

O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA APÓS A LEI N. 13.467/2017, MODIFICADA PELA MP N. 808, DE 14 NOVEMBRO DE 2017

EXTRAPATRIMONIAL LABOR DAMAGE AFTER LAW N. 13.467/2017, CHANGED BY MP N. 808, OF NOVEMBER 14, 2017

Sebastião Geraldo de Oliveira*

RESUMO

O presente estudo analisa o regramento dado pela Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP 808/2017, ao dano extrapatrimonial trabalhista. São abordados os arts. 233-A a 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentados em virtude da Reforma Trabalhista, assim como as possíveis interpretações que podem ser conferidas a eles. São investigadas, ainda, questões referentes à vigência e à aplicação das inovações legislativas no tempo, concluindo-se, ao final, que, nos julgamentos das demandas envolvendo dano extrapatrimonial trabalhista, a legislação aplicável será sempre aquela que vigorava no dia em que nasceu o direito à reparação, independentemente da data de admissão do ofendido ou da data do julgamento da respectiva ação.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial trabalhista. Lei n. 13.467/2017. MP 808/2017. Reforma Trabalhista.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reforma trabalhista foi aprovada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, para vigorar 120 dias após a sua publicação, ocorrida no dia 14 de julho de 2017. Então, desde 11 de novembro de 2017, está em vigor no Brasil uma nova CLT, cuja alteração foi a mais profunda ocorrida desde a sua promulgação oficial em maio de 1943.¹ Para completar, no dia 14 de

* Desembargador do TRT da 3ª Região. Mestre em Direito pela UFGM. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Autor de livros e artigos sobre saúde do trabalhador e acidente do trabalho.

¹ A reforma trabalhista entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 em razão dos critérios de contagem de prazo estabelecidos na Lei Complementar n. 95/1998, cujo artigo 8º estabelece: "Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão. § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. § 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'."

novembro de 2017, foi publicada, em edição extraordinária do Diário Oficial da União, a Medida Provisória n. 808, a qual promoveu diversas alterações no texto legal já reformado. Desse modo, a normatização do dano extrapatrimonial trabalhista que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 já sofreu alterações em dois artigos (arts. 223-C e 223-G), com vigência a partir do dia da publicação da referida Medida Provisória em 14 de novembro de 2017.

Vamos abordar o tema dos danos extrapatrimoniais oriundos da relação de trabalho. Trata-se de uma das mudanças mais impactantes da reforma trabalhista de 2017 tanto pela novidade do regramento quanto pela pretensão do legislador de introduzir um microsistema exclusivo para os danos morais trabalhistas, com previsões destoantes da principiologia há muito sedimentada na teoria geral da responsabilidade civil.

O nosso desafio, portanto, é analisar a configuração peculiar dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho e os possíveis rumos hermenêuticos dessa nova regulamentação.

Contudo, a prudência recomenda registrar que este é apenas um primeiro olhar, ainda sob o impacto da mudança, sem o tempo de maturação necessário para apreender toda a extensão e os desdobramentos que poderão ocorrer. É possível que, num segundo momento, após as devidas acomodações da novidade no ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e jurisprudência possam divisar outras interpretações mais adequadas sobre o conteúdo e o alcance do dano extrapatrimonial trabalhista.

2 UM NOVO TÍTULO NA CLT: “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”

A CLT foi aprovada há mais de 70 anos numa época em que nem se cogitava sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais. Prevalencia a visão patrimonialista do direito, muito distante da valorização atual da dignidade da pessoa humana, proclamada com ênfase na Constituição da República de 1988.

Como nunca tivemos no Brasil um Código do Trabalho para disciplinar detalhadamente todos os direitos do trabalhador, a CLT estabeleceu expressamente no art. 8º o direito comum como fonte subsidiária, quando houvesse compatibilidade com os princípios protetores do direito do trabalho.

Com efeito, desde que a ciência jurídica acolheu a proteção dos direitos da personalidade, o trabalhador lesado busca na Constituição da República de 1988, no direito civil e em outros ramos do direito as bases para fundamentar os pedidos de indenização por danos morais em decorrência do contrato de trabalho.

A reforma trabalhista de 2017 introduziu o Título II-A na CLT para tratar exclusivamente do “Dano extrapatrimonial”, composto por sete artigos,

quais sejam: 223-A até 223-G. Topograficamente, o novo título foi inserido entre o Título II, que trata das normas gerais de tutela do trabalho, e o Título III, que trata das normas especiais de tutela do trabalho.

Como se verifica, para dar maior realce às disposições normativas a respeito do dano extrapatrimonial, foi introduzido como categoria de agregação um título adicional na CLT, demonstrando a pretensão do legislador de criar um disciplinamento específico e bem peculiar para o tema dos danos extrapatrimoniais individuais na seara trabalhista.

3 A INOVAÇÃO TERMINOLÓGICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Não há dúvidas quanto à denominação dos danos que lesam o patrimônio, com valor pecuniário: são os danos patrimoniais ou danos materiais.

Entretanto, a percepção de novos danos na esfera de interesses não patrimoniais gerou múltiplas denominações e variações terminológicas conforme o ordenamento jurídico de cada país. Para indicar o mesmo fenômeno, encontramos, dentre outras, as denominações de dano imaterial, dano moral, dano não patrimonial, dano extrapatrimonial, dano à pessoa. E como espécies dessas denominações genéricas há também diversas denominações, tais como: dano à vida, à integridade física, à saúde, ao projeto de vida, existencial, biológico, estético, sexual, à intimidade, ao nome, à honra, à imagem, psíquico etc.

Do ponto de vista estritamente terminológico, de fato, a expressão “dano extrapatrimonial” é mais precisa porque abrange todos os danos que não têm expressão econômica, mas são passíveis de reparação. Afirmo o jurista Fernando Noronha que só a designação “extrapatrimonial” deixa claro que unicamente terá essa natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado. Aduz ainda que nem sempre o dano extrapatrimonial tem natureza moral: a palavra moral tem carregado conteúdo ético e o dano extrapatrimonial não tem necessariamente esse conteúdo.²

No mesmo sentido, aponta a Professora Judith Martins-Costa que,

[...] sendo mais ampla, a expressão danos extrapatrimoniais inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os danos ao projeto de vida, e ao livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive

² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 567.

o prejuízo de afeição e danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.³

Apesar do acerto terminológico e de estar a denominação “dano extrapatrimonial” em sintonia com a doutrina da teoria dos danos, achamos inoportuna ou mesmo inconveniente a sua positivação na CLT. A denominação dano moral, ainda que não seja a mais precisa, já consolidou raízes profundas na cultura jurídica brasileira, tanto na lei como na doutrina e jurisprudência. Tentar renomear uma figura jurídica de estatura constitucional por simples lei ordinária trará mais confusão que esclarecimento ou, talvez, legitimará a pretensão de se criar um dano moral mitigado na esfera trabalhista. Seria preferível manter a tradição e a terminologia acolhida há quase três décadas pela Constituição, base fundamental para o florescimento dos direitos da personalidade no Brasil.

É verdade que a precisão de linguagem na ciência jurídica deve ser buscada para evitar expressões equívocas que geram embaraços de compreensão e dificuldades na aplicação da norma. A própria Lei Complementar n. 95/1998, que trata da elaboração e redação das leis, recomenda no art. 11 que sejam usadas as palavras e expressões em seu sentido comum ou técnico, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretendeu dar à norma.

Entretanto, a própria Constituição da República de 1988, que consagrou de vez a indenização dos danos não patrimoniais, a fonte normativa e principiológica de maior altitude, utiliza a denominação dano moral em três tópicos importantes sobre o tema dessa indenização:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifamos)

³ MARTINS-COSTA Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, mar. 2001. v. 19, p. 194.

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; (grifamos)

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 também utilizou a denominação danos morais:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais... (grifamos)

O Código Civil de 2002, principal estatuto jurídico de normatização e detalhamento da responsabilidade civil, segue a mesma trilha no art. 186:

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. (grifamos)

O recente Código de Processo Civil de 2015, quando trata do valor da causa na petição inicial, estabelece:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

[...]

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; (grifamos)

A importante Lei n. 9.029/1995, que trata do combate às práticas discriminatórias nas relações jurídicas de trabalho, com a modificação dada pela Lei n.12.288/2010, preceitua:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (grifamos)

Diante do que foi exposto, sem exaurir as citações da expressão nas normas legais, já se percebe que a denominação dano moral está de tal forma consolidada no ordenamento jurídico brasileiro que a mudança da designação

para dano extrapatrimonial parece até sugerir - para os menos atentos - que o legislador criou uma nova figura jurídica ou uma nova categoria de danos...

Além disso, haverá dualidade terminológica para o mesmo fenômeno jurídico variando a denominação de acordo com o ramo do direito invocado ou com a competência material do juízo que vai apreciar a demanda. Seria mais compreensível se a mudança fosse implementada na denominação utilizada pelo Código Civil que poderia irradiar efeitos para toda a ordem jurídica, gerando mais uniformidade de compreensão.

Os juristas Nelson Rosendal, Cristiano Chaves e Felipe Braga, na primorosa obra intitulada *Novo tratado de responsabilidade civil*, enfatizam:

Apesar de reconhecermos a forte carga semântica do vocábulo moral - que se presta pela sua amplitude a uma polissemia -, temos de nos curvar à força dos fatos. A expressão dano moral não apenas é consagrada no texto constitucional, como também em nossa tradição e cultura jurídica, tendo sido ela uma das principais facetas de afirmação da dignidade da pessoa humana no direito civil, chegando ao ponto de ser a ela vinculada conceitualmente.⁴

Podemos concluir, portanto, que as denominações dano moral ou dano extrapatrimonial são praticamente sinônimas, uma vez que expressam o mesmo fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro. A mudança terminológica não altera o conteúdo do que já está devidamente cristalizado na ciência jurídica, até porque a simples troca de rótulo não muda o conteúdo essencial, como já consagrado no vetusto brocardo jurídico *verba non mutant substantiam rei*.

4 A PRETENSÃO DE LIMITAR O DANO MORAL TRABALHISTA

O primeiro artigo do novo Título II-A da CLT preceitua:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

De início, vale enfatizar que a regulamentação introduzida só abrange os danos morais ou extrapatrimoniais. Desse modo, numa ação indenizatória por acidente do trabalho ou doença ocupacional, o julgamento do dano material (danos emergentes, lucros cessantes ou pensão, perda de chance) continuará utilizando como fonte normativa os dispositivos do Código Civil, por aplicação subsidiária determinada pelo art. 8º da CLT.

⁴ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 312.

Cabe destacar a contradição expressa deste comando legal com a diretriz básica adotada pela reforma, a respeito da aplicação subsidiária do direito comum no direito do trabalho. A Lei n. 13.467/2017 suprimiu do art. 8º da CLT o importante e septuagenário filtro de compatibilidade, que só autorizava a aplicação subsidiária do direito comum “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais” do direito do trabalho. Assim, apontou a reforma que, nos silêncios da CLT, aplicam-se de imediato as regras do direito comum, abstraindo-se da análise sobre a compatibilidade com os princípios que regem o direito do trabalho. O sinal ostensivo foi, portanto, no sentido de alargar a influência da legislação civil no direito do trabalho.

Entretanto, no art. 223-A que inaugura o novo Título da CLT, o legislador abandonou a diretriz apontada e colocou um filtro redutor caprichosamente com sinal invertido, para limitar a reparação do dano moral sofrido pelo trabalhador. Com efeito, ao estabelecer que se aplicam “apenas” os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum nesse tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas, como veremos na análise de cada artigo.

É certo que os novos dispositivos do Título II-A devem ser considerados na apreciação dos danos morais, mas é inviável afastar por completo a regulamentação a respeito prevista no Código Civil e em outras normas esparsas, mormente porque a regulamentação proposta é limitada e não aponta soluções para todas as controvérsias, como já pacificado no âmbito do direito civil.

No caso recorrente das indenizações por acidente do trabalho teremos duas fontes normativas para tratar das consequências jurídicas oriundas do mesmo evento: para os danos materiais, o Código Civil; para os danos morais, o novo título da CLT. Os danos materiais serão apreciados com a amplitude do Código Civil, mas os danos extrapatrimoniais, gerados pelo mesmo evento, serão julgados considerando a rígida limitação imposta pela reforma...

Não se deve perder de vista que tanto a indenização por danos morais (art. 5º, incisos V e X) quanto a reparação dos danos decorrentes do acidente do trabalho (art. 7º, XXVIII) têm suporte maior na Constituição da República, pelo que não pode a lei ordinária limitar o alcance de preceitos de hierarquia superior, devidamente sedimentados na cultura jurídica brasileira, mormente quando o faz de forma discriminatória exclusivamente para um segmento social, no caso os trabalhadores atingidos.

Se o trabalho é um dos fundamentos da República (art. 1º, IV), se a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170),

e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193), não pode a lei ordinária reduzir a hierarquia axiológica impressa na Lei Maior, nem introduzir normas restritivas exclusivamente para a categoria dos trabalhadores, em verdadeira ruptura com a essência do sistema, colocando o direito do trabalhador em degrau inferior ao dos demais cidadãos. Não é possível desconectar a valorização do trabalho da proteção ao trabalhador, contrariando a solene promessa constitucional. Como pondera com autoridade Humberto Theodoro, “[...] a lei não tem força, no tratar categorias jurídicas, de contrariar a natureza das coisas. A palavra final não é a do legislador, mas a da ciência jurídica.”⁵

Na linha desse raciocínio, vale reproduzir o entendimento dos juristas Francisco Meton e Francisco Péricles a respeito do alcance do artigo 223-A:

Incorre em flagrantes inconsistências hermenêuticas, a exemplo do art. 223-A ao pretender proibir o julgador trabalhista de aplicar o direito como sistema. Nunca! Os juízes apreciarão os pedidos conforme formulados, decidindo o direito posto nas petições. Logo, as regras do Código Civil (arts. 944 a 954), segundo a interpretação que lhes fazem os tribunais competentes, serão amplamente empregadas.⁶

5 CONCEITO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O artigo 223-B formula um conceito de dano extrapatrimonial conjugando a previsão do artigo 186 do Código Civil com o texto esboçado no Projeto de Lei n. 150/99 do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, que estabelece: “Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”

Vejam agora o teor do novo dispositivo legal:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Pelo conceito legal, ocorre o dano extrapatrimonial quando a ação ou omissão do autor ofende a esfera moral ou existencial da vítima, que tanto pode ser o trabalhador quanto o empregador. Na situação mais frequente

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. 2, p. 158.

⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 52.

em que o prestador de serviços figura como vítima, ocorre o dano extrapatrimonial quando o tomador dos serviços ou seus prepostos, por ação ou omissão, ofender à esfera moral ou existencial do trabalhador.

O amplo território do dano moral, as sutilezas do seu conteúdo e a progressividade da sua abrangência dificultam a formulação de um conceito que possa englobar todas as hipóteses que o caracterizam. Como bem assinala André Gustavo Andrade, o dano moral é um conceito em construção e, com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade, tende a ser ampliado para alcançar situações hoje ainda não consideradas.⁷

Asseveram os festejados juristas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que

[...] o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁸

O legislador em 2017 optou por utilizar a expressão mais ampla do dano extrapatrimonial como gênero para abrigar todas as espécies de danos não patrimoniais, dentre eles, o dano moral e o dano existencial. Desse modo, o conceito legal do dano extrapatrimonial abriga as diversas lesões aos interesses morais ou existenciais da vítima, que pode receber denominações diferentes de acordo com a ofensa a cada bem juridicamente tutelado. Aliás, o Deputado Rogério Marinho, Relator do Projeto de Lei n. 6.787/2016 na Câmara Federal que resultou na Lei n. 13.467/2017, indicou na exposição de motivos: “[...] estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado.”

Nos artigos 223-C e 223-D foram listados, de forma pretensamente exaustiva, os bens juridicamente tutelados, cuja ofensa gera o direito à reparação dos danos de natureza extrapatrimonial:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

⁷ ANDRADE, Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, dez. 2003. v. XXX, n. 92, p. 139.

⁸ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. III, p. 55.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Entendemos que os dispositivos mencionados pecaram ao pretender elaborar uma lista exaustiva e, ainda assim, bem limitada. Pela leitura estrita do artigo 223-C não seriam indenizáveis, por exemplo, a integridade psíquica, o nome do trabalhador, a integridade funcional, sem contar o direito de não ser discriminado por fatores como a idade, a etnia, a cor, a descendência, o gênero etc., o que fere a lógica do conceito amplo de dano extrapatrimonial e toda a doutrina dos direitos da personalidade.

Além disso, não pode passar despercebido que a reparação pelo dano moral por motivo de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, entre outras, é assegurada expressamente pela Lei n. 9.029/1995 que não foi revogada pela reforma trabalhista. E vale lembrar neste ponto que a Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e consolidação das leis, determina no art. 9º que: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” Incabível, portanto, eventual alegação de revogação ou derrogação implícita.

Diante das inúmeras críticas ao texto introduzido pela Lei n. 13.467/2017, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, alterou a redação do art. 223-C ampliando a relação dos bens jurídicos tutelados. Vejam a nova redação:

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.

Percebe-se que a nova redação introduziu na relação dos bens jurídicos tutelados a etnia, a nacionalidade, o gênero e a saúde. Além disso, melhorou a redação substituindo “a sexualidade” pela denominação mais precisa de “orientação sexual” e alinhou a redação aos termos do Código Civil substituindo a denominação pessoa física para pessoa natural.

Entretanto, mesmo com a mudança promovida, continuam ausentes no art. 223-C vários bens jurídicos tutelados, tais como a integridade psíquica, o nome do trabalhador, a integridade funcional etc. Cabe mencionar também que a mudança para designação de “pessoa natural” realizada na nova redação do art. 223-C não foi feita no dispositivo do art. 223-B, gerando perda da uniformidade terminológica.

Cabe ainda uma indagação pelo tratamento diferenciado: por que o nome da pessoa jurídica do empregador é um bem jurídico tutelado e o nome do trabalhador não?

Diante do exposto, é imperioso concluir que a interpretação mais consentânea e lógica indica que as listas dos artigos 223-C e 223-D são apenas exemplificativas, pelo que seria recomendável que houvesse a ressalva expressa do legislador indicando “dentre outros”. Contudo, mesmo ausente tal ressalva, essa é a leitura que se impõe, especialmente porque a Lei n. 9.029/1995, acima mencionada, quando relaciona, no artigo 1º, os motivos das práticas discriminatórias, acrescenta a expressão “entre outros”. Em reforço dessa conclusão, pode ser mencionada também a Convenção n. 111 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil, que tem *status* normativo superior à lei ordinária, quando explicita no art. 1º a compreensão do termo “discriminação”.⁹

6 LIMITAÇÃO DOS LEGITIMADOS À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Chama a atenção na leitura do artigo 223-B a previsão de que a pessoa física que sofreu o dano extrapatrimonial é a titular exclusiva do direito à reparação. Tudo indica que o legislador pretendeu com essa disposição restritiva excluir a reparação do dano reflexo ou dano em ricochete, causado a terceiros pelo mesmo ato lesivo.

É inquestionável que o acidente do trabalho e as doenças ocupacionais, muitas vezes, produzem danos reflexos ou em ricochete sobre terceiros. Desse modo, a ação indenizatória pode também ser ajuizada, em nome próprio, por qualquer outra pessoa que tenha sofrido danos materiais ou extrapatrimoniais em razão do acidente ou doença ocupacional sofrido pela vítima direta, tais como o cônjuge, os dependentes, familiares mais próximos ou mesmo alguém que convivía ou dependia do acidentado.

As ações ajuizadas por pessoas diversas do acidentado aparecem, em maior número, nos casos de acidentes com óbito, quando os dependentes do falecido postulam, em nome próprio, o pagamento de pensão e/ou indenização por danos morais. Também é comum ocorrerem pedidos de

⁹ Decreto de promulgação n. 62.150/1968. Art. 1º. 1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

reparação de danos morais ou materiais por outros intensamente atingidos pela invalidez total da vítima. Muitos acidentados ficam paraplégicos ou tetraplégicos e passam a depender de cuidados permanentes, até mesmo para a higiene pessoal e alimentação, causando, assim, danos reflexos sobre as pessoas mais próximas, em razão da mudança compulsória da rotina doméstica, sem falar nas repercussões emocionais.

Pode o legislador limitar a indenização somente aos danos sofridos pela vítima direta? Os danos sofridos pelas vítimas indiretas ficarão sem qualquer reparação? Teriam as vítimas indiretas que recorrer à Justiça Comum para buscar a devida indenização?

Neste ponto, entendemos que a previsão viola diretamente o altissonante princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, ao tentar, de forma subreptícia, excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões sofridas pelas vítimas indiretas. Aliás, foi com base nesse princípio, demonstrando que o acesso ao Judiciário não pode ser impedido, que o STF adotou a Súmula Vinculante n. 28, na qual se firmou o entendimento de que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Se o dano reflexo é uma realidade fática incontestável e é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e jurisprudência, como deixar os lesados ao desamparo concedendo uma isenção ou assegurando indiretamente impunidade ao ofensor? Vale transcrever o comando maior gravado na Carta Magna:

Art. 5º [...]

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Poder-se-ia argumentar que a parte lesada indiretamente poderia recorrer à Justiça Comum para buscar a reparação. Também este argumento não se sustenta, mormente pelo princípio da unidade de convicção. Aliás, o STJ num primeiro momento até decidia pela competência da Justiça Comum como estabelecia a Súmula n. 366: “Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho.”

Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a competência para julgar tais ações é da Justiça do Trabalho, mesmo não figurando o acidentado como autor da ação, sobretudo porque a verdadeira causa de pedir continua sendo o acidente do trabalho ocorrido. Após alguns julgamentos das Turmas

nesse sentido, a questão foi apreciada pelo Plenário do STF, no julgamento do Conflito de Competência n. 7.545, que pacificou a controvérsia:

Ementa: Conflito de competência. Constitucional. Juízo Estadual de primeira instância e Tribunal Superior. Competência originária do Supremo Tribunal Federal para solução do conflito. Art. 102, I, "O", da CB/88. Justiça Comum e Justiça do Trabalho. Competência para julgamento da ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho proposta pelos sucessores do empregado falecido. Competência da Justiça Laboral. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir o conflito de competência entre Juízo Estadual de primeira instância e Tribunal Superior, nos termos do disposto no art. 102, I, "o", da Constituição do Brasil. Precedente [CC n. 7.027, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 1.9.95] 2. A competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a edição da EC 45/04, é da Justiça do Trabalho. Precedentes [CC n. 7.204, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 9/12/05 e AgR-RE n. 509.352, Relator o Ministro MENEZES DIREITO, DJe de 1º/8/08]. 3. O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça especializada. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante. Precedentes. [ED-RE n. 509.353, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 17/8/07; ED-RE n. 482.797, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 27/6/08 e ED-RE n. 541.755, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, DJ de 7/3/08]. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência da Justiça do Trabalho. (STF. Tribunal Pleno. CC n. 7.545, Rel.: Ministro Eros Grau, DJe 13 ago. 2009.)

Este posicionamento também prestigia o teor da Súmula Vinculante n. 22 do STF que fixou o entendimento:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04.

Convém mencionar ainda que esse entendimento tem sido adotado reiteradamente nos julgamentos da Suprema Corte:

Recurso extraordinário. Competência. Processual civil e do trabalho. Repercussão geral reconhecida. Ação de indenização decorrente de danos sofridos em acidente de trabalho. Demanda diretamente decorrente de relação

de trabalho, sendo irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. Aplicação da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação que a ela foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/04. Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito. Recurso não provido. (STF. Tribunal Pleno. RE 600091/MG, Rel.: Ministro Dias Toffoli, DJ 15 ago. 2011.)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Acidente de trabalho. Ação de indenização ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE n. 600.091/MG-RG, DJe de 15/8/12, de minha relatoria, assentou que é irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de a ação de indenização decorrente de acidente de trabalho ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 697120 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 20/11/2012, DJe de 19/12/2012.)

Diante desse posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal, o STJ resolveu cancelar a Súmula n. 366, rendendo-se, finalmente, ao entendimento de que a competência é da Justiça do Trabalho, mesmo para a hipótese do dano reflexo ou em ricochete:

Conflito negativo de competência. Acidente de trabalho. Empregado público municipal. Vínculo celetista. Alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Ação de indenização. Proposta por viúva do empregado acidentado. Reiterada jurisprudência das Turmas e do plenário do STF afirmando a competência da Justiça do Trabalho. Entendimento diferente da Súmula 366/STJ. Conflito conhecido para, cancelando a Súmula, declarar a competência do juízo suscitante. (STJ. Corte Especial. CC n. 101.977/SP, Rel.: Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 05 out. 2009.)

Entendemos, portanto, que, neste ponto, o artigo 223-B fere a Constituição da República e que as vítimas que suportaram os danos reflexos ou em ricochete são também titulares do direito à reparação dos danos extrapatrimoniais por elas sofridos. São lesões distintas, sofridas por pessoas diversas que devem receber reparações separadas, mesmo que provenientes do mesmo fato gerador. E a competência para julgamento, conforme pacificado na Corte Suprema, é mesmo da Justiça do Trabalho.

Outra interpretação possível é entender que também a vítima do dano reflexo é titular exclusiva do direito à reparação, mas apenas dos efeitos daquele dano em ricochete, o qual, naturalmente, é diverso do dano sofrido

pela vítima principal, apesar de ter a mesma causa primária. Em outras palavras, cada vítima é titular exclusiva do respectivo dano, mas sem impedir a reparação cabível a todos os que foram lesados de forma direta ou indireta.

Aliás, essa interpretação é reforçada pela nova disposição introduzida pelo § 5º do art. 223-G, por intermédio da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, ao estabelecer que os parâmetros estabelecidos para fixação da indenização não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. Assim, ocorrendo o óbito no acidente do trabalho ou doença ocupacional, aplicam-se os dispositivos já consolidados na seara do Direito Civil.

7 A POSITIVAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL TRABALHISTA

Na seara das lesões extrapatrimoniais, nos anos recentes a doutrina e a jurisprudência têm vislumbrado novos danos ou prejuízos, ampliando as possibilidades de reparação para assegurar maior completude da indenização.

Uma vez assentada a possibilidade de cumulação da indenização por dano moral com a reparação do dano material (Súmula n. 37 do STJ, de 1992), firmou-se, posteriormente, o entendimento de que são também cumuláveis as indenizações por dano estético e por dano moral (Súmula n. 387 do STJ, de 2009). Ultimamente, passou-se a admitir ainda a indenização pela perda de uma chance, questão hoje já bem delineada na jurisprudência.

Agora, o artigo 223-B introduzido na CLT, ao formular o conceito genérico de dano extrapatrimonial, indicou como uma das suas espécies o dano existencial. O tema, portanto, já não fica mais restrito ao campo das cogitações doutrinárias, visto que o dano existencial foi incorporado expressamente no texto legal pela reforma trabalhista de 2017. A indicação legal dessa nova espécie de dano tende a impulsionar o movimento doutrinário para captar a extensão do seu real conteúdo e delimitar seu campo de abrangência.

Atualmente, a tendência é de expansão das possibilidades reparatórias, para alcançar outros danos de natureza extrapatrimonial, tais como: dano existencial, dano biológico, dano psicológico, dano à saúde, dano sexual, dano à vida de relação etc. Esse movimento expansionista busca inspiração na legislação dos países da União Europeia, especialmente no direito italiano, que já consagrou o cabimento da indenização por dano biológico e por dano existencial.

Conforme já mencionamos, muitas vezes o acidente do trabalho ou a doença ocupacional representa para o empregado o desmonte traumático do seu projeto de vida, o encarceramento numa cadeira de rodas ou o sepultamento dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de uma vida melhor.

A indenização pelos danos materiais repõe o prejuízo econômico e atende às necessidades básicas de sobrevivência da vítima, mas não elimina a frustração diante da nova realidade, especialmente quando se olha para o futuro. O marco divisório imposto pelo sinistro altera compulsoriamente o rumo da vida, apontando para uma existência arruinada, sombria, sem perspectivas animadoras. Nessas hipóteses, sem dúvida, emerge a figura jurídica do dano existencial.

Com frequência, o sinistro provoca uma lesão irreversível na trajetória de vida da vítima, ou seja, compromete seriamente a qualidade dessa vida. Assim, o dano existencial tem como elemento nuclear o desmonte ou a ofensa ao projeto de vida da vítima e a sua adaptação forçada a um roteiro de sobrevivência não escolhido. As aspirações são substituídas pelas imposições, o futuro apresenta-se como uma cena trágica paralisada, e o projeto de vida é amputado pelo vazio existencial.

Os professores Jorge Boucinhas e Rúbia Zanotelli, em cuidadoso artigo doutrinário, elaboraram o seguinte conceito para o dano existencial:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impedem de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.¹⁰

Para o jurista Júlio César Bebber,

[...] por dano existencial compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. [...] O fato injusto que frustra esse destino (impede sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.¹¹

Rodolfo Pamplona e Luiz Carlos Vilas Boas asseveram que

¹⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, v. 77, n.4, p. 451. abr. 2013.

¹¹ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais - estético, biológico e existencial: breves considerações. *Revista LTR*, São Paulo, v. 73, n. 1. p. 28, jan. 2009.

[...] o dano existencial é entendido como aquele que inviabiliza o projeto de vida da vítima, que a impede de alcançar suas aspirações. Se o ato danoso faz com que a vítima não possa mais exercer determinadas atividades, a jurisprudência o tem qualificado como existencial.¹²

A jurisprudência trabalhista já acumula considerável acervo de decisões a respeito do dano existencial, especialmente para os casos de jornadas exaustivas ou extenuantes, sendo oportuno citar alguns julgados do TST:

Agravo de instrumento em Recurso de Revista do autor em face de decisão publicada antes da vigência da Lei n. 13.015/2014. Responsabilidade civil do empregador. Danos extrapatrimoniais. Dano existencial. Caracterização. Jornada de trabalho excessivamente longa e desgastante. Ao pretender se apropriar do conceito de existência, para envolvê-lo no universo do dever de reparação, o jurista não pode desconsiderar os aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos a ele inerentes. A existência tem início a partir do nascimento com vida - para alguns, até antes, desde a concepção -, e, desse momento em diante, tudo lhe afeta: a criação, os estímulos, as oportunidades, as opções, as contingências, as frustrações, as relações interpessoais. Por isso, não pode ser encarada simplesmente como consequência direta e exclusiva das condições de trabalho. Responsabilizar o empregador, apenas em decorrência do excesso de jornada, pela frustração existencial do empregado, demandaria isolar todos os demais elementos que moldaram e continuam moldando sua vida, para considerar que ela decorre exclusivamente do trabalho e do tempo que este lhe toma. Significaria passar por cima de sua história, para, então, compreender que sua existência depende tão somente do tempo livre que possui. É possível reconhecer o direito à reparação, quando houver prova de que as condições de trabalho efetivamente prejudicaram as relações pessoais do empregado ou seu projeto de vida. E mais: reconhecido esse prejuízo, é preciso sopesar todos os elementos outrora citados, como componentes da existência humana, para então definir em que extensão aquele fato isolado - condições de trabalho - interferiu negativamente na equação. Há precedentes. Na hipótese, o Tribunal Regional consignou que a imposição de jornada excessiva constitui grave violação de direitos trabalhistas, não obstante, concluiu que esse fato não é capaz de ensejar o reconhecimento automático do dano alegado, e, por consequência, o dever de indenizar. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST. 7ª Turma. AIRR n. 1079-67.2010.5.20.0006, Rel.: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 6 mar. 2017.)

¹²PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 5, p. 560, maio 2014.

Indenização por dano existencial. Jornada de trabalho extenuante. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despendiosa a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST. 2ª Turma. RR n. 1034-74.2014.5.15.0002, Rel.: Ministro José Roberto Freire Pimenta, DJ 13 nov. 2015.)

Dano moral. Dano existencial. Supressão de direitos trabalhistas. Não concessão de férias. Durante todo o período laboral. Dez anos. Direito da personalidade. Violação. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de

relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST. 1ª Turma. RR n. 727-76.2011.5.24.0002, Rel.: Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DJ 28 jun. 2013.)

8 RESPONSABILIDADES PELO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A questão da responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial tem diversas implicações na seara trabalhista, mormente nesta etapa de liberação ampla da terceirização. A reforma trabalhista dedicou um artigo ao tema, com o seguinte teor:

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Diante desse novo dispositivo legal, surgem algumas indagações: O empregador responde pelo dano causado pelos gerentes ou por seus prepostos? O empregador ou o tomador dos serviços responde pelos danos extrapatrimoniais causados pelo prestador de serviço? A responsabilidade proporcional na concausalidade lesiva afasta a solidariedade passiva dos coautores, ou cada qual responde apenas no limite da sua participação?

Primeiramente, cabe repetir que o novo dispositivo trata somente das reparações por dano extrapatrimonial, ou seja, não há qualquer questionamento quanto à responsabilização relativa aos danos materiais sofridos pelos trabalhadores.

Em regra, responde pela reparação civil o causador do dano. Para as indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais, o responsável será sempre o empregador, mesmo que o acidente seja proveniente de atos dos seus prepostos ou de outros empregados que estejam no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade pelos atos dos prepostos, serviços ou empregados dependia de comprovação de que o empregador tivesse concorrido com culpa ou negligência para o implemento do dano,

conforme previa o art. 1.523. Essa exigência, contudo, foi mitigada, em 1963, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a Súmula n. 341 com o seguinte teor: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

O Código Civil de 2002 superou a hesitação do Código anterior e estabeleceu no art. 932, III, sem deixar margem a dúvidas, que o empregador responde pelos atos dos seus empregados, serviçais ou prepostos, desde que estejam no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.¹³

Mas agora, com a introdução do artigo 223-E, continua o empregador a responder pelos atos de seus gestores ou prepostos, pelos danos de natureza extrapatrimonial?

Entendemos que sim. Em primeiro lugar, porque a redação do dispositivo não foi taxativa no sentido da exclusão da responsabilidade. Uma mudança tão radical em tema de tamanha importância não poderia deixar qualquer margem a dúvidas. Em segundo, porque os riscos do empreendimento sempre foram do empregador (art. 2º da CLT) e não dos que atuam em seu nome e em seu benefício. Em terceiro, porque a Súmula n. 341 do STF há mais de meio século já fixou entendimento no sentido de que o patrão responde pelos atos de seus empregados ou prepostos, tanto que o Código Civil atual consagrou expressamente o princípio no art. 932, III. Em quarto, porque a própria CLT aponta no artigo 157 que cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e naturalmente responder quando tais normas não são observadas. Em quinto, porque prevê o § 1º do artigo 19 da Lei n. 8.213/91 que: “A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador” e esse dispositivo não foi revogado. Por último, a norma não afastou a solidariedade dos coautores da ofensa extrapatrimonial, conforme bem assentado no Código Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

¹³Asseveram Nelson Rosenvald e outros: “Relevante frisar que a responsabilidade do empregador não se limita aos danos que seus empregados causem a terceiros. Alcança também os danos sofridos por outros empregados, desde que relacionados, de algum modo, ao exercício da função ou em razão dela. Se, por exemplo, um funcionário se apossa de dados pessoais de outro funcionário, e passa as informações para um estelionatário, a responsabilidade da empresa se fará presente se o acesso aos dados se deu em virtude da função exercida.” Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGANETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 622.

É certo, porém, que o empregador que responder pelo acidente provocado por seu empregado ou preposto (dolosa ou culposamente) poderá ajuizar ação regressiva para obter o reembolso dos valores despendidos, conforme previsto no art. 934 do Código Civil¹⁴ ou mesmo promover o desconto nos salários.¹⁵ Entretanto, se o empregado que causou o acidente tiver agido apenas com culpa, o empregador deverá, além de comprová-la de forma convincente, exibir a cláusula do contrato de trabalho estabelecendo a possibilidade de desconto pelos danos causados, conforme previsto no § 1º do art. 462 da CLT.

Também entendemos que, nos serviços temporários ou terceirizados, o tomador responde pelos danos extrapatrimoniais causados aos trabalhadores. A responsabilidade direta é inicialmente da pessoa jurídica que contratou o trabalhador terceirizado, mas o contratante tomador dos serviços responde subsidiariamente pelas indenizações.

O princípio norteador, cada vez mais aceito, proclama que aquele que se beneficia do serviço deve arcar, direta ou indiretamente, com todas as obrigações decorrentes da sua prestação. A terceirização das atividades do empregador não tem o efeito de transferir as responsabilidades trabalhistas, ou seja, “[...] a terceirização das funções não implica na terceirização de responsabilidades.”¹⁶

Nada mais justo, porquanto quem usufrui dos bônus deve suportar os ônus, como assevera a antiga parêmia *quihabetcommoda, ferre debet onera*. Nessa linha de pensamento foram editadas várias normas legais, com o propósito de reforçar a garantia para os empregados das empresas terceirizadas, tais como o art. 455 da CLT¹⁷, o art. 16 da Lei n. 6.019/1974, que trata do trabalho temporário¹⁸, e o art. 8º da Convenção 167 da

¹⁴Código Civil. Art. 934. “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

¹⁵Cf. TST. 7ª Turma. RR n. 459-68.2011.5.04.0102, Rel. Ministro Cláudio Brandão, DJ 6. dez. 2013.

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGANETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 624.

¹⁷CLT, art. 455: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

¹⁸Lei n. 6.019, de 3 jan. 1974, art. 16: “No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.”

Organização Internacional do Trabalho.¹⁹ Em período mais recente, a Lei n. 12.023/2009, que “Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso”, estabeleceu:

Art. 8º As empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato.

Art. 9º As empresas tomadoras do trabalho avulso são responsáveis pelo fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho.

E para espantar quaisquer dúvidas, a recente Lei n. 13.429/2017, que ampliou as possibilidades de terceirização, inseriu o artigo 5º-A na Lei n. 6.019/74, cujo § 3º assegura que “É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.” Além disso, inseriu no mesmo artigo 5º-A o § 5º que estabelece, sem margem a dúvidas: “A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, [...]”

Por tudo que foi exposto, mesmo para a hipótese do dano extrapatrimonial, cabe a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelos danos sofridos pelos empregados da empresa prestadora de serviços.

É importante mencionar finalmente que, de fato, cada pessoa jurídica responde na proporção da sua participação no evento danoso (concausa), como previsto no artigo 223-E, mas aquele que tiver suportado inicialmente a indenização poderá ajuizar ação regressiva para ressarcir o que houver pago daquele por quem pagou (art. 934 do Código Civil).

¹⁹ OIT. Convenção n. 167, art. 8º: “Quando dois ou mais empregadores estiverem realizando atividades simultaneamente na mesma obra: a) a coordenação das medidas prescritas em matéria de segurança e saúde e, na medida em que for compatível com a legislação nacional, a responsabilidade de zelar pelo cumprimento efetivo de tais medidas recairá sobre o empreiteiro principal ou sobre outra pessoa ou organismo que estiver exercendo controle efetivo ou tiver a principal responsabilidade pelo conjunto de atividades na obra;”. Esta Convenção entrou em vigor no Brasil em 19 de maio de 2007. A ratificação ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 61/2006 e promulgação pelo Decreto n. 6.271, de 22 nov. 2007.

9 CUMULAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

A reforma trabalhista pretendeu criar um sistema separado de reparação para os danos extrapatrimoniais, mas concedeu à vítima a faculdade de formular cumulativamente os pedidos dos danos materiais e morais, mesmo quando decorrentes do mesmo ato lesivo (art. 223-F). Esse preceito legal está fundamentado no fato de que, para os danos materiais, a fonte normativa continuará sendo o Código Civil; contudo, para os danos extrapatrimoniais, será aplicável no novo Título II-A da CLT.

Em razão da diversidade do tratamento jurídico, deverá o juízo discriminar os valores dos danos conforme a sua natureza patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, não será mais possível fixar uma indenização única abarcando as duas espécies de dano.

A norma terá repercussão direta nas ações de indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional quando habitualmente a vítima formula pedidos distintos para reparação dos diversos danos sofridos.

10 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO

A fixação do valor indenizatório a respeito dos danos materiais obedece a critérios objetivos, talhados claramente na legislação e norteados pelo milenar princípio da *restitutio in integrum*.

Entretanto, no arbitramento da reparação dos danos extrapatrimoniais, o bem jurídico tutelado tem natureza imaterial e por consequência a extensão, profundidade, reflexos e intensidade das ofensas variam quase ao infinito, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, com as provas produzidas nos autos e com o olhar técnico particular de cada julgador.

Com o propósito de apontar algumas diretrizes para o juiz apreciar o dano extrapatrimonial, o legislador estabeleceu no art. 223-G um rol com 12 incisos que deverão ser considerados na fixação do valor indenizatório:

- 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.

Não se nega que a elaboração de um roteiro para o juízo apreciar o dano extrapatrimonial é positiva, porque indica para o julgador e para as partes os fatos mais importantes que deverão ser considerados, bem como as principais provas que serão priorizadas. Na realidade, o julgador já fazia subjetivamente essa apreciação considerando os pontos indicados ou outros também relevantes, mas agora, ao positivar o rol, pelo menos esses quesitos não podem deixar de ser apreciados.

Contudo, no rol das considerações, foi omitida uma das finalidades básicas da indenização que é exatamente o seu caráter preventivo ou inibitório da repetição de novas condutas lesivas. Também não se pronunciou sobre a reparação não patrimonial ou reparação *in natura* do dano moral, como vem apontando a doutrina. Poder-se-ia indicar se o comportamento foi um fato esporádico ou se tem sido uma prática reiterada daquele empregador.

Faltou indicar ainda a observação sobre o exercício de atividade de risco que também pode gerar direito à indenização, em caso de dano, adotando-se a responsabilidade civil objetiva, como tem ocorrido no âmbito do Colendo TST. Cabe mencionar nesse passo que o STF vai decidir oportunamente se é aplicável ou não a responsabilidade objetiva nas indenizações por acidente do trabalho, conforme previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Na apreciação do RE n. 828.040 o Plenário Virtual da Corte, por maioria, acolheu a existência de repercussão geral (Tema 932) por entender que a matéria tem natureza constitucional e tem repercussão econômica e social, tendo em vista sua relevância para o desenvolvimento das relações empregatícias.

Cabe observar ademais que alguns incisos devem ser apreciados com cautela. Não se pode esquecer de que o trabalhador subordinado não goza de autonomia e espontaneidade para concordar, sem reservas e com convicção, com a retratação espontânea por parte do lesante, bem como não se pode presumir o perdão tácito ou mesmo expresso somente pela inércia de reação do lesado. A sua situação de dependência e sem garantia de emprego impede que atue em condições de livre manifestação da vontade perante o empregador.

O julgador, portanto, após analisar a especificidade da ofensa e ponderar os tópicos do roteiro de apreciação indicado na lei, mais outros pontos que sobressaíam na instrução processual, vai fixar o montante indenizatório, indicando os fundamentos que embasaram sua convicção. De todo modo, ainda que o roteiro de apreciação aponte diretrizes de segurança louváveis para imprimir um grau maior de previsibilidade do julgamento, é inevitável que, nas ações a respeito do dano extrapatrimonial, a decisão traga a assinatura pessoal da sensibilidade e argúcia de cada julgador.

Merece realce a mudança benéfica introduzida pela Medida Provisória

n. 808, de 14 de novembro de 2017, para agravar o valor da indenização no caso de reincidência de ofensa idêntica, num prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 223-G, § 3º e § 4º). Conforme a nova redação, se ocorrer a reincidência da ofensa, o juízo poderá elevar até o dobro o valor da indenização. Para obter essa indenização adicional, deverá a parte interessada comprovar em juízo a existência de condenação anterior do réu pela mesma conduta ofensiva para viabilizar a elevação do valor da reparação.

Vale ressaltar que, na redação anterior do § 3º do art. 223-G, que vigorou do dia 11 a 13 de novembro de 2017, só caberia agravar a indenização se ocorresse reincidência da ofensa entre partes idênticas, hipótese praticamente inexistente ou raríssima. Agora basta a repetição da conduta lesiva por uma das partes, que tenha gerado decisão condenatória com trânsito em julgado, para viabilizar o aumento da indenização até o dobro do teto fixado para cada grau da ofensa. Com efeito, o infrator contumaz sofrerá condenações maiores pela reincidência da ofensa, com o propósito de influenciá-lo no sentido de rever sua conduta ilícita.

11 O TABELAMENTO DO DANO MORAL TRABALHISTA

A Lei n. 13.467/2017 introduziu na CLT a polêmica questão do tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais trabalhistas.

Cabe mencionar que a doutrina e até os julgados utilizam a expressão “tarifação do dano moral”, mas preferimos a denominação de “tabelamento dos danos morais”, porque o vocábulo tarifa tem significado próprio na ciência jurídica e ostenta natureza de preço público, tratado no campo do direito administrativo. Os parâmetros instituídos na lei para o valor da indenização, criando faixas e tetos máximos de acordo com a gravidade da ofensa, indicam que foi instituído mesmo um tabelamento, não uma tarifação. Aliás, o próprio Relator do PL n. 6.787/2016 na Câmara Federal, que resultou na Lei aprovada, menciona na exposição de motivos “[...] a necessidade de fixar limites para as indenizações por danos morais”, pelo que a denominação doutrinária de tabelamento é a mais adequada.

Vejam o teor do novo dispositivo:

Art. 223-G [...]

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

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A redação do parágrafo foi também inspirada no teor do Projeto de Lei n. 150/1999 do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, que instituiu três níveis de ofensas (leve, média e grave) para fins de fixação do valor da indenização. Vale registrar que esse PL, depois de aprovado no Senado, foi enviado à Câmara Federal (PL n. 7.124/2002), mas lá foi arquivado em 2010, porque a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, por unanimidade, considerou inconstitucional o tabelamento do dano moral.

Estabelece o novo preceito legal que não cabe acumular as indenizações, contrariando nesse particular o vetusto princípio da reparação integral. Assim, se a mesma ofensa atingir bens jurídicos extrapatrimoniais distintos da vítima, por exemplo, atingir levemente a imagem, gravemente a orientação sexual e de forma média a saúde, só caberá a fixação de uma indenização, pelo que algumas lesões ficarão sem reparação. Entendemos que essa limitação pode ser reputada inconstitucional porque, além de contrariar o princípio da reparação integral, viola a previsão do art. 5º, XXXV, que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ao vedar a acumulação de indenizações, foi instituída uma indenização complexiva para reparar vários danos, contrariando a jurisprudência trabalhista consolidada desde 1978. Com efeito, prevê a Súmula n. 91 do Colendo TST: “Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.” Aliás, no direito civil o cabimento da acumulação de danos extrapatrimoniais está devidamente pacificado pela Súmula n. 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

Comprovada a ofensa, o julgador deverá enquadrar o ato lesivo em um dos quatro níveis indicados (ofensa leve, média, grave ou gravíssima), conforme seu prudente arbítrio e considerando também as especificidades do caso, mormente os doze pontos relacionados no art. 223-G.

Deparamos neste passo com outro ponto muito criticado na reforma trabalhista, qual seja, a determinação de que a indenização seja fixada considerando como teto um multiplicador do último salário contratual do ofendido, de acordo com a faixa de gravidade da ofensa. Por salário contratual deve-se entender o valor mensal ajustado (fixo ou variável) e as parcelas que integram o salário, como as gratificações legais e as comissões pagas (§ 1º do art. 457 da CLT).

Entendemos que também neste ponto a reforma trabalhista fere a Constituição Federal ao estabelecer parâmetros de reparação de danos francamente discriminatórios, porque fixados com valores variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima. A Carta Maior já menciona o valor da igualdade no seu preâmbulo e estabelece como objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além disso, a previsão do artigo 5º claramente estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Ora, por que estabelecer indenizações diversas, de acordo com a renda da vítima, para ofensas extrapatrimoniais da mesma intensidade e com o mesmo grau de gravidade?

Vejam um exemplo que pode ocorrer na prática e que bem demonstra a discriminação pelo tratamento diferenciado. Estão subindo em um elevador de obra de construção civil o estagiário, o pedreiro, o engenheiro e o gerente da obra, que auferem rendimentos mensais diversificados. O cabo do elevador não era o especificado e ainda estavam transportando junto material de construção, violando a NR-18 do Ministério do Trabalho e Emprego, o que acabou provocando acidente e a queda do elevador. Todos os trabalhadores ficaram com sequelas físicas semelhantes em razão do mesmo acidente. A tabela abaixo mostra como poderia ficar as indenizações por danos extrapatrimoniais, nesse exemplo hipotético:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL - ART. 223-G DA CLT				
Lesado - Salário - Grau de ofensa	Estagiário R\$ 937,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve - 3x	2.811,00	6.000,00	30.000,00	45.000,00
Ofensa média - 5x	4.685,00	10.000,00	50.000,00	75.000,00
Ofensa grave - 20x	18.740,00	40.000,00	200.000,00	300.000,00
Ofensa gravíssima - 50x	46.850,00	100.000,00	500.000,00	750.000,00

É verdade que cabem indenizações diferentes quando se trata de danos materiais, porque o parâmetro é outro: o prejuízo monetário efetivo de cada um. Mas, no aspecto extrapatrimonial, a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial. Em sintonia com o nosso entendimento, é oportuno citar a jurisprudência do Colendo STJ:

EMENTA. Civil. Dano Moral. Indenização. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ. 3ª Turma, REsp n. 951.777/DF, Redator: Ministro Ari Pargendler, DJ 27 ago. 2007.)

[...] Responsabilidade civil do Estado. Omissão no atendimento à gestante. Morte intrauterina. Indenização por dano moral. Proporcionalidade. [...] 4. A avaliação das condições socioeconômicas dos envolvidos deve ser feita em conjunto com a ponderação acerca da gravidade dos fatos. Não se permite a relativização das indenizações por ofensa a direitos fundamentais tendo como parâmetro a riqueza da vítima, de modo que o direito dos ricos valeria mais que o dos pobres, os quais estariam se “enriquecendo” ao receberem indenizações em valor muito superior à sua renda. (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1189510/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27/4/2011.)

Diante desses fundamentos, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília em 2016, foi adotado o Enunciado 588, com o seguinte teor: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial.”

Em razão das críticas contundentes sobre o cálculo da indenização considerando o padrão salarial da vítima, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, alterou o § 1º do art. 223-G que passou a ter a redação seguinte:

§ 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.

Com a nova regra, a indenização pelo dano extrapatrimonial não poderá mais ser fixada de acordo com o padrão salarial da vítima, porquanto o teto estabelecido para cada grau de ofensa considera, agora, apenas os múltiplos do valor do benefício máximo do Regime Geral da Previdência Social. Então, pelo menos nesse aspecto, a violação constitucional do princípio da isonomia foi corrigida.

Contudo, a correção efetuada pela referida Medida Provisória deixou uma incongruência interna no texto legal, uma vez que o salário contratual do ofensor deverá ser utilizado como parâmetro indenizatório, quando o ofendido for pessoa jurídica, como previsto no art. 223-G, § 2º. Como se depreende do exposto, não se poderá utilizar o salário contratual do trabalhador como parâmetro para fixar a indenização quando for ele a vítima; todavia, o critério poderá ser adotado quando ele for o ofensor responsável pela indenização devida ao seu empregador. Nessa hipótese, o parâmetro do salário não estará sendo usado para discriminar, mas apenas para atenuar o valor da reparação devida por quem auferir renda menor.

Levando-se em conta os valores para 2017 do limite máximo para os benefícios da Previdência Social (R\$ 5.531,31), as vítimas do acidente hipotético, acima mencionado, receberiam indenizações obedecendo aos parâmetros máximos seguintes:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL - ART. 223-G DA CLT - NR				
Lesado - Salário - Grau de ofensa	Estagiário R\$ 937,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve - 3x	16.593,93	16.593,93	16.593,93	16.593,93
Ofensa média - 5x	27.656,55	27.656,55	27.656,55	27.656,55
Ofensa grave - 20x	110.626,20	110.626,20	110.626,20	110.626,20
Ofensa gravíssima - 50x	276.565,50	276.565,50	276.565,50	276.565,50

Mas esse dispositivo introduzido na CLT tem ainda uma inconstitucionalidade ostensiva já declarada pelo Judiciário para casos semelhantes, qual seja, a fixação de tetos ou tabelamento para a reparação do dano extrapatrimonial.

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões dessa natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor. O equilíbrio na balança lesão-reparação é orientado pelo princípio constitucional da proporcionalidade; por conseguinte o desnível imposto pela limitação reparatória acaba, indiretamente, estimulando a expansão do comportamento lesivo.

A questão está bem sedimentada no STJ, cuja Súmula n. 281, adotada em 2004, sintetizou: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

O Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou claramente nesse sentido, ao interpretar os incisos V e X do artigo 5º da Constituição de 1988:

Ementa: Constitucional. Civil. Dano moral: ofensa praticada pela imprensa. Indenização: tarifação. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: Não-recepção pela CF/88, artigo 5º, incisos V e X. [...] II - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - CF, art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. (STF, 2ª Turma, RE 396.386, Rel.: Ministro Carlos Velloso, DJ 13 ago. 2004.)

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 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.)

Convém reproduzir parte dos fundamentos do acórdão acima, quando o douto Relator, Ministro Cezar Peluso, com maestria, explica o entendimento que prevaleceu na Corte:

Já não vige deveras, ou segundo reza outra doutrina de igual consequência prática, perdeu seu fundamento de validade, a norma inserta no art. 52 da Lei n. 5.250, de 1967, porque, incompatível com o alcance das regras estatuídas no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, não foi por esta recebida. [...] Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela.

Finalmente o STF, na sua composição plenária, firmou posicionamento quanto ao não cabimento do tabelamento do dano moral no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 130-DF. Nesse julgamento, a Corte declarou que a Lei Federal n. 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. O tema do tabelamento ou “tarifação” do dano moral foi abordado expressamente no julgamento por quase todos os Ministros da Corte.

No seu voto, destacou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que os arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula n. 281 do STJ. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP; RE 447.484/SP; RE 240.450/RJ e AI 496.406/SP.

Também o Ministro Celso de Mello foi enfático no seu voto:

Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988(CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). Hipótese de não-recepção. Doutrina. Precedentes do STF. (AI 595.395/SP, Rel. Min. Celso de Mello - DJ 3 ago. 2007.)

Diante do que foi exposto, entendemos também que a novel disposição do § 1º do artigo 223-G da CLT, ao criar faixas máximas de indenização, de acordo com o grau de ofensa, padece do vício incontornável da inconstitucionalidade.

Por fim, cabe registrar neste tópico que a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, estabeleceu no § 5º do art. 223-G que os parâmetros indenizatórios estabelecidos não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. Daí ser possível afirmar que, no acidente do trabalho com óbito, o valor da indenização cabível do dano extrapatrimonial não está sujeito ao tabelamento do § 1º do art. 223-G da CLT, podendo ser fixado além do limite estabelecido para a ofensa de natureza gravíssima.

12 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Com o advento da reforma trabalhista surge o questionamento: o dano extrapatrimonial coletivo de natureza trabalhista estará ou não sujeito ao tabelamento indicado no artigo 223-G?

O nosso entendimento é no sentido de que não houve mudança alguma no tema dos danos morais coletivos, porquanto a regulamentação introduzida na CLT trata apenas dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho cujos titulares sejam pessoas físicas ou jurídicas. Tanto que o artigo 223-G estabelece que o juízo deverá considerar a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, o perdão tácito ou expresso, situações que são típicas do dano extrapatrimonial individual.

Os danos aos interesses ou direitos de natureza transindividual ou difusos não foram disciplinados nem sequer mencionados na nova regulamentação dos danos extrapatrimoniais. Desse modo, as mudanças introduzidas pela reforma trabalhista não afetam o disciplinamento atual do dano moral coletivo, nem acarretam o tabelamento dos valores indenizatórios nas ações em que se postulam reparações desses danos.

Convém registrar, ademais, que a ação civil pública para preservar ou reparar os interesses difusos ou coletivos dos trabalhadores e do meio ambiente do trabalho tem altitude constitucional (art. 129, III), razão pela qual não poderia mesmo a lei ordinária da reforma trabalhista limitar ou alterar o seu alcance.²⁰

Com efeito, é especialmente a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) que rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais de natureza coletiva.²¹ E a referida norma não sofreu qualquer alteração após o advento da Lei n. 13.467/2017. Cabe também aqui repetir a previsão da Lei Complementar n. 95/1998, cujo artigo 9º estabelece: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” Incabível, portanto, eventual entendimento de revogação ou derrogação implícita.

13 VIGÊNCIA E APLICAÇÃO DAS INOVAÇÕES

A reforma trabalhista entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, após vencer o prazo da *vacatio legis* de cento e vinte dias, contados a partir da publicação oficial da Lei n. 13.467, no dia 14 de julho de 2017.

Em razão das mudanças promovidas na CLT, estão surgindo diversas controvérsias a respeito do direito intertemporal, principalmente sobre a aplicação dos novos dispositivos aos contratos de trabalho firmados antes da vigência da reforma.

As questões de direito intertemporal geram calorosas discussões nos julgamentos dos casos concretos. Normalmente a jurisprudência promove ajustes para o período de transição - conjugando os valores do direito adquirido, da segurança jurídica e o novo regime jurídico - mas a controvérsia só resta mesmo pacificada com o pronunciamento definitivo das Cortes Superiores. Daí o volume acentuado de súmulas e orientações jurisprudenciais a respeito desse tema.

²⁰Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

²¹Lei n. 7.347/1985. Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

O principal balizamento do direito intertemporal está assentado na Constituição Federal que assegura no art. 5º, XXXVI - “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Para detalhar o comando da Lei Maior, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, com a mudança introduzida pela Lei n. 12.376/2010, estabeleceu:

Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Nas demandas envolvendo os danos de natureza extrapatrimonial trabalhista, entendemos que deve ser aplicado o vetusto princípio do *tempus regit actum*, ou seja, prevalece a regência da norma vigente no dia da ocorrência do dano ou ofensa, independentemente da data que for proferido o julgamento.

No exato momento em que ocorreu a ofensa de natureza extrapatrimonial, nasceu também a pretensão da vítima para obter a reparação do direito que foi violado, conforme a consagrada teoria da *actio nata*, tanto que o Código Civil estabelece no artigo 189: “Violado o direito nasce para o titular a pretensão [...]” Como consequência, o regime jurídico a ser aplicado é aquele que estava em vigor naquela data.

Desse modo, o novo regramento do dano extrapatrimonial somente será aplicado para as ofensas ocorridas a partir de 11 de novembro de 2017. Para as ofensas anteriores, independentemente da data em que for realizado o julgamento, prevalece o antigo regime jurídico.

Nas lesões de natureza continuada, será necessário verificar se até o dia 10 de novembro de 2017 já havia ofensa moral caracterizada, hipótese que indicará a aplicação do regramento anterior à reforma. Entretanto, se a consolidação da ofensa só ocorreu após o dia 10 de novembro de 2017, a regência será da lei nova.

Para as doenças ocupacionais será considerada, para fins de verificação do regime jurídico aplicável, a data da ciência inequívoca da incapacidade laboral, como assentado na Súmula n. 278 do STJ. Aliás, a teoria da *actio nata* para fins de início de fluência do prazo prescricional será também considerada para verificar a legislação aplicável.

Entendemos ainda que as normas da reforma trabalhista sobre o dano extrapatrimonial são aplicáveis para todas as ofensas ocorridas a partir de 11 de novembro de 2017, mesmo para os trabalhadores admitidos em data anterior. Isso porque é firme a jurisprudência do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, ressaltando-se a garantia da irredutibilidade salarial.²² A propósito, aqui também pode ser adotada a importante regra de direito intertemporal do Código Civil de 2002, fazendo as devidas adequações:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Para espantar as dúvidas sobre a aplicação da reforma aos contratos de trabalho vigentes, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, estabeleceu no art. 2º:

Art. 2º O disposto na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.

Agora, com o artigo expresso introduzido pela Medida Provisória, cabe a aplicação da mudança legal aos contratos de trabalho pactuados antes de 11 de novembro de 2017, mas tão somente para os eventos ocorridos após a referida data. As ofensas ocorridas em datas anteriores continuarão regidas pela lei antiga, independentemente da data em que for proferido o julgamento.

Por tudo que foi exposto, podemos concluir que, nos julgamentos das demandas envolvendo dano extrapatrimonial trabalhista, a legislação aplicável será sempre aquela que vigorava no dia que nasceu o direito à reparação, independentemente da data de admissão do ofendido ou da data que ocorrer o julgamento.

²²STF. Pleno. RE n. 226.855, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 31 ago. 2000; STF. Pleno AI n. 410.946, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 17 mar. 2010; STF. 1ª Turma. RE 998073 AgR, Rel.: Ministra Rosa Weber, DJe 22 mar. 2017; STF. 2ª Turma. RE 907731 AgR, Rel.: Ministro Celso de Mello, DJe 19 jun. 2017; STF. 2ª Turma. ARE 925002 AgR, Rel.: Ministro Dias Toffoli, DJe 30 jun. 2017; STF. 1ª Turma. RE 957768 AgR, Rel.: Ministro Roberto Barroso, DJe 9 ago. 2017.

ABSTRACT

This study analyses the ruling given by Law 13.467/2017, changed by MP n. 808/2017. Articles 233-A until 223-G of Labour Code were addressed, as well as their possible interpretations. It has been investigated, also, issues concerning legislative innovation's rule and application in time, concluding, at the end, that in judgments of extrapatrimonial labour damage claims, legislation to be applied will be that in force when the entitlement of redress was born, apart from the date of the offended's admission or of the claim's judgement.

Keywords: *Extrapatrimonial Labour Damage. Law n. 13.467/2017. MP 808/2017. Labour Reform.*