

A REFORMA TRABALHISTA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL COM BASE NO SALÁRIO DO EMPREGADO

Cássio Casagrande

O autor é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, com especialização em Direito do Trabalho; mestre em Relações Internacionais pela PUC-Rio; Doutor em Ciência Política pelo antigo IUPERJ; Professor de Teoria da Constituição da graduação e mestrado (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense - UFF, no qual ministra curso de Direito Constitucional Comparado Brasil-EUA. Procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro desde 1996.

A Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017 - inseriu na CLT, a partir do artigo 223, dispositivos que estabelecem sistema de tarifação de “danos extrapatrimoniais”, fixando gradação e valores máximos de indenização em pedidos de danos morais requeridos em ações trabalhistas.

A possibilidade do legislador instituir sistema de tarifação de danos morais por meio da introdução de “tabelas” de valores mínimos e máximos é em si manifestamente inconstitucional, especialmente porque assim já declarado pelo STJ na sua Súmula 281, como pelo Supremo Tribunal Federal em diversos recursos extraordinários (RE 396.386-44/SP, Rel. Min Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello) e, especialmente, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, na qual se analisava a recepção ou não da Lei de Imprensa (Lei 5250/67) instituída durante o regime militar. Naquela ocasião, o STF declarou a não recepção da norma em sua integralidade, por incompatível com a Constituição de 1988, incluindo-se os dispositivos que instituíam a tarifação do dano moral, pois a corte entendeu que eles contrariavam a regra de que a indenização por ato lesivo dever ser “proporcional ao agravo” (CR, art. 5o., inc. V). Nas razões de decidir, o Ministro Carlos Ayres Brito assim definiu a questão:

“a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa adequação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa.”

Ora, basta acrescentar a este raciocínio do então Juiz Relator o fato de que “nada tem a ver com esta adequação a circunstância do agravo dar-se no interior de uma relação de emprego.”

Porém, muito mais grave e inconstitucional do que a instituição em si de um sistema de tarifação do dano moral é a sistemática de “cálculo” adotada na Reforma Trabalhista. Ainda que venham a ser superados os precedentes acima referidos e considerada constitucional a tarifação de danos morais, defendemos aqui que há outros óbices constitucionais insuperáveis para a manutenção do sistema instituído pelo legislador, pois a utilização do salário do empregado como parâmetro para fixação do montante indenizatório colide com diversas normas da Constituição, especialmente aquelas que decorrem do princípio da isonomia.

Para sustentar estas inconstitucionalidades, vamos partir de uma hipótese concreta - uma situação já ocorrida em inúmeros processos na Justiça do Trabalho em que se busca indenização por danos morais: o assédio sexual. Imaginemos que o gerente geral de uma grande empresa assedia sexualmente várias trabalhadoras que lhe são subordinadas, inclusive estagiárias e terceirizadas. Ele reiteradamente faz aproximações não desejadas, tocando os braços e alisando os cabelos das empregadas; promete promoções e aumentos salariais caso elas aceitem sair com ele depois do trabalho; ameaça com a perda do emprego diante de negativas; profere obscenidades ao pé do ouvido delas e faz comentários

sobre características de seu corpo, dizendo que gostaria de vê-las despidas. Esta conduta é reiterada e constante. Algumas trabalhadores comunicam anonimamente a direção da empresa sobre o que está ocorrendo, mas esta não dá crédito às denúncias e não adota nenhuma providência. Quatro trabalhadoras não aguentam mais a situação, pedem demissão e decidem procurar um advogado, que ajuíza uma ação para cada uma delas, com pedido de indenização por danos morais. As reclamantes têm o seguinte perfil: Maria, 25 anos, com apenas três anos de formação escolar, mãe solteira de dois filhos, terceirizada encarregada dos serviços de copa, era remunerada por um pouco mais do que salário mínimo mensal, R\$ 1.000,00. A estagiária de direito Solange, 21 anos, solteira, ganhava R\$ 1.600,00. Antonia, 30 anos, empregada contratada diretamente como contabilista, com sete anos de experiência, casada e sem filhos, recebia R\$ 5.700,00. Luana, 35 anos, divorciada e com um filho, formada em administração com pós-graduação no exterior e bilíngue, chefe de recursos humanos, tinha salário de R\$ 11.300,00.

Os fatos ocorreram em uma cidade do interior que tem uma única Vara do Trabalho. As quatro reclamantes conseguiram apenas duas testemunhas para depor. Estas testemunhas também foram assediadas e viram o gerente geral assediando todas as quatro reclamantes. Os depoimentos são consistentes e coerentes. A empresa admite que recebeu a denúncia anônima, pois foi comprovado o envio

e recebimento de um email com este teor. As testemunhas foram ouvidas no processo de Antonia e, por convenção das partes, a prova foi emprestada para os demais casos.

Em síntese, nestes processos o réu é o mesmo, os fatos são os mesmos, as provas são as mesmas e, finalmente, o juiz é o mesmo. Apenas a parte autora é diferente em cada um dos casos - embora todas elas tenham sofrido igualmente o mesmo dano, em idêntico grau. O juiz vai julgar os casos, em quatro sentenças distintas. A prova é robusta e verossímil. Ele condena o empregador com base no art. 186 do Código Civil e, especialmente, em razão da conduta omissiva do réu. Então, depois de fixar a responsabilidade civil do réu pelos danos causados, o julgador precisa estabelecer o valor da condenação e volta-se aos nos dispositivos da CLT que tratam dos danos “extrapatrimoniais”, introduzidos pela Reforma Trabalhista, que criou a regra de “tarifação” do dano moral. Inicialmente, segundo a nova norma (art. 223-G), é preciso determinar o grau da lesão: leve, média, grave ou gravíssima, de acordo com vários critérios relativamente subjetivos. Vamos supor que no caso em apreço o juiz entenda que o dano é grave. Depois de estabelecido o grau, a lei cria uma “tabela de indenização”, cuja base de cálculo é o salário do empregado (até três vezes para danos leves, até cinco vezes para danos médios, até vinte vezes para danos graves e até cinquenta vezes para danos gravíssimos). Chega-se então ao seguinte resultado: Maria, a terceirizada, receberá 20 mil reais; Solange, a estagiária, será indenizada

em 32 mil reais, Antonia, a contabilista, terá direito a 114 mil reais; e, finalmente, Luana, a chefe de RH, embolsará 226 mil reais. Conclusão: para os legisladores brasileiros, a dignidade e o patrimônio moral da estagiária Solange vale aproximadamente 1,6 vezes mais do que a da pobre Maria; a dignidade e o patrimônio moral da empregada Antonia vale 5,7 vezes mais do que a da terceirizada Maria; e, finalmente, a dignidade e o patrimônio moral da pós-graduada Luana vale 11,3 vezes mais do que a da pouco instruída Maria. Ou, sob outro enfoque, a lei distribuiu desigualmente bens jurídicos decorrentes de lesão ao patrimônio moral, oriundos de um mesmo fato gerador, de acordo com o valor do trabalhador no mercado de trabalho.

O que a lei faz é exatamente isto: embora os trabalhadores sejam merecedores de igual tratamento digno, eles devem ser separados de acordo com seu salários, para fins de mensuração de seu patrimônio moral. Quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador. Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho.

Observe-se que não se pode alegar aqui que os desiguais devem ser tratados desigualmente na exata medida de sua desigualdade. As trabalhadoras, no caso em questão, não são desiguais quanto aos fatos e ao direito. Todas são merecedoras do mesmo tratamento digno por parte do empregador, independentemente de sua condição social. Não se pode ter como válido o postulado de que a digni-

dade da pessoa humana decorra de seu “pertencimento” a uma posição no mercado de trabalho (e, pior ainda, de que a dignidade será tanto menor quanto menos ela receba). Aceitar esta idéia é o mesmo que dizer que a dignidade depende do pertencimento a uma raça, etnia ou religião. Isto contraria o imperativo categórico kantiano, crucial para a definição da modernidade e dos direitos humanos, de que todos os homens são dignos de igual consideração e respeito (*o respeito dirige-se sempre a pessoas, não a coisas. (...) se examinamos atentamente ao conceito de respeito pelas pessoas, percebe-se que se baseia sempre na consciência de um dever que um exemplo nos apresenta e que, portanto, o respeito nunca pode ter nenhum outro fundamento que não seja o moral.* Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática*). Foi justamente inspirado neste princípio que a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 estabeleceu no seu art 1º: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”*

E, no plano do direito constitucional positivo, o artigo 223-G da CLT, com a redação da Reforma Trabalhista, viola de forma evidente, flagrante, inquestionável e patente um dos mais básicos postulados da Constituição: a igualdade perante a lei (CR, art. 5º, inc. I). Esta cláusula constitucional de isonomia não se resume a garantir apenas que o Estado deve tratar a todos de forma indistinta. Significa, essencialmente, na dicção da Décima Quinta Emenda à Constituição dos EUA, “a igual proteção das leis” (*equal protection of the*

laws). O direito deve proteger a todos de maneira uniforme. A lei não pode criar distinções não justificadas entre os destinatários da norma. O legislador não deve estabelecer discriminações legais que não sejam justificáveis pela natureza indistinta daquele que é discriminado.

No caso da regulamentação do dano moral na Reforma Trabalhista, a lei claramente dá um tratamento diferente para pessoas que estão sob mesma condição de fato e de direito, estabelecendo o seguinte: quem ganhar salário menor, terá reparação menor, ou em outros termos, terá “proteção da lei” em menor grau. Ou então, seria mais preciso dizer, “não terá igual proteção da lei”. Isto nada mais é do que uma forma de segregação. Não é uma segregação pela raça, cor, gênero ou nacionalidade: é uma segregação pela renda, pois quanto mais pobre o trabalhador, menor a reparação a ele devida. Os trabalhadores são “iguais” em seus direitos à reparação extrapatrimonial, mas “separados” - por faixa de renda - na hora de distribuição da justiça. Este é o mesmo fundamento utilizado pelos segregacionistas do sul dos EUA para desenvolver a doutrina “separated but equal”.

Recorremos aqui ao direito constitucional americano pois, de fato, quando o assunto é a igualdade perante a lei, precisamos ter a humildade de aprender com a jurisprudência dos EUA. Os norte-americanos têm uma rica experiência neste campo, em razão dos traumas da Guerra de Secessão (1861-1865) e do doloroso processo de incorporação das minorias, notadamente os negros. É conveniente lembrar que o princípio da igualdade perante a lei não estava estabeleci-

do nem na Constituição assinada na Filadélfia (1787), nem nas dez primeiras emendas (*Bill of Rights*) que lhe foram acrescentadas (1789). E a ausência deste direito no momento inaugural da República americana não era casual. Incorporá-la ao direito constitucional criaria embaraços legais para a manutenção da escravidão e para o deslocamento forçado dos índios para oeste. Foi somente no período conhecido como “*Reconstruction*”, imediatamente após o fim da guerra civil, que os EUA fizeram aprovar as Emendas XIII (fim da escravidão), XIV (igualdade civil e *due process of law* substancial) e XV (igualdade de direito ao sufrágio).

Como é sabido, apesar desta grande revolução constitucional (conforme expressão de Bruce Ackerman) que foi a aprovação daquelas emendas pós-Guerra Civil, os derrotados Estados do Sul não se conformaram e passaram a editar uma série de leis estaduais discriminatórias para os negros, que criaram o sistema de segregação institucional (as chamadas “Jim Crow laws”). Embora no final do século a Suprema Corte dos EUA tenha sustentado a constitucionalidade das leis segregacionistas - caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) -, considerando possível a segregação pelo princípio separados mas iguais, a evolução da jurisprudência ao longo do século XX paulatinamente foi rejeitando a concepção do caso *Plessy*, até sepultá-la em definitivo no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). A virada hermenêutica que possibilitou à Corte a superação do princípio “separados mas iguais” ocorrera alguns

anos antes, em um julgamento que não estava relacionado à discriminação, mas sim à regulação econômica - o caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Neste processo discutia-se a validade de uma lei federal que estabeleceria padrões mínimos para a produção e comercialização do leite. A empresa recorrente sustentava que a norma violava a liberdade de produção e feria a cláusula do contrato da Constituição. A Suprema Corte rejeitou as alegações da empresa e confirmou a constitucionalidade da norma. O Juiz Harlan Stone, redigindo a decisão em nome da corte, estabeleceu que prevalecia o princípio da presunção de constitucionalidade quando o legislativo exercia discricionariedade razoável sustentada por evidências substanciais de saúde pública, que não eram “arbitrárias ou irracionais”. A seguir, o Juiz Harlan inseriu na decisão uma nota de pé de página que iria revolucionar a jurisprudência constitucional americana. A *Footnote Four* (que passaria a ser conhecida como ‘a nota de pé-de-página mais importante da história da Suprema Corte’) afirmava que deveria haver uma inversão na presunção de constitucionalidade quando a norma em sua face aparentasse confrontar uma proibição específica da Constituição ou das Dez Primeiras Emendas, especialmente sob o crivo do devido processo legal substancial (XIV Emenda), sobretudo quando tais leis fossem dirigidas a religiões particulares ou a minorias raciais, de modo que elas deveriam assim ser submetidas a um padrão mais rígido de controle de constitucionalidade.

Surgia, então, na jurisprudência constitucional da Suprema Corte o *standard* do “escrutínio estrito”: ou seja, o grau de discricionariedade legislativa tem latitude reduzida em questões relativas ao tema “discriminação legal”. Quando a norma positiva dá tratamento diferente a determinadas categorias de pessoas, inverte-se o pressuposto hermenêutico de presunção de constitucionalidade das leis, passando-se a examinar o caso a partir da premissa de que a lei é inconstitucional; vale dizer, aquele que promulgou a lei (ou a parte que sustenta sua constitucionalidade) deve demonstrar cabalmente quais são os motivos justificáveis e em base racional (*rational basis review*) para o estabelecimento de uma discriminação legal que é “suspeita ou quase-suspeita”.

E, no caso da nova redação conferida ao art. 223-A e seguintes da CLT, deve-se perguntar: por que o trabalhador de maior renda deve ser reparado, quanto a danos morais, em valores superiores àqueles devidos ao trabalhador de menor renda? A resposta é simples: não há motivo demonstrável, com base racional, que justifique o *discrimen*, pois o salário é irrelevante para mensurar a dor psíquica que envolve o dano moral. Especialmente porque nossa constituição estabelece que o “direito de resposta” (o qual não se restringe apenas ao âmbito da liberdade de expressão) deve ser proporcional ao agravo. Portanto, na dicção da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, trata-se de escolha arbitrária e irracional do legislador, lesiva aos mais trabalhadores de renda inferior.

O fato de as trabalhadoras serem solteiras ou casadas, de terem ou não filhos, ou de possuírem maior ou menor grau de instrução, deveria - em face do princípio “igual proteção das leis” - ser considerado para a fixação do valor do dano moral por assédio? Evidentemente não, pois esta condição é irrelevante para a caracterização do agravo. Então, se devemos descartar estas condições pessoais, por que deveria ser levado em conta o seu salário? O legislador estabeleceu um critério arbitrário, que não tem relação de “causa-efeito” para a fixação “agravo-indenização”.

Observe-se, aliás, que se algum critério discriminatório coubesse na fixação dos danos morais, só haveria alguma racionalidade se a intenção do legislador fosse exatamente a oposta - a de proteger aqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade. Evidentemente, quanto menor a capacidade econômica do empregado, maior sua submissão ao poder diretivo do empregado e menor a possibilidade de resistência. No exemplo que usamos, quem estaria mais suscetível a uma ameaça de demissão, uma trabalhadora altamente qualificada e bem remunerada ou a terceirizada mal paga? O mais absurdo e contraditória na nova lei é que isto é reconhecido implicitamente, pois ao estabelecer os critérios para fixar a responsabilidade do réu pelo dano, o juiz deve considerar, segundo o art. 223-G, XI, “a situação social e econômica das partes envolvidas”. Então, embora reconheça que determinado trabalhador é mais vulnerável que outro, o juiz não pode majorar a condenação em dinheiro em ra-

zão desta circunstância, em virtude das limitações estabelecidas nos outros dispositivos da mesma norma.

De qualquer forma, o salário que uma pessoa ganha não é e não pode ser um elemento de mensuração de sua dignidade e isto viola inclusive a vedação expressa na Constituição (art. 7º., inc. XXXII) de distinção entre trabalho “manual, técnico e intelectual e entre seus respectivos profissionais”, pois, evidentemente, a posição do trabalhador no mercado de trabalho e na escala salarial depende de sua qualificação e do tipo de atividade que desempenha.

Portanto, a nova lei é flagrantemente inconstitucional, por violar os arts. 1º., inc. III, 5º., inc. I e V e 7º. XXXII da Constituição da República.