intensidade do dano moral grave necessariamente não encontra correspondência no limite máximo tarifado. E, quanto mais estreita essa faixa de reparabilidade, mais avulta a desconformidade da transgressão praticada com a compensação pecuniária capaz de satisfazê-la. Por isso, o método se nos afigura incapaz de permitir que a dor sofrida seja reparada na devida medida, por uma condigna compensação.

Percebe-se então que, em momento passado, nem a jurisprudência, nem a doutrina, receberam bem a tarifação dos danos morais, como na Lei de Imprensa, e mesmo diante desse fato, o legislador ainda insistiu em acrescentar na chamada reforma trabalhista a tarifação dos danos extrapatrimoniais, com a intenção de diminuir os casos em que o arbitramento dos valores eram exageradamente altos ou baixos.

Com isso, essa tarifação dos danos morais na Justiça Trabalhista também não foi bem recepcionada pelos especialistas no assunto, que acreditam que a norma é inconstitucional, por conta da discriminação acarretada por este tabelamento, além de ferir gravemente o Princípio da Isonomia, disposto na Carta Magna de 1988 (ROSA, 2018).

É nesse sentido o posicionamento de Homero Batista da Silva (2017, p. 65), ao dizer o seguinte:

Houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão.

No mesmo sentido, assim se posiciona Mauro de Azevedo Menezes (2017: s.n.):

O que se vê é a subversão completa do sistema de tutela dos direitos da personalidade estruturado pela Constituição Federal e pelo Código Civil, numa latente violação da isonomia, uma vez que, escolhida a base de cálculo salarial, que precifica bens da personalidade e dignidade humana, a partir da qualificação ou senioridade profissional do indivíduo vitimado.

Além da insuperável chaga da desproporcionalidade das indenizações, desprezando o arbitramento de acordo com a singularidade dos casos concretos, há também a constatação de que o advento da parametrização tarifária das indenizações promove a patrimonialização objetiva dos danos que por definição devem ser tidos como extrapatrimoniais.

Importante salientar que a Medida Provisória nº 808/2017, que também alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas, alterou a base de cálculo para a fixação dos danos morais, utilizando como parâmetro o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, entretanto, a referida Medida Provisória não foi convertida em Lei e perdeu eficácia (ROSA, 2018).

Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2018, p. 114) compreende que:

Ao levar em consideração o valor do último salário contratual do ofendido, empregados que recebessem valor salarial menor teriam tratamento prejudicial e inferior, em comparação com os que recebessem patamar remuneratório superior, mesmo em casos envolvendo a mesma lesão a direitos.

Por conseguinte, é evidente que essa forma de tabelar o valor dos danos morais, viola gravemente a intimidade do ofendido, tendo em vista que não é possível determinar a dor íntima sofrida por ele de acordo com uma tabela, além do fato de que o ofensor poderá saber de antemão, o valor que deverá pagar ao ofendido em caso de uma lesão extrapatrimonial (ROSA, 2018).

Nesse sentido, entende Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 524) que:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e as confrontar

com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

Assim, o legislador, ao incluir o artigo 223-G, apresentando uma tabela para fixação dos danos morais, não observou o direito à personalidade do empregado lesado, tendo em vista que tratou o indivíduo sob a perspectiva financeira, não demonstrando atenção à extensão do dano causado, favorecendo uma correta compensação pela dor (ROSA, 2018).

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 782) explica que:

[...] a nova lei, contudo, não observou na integralidade a noção de constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do tarifamento do valor da reparação – critério que é tido como incompatível com o princípio da proporcionalidade sufragada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X, CF).

Alguns doutrinadores entendem também que esse tarifamento apresentado pelo artigo 223-G da CLT não deve ser interpretado de maneira integral, sendo possível que o magistrado se utilize de outros métodos para aferir o valor correto para a reparação do dano moral em cada caso concreto, como bem explica Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2018, p. 115):

Desse modo, segundo a interpretação constitucional, defende-se que o art. 223-G, §1º, da CLT, apenas tem o objetivo de servir como possível parâmetro ou sugestão oferecida ao juiz na atividade jurisdicional de fixação do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais.

Do mesmo modo, o julgador pode utilizar como base outros instrumentos, como por exemplo, a jurisprudência e posicionamentos doutrinários, não se limitando somente à aplicação da lei, como ensina Maurício Godinho Delgado (2017, p. 783):

Evidentemente que, em vista do critério da proporcionalidade claramente enfatizado pela Constituição, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais, embora conduza à rejeição do caráter absoluto do tarifamento efetuado pela nova lei, pode considerar a tabela ali exposta basicamente com um parâmetro inicial para a fixação indenizatória pelo Magistrado, ainda que sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade.

O autor deixa claro que os novos artigos, inseridos pela Reforma Trabalhista, pode tratar se apenas de parâmetros norteadores para a fixação do dano moral, tendo em vista a dificuldade enfrentada pelo magistrado ao estipular um valor para a reparação, que concilie todos os fundamentos e princípios inerentes à reparação por dano moral

Assim explica Maria Helena Diniz (2013, p. 120):

Tarifar não seria a solução ideal para encontrar o justo equilíbrio na indenização do dano moral; dever-se-ia, ensina Zavala de Gonzalez, considerar a teoria da regulação normativa do “quantum” indenizatório, que indicasse critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa, uma vez que não se fixam pisos máximos ou mínimos, deixando-se uma margem de avaliação judicial que possibilite transpor os reguladores indicativos estabelecidos em lei.

Com isso, o correto seria o legislador ter apresentado parâmetros e orientações para a fixação do valor do dano moral, evitando assim a desigualdade causada entre os trabalhadores pela fixação de valores predeterminados com base na remuneração salarial.

Outro fator a ser levantado acerca do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se em seu § 3º, em que há uma diminuição no caráter pedagógico da aplicação da reparação pelo dano causado, que permite a majoração do valor a ser fixado – no caso específico, dobrar o montante financeiro – somente em casos em que as partes sejam idênticas, ou seja, o ofensor e o ofendido devem ser exatamente os mesmos. Com isso, o ofensor pode causar danos a outros indivíduos que o valor será sempre o mesmo, fixado no § 1º do artigo 223-G da CLT.

Por fim, a doutrina defende que a tarifação do dano moral, apresentada pela Reforma Trabalhista é inconstitucional, representando um grande retrocesso legislativo. Dessa forma, uma grande parcela de especialistas entende que os valores apresentados pelo artigo 223-G da CLT servem apenas de base e parâmetros para a correta aferição dos danos morais pelo magistrado (ROSA, 2018).

A matéria está sendo submetida ao crivo constitucional do Supremo Tribunal Federal. Em seu Voto o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela Inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT, no sentido de que o Magistrado tem liberdade para arbitrar valor de indenização por danos morais acima dos tarifados. O julgamento foi suspenso após pedido de vista pelo Ministro Nunes Marques. Agora, com a palavra o STF.

Desta forma, o que se espera, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, que o artigo seja declarado inconstitucional, liberando-se o magistrado trabalhista para que possa analisar cada caso concreto e estipule valor justo e razoável para a indenização por danos morais.

Referências

- BOUCINHAS FILHO, J. C.; MARTINS, R. L.; MIZIARA, R. *Reforma trabalhista na visão da advocacia: aspectos práticos e estratégias para o cotidiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2020.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 de maio de 2020.
- BRASIL. *Súmula 281, de 13 de maio de 2004, do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281. Acesso em: 20 de maio de 2020.
- DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, M. G. DELGADO, G. N. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à nova Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FREITAS, A. P. *A tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito do direito do trabalho: uma análise sob a perspectiva da inconstitucionalidade*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Roraima, Centro de Ciências Administrativas e Jurídicas, Boa Vista, 2017.
- GARCIA, G. F. B. *Reforma trabalhista*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.
- GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENEZES, M. de A. *Danos extrapatrimoniais na Lei nº 13.467/2017: o mesquinho cerceio da dignidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.
- ROSA, B. C. da C. *O dano moral e a tarifação na reforma trabalhista*. 2018. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/BRUNA-CAROLINE-DA-CRUZ-ROSA.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2020.
- SILVA, H. B. M. da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- STRABELLI, A.; RENÓ, L. P. *Sobre direitos da personalidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ: Terceira Turma, Recurso Especial: 77219 RJ 2005 0142256-8*. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/>

[jurisprudencia/33636/recurso-especial-resp-777219-rj-2005-0142256-8>](#). Acesso em: 18 de maio de 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.