

Quanto vale a existência do trabalhador brasileiro? Um estudo sobre dano existencial à luz do novo art. 223-G, §1º, da CLT

How much is the existence of the Brazilian worker? A study on existential damage in the light of new art. 223-G, §1º, CLT

Arthur Pinheiro Basan¹

UNISINOS

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges²

UNIFASC

Sumário: 1. Introdução. 2. A “virada kantiana” no direito privado brasileiro: a dignidade humana como fim último. 3. Dano existencial. 4. Dano existencial no direito estrangeiro. 5. Dano existencial na justiça do trabalho no Brasil. 6. Do salário do trabalhador como parâmetro para fixação do quantum da compensação por dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas. 7. Conclusão

Resumo: O presente texto abordará a virada kantiana no Direito privado brasileiro, em especial quanto aos direitos humanos e sociais, que consolidou a proteção da pessoa como diretriz fundamental do direito. Nesta senda, destaca-se a responsabilidade civil pelo dano existencial como forma de tutelar as vítimas de eventos traumáticos. Em verdade, o foco do trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, é demonstrar como o dano existencial é tratado no direito estrangeiro e no Brasil, em especial na justiça do trabalho. Destarte, a finalidade final aqui é demonstrar a impossibilidade do salário do trabalhador ser utilizado como parâmetro para fixação do quantum da compensação por dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas, sob pena de transformar-se a proteção da pessoa numa diretriz inócua no Direito trabalhista. Na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo.

Palavras chaves: Direitos fundamentais; Dano existencial; justiça trabalhista.

Abstract: The present text will address the Kantian turn in Brazilian private law, especially as to human and social rights, which consolidated the protection of the person as the fundamental guideline of law. In this path, civil liability for existential damage is highlighted as a way to protect victims of traumatic events. In fact, the focus of the work, through qualitative bibliographical research, is to demonstrate how existential damage is treated in foreign law and in Brazil, especially in labor justice. Thus, the final purpose here is to demonstrate the impossibility of the worker's salary being used as a parameter for fixing the quantum of compensation for off-balance-sheet damage in labor relations, under penalty of transforming the person's

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS e mestre em Direito pela UFU. Professor adjunto da UNIRV (GO).

² Mestre em Direito pela UFU. Professor do curso de Direito da Unifasc (GO) e na FacCidade (GO). Advogado.

protection into an innocuous guideline in labor law. In writing, the deductive procedure was used.

Keywords: Fundamental rights; Existential damage; labor courts.

1. INTRODUÇÃO

De um modo geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a destacar a queda do regime nazifascista, o estudo jurídico passou por profundas e consideráveis transformações, em especial, pela reanálise da teoria positivista, isenta de caráter ético na sua formulação estrutural e formalista.³

Neste sentido, o valor da dignidade humana passa a compor o topo da hierarquia normativa, como forma de evitar que as atrocidades ocorridas no contexto das Grandes Guerras fossem novamente admitidas. Neste sentido, Gregorio Robles afirma que “a grande lição do século XX é que o mal político é a ditadura. A lembrança dos regimes de Hitler e Stalin deve estar sempre presente na consciência coletiva de toda sociedade, para que assim seja possível dizer com convicção: Nunca mais!”⁴

Como se nota, em razão das inúmeras barbaridades cometidas contra a vida humana durante esse período, é possível perceber, como reflexo desse momento histórico, a internacionalização dos direitos fundamentais, em especial com a Carta da ONU de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Dentro desse contexto, se a Segunda Guerra Mundial simbolizou quebra com relação aos direitos humanos, o Pós-guerra demonstrou a esperança de reconstrução da própria concepção de respeito à vida e os direitos fundamentais inerentes. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos de um modo geral, alternando paradigmas e gerando um novo referencial ético que conduz a ordem internacional contemporânea. Dessa forma, esse período demonstra o nítido repúdio à concepção positivista clássica, de um ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos, confinado a ótica meramente formal e estrutura, em especial, ao se considerar que o nazismo e o fascismo tiveram o seu nascedouro dentro da legalidade à época, e promoveram a barbárie que se sabe, tudo dentro da ótica da lei.⁵

Em outras palavras, os direitos fundamentais ganharam maior destaque nos estudos jurídicos, em especial, enquadrando o valor da dignidade da pessoa humana como princípio normativo que dá forma e guia todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, alterando toda a concepção de hermenêutica jurídica.

Apesar de relativamente tardio se comparado à Europa, no Brasil, o grande marco teórico para essa verdadeira “virada kantiana” no pensamento jurídico pátrio é a Constituição Federal de 1988, a qual pôs fim normativo ao período autoritário de ditadura militar vigente desde a Constituição de 1967.

A expressão “virada kantiana” reside “ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant”⁶, promovendo uma notável reaproximação entre a ética e o direito, isto é, buscando a fundamentação moral dos direitos humanos, além disso, a fundamentação de uma justiça fundada no imperativo categórico.

³ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ ROBLES, G. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 79.

⁵ PIOVENSAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20.

⁶ ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

Vale lembrar que não é somente o Estado que é responsável pelo respeito (aspecto negativo) e pela concretização efetiva (aspecto positivo) dos direitos fundamentais das pessoas, de modo que, a própria constituição prevê que a vida em sociedade, também composta por pessoas privadas, deve ser construída de forma solidária (conforme art. 3º, inciso I).

Vale lembrar que não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson⁷, isto é, a ideia de que o Direito necessita da sociedade como pressuposto de existência. Diante disso, têm-se pistas de que o Direito só pode ser coerente com os critérios de justiça por si só estabelecidos se, também, manter o solidarismo como exigência fundante.

Em verdade, é necessário destacar que os direitos fundamentais no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a vincular todas as situações jurídicas presentes no dia-a-dia das pessoas, inclusive as originadas de relações privadas, como as relações trabalhistas, posto que no atual contexto despontam com forças cada vez maiores as empresas privadas, que podem infringir direitos fundamentais tanto ou até mais que o próprio Estado.⁸

A partir disso, passa-se a compreender uma concepção pluridimensional dos direitos fundamentais⁹, isto é, a eficácia desses direitos passa a ser perante as relações jurídicas entre pessoas e o Estado (eficácia vertical), e também nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

É relevante deixar claro que a expressão “eficácia horizontal” sofre duras críticas, uma vez que mesmo as relações entre particulares podem ser marcadas pela desigualdade fática, como nos contratos de consumo, não sendo, portanto, relações jurídicas “horizontais” nem tão pouco “paritárias”. De qualquer modo, o presente trabalho optou pelo uso de “eficácia horizontal” principalmente pelo consenso que a própria expressão gera, a saber, que se trata de relações entre privados, não estando o Estado em nenhum dos pólos.

Mesmo assim, é importante evidenciar que a utilização dessa terminologia não pode criar a falsa ideia de que os particulares dessa relação estejam em situações simétricas, em patamar de igualdade. Reconhecer isso seria entrar em contradição com a própria razão de ser da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações.

¹⁰

Ora, é diante desse contexto, em que os direitos fundamentais, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, passam a espargir seus efeitos por todo o sistema jurídico brasileiro, em especial, na relação jurídica trabalhista, que o presente trabalho se justifica.

Conforme será exposto, no atual contexto social, existem diversas situações danosas que atingem a real situação jurídica existencial da pessoa humana. Dito de outro modo, é possível notar que existem situações em que o dano pode ser considerado existencial, posto que, em última análise, configura um prejuízo à saudável existência da pessoa, isto é, impede ou prejudica a vítima de realizar determinada atividade praticada usualmente e que fazer parte, obviamente, da normalidade de sua existência digna.

⁷ EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 26.

⁸ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 47.

⁹ SCHENK DUQUE, M. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

¹⁰ SCHENK DUQUE, M. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

2. A “VIRADA KANTIANA” NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: A DIGNIDADE HUMANA COMO FIM ÚLTIMO.

Por um panorama geral, no final do século XX, sob a denominação de “virada kantiana”, alguns filósofos, denominados *neokantianos*, passaram a descrever uma relação evidente entre ética e direito e a busca por valores. Torres¹¹ afirma que a expressão foi empregada por O. Höffe, em meados dos anos de 1970, marcando uma reaproximação entre o direito e a moral.

Vale lembrar que é dentro desse contexto de aproximação entre Direito e moral, em especial nos princípios de justiça, que se destaca a objetividade dos valores, de modo a possibilitar a inserção destes, positivados como princípios, no ordenamento jurídico, a revelar, como expõe Nozick¹², a importância da argumentação jurídica.

Assim sendo, é possível considerar a “virada kantiana” como expressão daquilo que se encontra acima de qualquer preço, como a pessoa humana, e como tal compreende uma dignidade, justificando esse ideal como a própria finalidade do Direito. Mas qual é a relação dessa ideia de “virada kantiana”, de uma reaproximação entre direito e moral, por meio da positivação de valores, com o Direito privado brasileiro, sobretudo no que tange às relações trabalhistas e os danos existenciais?

Com efeito, Meireles, com base em Kant, afirma que as pessoas não têm preço, e sim dignidade, de modo que “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”¹³

A princípio é preciso considerar que a “virada kantiana” no Direito pode ser resumida ao direcionamento da pessoa humana como epicentro do sistema jurídico. Com efeito, no presente texto, será feita uma abordagem pelo modo com que esse fenômeno se deu no ordenamento brasileiro, inicialmente, de uma maneira geral por toda a jurisdição pátria, para logo em seguida descrever a transformação no direito privado e, mais especificadamente, sua influência na compreensão do dano existencial.

Desse modo, de uma maneira geral, Barroso descreve, como um dos marcos filosóficos de transformação jurídica brasileira, ocorreu a aproximação entre o Direito e filosofia, dada pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste mesmo sentido, defende o autor que a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco teórico que justifica essa “virada kantiana” no Direito pátrio.¹⁴

Ora, nada mais notável do que perceber que a Constituição, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana¹⁵, fez um giro epistemológico, posicionando no centro do ordenamento jurídico a pessoa humana. Vale lembrar, conforme afirma Perlingieri, que “o princípio da tutela da

¹¹ LOBO TORRES, R. *A jurisprudência dos valores*, em VV.AA. (SARMENTO, D. org.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p. 503-525.

¹² NOZICK, R. Invariances. *The Structure of the Objective World*. Apud. TORRES, Ricardo Lobo. *A jurisprudência dos valores*, em VV.AA. (SARMENTO, D. org.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p.511.

¹³ MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.301.

¹⁴ ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

¹⁵ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro*, em VV.AA. (TEPEDINO, G org.) *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado.”¹⁶

Em razão disso, é possível perceber que diante do contexto de uma Constituição dotada de direitos fundamentais como a brasileira, o Direito privado, de uma forma geral, também passou a sofrer fortes influências da Carta constitucional e, não obstante, das próprias mutações da sociedade, que exigiam uma normatização privada mais condizente com os anseios democráticos, sociais e humanistas esculpido na Constituição.

Em outras palavras, é dizer que das mudanças no contexto social que ocasionaram a elaboração de uma nova Constituição, em verdadeira “virada kantiana”, também influenciaram mudanças nas normas de direito privado, enquanto “direito dos particulares como portadores de sua própria singularidade”.¹⁷ Neste mesmo diapasão defende Tepedino que:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.¹⁸

Diante disso, o Direito privado passa a enquadrar também a pessoa humana como fonte, em primeiro plano, de todo o seu ordenamento, praticando também uma verdadeira “virada kantiana”, do qual o direito trabalhista não escapou.

Neste mesmo diapasão é o pensamento de Perlingieri ao reconhecer a importância do primado dos valores da pessoa humana no âmbito do direito privado, segundo o qual:

[...] o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito privado possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista, fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.¹⁹

Neste sentido, é importante notar que nem todas as pessoas possuem situações patrimoniais a serem protegidas (crédito, propriedade etc.), entretanto, são comuns a qualquer pessoa humana, em especial em situação de empregado, as diversas situações existenciais e que, por consequência, exigem tutela (vida, saúde, honra etc.)²⁰. Tal fato dá indícios de que, sob essa ótica, o vértice do direito privado

¹⁶ PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 460-461.

¹⁷ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

¹⁸ TEPEDINO, G. *Do sujeito de direito à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

¹⁹ PERLINGIERI, P. *A doutrina do direito civil na legalidade constitucional*, em VV.AA. (TEPEDINO, G. org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

²⁰ MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. XVIII.

só pode estar contido no *ser* em supremacia ao *ter*, isto é, na realização dos legítimos interesses existenciais das pessoas.²¹

Diante disso, sob o prisma da virada kantiana no direito privado, além do fundamento evidentemente humanista, destaque para a função social de seus institutos, a qual alterou substancialmente a análise das relações trabalhistas. Dito de outra maneira, o direito do trabalho não pode ser mais visto como um ramo do direito que protege o empregado ou que visa dar segurança jurídica ao empregador, tão somente. É preciso ir além, ou seja, enquadrar o direito do trabalho como um ramo do direito privado necessário para a tutela das pessoas (empregador e empregado) na realização das suas legítimas expectativas jurídicas, de maneira solidária.

Desse modo, de maneira ainda mais específica, nas situações existenciais fica nítido que não há linha divisória entre o interesse individual e o coletivo ou social, uma vez que afeitas à tutela da pessoa humana, não havendo no ordenamento jurídico pátrio fim social maior que este. É dizer que, sob o prisma da solidariedade, a tutela da pessoa humana deve ter sempre análise prioritária, em espécie, visando reparar o dano existencial.

Neste mesmo sentido, tratando dessa primazia dada pelo Direito privado à pessoa humana, defende Tepedino que “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.”²² Com efeito, dessa primazia humana, situando a pessoa nas peculiaridades de sua subjetividade, afirma Martins-Costa que:

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.²³

Diante de todo o exposto, pelos aspectos supramencionados, de tutela da pessoa dentro do ordenamento, em nível constitucional ou infraconstitucional, por leis gerais ou especiais, é notável de certa forma uma “virada kantiana” no direito brasileiro, dando ainda maior relevância, a nível de direito privado, a promoção das situações existenciais das pessoas humanas.

Assim, acrescentando ao já exposto, é preciso, conforme se fará adiante, descrever, de fato, como se qualifica a situação jurídica tida como passível de qualificar o dano em “existencial”.

3. DANO EXISTENCIAL

A responsabilidade civil, da qual o “dano” se enquadra como um necessário pressuposto, talvez seja um dos institutos jurídicos que mais se adegue às mudanças e alterações sociais, flexibilizando-se de acordo com o contexto. Em verdade, a

²¹ EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 75.

²² TEPEDINO, G. *O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais*, em VV.AA. (TEPEDINO, G. org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

²³ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

própria noção de dano, evidentemente, sofre fortes mutações ao se considerar as alterações dos perfis sociais em dadas sociedades, de modo que, em um sistema jurídico que enquadra a pessoa como epicentro jurídico, como o brasileiro, é possível notar a progressiva valorização da dimensão existencial nas relações jurídicas.²⁴

Assim, considerando que a responsabilidade civil baseia-se no mandamento romano do *neminem laedere*, isto é, sob a lógica da máxima “não lesar ninguém”, ocorrendo a violação de uma situação existencial conseqüentemente virá o dever de indenizar. Abordando sob outra maneira de visualizar, é dizer que no sistema jurídico brasileiro, pautado na tutela da pessoa humana, a lesão produzida no âmbito existencial da vítima deve ser reparada, conforme os preceitos da responsabilidade civil.

Com base nisso, é preciso destacar que, conforme supracitado, é possível conceituar, de maneira genérica, o dano existencial como o fato desabonador que prejudica a existência saudável da vítima, interrompendo o seu cotidiano comum. Enquadra-se, portanto, em dano existencial, a situação em que a pessoa fica impedida de realizar as atividades de vida que realizava cotidianamente ou fica impedida de fazer as suas atividades habituais do modo que fazia, produzindo, como consequência, uma interrupção na sua fruição digna de existência.

Em resumo, é possível perceber que o dano existencial funda-se na lesão da pessoa à liberdade de atuar de forma plena na realização de sua esfera individual, comprometendo, em última análise, a sua qualidade digna de vida.

Desse modo, é possível enquadrar o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, que vai além do prejuízo material ou pecuniário e, ainda assim, diferencia-se do dano moral puro. Não obstante, o dano existencial também se difere de outras espécies de danos extrapatrimoniais, como o dano à saúde ou à integridade física, apesar de muitas vezes ter origem nestes danos.

Com efeito, o dano existencial é o dano com potencialidade, posto que ao impedir a prática de atividades cotidianas que garantiriam a manutenção da qualidade de vida à vítima, a lesão acaba por se projetar ao futuro, como nos exemplos colhidos da jurisprudência, em que a pessoa ficou impedida de tocar o instrumento musical que tinha como hobby, impossibilitada de praticar os esportes que gostava ou até mesmo incapaz de ter uma vida sexual ativa.

De maneira brilhante a obra pioneira da professora Soares sobre o assunto conceitua o dano existencial como que:

[...] a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, seja um conjunto de atividades que a vítima do dano normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, preciso modificar sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina.²⁵

Pelo exposto, nota-se que a doutrina brasileira e a própria jurisprudência ainda são tímidas no que se refere ao estudo e aplicação do dano existencial. Em verdade, o tema é amplamente tratado no direito estrangeiro, em especial na Itália, onde têm-se pistas de ter sido originado.²⁶ Em razão disso, destacada a importância

²⁴ PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 760.

²⁵ RAMPAZZO SOARES, F. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

²⁶ ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1041

do assunto no contexto jurídico brasileiro, é relevante também uma breve abordagem acerca do tema no direito comparado.

4. DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

O cerne do dano existencial aparentemente se deu pela constatação de que a violação de direitos fundamentais que interferissem no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele praticadas deveria ser reparada, apesar de muitas vezes não ser possível enquadrar o prejuízo evidenciado na clássica bipartição dano patrimonial/ dano extrapatrimonial. Dito de outro modo, o dano existencial surgiu com a constatação de que a violação de um projeto de vida pessoal deveria ser tutelado juridicamente, sob pena de se esvaziar o próprio conceito de vida digna.²⁷

A professora Lopez, de maneira acertada, expõe que o dano existencial, apesar de originalmente surgido na Itália, possui correspondentes em outros países, inclusive com fundamentos diversos. Nas palavras da professora:

Na França, chama-se préjudice d'agrément. Nos Estados Unidos e Reino Unido fala-se em loss of amenities of life. Na Alemanha, com a reforma do BGB em 2002, foi acrescentado ao §253 inciso que estabelece a indenização por dano ao corpo, à saúde, à liberdade e autodeterminação sexual, além de compensação em dinheiro por danos não patrimoniais. No Peru, já no Código Civil de 1984, há a proteção à vítima de dano al proyecto de vida. O Proyecto de Código Civil y Comercial argentino, Dec. 191/2011, em seu art. 1738, ao tratar da indenização, prevê consequências na violação dos direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, de sua saúde psicofísica, de suas afeições espirituais legítimas e naquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida.²⁸

Assim, é possível notar que no Direito francês, considera-se dano semelhante ao existencial a privação de alegrias próprias da existência, englobando prazeres específicos como os hobbies ou práticas esportivas. Além disso, é também considerado dano a privação do prazer da vida normal, incluindo o dano juvenil ou o impedimento das crianças de praticarem as atividades inerentes de sua idade.

Na Alemanha, o dano existencial surge na jurisprudência em casos como o de violação da autodeterminação informativa, decorrente de exame de HIV realizado sem autorização, a manutenção de uma gravidez de criança não desejada, como lesão ao planejamento familiar, e, não obstante, a frustração de férias devidamente preparadas.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, o dano existencial surge em situações em que há impossibilidade ou redução da capacidade da pessoa de aproveitar as atividades e funções normais da vida.

Pelo exposto, é possível notar que apesar de surgir em diversas facetas, as várias possibilidades apresentadas como forma de tutelar as situações jurídicas existenciais da pessoa se rendem a um fundamento comum, qual seja, a promoção humana dentro do projeto de vida elaborado livremente pela vítima do dano existencial. Nas palavras do professor Neto:

[...] toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o

²⁷ ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1079

²⁸ ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1042.

indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer de sua vida da melhor forma que lhe pareça sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar, e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esportes, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.²⁹

Evidentemente, como qualquer outra espécie de dano extrapatrimonial, o dano existencial não pode ser tarifado ou tabelado, muito menos limitado de maneira *a priori*, afinal, o dano ao projeto de uma vida só pode ser auferido a partir das especificidades do caso concreto, em busca da ética da situação.³⁰ Dito de outro modo, em razão da potencialidade de lesão, decorrente do dano existência, é preciso buscar-se a compensação integral, independentemente de parâmetros fechados.

5. DANO EXISTENCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Conforme acórdão da 2.^a Turma da Corte Laboral do Rio Grande do Sul, "há dano existencial quando a prática de jornada excessiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar"³¹.

Outra situação de dano existencial em relações trabalhistas é o chamado *mobbing*, que consiste na humilhação e o medo no trabalho, tanto praticado verticalmente (do superior hierárquico com relação ao subordinado), quanto horizontalmente (entre empregados do mesmo nível hierárquico na empresa). O *mobbing* pode gerar doenças laborais, causando verdadeiros traumas psicológicos no trabalhador.

Há, também, o assédio sexual nas relações trabalhistas, seja com aproveitamento abusivo dos subordinados por seus superiores, exigindo-lhes favores sexuais, seja no plano horizontal.

Na mesma linha, atividades insalubres ou perigosas podem deixar sequelas que prejudicam todo o projeto de vida do trabalhador, caracterizando o dano existencial.

Assim, mostra-se extremamente importante afastar a restrita concepção de que danos imateriais necessariamente se ligam a dor e sofrimento, da mesma forma que não se deve, em tais situações, priorizar a previsibilidade como instrumento da segurança jurídica, considerando a subjetividade de tais lesões, pois a lesão à dignidade humana não necessariamente se manifesta por abalos emocionais, mas provocam alterações involuntárias no próprio plano existencial, sendo, pois, mais difíceis de comprovar e, conseqüentemente, reparar.

²⁹ ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Doutrinas Essenciais – Dano moral, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1088

³⁰ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹ Citação retirada de reportagem do jornal Valor Econômico. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/3344276/excesso-de-horas-extras-gera-danos-existenciais#ixzz2IHuEskyW>> Acesso em 14 de mar. de 2019

Assim, não necessariamente o dano existencial na seara laboral advém do desrespeito às normas trabalhistas, podendo, também, ser proveniente até mesmo da observância da norma, como é o caso da realização de horas extraordinárias ou das sequelas deixadas por atividades insalubres e perigosas, ou, ainda, aquelas causadas por assédio moral ou sexual.

Portanto, mesmo com o correto pagamento das horas extras, ou do adicional salarial correspondente, não se diminui os prejuízos que podem vir a ser gerados aos projetos de vida e relações do trabalhador, configurando assim, a ocorrência do dano existencial.

6. DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM DA COMPENSAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.

De toda forma, como todo dano não patrimonial, o grande problema do dano existencial reside na fixação do *quantum debeat* da indenização.

É dizer:

A inexistência de critérios seguros, ou legais, para a estipulação do *quantum* indenizatório [...] tem feito com que a jurisprudência majoritariamente afirme e reafirme, sem maiores justificativas atinentes ao caso concreto, a existência de um caráter punitivo, a ser sempre considerado na reparação como forma de dissuadir condutas ilícitas e antissociais através da penalização do ofensor e, mesmo que em pequena medida, como meio de aumentar o valor das indenizações pagas sob aquele título³².

Tal função punitiva está inserida numa problemática específica e tortuosa: avaliar e liquidar o dano extrapatrimonial.

De um lado, como em qualquer situação compensatória, deve-se compensar a vítima pelos danos sofridos, na chamada função compensatória da responsabilidade civil. Por outro lado, para evitar que novos danos ocorram, deve-se considerar a condição econômica do ofensor, na chamada função punitiva, ou pedagógica, ou exemplar, da responsabilidade civil³³.

Assim, há que se punir o ofensor, mas não se pode enriquecer a vítima. Não obstante, obrigatoriamente, a vítima será “enriquecida”, pois estará recebendo, devido ao caráter punitivo, mais do que a mera compensação exigiria³⁴.

Talvez para resolver o problema, o legislador brasileiro, pelo menos em sede laboral, resolveu limitar o valor da compensação conforme o salário do ofendido, conforme art. 223-G, §1º, da CLT, *verbis*:

§ 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;

³² CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 28.

³³ CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 31-32.

³⁴ CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 33.

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.³⁵

O problema foi que a saída encontrada pelo Legislativo levou a dor do pobre a valer menos que a do rico.

Explicamos por meio de um exemplo: se o *office boy* de uma empresa, cujo salário é de R\$1000,00 (mil reais), sofre um dano existencial que o magistrado considera como de natureza gravíssima, sua indenização será limitada ao valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Em contrapartida, se um diretor da mesma empresa sofre o mesmo dano e o magistrado considera a exata mesma natureza para a ofensa, ele poderá receber uma indenização de até R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

É dizer, a existência do *office boy* dessa empresa vale 50 vezes menos do que a do diretor, o que viola a igualdade estabelecida no art. 3º, IV, da Constituição da República.

Ademais, considerando a possibilidade de a empresa ser muito grande e, portanto, girar muito dinheiro, é possível que a limitação máxima da indenização por dano extrapatrimonial a 50 vezes o último salário contratual do ofendido não chegue a cumprir a função punitiva da responsabilidade civil.

Sendo assim, forçoso concluir que o tratamento dado pela legislação trabalhista ao dano existencial não é o adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, concluímos que a virada kantiana no direito privado foi salutar, pois tirou o foco do direito privado do patrimônio, e voltou sua atenção à pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico, com a cláusula geral de tutela da personalidade.

A partir daí, a responsabilidade civil passa a ter função importantíssima na proteção à dignidade humana, de forma que todo dano deve ser ressarcido, inclusive o chamado dano existencial.

Na seara laboral, o dano existencial pode acontecer de várias maneiras: excesso de horas extras (prejudicando o convívio do trabalhador com seus familiares), assédio moral no ambiente de trabalho, acidentes e doenças laborais com o condão de prejudicar o projeto de vida do trabalhador, etc.

O grande problema – não só com o dano existencial mas com qualquer dano imaterial na seara trabalhista – está na limitação imposta pelo §1º do art. 223-G da CLT, que utiliza o salário contratual como parâmetro limitador do *quantum debeatur* da responsabilidade civil em sede laboral.

Essa norma leva o ordenamento a conferir maior peso à dignidade do trabalhador que recebe mais do que à do trabalhador que recebe menos e ainda representa limitação à função punitiva da responsabilidade civil, vez que não considera o faturamento do causador do dano, mas as condições econômicas da vítima.

Tal dispositivo, ao nosso ver, é uma afronta ao princípio da igualdade e, portanto, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁵ BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins.* Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIOVENSAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMPAZZO SOARES, F. *Responsabilidade civil por dano existencial.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROBLES, G. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.* Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- SCHENK DUQUE, M. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- TEPEDINO, G. (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil, Tomo II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil.* 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.