

O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA APÓS A LEI N. 13.467/2017

Sebastião Geraldo de Oliveira

1. Alterações da reforma trabalhista de 2017

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 praticamente uma nova CLT, cuja alteração foi a mais profunda ocorrida desde a sua promulgação oficial em maio de 1943.

No dia 14 de 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 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.

Contudo, a referida Medida Provisória n. 808/2017 não foi convertida em lei no

prazo fixado pelo art. 62 da Constituição da República e, como consequência, perdeu sua eficácia desde o dia 24 de abril de 2018. Conforme prevê a Constituição no art. 62, § 3º, o Congresso Nacional deveria disciplinar, por decreto legislativo, os efeitos produzidos pela Medida Provisória não convertida em lei, durante o seu período de vigência, o que, todavia, não ocorreu.

E como ficam os atos jurídicos praticados durante o período da sua vigência, ou seja, as lesões por danos extrapatrimoniais ocorridas no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018? A resposta pode ser encontrada no mesmo art. 62, § 11, da Constituição que estabelece: *“Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.”*

Como se vê, por expressa previsão constitucional, as lesões a respeito do dano



Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargador do TRT da 3ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Mestre em Direito pela UFMG. Gestor nacional do Programa de Trabalho Seguro do TST. Autor do livro *Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional* pela Editora LTr.

extrapatrimonial ocorridas no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018 deverão ser apreciadas considerando as disposições da Medida Provisória n. 808/2017, em harmonia com o vetusto princípio do *tempus regit actum*. Desse modo, vamos mencionar com frequência as previsões da referida Medida Provisória n. 808/2017 que produziu efeitos nos 161 dias que esteve em vigor. E poderá até servir de norte interpretativo ponderado para influenciar nas futuras decisões a respeito do dano extrapatrimonial trabalhista. Vamos abordar neste tópico o tema dos danos extrapatrimoniais oriundos dos acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. 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 desta nova regulamentação trazida pela Lei n. 13.467/2017.

A CLT foi aprovada há mais de 70 anos numa época em que nem se cogitava sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais. Prevalcia 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 não temos 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. Então, 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.

Agora, 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.

2. A inovação terminológica do dano extrapatrimonial

Não há dúvidas consistentes 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, à vida de relação, 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. Apesar do acerto terminológico e de estar a denominação “dano extrapatrimonial” em sintonia com a doutrina mais avançada do direito 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 desta 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (Grifamos)

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 Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Braga na primorosa obra intitulada “Novo tratado de responsabilidade civil” enfatizam: “Apesar de reconhecemos 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” (1).

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*

1 Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 370.

non mutant substantiam rei.

3. 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.

Aliás, é oportuno destacar a contradição expressa do referido comando legal modificado 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 propositalmente 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, caprichosamente, uma vedação 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 neste tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e reduzida 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 então 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, considerando, ainda, a vigência temporal da Medida Provisória n. 808/2017. Os danos materiais serão apreciados com a amplitude do Código Civil, mas os danos agora 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.”⁽²⁾

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

“Incorre em flagrantes inconsistências hermenêuticas, a exemplo do art. 223-A ao pretender proibir o julgador trabalhista de aplicar o direito como

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

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”.⁽³⁾

4. Conceito e extensão do dano extrapatrimonial

Ao incluir o art. 223-B na CLT o legislador elaborou um conceito de dano extrapatrimonial conjugando a previsão do art. 186 do Código Civil com o texto esboçado no Projeto de Lei n. 150/99 do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, que estabelecia: “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 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

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

existencial do trabalhador.

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 e, dentre eles, foram nominados 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.”

Para o Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, constitui danos extrapatrimoniais os prejuízos sem conteúdo econômico derivado de uma ofensa a direitos da personalidade (vida, integridade físico-psíquica, liberdade, honra, privacidade).⁽⁴⁾

Afirma o jurista Fernando Noronha que só a designação “extrapatrimonial” deixa claro que unicamente terá esta 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⁽⁵⁾.

No mesmo sentido, aponta a Professora

4 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

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

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 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.”⁽⁶⁾

Apreciada a categoria genérica do dano extrapatrimonial, cabe agora estudar os bens jurídicos imateriais que protegem a pessoa humana, conforme indicado pela reforma trabalhista de 2017, e os prejuízos causados quando tais bens são violados, especialmente o dano moral e o dano existencial.

5. Bens jurídicos tutelados da pessoa física ou jurídica

Como já mencionado, o enaltecimento da dignidade da pessoa humana ampliou o rol dos direitos da personalidade que passaram a merecer proteção jurídica destacada. Nos arts. 223-C e 223-D introduzidos na CLT foram listados, de forma pretensamente exaustiva, os bens juridicamente tutelados, a regra de conduta que deve ser respeitada na fluência normal das relações de trabalho, cuja ofensa gera o direito à reparação dos danos de natureza

6 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, v. 19, p. 194, mar. 2001.

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.

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.

Primeiramente, cabe mencionar a opção do legislador ao priorizar a configuração objetiva do dano moral ou existencial como ofensa aos bens jurídicos tutelados (223-B), independentemente das sensações ou manifestações psíquicas que a lesão provoca, em harmonia com a mais recente teoria dos danos.

Entendemos, contudo, que os dispositivos legais mencionados pecaram ao pretender elaborar uma lista exaustiva e, ainda assim, bem limitada. Pela leitura estrita do art. 223-C não seriam indenizáveis, por exemplo, a lesão à vida, à integridade psíquica, ao nome do trabalhador, à integridade funcional, ao sigilo de correspondência, sem contar o direito de o trabalhador 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 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, que vigorou no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018, alterou o teor do art. 223-C, ampliando a relação dos bens jurídicos tutelados (7). Vejam a 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 essa 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”. Apesar da perda de vigência da Medida Provisória n. 808/2017, os bens jurídicos relacionados devem ser considerados para aferir as lesões que podem provocar os danos

7 A Medida Provisória n. 808/2017 não foi convertida em lei no prazo fixado pelo art. 62 da Constituição e, como consequência, perdeu sua eficácia desde o dia 24 de abril de 2018, mas produziu efeitos durante o período de sua vigência, como prevê o § 11 do referido artigo.

morais e existenciais.

Entretanto, mesmo com a mudança promovida, continuaram ausentes no art. 223-C vários bens jurídicos que devem ser tutelados, tais como a vida, a integridade psíquica, o nome do trabalhador, a integridade funcional etc. Vale mencionar também que a mudança para designação de “pessoa natural” realizada na redação alterada 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? Aliás, conforme pontua Pinheiro Castelo, ocorreu também uma impropriedade porque a pessoa jurídica não tem nome e, sim, denominação social⁽⁸⁾.

Diante do exposto, é imperioso concluir que a interpretação mais consentânea e lógica indica que as listas dos bens jurídicos relacionados nos arts. 223-C e 223-D são apenas exemplificativas, pelo que seria recomendável que houvesse a ressalva expressa do legislador indicando “dentre outros”. Aliás, mesmo ausente tal ressalva, esta é a leitura que se impõe, especialmente porque a Lei n. 9.029/1995, acima mencionada, quando relaciona, no art. 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,

8 CASTELO, Jorge Pinheiro. Panorama geral da reforma trabalhista – Aspectos de direito processual/material. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n.12. dez. 2017, p. 1425.

quando explicita no art. 1º a compreensão do termo “discriminação”⁽⁹⁾.

Como se vê, qualquer lesão injusta dos bens jurídicos tutelados, no amplo feixe dos direitos da personalidade, pode produzir danos morais e existenciais e ensejar o deferimento da indenização compensatória. Oportuno citar neste passo o ensinamento de Adriano de Cupis:

“O que o direito tutela o dano vulnera. Se o direito tutela um determinado interesse humano, este pode ser atacado por um dano, que será um dano em sentido jurídico (dano jurídico), enquanto contra ele o direito impõe sua reação”.⁽¹⁰⁾

6. Dano existencial

6.1. Introdução na legislação trabalhista

A reforma trabalhista de 2017 promovida pela Lei n. 13.467 acrescentou um novo Título na CLT para disciplinar o “dano extrapatrimonial”

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.

10 Apud SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

decorrente da relação de trabalho. Dentre as inovações inseridas merece realce a figura legal inédita no Brasil do “dano existencial” que, desde 11 de novembro de 2017, passou a compor o nosso ordenamento jurídico, conforme redação expressa do art. 223-B introduzido na CLT, com o teor seguinte:

“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.”

Nos últimos anos o dano existencial já era objeto de estudos acadêmicos e debates doutrinários com repercussões esparsas na jurisprudência trabalhista. Agora, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, a reparação pelo dano existencial foi incluída no rol dos direitos trabalhistas, reforçando o princípio de proteção à dignidade do trabalhador. Portanto, não se trata mais de simples cogitação doutrinária ou de pretensão formulada sem respaldo legal, apoiada apenas nos estudos do direito comparado.

Como de costume, o legislador não fixou um conceito para dimensionar o alcance normativo do “dano existencial” ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência esclarecer seu conteúdo, mensurar sua extensão e indicar os respectivos efeitos jurídicos. Demais, será imprescindível indicar as diferenças e as semelhanças com a figura próxima do dano moral em sentido estrito e o cabimento da indenização cumulativa oriunda da mesma conduta lesiva.

6.2. Histórico

A nova figura jurídica do dano existencial não foi instituída de improviso, como se fosse produto de alguma imaginação criativa projetada no laboratório do legislador. Seu reconhecimento demandou longo percurso de aceitação no direito comparado, com etapas sucessivas de compreensão e enriquecimento até divisar esta espécie singular de prejuízo que integra o amplo gênero dos danos extrapatrimoniais. Desse modo, para bem compreender o dano existencial introduzido na CLT em 2017, é recomendável uma breve notícia do seu desenvolvimento nos outros países, especialmente no seu berço original, a Itália.

Enquanto prevalecia a visão patrimonialista na seara da responsabilidade civil, não havia percepção suficiente para vislumbrar os danos de natureza imaterial que, a rigor, sempre ocorriam, mas ficavam sem nenhuma reparação. Contudo, desde a segunda metade do século XX a centralidade da proteção jurídica está em franco processo de deslocamento para valorizar a dignidade da pessoa humana. Desse modo, novos direitos e, conseqüentemente, novos danos passaram a ser identificados, ao lado dos já bem conhecidos danos patrimoniais, nas suas diversas espécies.

Esse movimento expansionista da reparação integral em favor da vítima ensejou a ampliação da pesquisa no território dos danos mais sutis, a categoria que se apresenta com diversas denominações: dano imaterial, dano extrapatrimonial ou não patrimonial, dano moral ou dano à pessoa. E na amplitude dessa categoria os juristas foram identificando

várias espécies de danos, como ramificações singulares dos danos extrapatrimoniais, tais como: dano biológico, dano à saúde, dano à vida de relação, dano sexual, dano estético, dano à intimidade, dano à imagem, dano psíquico ou psicológico, dano ao projeto de vida, dano à profissionalidade etc.

Na Itália, as pretensões reparatórias fundadas nesses novos danos esbarravam na limitação imposta pelo art. 2.059 do Código Civil de 1942 que restringe o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais somente aos casos previstos em lei ⁽¹¹⁾. Diante desse filtro rigoroso só era cabível o deferimento dos danos extrapatrimoniais para as lesões que também eram tipificadas como crime.

Para contornar o impedimento do art. 2.059 mencionado, em sintonia com o movimento da valorização da dignidade da pessoa humana, a jurisprudência italiana buscou amparo no direito à saúde previsto no art. 32 da Constituição ⁽¹²⁾ e passou a deferir a indenização a título de dano biológico, entendimento esse que mais tarde acabou sendo confirmado pela Corte de Cassação na sentença n. 184 de 14 de julho de 1986 ⁽¹³⁾.

A partir deste degrau evolutivo alcançado surgiu uma nova etapa. Depois de consolidar o cabimento da reparação do dano biológico ou dano à saúde, a discussão passou a ser qual a sua extensão e quais as condutas lesivas que

11 “Art. 2.059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

12 “Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes”.

13 MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 253.

poderiam ser enquadradas como tal. Surgiram decisões judiciais diversificadas sobre o dano biológico, observando-se uma nítida tendência de ampliação das hipóteses que autorizavam a reparação dos danos extrapatrimoniais.

Em razão desse intenso movimento da jurisprudência, a doutrina italiana sentiu a necessidade de identificar e separar com mais clareza as figuras do dano extrapatrimonial, do dano moral e do dano biológico. Foi nesse trabalho de organização e estruturação dos entendimentos acolhidos nos julgamentos que os juristas Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, em artigos publicados entre os anos de 1991 a 1994, indicaram uma nova figura jurídica intitulada como dano existencial, integrante do gênero dano extrapatrimonial ⁽¹⁴⁾.

Vale reproduzir o registro doutrinário do professor Paolo Cendon, citado por Amaro de Almeida Neto, que narra o nascimento do dano existencial na Itália:

“Vítimas de queixas até então desconhecidas, de repente passaram a bater às portas dos tribunais: cada vez mais então, a jurisprudência primeiro, e a doutrina depois, passam a se questionar sobre os limites da tutela a certas situações as quais, além do prejuízo à integridade psicofísica, conturbavam, por causa do ilícito, mais ou menos definitivamente, a cotidianidade imediata da vítima (...) vem se afirmando assim a leitura de um novo tipo, tendente a conduzir aquelas várias figuras no âmbito de uma categoria inédita intitulada ‘dano existencial’: de entender-se, em

14 Cf. SOARES, Fláviana Rampazzo (Coord.). A construção de uma teoria do dano existencial no Direito do Trabalho. In: *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 118.

particular, como um *tertium genus* no âmbito da responsabilidade civil, distinto do tronco do dano patrimonial e do dano moral; uma realidade centrada no ‘fazer não remunerado’ da pessoa (...)” (15)

Basicamente firmou-se a compreensão de que a lesão injusta pode causar danos à integridade psicofísica da vítima (dano biológico), gerar repercussões emocionais subjetivas de sofrimento e dor (dano moral), mas pode também provocar uma alteração inesperada na rotina, no planejamento e na qualidade de vida da vítima, com uma piora inevitável no seu particular modo de viver (dano existencial).

A Corte de Cassação que já vinha pouco a pouco ampliando as hipóteses de danos extrapatrimoniais reconheceu expressamente o dano existencial, como aqueles que obstaculizam a atividade realizadora da pessoa humana, na sentença n. 7.713, de 7 de junho de 2000 (16).

A figura do dano existencial desenvolvida na Itália guarda semelhanças de conteúdo com o *préjudice d’agrément* (prejuízo de lazer), adotado do direito francês, e do *loss of amenities of life* (perda das amenidades ou prazeres da vida), como adotado na Inglaterra e Estados Unidos.

Em Portugal assevera Manuel Carneiro da Frada que o dano existencial pode ter como suporte o art. 70, I, do Código Civil de 1966, que estabelece: “Art. 70º - (Tutela geral da

15 Cf. ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese*, São Paulo, v. XII, n. 80, p. 27-28, 2012.

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81.

personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.” E pontua o professor português que “os danos existenciais, no sentido lato que se lhes pode dar, são mais amplos: integram a perturbação da vida, a perda da sua qualidade, a alteração de planos e de hábitos, a sujeição a contingências desagradáveis, estados duradouros de desânimo, a ‘dor de alma’ (mesmo que não psicopatológica), etc.” (17)

Aqui no Brasil a Constituição da República de 1988 consagrou o direito à indenização por dano moral (art. 5º, V e X) pondo fim a um longo debate doutrinário sobre o cabimento ou não das reparações pelos danos extrapatrimoniais, o que ensejou todo o desenvolvimento da doutrina a respeito dos danos imateriais.

Na América Latina ganhou destaque a doutrina pioneira do jurista peruano Carlos Fernandes Sessarego sobre o dano ao projeto de vida, lançada a partir do ano de 1985, instituto que também guarda estreitas semelhanças com o dano existencial italiano. Em diversos livros, artigos e conferências o Professor Sessarego, da Universidad Nacional Mayor de San Marcos, em Lima-Peru, formulou as bases teóricas fundamentais do dano extrapatrimonial intitulado “dano ao projeto de vida”, cujos ensinamentos ganharam adesão da comunidade jurídica internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (18).

17 FRADA, Manuel A. Carneiro. Nos 40 anos do Código civil português – Tutela da personalidade e dano existencial. *Revista do Ministério Público do RS*: Porto Alegre, n. 82, 2017, p. 195.

18 Conferir: SESSAREGO, Carlos Fernandes. Reconocimiento y reparación del “Dano al proyecto de vida” em el umbral Del siglo XXI. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 65-93.

Conforme assevera Carlos Giovanni Portugal, “o dano ao projeto de vida é aquele que impede a pessoa de realizar seus próprios planos de vida, de levar à cabo suas decisões existenciais.”⁽¹⁹⁾

Aliás, o Código Civil e Comercial da Argentina, aprovado pela Lei n. 26.994 e promulgado em 7 de outubro de 2014, incorpora expressamente a doutrina do dano ao projeto de vida:

Artículo 1738. Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Apesar das diferenças terminológicas, entendemos que o prejuízo ao projeto de vida também compromete a existência da vítima, podendo-se afirmar, por outro lado, que o dano existencial afeta o projeto de vida da vítima, de modo que é desnecessário empreender esforços rigorosos para desvendar as especificidades ou sutilezas dessas duas figuras jurídicas do direito comparado. O legislador brasileiro optou pela nomenclatura de dano “existencial”, conforme sedimentado na Itália, mas o conteúdo jurídico é praticamente o mesmo do dano ao projeto de

vida.

Pelo que foi exposto, pode-se concluir que o dano existencial chega ao direito positivo brasileiro com razoável maturação no direito comparado, o que facilita a compreensão do seu alcance e da sua repercussão nas relações de trabalho.

6.3. Conceito e abrangência

O que se deve entender por dano existencial?

O conceito de dano abrange qualquer lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito que tanto pode ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, nas suas diversas espécies. Prevê o art. 2.101 dos Princípios de Direito Europeu da responsabilidade civil que “o dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”.

Pela redação do art. 223-B da CLT o legislador assegurou a proteção jurídica dos bens extrapatrimoniais genericamente, mas indicou separadamente as espécies dos danos moral e existencial.

O dano moral previsto na Constituição da República de 1988 já acumula mais de três décadas de elaboração doutrinária e sedimentação jurisprudencial consistente no Brasil. Contudo, como foi colocado na Lei Maior com o sentido genérico de dano imaterial acabou por englobar na sua aplicação as diversas modalidades de lesões. Até então, no âmbito trabalhista, a lesão de natureza existencial era percebida e reparada na categoria ampla dos danos morais. Mas, agora, será imprescindível separar as espécies dos danos extrapatrimoniais porquanto ensejam indenizações distintas.

A jurista Flaviana Rampazzo Soares, em cuidadosa dissertação de mestrado sobre

19 PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. *Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 102.

o tema, concluiu que o dano existencial é considerado “como aquele que causa uma modificação prejudicial, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do evento lesivo, precisou suprimir, modificar ou delegar sua realização.”²⁰

Os professores Jorge Boucinhas e Rúbia Zanotelli 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 impede 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.”⁽²¹⁾

Para o magistrado trabalhista 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.⁽²²⁾

Para facilitar a compreensão dessa nova figura jurídica, a professora Flaviana Rampazzo elaborou um interessante roteiro com quatro passos que auxilia na constatação do dano existencial e que pode ser assim sintetizado:

a) Um não mais poder fazer – a pessoa por força da conduta lesiva da qual foi vítima não tem mais condições de praticar algo que tinha o hábito de fazer na vida pessoal ou profissional.

b) Um ter que fazer diferente – Após o ato danoso a vítima terá que passar por um processo de readaptação ou reabilitação para continuar sua atividade, normalmente com redução da produtividade, além das implicações inevitáveis na sua rotina extralaboral.

c) Um ter que fazer que não necessitava fazer antes – Em decorrência do dano injusto a vítima terá que mudar sua rotina, incorporando compulsoriamente outras atividades que demandam tempo, esforço ou incômodo tais como fisioterapia, consultas, assistência para deslocamento e outros procedimentos.

d) Uma necessidade de auxílio para poder fazer – O ato danoso pode determinar a necessidade permanente ou temporária de auxílio de outra pessoa para realização das atividades pessoais ou profissionais que fazem parte do cotidiano da vítima.⁽²³⁾

Pelo roteiro indicado, constata-se o dano existencial quando a vítima não pode mais fazer o que antes fazia; terá que fazer agora o que

20 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 152.

21 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.

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

23 SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 126-127.

não queria; fará diferente o que habitualmente fazia; fará doravante o que antes nunca fazia ou será auxiliada para fazer o que sozinha faria. Se for identificada uma ou algumas dessas situações decorrentes da lesão injusta, estará caracterizado o dano existencial e será cabível o deferimento da respectiva indenização.

Podemos concluir, portanto, que ocorre o dano existencial na relação de trabalho quando o ato lesivo provoca uma alteração não programada na rotina de vida da vítima, prejudicando suas escolhas, suas preferências e opções de lazer, o desenrolar natural da sua agenda diária, com imposição de um roteiro de sobrevivência não desejado. Seus hábitos e o modo de desfrutar o tempo livre são afetados pelo ato danoso, sobrevivendo a necessidade de ajustes, adaptações ou restrições, temporárias ou permanentes, com real prejuízo para a sua qualidade de vida.

6.4. *Dano moral e dano existencial: similitudes e diferenças*

Após a introdução do art. 223-B na CLT o dano moral na seara trabalhista deixa de ter o sentido genérico dos danos imateriais até então considerado e passa a figurar como uma das espécies dos danos extrapatrimoniais, ao lado do dano existencial e do dano estético.

Nessa nova configuração adotada expressamente no texto legal surge o questionamento a respeito das diferenças básicas entre o dano moral e o dano existencial, uma vez que ambos até agora eram tratados conjuntamente.

Antes de esboçar a distinção é imprescindível registrar que a doutrina brasileira debate há algum tempo a concepção

objetiva e a subjetiva do dano moral. Para a primeira corrente o dano moral decorre da lesão à dignidade humana, pela violação aos direitos da personalidade e enseja a indenização independentemente das reações de sofrimento psíquico da vítima. Já a corrente subjetivista do dano moral centra o foco nas sensações desagradáveis provocadas pelo ato danoso, tais como a angústia, a humilhação, o sofrimento, a tristeza, ou seja, a dor no seu sentido mais lato⁽²⁴⁾.

Sérgio Cavalieri enfatiza que “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade”.⁽²⁵⁾

De forma semelhante anotam os juristas Cristiano Faria, Felipe Peixoto e Nelson Rosenvald que “o equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis pode ser explicado de uma forma ainda mais veemente. Trata-se de uma confusão entre sintoma e a causa. Vale dizer, decepção, desgosto, desprazer, dissabor... cada

24 O Enunciado 444 adotado pelo Conselho de Justiça Federal, por ocasião da V Jornada de Direito Civil, fixou o entendimento seguinte: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

25 CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 118.

um desses sentimentos não passa de uma eventual consequência do dano moral. ⁽²⁶⁾

Entendemos neste ponto que podemos distinguir, como já foi feito no direito italiano, o dano-evento como suporte da corrente objetiva e o dano-consequência na compreensão da corrente subjetiva. Os fundamentos jurídicos da reparação estão assentados na violação do bem jurídico tutelado (o dano-evento); mas, os efeitos da lesão são percebidos pelas várias repercussões dos prejuízos e dos sofrimentos suportados pela vítima (dano-consequência). Então, posso analisar o ocorrido olhando prioritariamente para o ato lesivo ou concentrar a observação na ferida causada.

Acreditamos, porém, que para compreensão do todo deve ser feita a aglutinação das duas partes, conjugando os olhares, o que permitirá contemplar a causa e o efeito, o evento e a sua consequência. Não somente a fotografia estática de um ângulo específico, mas a visão integrada e dinâmica do conjunto. Desse modo, a corrente objetiva e a subjetiva devem ser conjugadas para mais bem perceber o dano moral e sua extensão e viabilizar a diferenciação do dano existencial.

A redação conferida aos arts. 223-B e 223-C da CLT prestigia o foco da corrente objetivista do dano moral visto que já indica os bens juridicamente tutelados, cuja lesão pode atrair simultaneamente o deferimento do dano moral e do dano existencial. Desse modo, se analisarmos simplesmente pela concepção objetivista haverá dificuldades para separar o dano moral do dano existencial já

que ambos decorrem de lesão aos direitos da personalidade.

Aliás, na Itália a Corte de Cassação, na Seção de Unificação, em decisão de 2008 (Sentença 26792) concluiu que o dano existencial atende apenas às exigências descritivas, mas não representa uma categoria autônoma e deve ser liquidado no conjunto dos danos não patrimoniais, fixando o seguinte entendimento: “o dano não patrimonial é categoria não suscetível de subdivisão em subcategorias diferentes”. ⁽²⁷⁾

Não é tarefa fácil a distinção entre o dano moral e o dano existencial, porque são espécies do mesmo gênero (o dano extrapatrimonial) e ocupam territórios adjacentes, separados por uma linha demarcatória pouco precisa. Todavia, se depois de constatada a lesão aos direitos da personalidade concentrarmos o olhar nos efeitos causados, poderemos identificar com mais segurança as diferenças.

Merece realce neste estudo a conclusão de Flaviana Rampazzo quando compara o dano existencial com o dano moral puro:

“O dano moral, propriamente dito, tem natureza extrapatrimonial e é subjetivo, porque atinge o moral da pessoa, vale dizer, afeta, negativamente, o seu ânimo (é o que se pode denominar de ‘prostração’) turbando sua esfera interna, transitoriamente. Por tal razão o dano moral puro também é denominado como dano ‘anímico’. Referida espécie de dano está relacionada ao sentimento (à esfera subjetiva e íntima da pessoa), nas palavras de Scognamiglio, caracterizando-se por sofrimento, angústia, abatimento

26 FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 361.

27 Disponível em: <<http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2016/04/Cass.-sez.-un.-11-novembre-2008-n.-26792-Rel.-Preden.pdf>> Acesso em 5 de out. 2018.

que possam ser experimentados pela pessoa atingida por um ato lesivo, que são as mais evidentes manifestações da prostração. (...) O dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.) enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa. ⁽²⁸⁾

A doutrina de Matteo Maccarone, citada por Amaro Almeida Neto, registra esta diferença no direito italiano:

“O dano moral é essencialmente um ‘sentir’; o dano existencial é mais um ‘fazer’ (isto é um ‘não mais poder fazer’, um ‘dever agir de outro modo’). O primeiro refere-se quanto à sua natureza ao ‘dentro’ da pessoa, à esfera emotiva; o outro relaciona-se ao ‘exterior’, o tempo e espaço da vítima. No primeiro toma-se em consideração o pranto versado, as angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo”. ⁽²⁹⁾

Como se verifica, as diferenças entre o dano moral e o dano existencial são mais facilmente percebidas quando se avalia os efeitos da lesão sofrida. Enquanto o dano

moral repercute na esfera íntima da vítima, perturbando o seu estado de espírito pela angústia, mágoa e diversas manifestações emocionais de sofrimento, o dano existencial materializa-se na mudança forçada no modo de viver. O dano moral gera sensações subjetivas de sofrimento, ao passo que o dano existencial é percebido pelas alterações compulsórias das escolhas e do projeto de vida. O dano existencial a mudança compulsória do cotidiano da vítima mostra, o dano moral a alma sente.

Por tudo que foi exposto, as principais diferenças podem ser sintetizadas no quadro abaixo:

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS Art. 223-B da CLT	
Dano moral	Dano existencial
Compromete o equilíbrio emocional (angústia, desconforto, desânimo, tristeza, humilhação etc.)	Compromete a fruição das atividades incorporadas ao <i>modus vivendi</i> : convívio, lazer, religião, arte, esporte etc.
Identifica-se o prejuízo principalmente por sentimentos na esfera íntima	Identifica-se o prejuízo principalmente por impedimentos na vida de relação
Afeta as sensações de bem-estar imediato (Tende a ser transitório)	Afeta as aspirações de realização do projeto de vida (Tende a ser duradouro)
Um incômodo sentimento dolorido	Um não mais poder fazer frustrante
Revolta-abatimento pelo dano injusto	Reprogramação compulsória do projeto de vida

28 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 98-99.

29 ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese*, São Paulo, v. XII, n. 80, p. 31, 2012.

6.5. *Dano existencial trabalhista*

Cabe assinalar neste passo que é sintomático ter sido a legislação trabalhista a primeira a contemplar o dano existencial no ordenamento jurídico nacional, porquanto é praticamente um fato notório que ocorrem e com muita frequência, as lesões por danos de natureza extrapatrimonial nas relações de trabalho. Agora, com o comando legal expresso, certamente haverá um acentuado crescimento dos pedidos de indenização a título de dano existencial.

Em muitas das hipóteses que até agora ensejavam o deferimento de indenização por dano moral é provável que esteja presente também o suporte fático para a condenação por dano existencial, ou seja, desde que o evento danoso tenha repercutido negativamente no cotidiano e no projeto de vida da vítima.

As condutas patronais que afetam os bens jurídicos imateriais dos empregados e provocam os danos existenciais poderão ser identificadas pela violência no local de trabalho, pelo assédio moral ou sexual, pelo trabalho degradante ou trabalho escravo, por acidente do trabalho ou doença ocupacional, por jornada exaustiva, pelo impedimento de fruição dos direitos trabalhistas (descanso, repouso, férias, etc.). Não é possível indicar e exaurir todas as condutas que podem provocar o dano injusto e propiciar o deferimento da reparação por dano existencial, considerando que há múltiplas possibilidades de ocorrências prejudiciais na execução do contrato de trabalho. Mas diante do caso concreto, considerando a diretriz conceitual mencionada, será possível identificar as condutas lesivas que autorizam o deferimento da indenização por dano existencial.

Entretanto, é imperioso mencionar que a figura do dano existencial aparece mesmo com mais nitidez na hipótese de acidente do trabalho ou doença ocupacional. Em muitas ocasiões o acidente do trabalho ou a doença ocupacional representa para a vítima a revisão compulsória dos afazeres do seu cotidiano, o desmonte traumático do seu projeto de vida, o encarceramento numa cadeira de rodas ou o sepultamento dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro melhor.

A indenização pelos danos patrimoniais repõe o prejuízo econômico e atende as necessidades básicas de sobrevivência da vítima, mas não elimina a revolta e a frustração diante da nova realidade, especialmente quando se olha para o futuro. O marco divisório imposto pelo sinistro altera para pior a rotina e o rumo da vida, apontando para uma existência arruinada, sombria, sem perspectivas animadoras.

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. Saem de cena os planos de ascensão profissional, de aprimoramento na carreira, de realizações de ordem artística, espiritual ou de lazer, da aposentadoria para desfrutar do tempo livre... Enfim, a vítima interrompe ou sepulta o seu projeto de vida, livremente escolhido, no curso natural de sua fluência para improvisar necessariamente um modo de sobrevivência possível. Nessas hipóteses, sem dúvida, emerge a figura jurídica do dano existencial.

No Brasil, as decisões pioneiras sobre o dano existencial, na seara trabalhista, tiveram como causa de pedir as jornadas de trabalho excessivas. Informa Fláviana Rampazzo que os primeiros casos surgiram a partir de diversas ações judiciais propostas perante a Justiça do

Trabalho do Rio Grande do Sul contra uma rede de supermercados que submetia os empregados a jornadas de trabalho excessivas, sendo que o primeiro acórdão sobre dano existencial, naquela região, foi proferido em 2012, adotando-se a ementa seguinte:

“Dano existencial. Jornada extra excedente do limite legal de tolerância. Direitos fundamentais. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.” (TRT 4ª Região. 1ª Turma. RO n. 00105.14.2011.5.04.0241. Redator: Desembargador José Felipe Ledur, julgado em 14 mar. 2012) ⁽³⁰⁾

De todo modo, para o deferimento da indenização por dano existencial será necessário

o detalhamento do prejuízo extrapatrimonial sofrido e a comprovação de que foi a conduta ilícita ou injusta do empregador que provocou a alegada alteração na rotina diária ou mesmo da qualidade de vida da vítima. É preciso, portanto, constatar o dano à existência pessoal e a identificação do nexo causal ou pelo menos nexo concausal com a prestação dos serviços da vítima em benefício do empregador. Pode ser, ainda, que o alegado dano existencial ocorra unicamente por fatores extralaborais ou exclusivamente pessoais da vítima, sem conexão direta com o trabalho, o que inviabiliza a reparação do dano por falta do pressuposto do liame causal.

Em síntese, para o acolhimento do pedido indenizatório por dano existencial é imprescindível a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a comprovação do dano, do nexo causal ou concausal e a da culpa ou do exercício de atividade de risco.

A jurisprudência trabalhista já acumula considerável acervo de decisões a respeito do dano existencial, valendo citar alguns julgados:

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 art. 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

30 SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord.). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 119.

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, p. 68, out./dez. 2005).

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.

“Dano moral. Dano existencial. Submissão à jornada extenuante. Prejuízo não comprovado. O dano

existencial é espécie de dano imaterial.

No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas, por parte do empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Ressalte-se, por oportuno, que a prestação de horas extras, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a ensejar a condenação em danos existenciais, cabendo ao trabalhador a efetiva prova acerca da afronta aos seus direitos fundamentais do trabalhador, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso de Revista conhecido e não provido.” TST. 4ª Turma. RR n. 1343-58.2016.5.12.0051, Rel.: Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 29 jun. 2018.

“Indenização. Dano existencial.

Caracterização. Em que pese o poder diretivo do empregador, não é ilimitada a faculdade para conduzir as atividades dos seus empregados ou a forma do desempenho do trabalho. É dizer, os procedimentos patronais devem guardar consonância com princípios consagrados na Constituição Federal, especialmente o da dignidade da pessoa humana. A submissão de empregado a jornada extenuante, que em muito extrapola o quanto permitido

em lei, acarreta-lhe evidente dano existencial, já que a extensa carga horária o impossibilita de manter qualquer projeto extralaboral, familiar e social e vilipendia a proteção à saúde do trabalhador, alçada a garantia constitucional pelo art. 7º, XXII, da CF.” Campinas. TRT 15ª Região. RO n. 0010178-77.2016.5.15.0010, Rel.: Lorival Ferreira dos Santos, DJ 17 jul. 2018.

“Dano existencial. Jornada excessiva. Dano *in re ipsa*. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização - metas pessoais, desejos, objetivos etc) e de relações interpessoais do indivíduo. Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como Dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Nesta esteira, esta Corte tem entendido que a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão recorrido que, além de não usufruir regularmente dos intervalos intrajornada e interjornada, o reclamante laborava em extensa jornada, havendo ocasiões em que laborou 80 horas extras no mês e até 100 horas extras no mês. Assim, comprovada a jornada exaustiva, decorrente da conduta ilícita praticada pela reclamada, que não observou as regras de limitação da jornada de trabalho, resta patente a existência

de dano imaterial *in re ipsa*, presumível em razão do fato danoso. Precedentes da Turma. Recurso de revista não conhecido.” TST. 2ª Turma. RR n. 11307-26.2015.5.03.0095, Rel.: Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 21 set. 2018.

7. 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 esta 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 convivia 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 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 art. 5º, XXXV 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 neste 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.

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.

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 n. 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 art. 223-B fere a Constituição da República e 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. Tanto que o art. 223-G estabelece no parágrafo primeiro que o juízo fixará a indenização a ser paga “a cada um dos ofendidos”.

Aliás, essa interpretação é reforçada pela disposição introduzida pelo § 5º do art. 223-G, por intermédio da Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017, que vigorou no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018, ao estabelecer que os parâmetros 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.

Por fim, entendemos que a reforma trabalhista ao pretender limitar a titularidade exclusiva dos lesados por intermédio de lei ordinária, não afasta a legitimação extraordinária prevista nas ações civis públicas ou coletivas, cujos fundamentos estão insculpidos diretamente na Constituição da República.

8. Responsáveis 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 até mesmo da atividade principal. 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 deste 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, serviçais 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 ⁽³¹⁾.

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

Entendemos seguramente que sim. Em primeiro lugar, porque a redação do dispositivo não foi taxativa no sentido da exclusão da responsabilidade patronal, ainda que parcial. 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 art. 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 art. 19, § 1º 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

31 Asseveram 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; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 732.

foi revogado. Por último, a norma não afastou a solidariedade dos coautores da ofensa extrapatrimonial, conforme bem assentado no art. 942 do 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.

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 Civil⁽³²⁾ ou mesmo promover o desconto nos salários⁽³³⁾. 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 art. 462, § 1º, 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

32 Código 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.”

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

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.”⁽³⁴⁾

Nada mais justo, porquanto quem usufrui dos bônus deve suportar os ônus, como assevera a antiga parêmia *qui habet commoda, 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 CLT⁽³⁵⁾, o art. 16 da Lei n. 6.019/1974, que trata do trabalho temporário⁽³⁶⁾, e o art. 8º da Convenção n. 167 da Organização Internacional do Trabalho⁽³⁷⁾. Em período mais recente, a Lei

34 FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil. 3ed.* São Paulo: Atlas, 2018. p.734

35 CLT, 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.”

36 Lei 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.”

37 OIT. Convenção 167, art. 8º: “Quando dois ou

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 art. 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 art. 5º-A o § 5º que estabelece, sem margem a dúvidas: “A empresa contratante é subsidiariamente

.....
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.

responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços...”.

Esse entendimento ficou ainda mais fortalecido pela decisão do Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 958.252, na sessão do dia 30 de agosto de 2018, em sede de repercussão geral reconhecida (Tema 725), fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

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 art. 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).

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 extrapatrimoniais, 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 estes 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 o legislador sobre a reparação não patrimonial ou reparação *in natura* do dano moral, como vem

apontando a doutrina.³⁸ Poder-se-ia indicar, ademais, se o comportamento ilícito que gerou o dano 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 neste passo que o STF vai decidir oportunamente se é aplicável ou não a responsabilidade objetiva nas indenizações por acidente do trabalho, conforme previsto no art. 927, parágrafo único, 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 que o trabalhador subordinado não goza de autonomia e verdadeira 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 funcional e sem garantia de emprego impede que atue em condições de livre manifestação da vontade

38 Por ocasião da VIII Jornada de Direito Civil, realizada em 2018 pelo Centro de Estudos da Justiça Federal, foi adotado o Enunciado 589, com o seguinte teor: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.”

perante o empregador.

O magistrado, portanto, após analisar a especificidade da ofensa e ponderar os tópicos do roteiro de apreciação indicado na lei, mais outros pontos que sobressaiam 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 magistrado.

Merece realce a previsão introduzida pela Medida Provisória n. 808/2017 que vigorou no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018, 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 redação alterada, 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 pela redação original do § 3º do art. 223-G, que foi restaurada com a perda de eficácia da Medida Provisória n. 808/2017, só cabe agravar a indenização se ocorrer reincidência da ofensa entre partes idênticas, hipótese praticamente inexistente ou raríssima. Entendemos que era muito mais razoável a mudança introduzida pela MP 808 mencionada porque bastava 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 sofreria condenações maiores pela reincidência da ofensa, com o propósito de influenciá-lo no sentido de rever sua conduta ilícita.

11. O tabelamento do dano extrapatrimonial trabalhista

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

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 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, e que instituía três níveis de ofensas (leve, média e grave) para fins de fixação do valor da indenização. Vale registrar que este 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 neste 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 esta 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 complessiva 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. Contudo, há no novo texto legal uma lacuna importante ao não especificar qual a periodicidade do salário contratual que deve ser considerada, quando a própria reforma utiliza a expressão “salário mensal” ao introduzir o parágrafo único no art. 444 da CLT. De todo modo, considerando o costume e a tradição jurídica a respeito do tema, entendemos que se deve considerar o salário contratual mensal ajustado (fixo ou variável) e as parcelas que integram o salário, como as gratificações legais e as comissões pagas (Art. 457, § 1º da CLT).

Entendemos também que 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 art. 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, neste exemplo hipotético:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL — ART. 223-G DA CLT

Lesado — Salário — Grau da ofensa	Estagiário R\$ 998,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve — 3x	R\$ 2.994,00	R\$ 6.000,00	R\$ 30.000,00	R\$ 45.000,00
Ofensa média — 5x	R\$ 4.990,00	R\$ 10.000,00	R\$ 50.000,00	R\$ 75.000,00
Ofensa grave — 20x	R\$ 19.960,00	R\$ 40.000,00	R\$ 200.000,00	R\$ 300.000,00
Ofensa gravíssima — 50x	R\$ 49.900,00	R\$ 100.000,00	R\$ 500.000,00	R\$ 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.

Diante desses fundamentos, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília em 2016, foi adotado o Enunciado n. 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. 808/2017, que vigorou no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018, alterou o § 1º do art. 223-G que passou a ter,

naquele período, 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 efeito, para as lesões ocorridas no período de vigência da MP 808/2017, a indenização pelo dano extrapatrimonial não poderá ser fixada de acordo com o padrão

salarial da vítima, porquanto o teto estabelecido para cada grau de ofensa considera apenas os múltiplos do valor do benefício máximo do Regime Geral da Previdência Social. Então, pelo menos neste aspecto, naquele espaço temporal, 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 2018 do limite máximo para os benefícios da Previdência Social (R\$ 5.645,80 — Portaria MF n. 15, de 16 jan. 2018), as vítimas do acidente hipotético, acima mencionado, receberiam indenizações obedecendo aos parâmetros máximos seguintes:

Mas este 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 desta 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 — por óbvio — 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 neste sentido, ao interpretar os Incisos V e X do art. 5º da Constituição de 1988:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL — ART. 223-G DA CLT – LESÕES OCORRIDAS NO PERÍODO QUE VIGOROU A MP N. 808/2017				
Lesado — Salário — Grau da ofensa	Estagiário R\$ 954,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve — 3x	R\$ 16.937,40	R\$ 16.937,40	R\$ 16.937,40	R\$ 16.937,40
Ofensa média — 5x	R\$ 28.229,00	R\$ 28.229,00	R\$ 28.229,00	R\$ 28.229,00
Ofensa grave — 20x	R\$ 112.916,00	R\$ 112.916,00	R\$ 112.916,00	R\$ 112.916,00
Ofensa gravíssima — 50x	R\$ 282.290,00	R\$ 282.290,00	R\$ 282.290,00	R\$ 282.290,00

“Ementa: Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei n. 5.250/67. Inadmissibilidade. Normão 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 de veras, 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 da inconstitucionalidade do tabelamento ou “tarifação” do dano moral foi abordado expressamente no julgamento por quase todos os Ministros da Corte.

Diante do que foi exposto, entendemos também que a disposição do art. 223-G, § 1º, 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. 808/2017, que vigorou de 14 de novembro de 2017 até 23 de abril de 2018, estabeleceu 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 art. 223-G, § 1º, da CLT, podendo ser fixado além do limite estabelecido para a ofensa de natureza gravíssima.

12. O dano extrapatrimonial coletivo

Como advento da reforma trabalhista surgiu o questionamento: o dano extrapatrimonial coletivo de natureza trabalhista estará ou não sujeito ao tabelamento indicado no art. 223-G introduzido na CLT?

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 art. 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 expreso, 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 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 as 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 matriz constitucional (art. 129, III), razão pela qual não poderia mesmo a lei ordinária da reforma trabalhista limitar ou alterar o seu alcance⁽³⁹⁾.

39 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público

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 coletiva⁴⁰. 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, que trata da elaboração e redação das leis, cujo art. 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 da Lei n. 13.467/2017

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

.....
e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

40 Lei 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.

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.

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-fixo, 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 art. 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 nosso entendimento é que o novo regramento do dano extrapatrimonial somente será aplicado para as ofensas ocorridas a partir de 11 de novembro de 2017, considerando, ainda, as alterações promovidas pela Medida Provisória n. 808/2017 no período da sua vigência, qual seja, de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018. 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, ressalvando-se a garantia da irredutibilidade salarial⁴¹. 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 espancar 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.”

Mesmo com a perda de vigência da referida Medida Provisória, conforme já mencionado, entendemos que prevalece a regra acima enunciada, em sintonia com os princípios e diretrizes jurisprudenciais a respeito do direito intertemporal adotados pelo Excelso STF. Logo, 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. Mas, como o tema envolve intensas polêmicas, cabe anotar que somente após a sedimentação do entendimento pela jurisprudência das Cortes Superiores é que o assunto estará pacificado.

41 STF. 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.