

PARÂMETROS PARA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA – MAIS UM DESAFIO A SER ENFRENTADO COM A CHAMADA REFORMA TRABALHISTA

Benizete Ramos de Medeiros¹

“E tropeçou no céu como se fosse um bêbado. E flutuou no ar como se fosse um pássaro. E se acabou no chão feito um pacote flácido. Agonizou no meio do passeio público. Morreu na contramão atrapalhando o tráfego” (Chico Buarque)

Resumo: A chamada reforma trabalhista advinda com a Lei 13.467/2017 e a MP 808/2017, trouxe, dentre outras, profundas alterações quanto ao direito material e processual do trabalho, não sem inúmeras críticas. No que tange a responsabilidade civil, fixou parâmetros iniciais de acordo com o salário do empregado e a MP, tentou corrigir estabelecendo valores conforme o teto da Previdência Social, em razão da gravidade da Lesão. Trata-se de uma parametrização que retira do julgador o oxigênio de equidade. O texto destaca os requisitos da responsabilidade civil; aponta as diversas lesões passíveis de indenização no campo laboral, apresenta os critérios de quantificação anteriores e posteriores à citada Lei, estabelecendo um eixo crítico quanto aos pontos da parametrização, taxatividade do rol e vedação à cumulação de indenizações por dano moral, com apontamentos de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Reforma trabalhista; responsabilidade civil; quantificação; novos parâmetros; saúde do trabalhador.

1. Introdução

Desde o final do ano de 2016 e todo o ano de 2017 a comunidade jurídica brasileira travou intensos debates, nas mais variadas formas, sobre o projeto de Lei que se transformou na Lei 13.467/2017, denominada de Reforma trabalhista. Tanto no campo do Direito individual, coletivo e processual do Trabalho, acirradassão as críticas pelos artífices do Direito, então defensores do primado do valor social do Trabalho; do princípio da dignidade da pessoa humana; do não retrocesso a todas as formas de validação das conquistas insculpidas na Constituição da República Brasileira de 1988.

Esta autora fez análise de alguns pontos da Lei e do projeto em palestras, aulas e textos publicados, nunca convencida de que a Lei trará algum tipo de melhoria para os trabalhadores, para o mundo do trabalho e para o desenvolvimento econômico do país, mas sim, um reducionismo de direitos; redução do acesso à justiça, com graves retrocessos, com visível intenção de aumento de lucros sem contar a mordaza na Justiça do Trabalho,

Falar de violação a normas e princípios constitucionais nos diversos pontos é discurso quase unânime entre os opositores da referida Lei, o mesmo quando se trata de violação às convenções internacionais e aos princípios que deram suporte à construção de uma legislação obreira, necessária ainda por ser fundamental ao equilíbrio das relações sociais e econômicas do Brasil, que tem a marca da desigualdade social.

O objetivo deste texto que comporá mais uma obra coletiva da Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho: JUTRA para o encontro do ano de 2018 em Cascais, Portugal é tratar da questão relacionada à fixação prévia do *quantum* indenizatório nas reparações de dano moral Trabalhista, inserido na CLT pela Lei 13.46/2017, com as alterações da MP 808/2017,

¹Benizete Ramos de Medeiros. Advogada trabalhista. Professora de Direito material e Processual do Trabalho; doutora em Direito e Sociologia (UFF); mestre em Direito Público (FDC); membro da Comissão de Direito do Trabalho do IAB; presidente da direção geral da Associação Luso-brasileira de juristas do Trabalho – JUTRA (biênio 2016-2018).

editada pelo presidente da República três dias após, mas que não sanou nem resolveu as principais questões relacionadas, sobretudo a parametrização estabelecida nos dois textos.

Para se chegar a um bom ponto de discussão, opta por uma análise prévia em panorama geral acerca da responsabilidade civil trabalhista que, desde a Emenda constitucional 45/2004, ficou definida a competência da Justiça do Trabalho, passando pelas teorias da responsabilidade civil e os requisitos caracterizadores; o arcabouço jurídico protetivo da saúde do trabalhador e outras esferas destinatárias da proteção, tratando sucintamente de alguns tipos de lesões decorrentes do ambiente de trabalho, diagnosticando, com isso as possibilidades de indenizações.

2. Breves noções sobre saúde e meio ambiente de trabalho

É fundamental falar de saúde e meio ambiente de trabalho já que são os campos objeto de proteção e de lesões as mais diversas. Assim, parte do conceito de saúde trazido pela OMS – Organização Mundial de Saúde – avançou, estabelecendo como estado completo de bem estar físico, mental e social. E não somente circunscrito à ausência de doença. E que Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira² “é um direito fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social e mundial cuja realização requer a ação de muitos setores sociais e econômicos além do setor de saúde.”

De fato, a CRFB/88 tratou em vários pontos do direito à saúde, ao bem estar e ao meio ambiente.

No Campo do Direito do Trabalho, demorou-se muito a atingir esse estágio de proteção, foi mais de um século de lutas tanto no Brasil como em outros países. Com o advento da Lei 6.514/77, passou-se ao termo Segurança e Medicina do Trabalho (expressão anterior era higiene do trabalho) e se caracteriza por importante segmento da ciência relacionado ao Direito do Trabalho, incumbido de proteger a saúde e dar segurança ao trabalhador, bem como a sua recuperação no ambiente de trabalho em seus diversos aspectos, visando à proteção às doenças profissionais – física e emocional – e os acidentes de trabalho.

A medicina do Trabalho nesse sentido, compreende o estudo das formas de proteção à saúde do trabalhador, no exercício do trabalho, indicando medidas preventivas e remediando os efeitos. Já a segurança do Trabalho pertence à engenharia do trabalho, não obstante a sua conexão com a medicina.

Sebastião Oliveira³ diagnostica as etapas evolutivas da proteção à saúde do trabalhador no mundo, a partir da medicina no Trabalho, que em resumo são: (i) etapa da Medicina do Trabalho, início por volta de 1830; (ii) etapa da saúde ocupacional início 1950; (iii) etapa da saúde do trabalhador início 1970; e (iv) etapa da qualidade de vida do trabalhador, início de 1985.

A medicina do Trabalho num conceito mais atualizado passou a ser denominada de saúde ocupacional, enriquecida posteriormente como Saúde dos Trabalhadores e numa última etapa vem sendo denominada qualidade de vida do trabalhador⁴.

Logo, a qualidade de vida no trabalho envolve várias dimensões protetivas, dentre elas o meio ambiente sadio, saudável e o mais completo bem estar no trabalho.

Já o meio ambiente de trabalho tutelado pelo Direito (Art. 200 VIII CF; CLT cap. V e convenção 155 da OIT, dentre outros) traz grande interdependência com a medicina e segurança do trabalho. Antes mesmo do escopo constitucional, a lei n. 6.938/81 (política de meio ambiente) define em seu art. 3º.I, o meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

² OLIVEIRA. Sebastião Geraldo. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 5a.ed. SP: Ltr. 2010- p 58

³ OLIVEIRA, ob. cit. p.52

⁴ OLIVEIRA ob. Cit. p. 51

Segundo Vólia Cassar⁵, o meio ambiente deve priorizar a incolumidade física, psíquica e social do empregado e demais trabalhadores, inclusive os terceirizados, por isso deve ser “salubre, saudável, digno e íntegro e não deve se limitar ao local do trabalho, mas se estende ao serviço, às ferramentas, ao modo de execução das tarefas, como é tratado o trabalhador.”

Nessa linha, analisamos uma instituição financeira pública e, no ano de 2011, publicamos um texto, no qual tratamos basicamente do aspecto social nefasto do ambiente causado em acúmulo de serviços (precários) e pessoas em pequeno espaço físico, afirmando que:

“Nesse caldeirão fervilhante de emoções e energias de diversas ordens estão imersos os funcionários, empregados que não podem deixar seus postos de trabalho; não podem se esquivar de atender, de cumprir seus horários, com isso, a submissão demorada e constante – dias, meses, anos a fio – a esses espaços físicos torna o trabalho, além de insalubre, penoso, também, uma vez que as reações manifestadas pelos atendidos insatisfeitos são as mais variadas, desde atirar improperios diretos, altos, reclamações constantes, queixas, gestos inamistosos, agressivos, com emissão de pensamentos tenazes e animosos. Tudo isso torna o ambiente socialmente nocivo e, em alguns dias, intolerável. A aglomeração de pessoas em função de concentração de muitos serviços públicos num só órgão, com redução do quadro funcional, poucas agências s/ao, com efeito agentes causadores dessas reações, que nem se pode dizer sejam impróprias ou inconvenientes. São respostas ao sistema que a todos prejudica. As conseqüências dessa forma de trabalho aos empregadores são as mais variadas, cujo exame não cabe nesse singelo trabalho.”⁶

Foi uma análise de campo e concluiu que efetivamente muitos afastamentos do trabalho têm como início as condições de absoluta hostilidade na relação cliente X empregado, em razão da ausência de condições de um bom atendimento à população, cuja insatisfação tem como destinatário imediato o atendente. Nessa perspectiva, há uma amplitude do que se pode considerar um local de trabalho que ofereça condições de bem estar e saúde.

Por isso, o meio ambiente é incluído nos direitos fundamentais de terceira geração, reconhecido inclusive, internacionalmente. A par e passo de tal *status* protetivo várias teorias foram desenvolvidas, como a do dano existencial e diversos bens imateriais então tutelados, abrangendo um amplo leque de lesões e reparações.

No enfoque global verificam-se todos os fatores que interferem no bem estar do empregado, o ambiente de trabalho físico, o complexo de relações humanas na empresa, a remuneração, as possibilidades de progresso, o clima organizacional, a satisfação dos trabalhadores etc..⁷

Por isso, a visão atual do ambiente de trabalho contempla primeiramente o homem e depois as máquinas, ferramentas, as rotinas de trabalhos, pois medo, tristeza, raivas e frustrações adoecem e reduzem a criatividade e produtividade.⁸

Por fim, o ambiente de trabalho expõe o empregado a riscos imediatos e mediatos, visíveis e invisíveis. E, as condições de saúde, bem estar e incolumidade moral do trabalhador perpassam por diversos enfoques, como: Ausência de efetividade das normas protetoras; dispersão das responsabilidades do Estado; instabilidade e falta de segurança no emprego; falta de profissionais com conhecimentos multidisciplinar, levando a deficiência de formação técnica; falta de conscientização tanto do empregado quanto do empregador.; preferência pela neutralização dos

⁵ CASSAR. Vólia Bomfim, Direito do Trabalho. (De acordo com a reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017). 14 a ed. SP: Método. p. 963

⁶ MEDEIROS. Benizete Ramos de. A Insalubridade existente em determinados setores do serviço público. SP: Ltr. vol. 75, p; 159-164. 2011

⁷ OLIVERA. Ob; cit.. p 64

⁸ OLIVERA ob. Cit. P65

riscos; deficiente sistema de inspeção do trabalho; tendência flexibilizadora dos direitos trabalhistas; crescimento do mercado informal do trabalho, que é mais danoso que a flexibilização; prevenção centrada nos atos ou condições inseguras⁹

A 60ª Assembleia da OMS aprovou, para 2008-2007, plano global propondo em 10 anos atingir os objetivos de: aplicar e elaborar instrumentos normativos sobre a saúde; promover e proteger a saúde no local de trabalho, melhorando o funcionamento dos serviços de saúde ocupacional e o acesso; dados probatórios para fundamentar as medidas; integrar a saúde do trabalhador em outras políticas.¹⁰

O TST, por sua vez, promoveu Seminário de Prevenção de Acidentes do Trabalho que aconteceu em outubro/2011, manifestando preocupação com os índices de ações/adoecimentos/afastamento do trabalho, transcrevendo-se, em parte:¹¹

1. expressar perplexidade e preocupação com o número acentuado e crescente de acidentes e doenças relacionados ao trabalho no País, que atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República;
2. alertar as empresas de que acidentes de trabalho são previsíveis e, por isso, evitáveis, razão pela qual prevenção e gestão de riscos constituem investimento, enquanto reparação de danos implica prejuízo;
3. recordar que é dever do empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho (CLT, art. 157), obrigação do empregado colaborar no seu cumprimento (CLT, art. 158), e atribuição do Estado promover a respectiva fiscalização (CLT, art. 156), de modo a construir-se uma cultura de prevenção de acidentes;
4. afirmar que um ambiente de trabalho seguro e saudável deve ter primazia sobre o recebimento de adicionais compensatórios pelas condições desfavoráveis;
5. registrar que o avanço do Direito Ambiental deve alcançar os locais de trabalho, para assegurar aos trabalhadores um meio ambiente seguro, saudável e ecologicamente equilibrado;
6. exigir o fiel cumprimento do art. 14 da Convenção 155 da OIT, em vigor no Brasil desde 1993, segundo o qual questões de segurança, higiene e meio ambiente do trabalho devem ser inseridas em todos os níveis de ensino e de treinamento, incluídos aqueles do ensino superior técnico e profissional, com o objetivo de satisfazer as necessidades de treinamento de todos os trabalhadores;
7. conclamar pela ratificação urgente da Convenção 187 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre o Marco Promocional da Segurança e Saúde no Trabalho;
8. encarecer aos poderes constituídos a implementação, com urgência, de política nacional sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho;
9. proclamar a necessidade de maiores investimentos na produção e difusão de conhecimento sobre Segurança e Saúde no Trabalho e Meio Ambiente, bem como de uniformidade e maior presteza na divulgação das estatísticas oficiais relativas aos acidentes de trabalho no País, a fim de auxiliar a implementação de políticas públicas realistas e eficazes;
10. convocar toda a sociedade para uma mobilização e conjugação de esforços na busca de medidas concretas para reduzir ao mínimo possível os acidentes e doenças relacionados ao trabalho, com os quais todos perdem. Brasília, 21 de outubro de 2011. (grifos nossos)

Finalizando este aspecto, a saúde e qualidade de vida do trabalhador no Brasil avançam em ritmos diferenciados de acordo com a região, o nível da empresa e força dos sindicatos, mesmo após a convenção 155, as políticas brasileiras não esteve entre as prioridades, nem contou com respaldo para ser instituída¹²

⁹ OLIVEIRA ob. Cit. p. 133 - 143

¹⁰ OLIVERA ob. Cit. 67

¹¹ Acesso 25.10.011- Link: <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/carta-brasilia-alinha-diretrizes-prevenir-acidentes-trabalho>

¹² OLIVEIRA . Ob. Cit. p. 68- 112

O desafio, pois, está certamente na proteção, mas se essa não ocorre a contento, a indenização como forma pedagógica e compensatória da lesão, levando em consideração o grau de responsabilidade e reincidência, assume um papel fundamental a cargo do Estado e que para tanto não pode sofrer mordada.

2. Tipos de danos decorrentes do contrato de emprego ou do pré-contrato

Na linha das indenizações decorrentes do ambiente de trabalho e relação de emprego, conforme as elaborações de saúde, bem estar e incolumidade física, moral e social, busca-se em recentíssima obra de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Delgado¹³ suportes para identificá-las, a partir, inicialmente, de duas grandes divisões, planose subdivisões. Em primeiro plano, estão as indenizações por dano moral ou dano à imagem (*art. 5º, V, X CF*) que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas, especificamente, pois são decorrentes da discriminação racial; uso indevido da imagem do trabalhador nas atividades empresariais; toda dor psicológica ou física injustamente provocada, tendo como exemplos: procedimentos discriminatórios, falsa acusação, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório, etc.

Em um segundo plano, destacam as indenizações relativas a afrontas à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual. Aqui também contempla o dano material, dano moral e, mesmo dano estético.¹⁴

Os autores listam os diversos tipos de danos causados ao empregado ou ao candidato ao emprego, sujeitos à indenização, que, sucintamente são esses:

- (i) Pré-contratação trabalhista e perda de uma chance: decorrente da expectativa injustamente frustrada e/ou de despesas necessárias efetivadas (*art. 186 ; 402 e 427, CCB*);
- (ii) dinâmica da seleção e da contratação trabalhistas: Que compreende a discriminação; a abuso de prerrogativas empresariais, ofensas morais e à imagem; a utilização de meios abusivos de seleção, desrespeitosos testes psicológicos; discriminação por deficiência (*Estatuto do deficiente- Lei n. 13.146/2015 e (art. 5º , caput, da CF)*); exigência de declarações, exames de esterilizações ou controle de natalidade e outros . (*Lei n. 9.029/1995 e art. 373-A e art. 5º , caput, da CF*);
- (iii) ofensas físicas: mesmo fora do trabalho, mas com repercussões contratuais. (*art. 5º , caput, da CF*);
- (iv) assédio sexual: *art. 482, “b” art. 3º. III: 5º, V e X, CF/88*;
- (v) revistas íntimas: *Art. 1º, III, c./c. art. 5º, X, CF; art. 373-A, VI, CLT e Lei. 13.271/2016*
- (vi) Revistas em pertences de obreiros, embora não íntimas, pode ser objeto de reparação de acordo com a exposição como as revistas em bolsas e sacolas, mas há certas circunstâncias objetivas, a serem consideradas no caso concreto: efetiva necessidade da revista, segundo o segmento empresarial;
- (vii) limitação de uso de banheiros no ambiente laborativo;
- (viii) divulgação de nomes e dados contratuais de empregados, especialmente salários (*art. 5º, X; art. 5º, caput, CF/88*), exceção ao funcionário e empregado público em razão da *Lei n. 12.527, de 18.11.2011 (Lei da Transparência) c/c art. 37, caput, CF/88*;
- (ix) câmaras televisivas de segurança em banheiros (*violação ao art. 5º, V e X, CF/88*).
- (x) Controle de correspondências físicas e eletrônicas e telefonemas no ambiente laborativo (*art. 5º, X, XII, CF/88*). (*art. 5º, XXII, CF/88*);
- (xi) Controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet (*483, “b” da CLT*), questão que varia de acordo com o Regimento interno e o conceito de rigor excessivo;
- (xii) quebra de sigilo bancário de empregado de Bancas operações de instituições financeiras
- (xiii) Atrasos reiterados de salários (*art. 6º CF; 483, d CLT*);

¹³DELGADO. Mauricio Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. A reforma Trabalhista no Brasil, com Comentários à Lei 13.467/2017 – SP. Ltr. 2017

¹⁴DELGADO e DELGADO. p. 703

- (xiv) exercício de função perigosa, não integrante do contrato: (*caput* do art. 5º, CF/88) com fulcro no meio ambiente equilibrado (art. 225, *caput*; art. 200, VIII; art. 7º, XXII, CF/88);
- (xv) desrespeito a direitos intelectuais, especialmente relativos à autoria (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX);
- (xvi) violação à imagem (art. 5º CF; art. 20 CC);
- (xvii) acusação não comprovada de ato ilícito (arts. 5º V e X CF);
- (xviii) anotação desabonadora em Carteira de Trabalho (art. 3º. IV CF e 29 e ss CLT);
- (xix) dispensa discriminatória (CF, art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput* e inciso I; art. 5º, III, *in fine*, V e X e preâmbulo);
- (xx) supressão injustificável de plano de saúde (art. 5º, V e X, CF/88 e art. 471, CLT; art. 47, II, Lei n. 8.213/1991; Súmula 440 do TST);
- (xxi) elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores;
- (xxii) síndrome de *Burn-out* ou Síndrome de Esgotamento Profissional (direito ao ambiente de trabalho saudável, art. 200 CF);
- (xxiii) afronta à inviolabilidade física e à segurança ou estresse acentuado em face de violência decorrente do exercício de função perigosa (442 CLT);
- (xxiv) conduta de discriminação no ambiente laborativo (CF: art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput* e inciso I; art. 5º, III, *in fine* e art. 7º, XXX, XXXI e XXXII.S. 443 TST);
- (xxv) uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas: e violadoras de regras e princípios Constitucionais;
- (xxvi) dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças que extrapolem a livre iniciativa reconhecida pela Constituição (art. 1º, IV, *in fine*; art. 5º, XXIII; art. 170, *caput*, II e IV, CF/88), os instrumentos para alcance de melhor e maior produtividade do trabalho têm como limites os princípios e regras constitucionais tutelares da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III; art. 170, *caput*, CF/88), da valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, IV, *ab initio*; art. 170, *caput* e VIII, CF/88), da segurança e do bem-estar (Preâmbulo da Constituição; art. 3º, IV, *ab initio*; art. 5º, *caput*; art. 5º, III, *in fine*; art. 6º; art. 193, CF/88) e da saúde da pessoa humana trabalhadora (art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, XXII, CF/88);
- (xxvii) assédio moral (alíneas “a”, “b” ou “e” do art. 483; art. 157 da CLT, art. 3º III CF)
- (xxviii) ofensas morais de toda ordem (art. 3º. III: 5º, V e X, CF/88).
- (xxix) dano existencial;
- (xxx) danos derivados de acidentes do trabalho, doença ocupacional e doença profissional;
- (xxxi) condições degradantes no ambiente de trabalho: (arts: 7º, XXII, 200, VIII;. 225 CF art. 157, I, CLT).

Em nosso entender, algumas dessas lesões estão contidas em outras, ou são delas decorrentes, bem como, destaque-se, o dano moral ou material de natureza coletiva.

Para Vólia Bomfim Cassar:

As doenças profissionais, os acidentes de trabalho, as enfermidades físicas e psíquicas e a redução da capacidade laborativa muitas vezes decorrem das más condições em que o trabalho se realiza ou do ambiente hostil de trabalho. Acresça-se a isso as jornadas excessivas, a postura inadequada na execução do serviço, a mecanização do trabalho; a supressão ou redução das pausas e descansos; a falta de alimentação adequada; a cobrança de maior produtividade; as tarefas repetitivas; os agentes químicos, físicos e biológicos do ambiente de trabalho. Todos esses fatores abalam a saúde do empregado.¹⁵

No conjunto das lesões, vale trazer à transcrição a posição de Amaro Alves de Almeida Neto:

¹⁵ CASSAR, ob. Cit.

[...] toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcórrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida¹⁶.

É de fato um leque grande, que as alterações em vigor não contemplam o que será analisado mais à frente.

3. Elementos da responsabilidade civil

Na perspectiva dos diversos danos sofridos pelo trabalhador outros elementos devem compor as possibilidades de reparação, que são os requisitos fundamentais para que ocorra a responsabilização patronal e, por consequência o dimensionamento valorativo.

A responsabilidade civil se finca em três pilares: A existência do dano; a culpa do empregador e o nexo de causalidade, que segundo Mauro Chiavi¹⁷, “ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.”

Sem a reunião desses elementos cai no vazio a discussão sobre o valor da indenização e, portanto, qualquer discussão da Lei 13.467/2017 no que diz respeito à harmonia com princípios constitucionais. Passa-se a uma breve análise.

3.1. O dano

Remete-se ao item anterior, no qual se elencou os diversos aspectos da individualidade do trabalhador como sujeito de direito.

Destarte, o dano pode variar em dimensões diversas, como o físico, emocional, a imagem, a honra, etc... Com incapacidade temporária, relativa, permanente e mortes; individual e coletivo, como acima diagnosticado. Considere-se, como extensão o dano estético, na esfera social na suas diversas expressões. A doutrina admitia o chamado dano em ricochete, quando um membro da família “por tabela”, sofre o dano e, portanto, passível de indenização, com competência da Justiça do Trabalho, já que decorrente do contrato de trabalho. A Lei 13.467/2017 afastou essa possibilidade.

Considere-se, ainda, os danos de difícil reparação ou cuja mensuração jamais terá o condão de recompor a lesão sofrida, como a morte e lesões de natureza permanentes com incapacidades mais diversas e profilaxias paliativas.

3.2. A culpa

Sem os elementos da vontade ou da culpa, a indenização deixa de existir, mesmo que o dano seja de grande proporção. Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, o Direito

¹⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, Out./Dez. 2005, p. 49.

¹⁷ SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação de danos morais decorrentes da relação de Trabalho*. 2ª. Ed.. SP: Ltr.

brasileiro ainda se funda, predominantemente, no critério da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), conforme art. 186 do CCB.

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.

Há algumas atividades nas quais a culpa vem sendo considerada como objetiva, conforme art. 927, parágrafo único do CCB e aceita palidamente pela jurisprudência e doutrina trabalhista. Mesmo porque, considera-se que o risco da atividade econômica é da empresa (art. 2º CLT). Assim:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para Dallegrave Neto¹⁸, a CLT ao preceituar o risco da atividade econômica, a teor do art. 2º, não há dúvida que está adotando a teoria objetiva para a responsabilidade concernente aos danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução regular do contrato. Portanto, o empregado não pode sofrer qualquer dano ao executar o contrato de trabalho. Adotando, assim, a teoria da culpa presumida.

Nessa linha, Delgado e Delgado¹⁹ assentem que configurada a presença do dano e do nexo causal em situações de acidente de trabalho, doenças ocupacionais ou profissionais, a culpa do empregador deve até mesmo ser presumida. É que tem o empresário a direção da estrutura e da dinâmica do ambiente laborativo, atuando diretamente sobre a forma de prestação de serviços que se realiza no estabelecimento e na empresa; nesse quadro, presumem-se sua negligência, imprudência ou imperícia nos casos de disfunções surgidas no ambiente sob suas ordens.

Considere-se ainda, a omissão do agente quando tinha obrigação de agir.

É admitido por alguns julgadores que quando a culpa é objetiva torna-se desnecessário a sua prova, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade. É a compreensão da ANAMATRA expressada na 1ª jornada de Direito material e processual do Trabalho ocorrida em novembro 2007, conforme enunciados ns. 37 e 38, *In verbis*:

37. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO.

Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

38. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição Federal e do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81.

Contudo, anote-se que parte dos magistrados de primeiro grau não acolhe a teoria da culpa objetiva, mesmo nas atividades de risco, sujeitando a parte autora à prova técnica. No mais, o grau e extensão da culpa relacionados à atividade da empresa são balizados no momento da quantificação da indenização.

¹⁸DALLEGRAVE NETTO. José Affonso. Responsabilidade civil no Direito do Trabalho. SP: Ltr. 2005, p. 120

¹⁹DELGADO e DELGADO, ob. cit. p. 709-710

Há ainda a culpa concorrente que não exclui a culpa patronal, podendo, contudo, atenuar a responsabilidade pelo dano. Já ausência de prova, a Força Maior; o Caso Fortuito (art. 393 CCB) são excludentes da responsabilização, por exclusão ou falta de comprovação da culpa.

A doutrina vem trazendo ainda outra construção, qual seja: quando o empregador age contra lei, denominada deculpa contra a legalidade, quanto às normas de proteção à saúde, constantes tanto na Constituição Federal; na CLT; nas Convenções internacionais (nºs 155 da OIT; arts. 16, 18, 19; 161, art. 5º, 13); Lei 8.212/91 (arts. 19 e 21-A); Lei. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde, arts. 2º e 6º); Lei. 8.078/90, art. 9º; L.6938/81 art. 14, par. 1º e várias outras normas, além da Portaria nº. 3.214/78 e as NRs, o que por si só é indício da culpa. É uma teoria importante, que merece ser mais acolhida, para se somar ao conjunto probatório ou mesmo, dependendo do caso concreto, ser suficiente à condenação.

3.3. Nexo causal

Outro requisito fundamental é existência do nexo de causalidade entre o dano e conduta do empregador ou de seus prepostos, ou o tipo de trabalho ou ambiente. É o hífen que liga o dano à culpa.

A grande dificuldade nos temas relacionados aos adoecimentos do empregado, tanto físico quanto psíquico/emocional, como por exemplo a LER/DORT; doenças de colunas; depressão; síndrome do pânico, do medo etc... é o reconhecimento pelo Estado, e mesmo pela perícia, do nexo de causalidade, porque em grande maioria resvala no campo da prova técnica, que além de tudo é onerosa ao trabalhador.

Já nos acidentes típicos, além da teoria da culpa objetiva ser forte, o que ajuda, via de regra é a CAT – Comunicação do Acidente de Trabalho - que poderia dispensar a prova técnica, quando muito a sua utilização para determinar a existência da culpa concorrente, e se não houve, por exemplo, a culpa contra a legalidade.

No entanto, a prova pericial normalmente é determinada para fixar a extensão do dano, o grau de limitação do trabalhador, mormente quando há pedidos de pensionamentos vitalícios.

Nesse terreno, um grande avanço na consideração da doença como decorrência do trabalho, foi a Lei nº 11.430/06 de 26.12.2007 que introduziu o art. 21-A, na Lei. 8.212/90, o chamado Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, quando a “perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravado, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento”.

O NTEP sugere que certas atividades provocam adoecimentos próprios. A esse propósito, vale estudar na pesquisa de Paulo Rogério de A. Oliveira²⁰, para quem NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário “é uma visão epidemiológica das enfermidades relacionadas ao trabalho e seus reflexos para todas as disciplinas atinentes à área de saúde do trabalhador, bem como para vários campos do direito”.

É uma relação entre as atividades econômicas - CNAE e os agravos descritos no código Internacional de doenças (CID-10). O nexo foi montado a partir da observação da incidência de agravos à saúde por atividade econômica. Com 99% de Segurança estatística foi possível relacionar quais os CIDs que estavam relacionados às atividades diversas. O sistema informa a necessidade e estabelece nexo, cabendo ao empregador comprovar que não houve acidente ou doença profissional.

Nessa perspectiva, há em anexo o Decreto 3.048 de 6.05.1999 sobre acidente de trabalho, em cujo artigo 337. Parágrafo 3º estabelece que “Considera-se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravado quando se verificar nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a

²⁰OLIVEIRA, Paulo Roberto Albuquerque de e BRANCO- Anaderch Barbosa-. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário- Fator Acidentário de Prevenção- Um novo olhar sobre a Saúde do Trabalhador, Ltr. 2009, p. 17.

entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID em conformidade com o disposto na Lista C do Anexo II deste Regulamento;”

Complemente-se com a Instrução Normativa do INSS, nº 31 de 10/09/2008 em cujo artigo 6º Considera-se epidemiologicamente estabelecido o nexa técnico entre o trabalho e o agravao, sempre que se verificar a existência de associação entre a atividade econômica da empresa, expressa pela CNAE e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, relacionada na CID, em conformidade com o disposto na parte inserida pelo Decreto nº 6.042/07, na lista B do anexo II do “

Veja-se que durante muito tempo o empregado lesado, notadamente nas doenças laborais, teve dificuldade de provar o nexa causal, entre o adoecimento e o trabalho, continua sendo difícil, sobretudo considerando as perícias médicas e ambientais que, além de constituírem problemas relacionados ao custeio, há efetivamente baixo índice de reconhecimento do nexa causal. É um tema por demais amplo e rico e por isso não será tratado neste texto. Mas, o fato é que, o NTEP, é ainda que timidamente, um avanço nesse campo.

Estabelecida tais premissas, adentra-se no tópico de reparação e da quantificação, à luz dos critérios anteriores e posteriores à Lei 13.467/2017 e a MP 808/2017.

4. Reparação e quantificação

O valor da indenização sempre foi objeto de discussões e dúvidas no Direito do Trabalho, ante a ausência de um critério mais preciso, deixando ao julgador o poder de balizar de acordo com a extensão do dano e o grau de culpa do agente causador. Mas não era somente esse o ponto de divergências jurisprudenciais e doutrinárias, já que as críticas quanto da utilização da parâmetrização, considerada posteriormente inconstitucional e das indenizações consideradas pífias que, duplamente avilta o empregado lesado – uma pelo empregador ou prepostos e outra pelo próprio estado –, sempre esteve na mira dos artífices do direito envolvidos nessa temática.

4.1. Critérios anteriores à Lei 13.467/2017 e à MP 808/2017

Durante muito tempo no estabelecimento da indenização Reparatória do dano moral, segundo a melhor doutrina, o juiz devia levar em consideração, dentre outras, as seguintes condições: a) situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, questionado posteriormente mediante do princípio da igualdade; b) a intensidade do sofrimento; c) o grau de dolo ou culpa; d) o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão; e) a permanência (ou não) no tempo da respectiva lesão (quanto mais duradoura, tendencialmente mais grave será a lesão); f) natureza do ato danoso (se é um tipo civil apenas ou, ao contrário, também um tipo criminal, por exemplo); a natureza e a gravidade do bem jurídico atingido pela lesão (saúde, privacidade, etc.); circunstâncias agravantes atenuantes.

O juízo de equidade, conforme estabelecido no Código Civil de 2002, vem regulando a forma de quantificar o dano moral, superando teorias anteriores.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Tais dispositivos vieram a se harmonizar com alguns critérios constitucionais, previstos no, como p.e. no art. 5º, V e X e no art. 7º, XXVIII.

O critério constitucional é composto de três tipos de elementos: os referentes ao fato deflagrador do dano e ao próprio dano (elementos objetivos); os referentes aos sujeitos envolvidos, essencialmente a vítima e o ofensor (elementos subjetivos); finalmente, os referentes à própria indenização (elementos circunstanciais).²¹

A peculiaridade pessoal, embora deva ser considerada, não autoriza discriminação ou valorização diferenciada injustificável entre pessoas humanas. A honra, dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, etc. Essa é a centralidade da crítica.

Problema grande não é quanto ao dano material, considerado aquilo que efetivamente se perdeu (dano emergente: despesas efetivadas, por exemplo) e aquilo que razoavelmente se deixou ou deixou-se de ganhar ou lucros cessantes, no campo do Direito do Trabalho a redução ou perda da capacidade laborativa (946 do CCB), admitindo-se a precificação.

O mote dos debates sempre esteve mesmo na seara do dano moral, lembrando que o STJ nas súmula 37 considera absolutamente cumuláveis o dano moral com o dano material. Também não se pode perder de vista que a reparação pode ser em pecúnia ou *in natura*. Embora seja essa última mais difícil, mas ocorre em razão do nítido caráter pedagógico que baliza as reparações, conforme o interesse do lesado.

Vejamos as abordagens:

4.1. Critérios de quantificação ultrapassados

Porque a chamada reforma trabalhista mais agravou do que pacificou o problema da quantificação do dano moral na Justiça do Trabalho, que se deve trazer à lembrança alguns critérios mais objetivos, embora tidos como ultrapassados, como o *status* pessoal do ofendido no plano da sociedade civil e da sociedade política. Esse parâmetro não pode ser considerado — em contraponto ao que parecia determinar, por exemplo, antes de 5.10.1988, a velha Lei de Imprensa (n. 5.250/1967).

Ouro parâmetro não mais aceito é o do tarifamento, quando se trata de dano moral. Como era admitido com a Lei de Imprensa (n. 5.250/67, em seus arts. 51 e 52) e o antigo art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962), sempre muito utilizados nos pedidos, à míngua de qualquer dispositivo como forma de exibir um amparo legal para reparações trabalhistas, a teor o art. 8º e 769, da CLT.

²¹ DELGADO E DELGADO, ob. cit. p. 714-715

No entanto, foi considerado que o tarifamento formal prefixado é incompatível com a Constituição da República, isso em harmonia com a súmula nº 281 do STJ. Mas a proposta inicial da Lei 13.467/2017 revolveu essa forma de precificação, de acordo com o grau social do trabalhador, como se verá posteriormente.

O vácuo entre os citados parâmetros adotados anteriormente e o entendimento dado a partir da Constituição de 88 se estabeleceu, levando a um juízo de equidade como o instrumento juridicamente próprio para se fixar a indenização por dano moral, o que vem funcionando relativamente bem, salvo quando se tem uma reprochável indenização pífia, incompatível com a lesão, mas que, de qualquer forma, duplamente lesiva ou não, vem do critério de liberdade no balizamento das condições, pelo Estado.

4.2. Critérios iniciais da Lei 13.47/2017

Muito temos escrito e falado sobre a Lei 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, mesmo quando do projeto inicial, não nos permitimos “esperar para o ver o que daria”. Saímos em campo analisando os pontos do que viria a ser chamada de reforma trabalhista - termo que não concordamos, porque nada tem de reforma. Em determinado artigo, quando analisamos os princípios constitucionais ante alguns aspectos da Lei, antes da MP 808/2017 que alterou os parâmetros, tivemos oportunidade de no item 4.5, escrever sobre a limitação na quantificação do dano moral, antes da MP 808/2017, quando, assim era o critério:

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 cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

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

III – ofensa de natureza grave, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Dissemos, portanto, antes da entrada em vigor da Lei (13.467/2017) e da imediata alteração com a MP 808/2017 que é violador do princípio da isonomia de tratamento proposta no art. 5º da CF, já que o parâmetro adotado para quantificação do dano moral, sem respeito a dor individual e sem respeito a liberdade do julgador na análise do caso específico, é aviltante. A proposta de limitação, sobretudo em 50 salários do autor, é interferência indevida na liberdade do Judiciário. Do ponto de vista dos valores não se leva em conta a ausência de recuperação das sequelas em hipóteses de acidentes de trabalho ou os adoecimentos a ele equiparados com graves e irremediáveis lesões que retiram o empregado do mercado de trabalho, mormente quando a empresa incorre em culpa direta por diversos fatores.

Pior que isso, é tornar bagatela a lesão dos mais pobres, dos de menores salários. Não é crível que se admita que a perda de um olho ou de um braço possa ter um valor maior para quem tem salário maior. Afinal, no balizamento da indenização, vários são os requisitos que devem ser levados em consideração como o grau da culpa; a capacidade econômica dos empregadores.

22

Não tenho estado sozinha nas críticas indignadas, o que conforta.

²²MEDEIROS. Benizete Ramos de. O Direito ao trabalho decente e digno como princípios fundamentais e a alteração da legislação trabalhista: Um aviltamento sem fim. *In*: Reforma Trabalhista & Reforma da Previdência. Quem vós servis?. Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhista – ABRAT (coord. Mesquita. Valena Jacob chaves). Ano 5.n. 5.. BH. Ed. Forum. 2017. p 13-31

A lei é uma tentativa sutil de descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.²³

Mas, o governo prevendo ataques, editou três dias após a entrada em vigor da Lei, a Medida Provisória n. 808/2017, que dentre outros pontos da “deforma” trouxe alterações quanto ao parâmetro para as indenizações, passando ser a seguinte a redação da Lei:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.” (NR)

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

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.” (NR).

Portanto, houve mudança substancial, mas que está longe de pacificar as críticas que continuam vinculadas à base do cálculo, embora não mais sobre a condição social medida pelo salário do trabalhador, mas ainda em valores fixos conforme o piso máximo fixado para os benefícios da Previdência Social. A precificação continua e retira o critério de equidade concedido ao julgador que deve considerar os diversos fatores que envolvem um dano extrapatrimonial.

Mas, não é somente esse ponto que é crítico. A Lei trouxe e não foi corrigido totalmente pela MP 808/2017a, taxatividade do rol e o óbice à cumulação de indenizações por dano moral.

Ao estabelecer uma taxatividade do rol, a Lei e a MP limitam a reparação em outras lesões passíveis de existir no contrato de emprego, quando deveria trazer a expressão “dentro outros”. Nessa perspectiva, duas situações podem e vão ocorrer: a primeira, a utilização de uma interpretação literal e portanto restritiva do texto, gerando maiores desafios e a segunda, de uma interpretação ampliativa, contida na dilação dos conceitos de honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, saúde, lazer e integridade física, o que também desaguará nos Tribunais Superiores para a pacificação do entendimento e, portanto, desafios e inseguranças jurídicas às partes envolvidas.

A magistratura trabalhista faz corrente nesse sentido, quando se reuniu em patamar nacional, através da ANAMATRA, no dia 09 de outubro de 2017, para discussão da referida lei, cujos enunciados e respectivos fundamentos traz à colação, nos temas pertinentes a este texto:

²³DELGADO e DELGADO. Ob.cit.

Enunciado n. 5; Dano extrapatrimonial: Exclusividade de critérios: Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. a esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) 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 extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). a interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos V e X e 7º, *caput*, todas da Constituição Federal.

Um dos relatórios para fundamentação desse enunciado traz o seguinte:

O limite de cálculo da verba indenizatória por dano moral é incompatível com o art. 5º, V e X, da Constituição da República, pois estes consagraram o princípio da indenização irrestrita do dano moral (reparação integral). A Constituição não contém nenhuma norma restritiva que admita a redução da responsabilidade do ofensor. E, sem essa expressa autorização, não poderá a lei fazê-lo. É a chamada reserva da lei restritiva. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incs. V, X e XXXV garante a todos, sem distinção, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, direito à resposta proporcional ao agravo e à indenização pelos danos (extra)patrimoniais experimentados, passíveis de tutela jurisdicional²⁴

Portanto, o que o legislador faz é colocar mordaza no Judiciário, inibindo, sob o manto da legalidade, a adoção dos critérios de avaliação de acordo com o caso concreto em oposição ao que dispõe a Lei orgânica da magistratura que estabelece o poder de arbítrio fundamentado, reafirmado no art. 15 NCP e previsão no art. 8º da CLT. Com esteio em pensamento de Fernando Noronha, para quem a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física”.²⁵

Mesmo depois das adaptações trazidas pela MP 808, é extremamente pertinente a admoestação trazida por Mauricio Delgado e Gabriela Delgado, para quem não havendo adequadas interpretações, a interpretação literal será inevitavelmente “absurdo”, tal como;

a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1º, I, li, III e N); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, lembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3º do art. 223-G).²⁶

²⁴ 2ª. Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA. In www.anamatra.org.br. Acesso em 20.10.2017

²⁵ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações, v. 1, 2003, ed. Saraiva. 2003.p. 569

²⁶ DELGADO e DELGADO. Ob cit.

Portanto, o desafio será a utilização dahermenêutica jurídica, sobretudo pela restrição imposta pela Lei, notadamente no *caput* do art. 223-A, original, quando encerra a restrição “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos nesses títulos”. Como seu viú, a intenção é a exclusão de outras normas, principalmente o Código Civil e a Constituição Federal que sempre balizaram a responsabilidade civil, deixando ao arbítrio fundamentado o magistrado tecer a adequada fundamentação para a quantificação ajustada ao dano e a culpa, quando reconhecidos.

Outro ponto que releva destacar é o afastamento do chamado dano em ricochete, conforme se depreende da expressão “as quais são titulares exclusivos do direito a reparação”, contido o art 223-B em consonância com a parte final do art 223-A, *caput*.

A doutrina e a jurisprudência vinham admitindo que outras pessoas, principalmente dependentes e relacionadas diretamente ao trabalhador lesado, que sofressem por tabela as consequências do dano causado, tivessem direito a uma reparação. A seguir a interpretação literal da Lei, afinada com a vontade do legislador, essa possibilidade é afastada e é extremamente nociva.

No entanto, não tem o condão de afastar a busca da responsabilização na esfera civil, porque não afasta outros dispositivos em vigor como o próprio art. 186 do CCB, segundo o qual aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem estará adstrito a reparar, e portanto, revigoram essa possibilidade, afinal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão podem ficar afastadas da proteção do Estado, nos exatos termos do art 5º, XXXV da CF/88.

Com isso, ao mesmo tempo que a Lei da chamada reforma trabalhista amplia o rol das restrições e impropriedades, suscita os desafios da utilização da hermenêutica jurídica.

A tarifação é violadora de princípios constitucionais.

Serão grandes os desafios, novos encontros, mais lutas.

4. Conclusão:

Qual é a conclusão? Não tenho uma. Tenho mais dúvidas, incertezas e inquietudes. Mas, com certeza não é momento de desânimo nem medo, pois a luta está no início.

Uma coisa é certa, não somente as mudanças advindas acerca do dano extrapatrimonial como também toda Lei 13.467/2017 e a MP 818/2017 estão a sugerir graves limitações ao Judiciário Trabalhista com supressão de direitos, retrocessos de conquistas, violações a princípios e normas Constitucionais e infraconstitucionais.

A identificação e fixação de critérios para danos extrapatrimoniais trouxe o velho adágio “a emenda ficou pior que o soneto”, mantendo uma forma de tarifação já rechaçada pelo STF. Melhor que se permitisse a utilização subsidiária do Código Civil, com a faculdade da utilização da equidade conferida ao julgador. E ao contrário, o que o legislador fez foi colocar mordida no Judiciário, inibindo a adoção dos critérios de avaliação de acordo com o caso concreto, sob o manto da legalidade.

Embora a MP808/2017 tenha trazido mudança substancial, o certo é que está longe de pacificar as críticas acerca da base a quantificação, porém não mais sobre a condição social medida pelo salário do trabalhador, mas em valores fixos, conforme a variação do benefício da Previdência Social, portanto, a precificação continua.

Além disso, o rol é taxativo e não atende a todas as possibilidades de danos existentes, o que sugere futuras confusões.

Exclui o dano em ricochete e proíbe a cumulação de danos morais.

Assim, a ferramenta para os artífices do Direito será a utilização da boa hermenêutica jurídica, sobretudo para as restrições impostas pela Lei.

Muitos s desafio a ser enfrentado com a chamada reforma Trabalhista e a vida é feita de lutas, sem o conformismo do objeto da obra de Chico Buarque de Holanda, na bela poesia “Construção”.

Amou daquela vez como se fosse a última
Beijou sua mulher como se fosse a última
E cada filho seu como se fosse o único
E atravessou a rua com seu passo tímido
Subiu a construção como se fosse máquina
Ergueu no patamar quatro paredes sólidas
Tijolo com tijolo num desenho mágico
Seus olhos embotados de cimento e lágrima
Sentou pra descansar como se fosse sábado
Comeu feijão com arroz como se fosse um príncipe
Bebeu e soluçou como se fosse um náufrago
Dançou e gargalhou como se ouvisse música

Sem conformismo, sem desânimo, sem sorrisos de satisfação, sem descanso! Rumo à construção da sociedade prometida na CRFB/88: Justa, igual, plural, solidária!

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, Out./Dez. 2005..
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.
- CASSAR. Vólia Bomfim, Direito do Trabalho. (De acordo com a reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017). 14 a ed. SP:Método. 2017
- SCHIAVI, Mauro. Ações de reparação de danos morais decorrentes da relação de Trabalho. 2ª. Ed.. SP: Ltr.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Dano existencial e o direito à felicidade. In: Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2014, p. 161-176.
- _____. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. SP: LTR. 2005, P. 120
- GODINHO. Mauricio Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. A reforma Trabalhista no Brasil, com comentários à Lei 13.467/2017 – SP. Ltr. 2017.
- MEDEIROS. Benizete Ramos de. A Insalubridade existente em determinados setores do serviço público. SP: Ltr. vol.75, p; 159-164.2011
- _____. O Direito ao trabalho decente e digno como princípios fundamentais e a alteração da legislação trabalhista: Um aviltamento sem fim. In: Reforma Trabalhista & Reforma da Previdência. Quem vós servis?. Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhista – ABRAT(coord. MESQUITA. Valena Jacob chaves). Ano 5.n. 5.. BH. Ed. Forum. 2017.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações, v. 1,RJ: ed. Saraiva. 2003.
- OLIVEIRA, Paulo Roberto Albuquerque de e BRANCO- Anaderch Barbosa-. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário- Fator Acidentário de Prevenção- Um novo olhar sobre a Saúde do Trabalhador, Ltr. 2009.

Sites visitados:

ANAMATRA. 2ª. Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA. In www.anamatra.org.br. Acesso em 20.10.2017.

BRASIL.TST.: <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/carta-brasilia-alinha-diretrizes-prevenir-acidentes-trabalho> Acesso 25.10.011.

BRASIL. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 28.12.2017

HOLANDA. Chico Buarque – CONSTRUÇÃO. In: <https://www.lettras.mus.br/chico-buarque/45124>. Acesso: 04.01.2017