

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223G DA CLT E TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Danubia Rodrigues de Siqueira¹

M.S. Michele Nogueira Moraes²

A análise de (in) constitucionalidade do artigo 223G, inserido na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n. 5.452/1943) pela Lei n. 13.467, de 13/07/2017, e possível ofensa aos incisos V e X, do artigo 5º e inciso XXVIII, do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, como forma de vinculação legal ao arbitramento de indenização por danos extrapatrimoniais oriundos de relações de trabalho, aparentemente, confronta a possibilidade de obtenção de indenização ampla, proporcional ao agravo sofrido pelo trabalhador, apurado em processo judicial. Há uma limitação imposta pelo legislador reformista, cuja hipótese de violação a independência funcional conferida aos magistrados pela Carta Magna, por força de norma infraconstitucional, obstam fixação de indenização ampla, discricionária pela análise do caso concreto, passando, pois, a vinculação dos parâmetros de dano tarifado pelo artigo 223G, da CLT.

Desta feita, com análise doutrinária, normativa e jurisprudencial, o presente estudo busca identificar possível confronto da atual redação dada ao artigo 223-G, da CLT, contrapondo dispositivos constitucionais.

¹ Técnica em serviços jurídicos pelo Centro Paula Souza. Graduanda em direito pela Universidade Brasil.

DANO E DEVER DE INDENIZAR

Inicialmente cumpre esclarecer o conceito de “dano” para o Direito Civil Brasileiro, como reflexo da conduta humana que causar prejuízo ou alteração desfavorável no âmbito de relações sociais ou econômicas, tendo, pois, relevância se constituir fenômeno jurídico denominado dano.

O significado de dano revela ação ou efeito de danificar, causar prejuízo; estrago, ato de estragar algo que pertence a outra pessoa, mal ou prejuízo causado a alguém, diminuição ou perda completa das boas qualidades de algo ou alguém³.

É certo dizer que o dano não é uma figura pré-jurídica e sim normativa, que só será aplicada depois da interpretação dos fatos e análise da norma jurídica, ou seja, somente após o estudo do caso concreto que a previsão abstrata poderá qualificar determinado fato, como originário do dano, determinando por consequência incidência da norma de responsabilidade civil.

O direito positivado, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, "*congrega as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados*"⁴.

A valorização da dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento pátrio, determina a concepção do dano de natureza extrapatrimonial como a ocorrência de uma diminuição patrimonial imensurável em pecúnia, eis que os bens imateriais e das relações destes com outros, difusos e coletivos.

A concepção subjetiva de dano busca estabelecer a extensão da lesão no patrimônio da vítima, o que afasta parâmetro objetivo de mensuração, vez que depende da importância do bem lesado no patrimônio da vítima, a exemplo de direitos inerentes a personalidade, cujo simbolismo não é possível precificar.

Nessa quadra, primeiramente, a prática de um ato ilícito acarreta dano de alguma esfera, pois pressupõe uma infração as normas de convivência social, cujos parâmetros contemporâneos precipuamente fixados em norma legal, conforme disposto nos artigo 186 e

³ Dano. <https://www.dicio.com.br/dano/>. Acesso em 05/11/2020 as 15hs.

⁴ Gagliano, Pablo Stolze, Filho, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, v.3: Responsabilidade Civil – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.46.

927, do Código Civil⁵, caso não amparadas nas hipóteses de excludentes da responsabilidade civil, como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito e a força maior.

Cumprе esclarecer que a noção de ato ilícito e dano em comento, periféricas a responsabilidade civil e dever de indenizar, exige nexo de causalidade entre a infração e a lesão, cujo liame caracteriza o dever de indenizar a vítima.

Portanto, nas lições Flávio Tartuce “*para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta, é necessário, normalmente, comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém*”⁶, ocasião na qual as pessoas, titulares de direitos oriundos de relações jurídicas, possuem interesses humanos juridicamente tutelados, cuja violação acarreta dano passível de indenização.

A divisão dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais ou morais repercutem os interesses lesados. O primeiro admite quantificação econômica com reparação de forma direta ou indireta, enquanto a última revela situação jurídica sem possibilidade de avaliação econômica ou precificação objetiva, sendo a reparação de natureza extrapatrimonial oriunda desse sofrimento físico ou psicológico, quando analisada em razão de vítima pessoa humana

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar de dano moral, ensina que:

*“É o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”*⁷.

Assim, o dano deve ser analisado pela perspectiva de ofensa na ordem material e/ou moral e a respectiva tutela jurídica que lhe reveste, a fim de compreender a atuação da responsabilidade civil e dever de indenizar.

APLICAÇÃO DO DANO NO DIREITO DO TRABALHO

O dever de indenizar nas relações de trabalho para Maurício Godinho é imputada como regra ao empregador, senão vejamos:

“É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral ou à imagem resultantes de conduta ilícita por ele cometida, ou por suas chefias, contra o empregado, sem relação com a infortúnica do

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

⁶ Tartuce, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil– 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.567.

⁷ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro.3.ed. rev.e atual. São Paulo:Saraiva, 2008. v. IV, p. 359.

*trabalho, também será do empregador a responsabilidade pelas indenizações por dano material, moral ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro Social, é claro”.*⁸

O jurista complementa pela existência de requisitos essenciais para a responsabilização empresarial, necessária a conjugação dos requisitos de dano, nexos causal e culpa empresarial.⁹

O primeiro, dano, reflete a evidenciação de sua existência ou, pelo menos, a ocorrência do fato deflagrador do próprio dano, enquanto o segundo requisito, nexos causal, é a relação de causalidade entre a conduta do empregador ou de seus prepostos e o dano sofrido pelo empregado.

A culpa empresarial necessária para a configuração do dever de indenizar pelo empregador ou de suas chefias pelo ato ou situação que provocou o dano ao empregado, em consonância com a CF/88, basta a simples ocorrência para sua caracterização, com eco no poder estrutural do empregador, risco da atividade e dinâmica ambiente do ambiente laboral¹⁰.

Vale lembrar que a Constituição Federal em seu artigo 114, inciso VI¹¹, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 95 de 2016, atribui competência para a Justiça do Trabalho processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalhos, doenças a ele equiparadas, ainda que ajuizadas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Assim, nas relações de trabalho envolvendo direitos inerentes a personalidade, refletindo, ofensa moral ou extrapatrimonial, serão processados e julgados na Justiça Especializada, devendo, pois, os parâmetros indenizatórios trazidos pela Lei n. 13.467/2017¹² ser apreciados com cautela, eis que há aparente inconstitucionalidade em suas disposições.

Isso porque os danos patrimoniais admitem ressarcimento, restituição ou indenização, enquanto os danos extrapatrimoniais refletem compensação, incapaz de eliminar o prejuízo causado na esfera moral, com efeito apenas satisfatório ou compensatório.

O elemento que permite diferenciar o dano patrimonial e o extrapatrimonial, no que concerne a liquidação, o primeiro encontra solução jurídica na forma no artigo 402 do Código Civil, ao passo que constitui perdas e danos e o segundo se dá por arbitramento, pois não cabe

⁸ Delgado, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho: Obra Revista e Atualizada conforme a Lei da Reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores - 18. ed.-São Paulo: LTr, 2019. p.742.

⁹ Delgado, Mauricio Godinho. Op. Cit., p.743.

¹⁰ Delgado, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 744 e745

¹¹ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

ao legislador fixar 'em abstrato o quantum devido, certo que elementos de culpa, condição socioeconômica, extensão do dano e intensidade do sofrimento da vítima exige conjugação no caso concreto para adequada solução jurisdicional.

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O Projeto de Lei n. 6.787/2016, de Relatoria do Deputado Federal, menciona na exposição de motivos “*a necessidade de fixar limites para as indenizações por danos morais*”, posteriormente, acarretando na edição de Lei n. 13.467/17, popularizada como Reforma Trabalhista.

A Lei n. 13.467/17 inseriu o Título II-A na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/43), entre as alterações está o artigo 223-G, ora objeto de estudo, com a fixação de indenização por danos extrapatrimoniais, especificamente no âmbito das relações de trabalho, de modo a estipular critérios objetivos para aferição da verba indenizatória, atribuindo, inclusive, parâmetros mínimos e máximos ao caráter pecuniário em abstrato.

O Poder Legislativo já se deparou anteriormente com a hipótese de tabelamento da indenização por danos morais, na ocasião, pelo Projeto de Lei n. 150/1999, da lavra do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, e que instituiu três níveis de ofensas (leve, média e grave) para fins de fixação do valor da indenização. Após enviado à Câmara Federal com a numeração de Projeto de Lei n. 7.124/2002, foi arquivado em 2010, porque a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, **por unanimidade**, considerou **inconstitucional o tabelamento do dano moral**

Apenas pelo argumento, antevendo as discussões que a Reforma Trabalhista traria, o artigo 223-A, também inserido pela Lei n. 13.467/17, dispõe: “*aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título*”. Trata-se de repetição que o legislador reformista buscou enfatizar, como prenúncio do dispositivo questionável que abaixo descrevemos:

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.

É certo que a leitura isolada do caput do artigo 223-G, ao expressar o termo “considerará”, pressupõe poder discricionário ao julgador para apreciação da indenização pleiteada sob o manto deste novo regramento, cujos critérios já pacificados pela doutrina e jurisprudência.

Contudo, o parágrafo primeiro arremata qualquer dúvida ao expor que na hipótese de procedência, o magistrado deverá fixar indenização com os critérios ali estipulados, ou seja, prefixando o quantum indenizatório. Ainda, veda hipótese de cumulação de indenizações, o que destoaria da previsão constitucional de ampla indenização por danos materiais e morais.

Nesse particular, de vedação a cumulação de indenização, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumular n. 387, pois “*é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*”.

Nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial” encontram ampla receptividade, na doutrina brasileira, como

antônimos de “dano material”, estando, portanto, consagradas em diversas obras relevantes sobre o tema, razão pela qual refletem sempre no sentido de contraposição ao dano material.¹³

Carlos Henrique Bezerra Leite sustenta que ao inserir na CLT disposições sobre o cabimento de danos morais ou extrapatrimoniais oriundos das relações de trabalho, “*parece-nos que o legislador pretendeu restringir a aplicação do Instituto nos sítios do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho*”.¹⁴

De igual toada, Maurício Godinho Delgado aponta que a alteração legislativa em comento reflete:

“A descaracterização de um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, consistente no princípio da centralidade da pessoa Humana na ordem jurídica, social, econômica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁵

Ainda, complementa o autor:

“Segundo a literalidade da nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana”.¹⁶

Assim, a inovação legislativa disciplina hipótese de indenização por danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, com critérios pragmáticos e impeditivos de apreciação subjetiva do caso concreto pelo julgador, dando azo a parâmetros variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima, quando a Carta Magna esculpe o valor da igualdade em seu preâmbulo e como objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, eis que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, lastreados pelo artigo 3º, IV e 5º da Carta Magna.

Revela-se, portanto, ofensa ao fundamento constitucional que é a dignidade da pessoa humana, ao princípio da isonomia na acepção material, reconhecendo as diferenças sociais arraigadas na população brasileira e impondo diferenças que devem ser reduzidas.

¹³Gagliano, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v.3: Responsabilidade Civil – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 109.

¹⁴ Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 85.

¹⁵ Delgado, Mauricio Godinho. Op. Cit., p.785.

¹⁶ Delgado, Mauricio Godinho. Op. Cit., p.743.

A VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, editou o enunciado 588, que assim dispõe: "*o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial*".

Logo, a precificação fundada na última remuneração da vítima ou ofensor como parâmetro para indenização em comento já é rechaçada pela técnica jurídica, deixando a cargo do caso concreto, extensão do dano, jurisprudência e afins para fixação do montante pelo magistrado.

Por outro lado, a questão da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais, converge interpretação alcançada com a edição da súmula n. 281, editada em 2004 e norteia a questão: "*a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa*".

Inclusive, a esse respeito o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF n. 130, **declarou a não recepção de artigos da Lei n. 5.250/67 que dispunham sobre a tarifação da indenização por danos morais**, bem como no julgamento do Recurso Extraordinário n. 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, com a seguinte ementa:

"Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei n. 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente". (STF. 2ª Turma. RE 447.584/RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, 16 mar. 2007)

Com esse cenário, ao criar faixas máximas de indenização com critérios de grau de ofensa e a renda da vítima, há ofensa aos dispositivos constitucionais supracitados, cuja questão em arremate deve ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião de ações constitucionais que tramitam sob essa temática.

O Relator da reforma trabalhista Rogério Marinho (PSDB-RN) na exposição de motivos acerca do dispositivo em comento, invoca a inexistência de critérios objetivos para aferição da indenização almejada na Justiça Especializada, notadamente oriundas de relação de trabalho, bem como sustenta que não haverá interferência no poder decisório do magistrado¹⁷.

¹⁷ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 27.02.2021 às 18h46m.

Tal perspectiva, como dito, afronta a necessária subjetividade e casuística atrelados ao dano moral, imaterial ou extrapatrimonial, porquanto afasta o poder decisório e independência do Poder Judiciário para análise e julgamento da pretensão resistida. Ora, taxar critérios para aferir a dor, utilizar como parâmetro para algo incalculável, é contrário a restituição integral e ampla do dano sofrido.

Valores efetivos que não tem limites – 944 mediar a extensão do dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a tarifação do dano extrapatrimonial traz em seu substrato uma intenção de garantir segurança jurídica para quem desrespeita a lei, ao passo que na contramão de uma fiscalização efetiva, penalização pedagógica e com caráter social, busca o legislador reformista inovar com critérios não isonômicos para precificar a dor da vítima.

Nesse cenário, subverter a ordem jurídica para abrandar o peso na balança da justiça, anunciando critérios objetivos para aferir a dor amargada pela vítima em razão de ofensa imaterial oriunda das relações de trabalho, é criar um novo parâmetro incompatível com o ordenamento jurídico, porquanto objetiva sorrateiramente tornar seguro violar os direitos dos trabalhadores, limitando o direito de compensação integral do dano amargado, o que afronta a dignidade da pessoa humana.