

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Luciana de Aboim Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-076-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

Os trabalhos científicos publicados nos anais do CONPEDI do Grupo de Trabalho intitulado “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I” são vinculados eminentemente ao campo específico dos direitos humanos laborais.

Notadamente, as pesquisas adensam esforços na investigação dos fenômenos relacionados à pandemia do COVID-19, neoliberalismo, reforma da normatização trabalhista, proteção de minorias, descentralização da produção, negociação coletiva e seus reflexos nas relações individuais, labor digital, economia de compartilhamento, entre outros aspectos.

Os artigos científicos ora publicados partem da perspectiva de que o modelo brasileiro de Estado Constitucional de Direito, pautado no valor social do trabalho e da livre iniciativa, tem por foco legitimador a promoção da dignidade do trabalhador em um sistema jurídico capaz de articular estes valores constitucionais no contexto contemporâneo de sociedade hipercomplexa.

Assim, atentam para uma regulação e organização estatal articulados com os objetivos constitucionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos, especialmente da Organização Internacional do Trabalho – OIT, destacando metas e desafios diversos para alcançar uma sociedade justa, democrática e igualitária.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa

Profa. Dra. Luciana de Aboim Machado

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DANO EXISTENCIAL LABORAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTORNOS LUSO-BRASILEIROS

EXISTENTIAL WORKERS DAMAGE IN THE LIGHT OF CIVIL RESPONSIBILITY: LUSO-BRAZILIAN CONTOURS

Gabriela Rangel da Silva ¹

André Luiz Staack ²

Resumo

O dano existencial, que teve sua origem no ordenamento jurídico italiano, na década de 90, foi transplantado para os mais diferentes sistemas jurídicos, dentre eles o brasileiro e o português. No Brasil, esses danos possuem uma maior aplicabilidade do que em Portugal, visto que esse aplica a indenização dos danos imateriais com maior critério e relutância. Outra diferença é o “tabelamento” das indenizações que ocorre no Brasil, já que Portugal que não tem parametrização de valores. O ponto de contato entre os países se dá, justamente, na proteção do trabalhador sob a luz da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Dano existencial, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The existential damage, which had its origin in the Italian legal system, in the 90's, was transplanted to the most different legal systems, among them the Brazilian and the Portuguese. In Brazil, these damages have a greater applicability than in Portugal, since it applies the indemnity for immaterial damages with greater criteria and reluctance. Another difference is the “tabulation” of indemnities that occurs in Brazil, since Portugal has no parameterization of values. The point of contact between countries is precisely in the protection of workers in the light of the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil responsibility, Existential damage, Social rights

¹ Doutoranda em Ciência Jurídicas Privatísticas na Universidade do Minho - Portugal. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI . Mestre em Estudos Políticos pela UCaldas - Colômbia.

² Doutorando em Ciência Jurídicas Públicas na Universidade do Minho - Portugal. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI . Mestre em Estudos Políticos pela UCaldas - Colômbia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devido às atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras mundiais, o pós-guerra foi marcado pela valorização do ser humano e pelo alargamento da proteção normativa dos ramos do direito, dentre eles: o direito civil e os direitos sociais.

Sob essa ótica, houve uma evolução no instituto da responsabilidade civil, que passou a abarcar novas espécies de danos, com maior relevância para os chamados danos imateriais, ou seja, os danos extrapatrimoniais.

Neste prisma, o presente trabalho científico versará sobre os danos existenciais, uma espécie de gênero imaterial, que surgiu na Itália nos anos 90 e influenciou o ordenamento jurídico de diversos países, que tem a sua aplicação tanto no direito civil, quanto no direito laboral.

A análise terá como base a aplicação dos danos imateriais no ramo dos direitos sociais, mais especificadamente no direito laboral brasileiro e português, por meio de uma apreciação comparativa dos ordenamentos, tendo em vista que o código laboral português serviu de inspiração para a criação da Lei 13.467/2017 (lei da reforma trabalhista) no Brasil, ora em vigor.

Diante disso, o objetivo geral do trabalho é averiguar a aplicabilidade do dano existencial no Brasil e em Portugal e se os critérios justificadores dessa indenização são semelhantes ou distintos.

Os objetivos específicos desta pesquisa baseiam-se na averiguação do contexto histórico e conceitual do dano existencial, na aplicação desse dano no Brasil e em Portugal e as mudanças que ocasionam na proteção do trabalhador.

O trabalho possui relevância acadêmica em razão da pesquisa versar sobre os danos existenciais, espécie de dano nascida na Itália e transplantada para os mais diversos ordenamentos jurídicos do globo, de modo a analisar esse transplante no Brasil e em Portugal, ainda mais com a promulgação da Lei 13.467/2017 no ordenamento jurídico brasileiro.

Na elaboração deste estudo, buscamos responder ao seguinte questionamento: “O(s) critério(s) de aplicação da indenização por dano existencial, dentro do ramo laboral, são os mesmos no Brasil e em Portugal? ”.

Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, racionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E EM PORTUGAL

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.¹

Sergio Cavalieri Filho² distingue a obrigação da responsabilidade, vez que obrigação é sempre um dever jurídico originário, já a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Ou seja, se alguém se compromete em prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Entretanto, se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade.

Em síntese, em toda a obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.³

Para Alexandre Agra Belmonte⁴ a responsabilidade civil é um dever garantido por lei, obrigação ou contrato a fim de reparar no campo civil o dano patrimonial ou moral causado por ato próprio de uma pessoa, animal, coisa ou atividade sob a tutela do agente.

Inspirada no sentimento de justiça, a reponsabilidade civil impõe que o agente causador tem o dever de reparar o dano que causou a outrem, pois o ato ilícito que realizou acabou por romper com o equilíbrio jurídico-econômico existente antes da sua ocorrência. Com isso, há uma necessidade fundamental de restabelecer o balanço anteriormente existente. De outra forma, o que se procura fazer é recolocar, na medida do possível, o prejudicado no *statu quo ante*.⁵ Assim, “Impera neste campo o princípio do *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior a lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano” (grifos do autor).⁶

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. v. 4. p. 21.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2010. p. 02.

³ *Idem*. p. 02.

⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civil no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho: reflexos do direito civil nas relações de trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.505.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. cit. p. 13.

⁶ *Idem*, p. 13

O Código Civil brasileiro de 2002 entende a responsabilidade civil com base na culpa, conforme o que dispõe o Art. 927 desse diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁷.

Dessa forma, o dano caracteriza-se como o prejuízo causado a um bem jurídico de determinada pessoa ou coletividade, por ação ou omissão imputável a outrem⁸. A reparação civil do dano cumpre o papel reparador ou compensatório das lesões patrimoniais e extrapatrimoniais causadas pelo agente ou por condutas de terceiro.

De outro modo, não havendo dano, não há que se falar em responsabilidade civil, uma vez que não há perda ou diminuição, total ou parcial, de elementos ou de expressão componente da estrutura dos bens psíquicos, físicos, morais ou materiais⁹.

A ação lesiva é a conduta suscetível de causar prejuízo à esfera jurídica de outrem. Conforme assevera o Código Civil brasileiro no 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”, ou seja, o dano surge do cometimento de um ato ilícito a um bem juridicamente protegido, “[...]causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial”¹⁰.

O parágrafo primeiro do Art. 927 do mesmo código aduz que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹¹.

A responsabilidade civil pode decorrer de ato ilícito, que pressupõe culpabilidade (culpa ou dolo), como também da caracterização do evento danoso ou prejudicial à esfera jurídica de outrem, independentemente de ilicitude, quer por força de lei, quer pelo risco que o exercício de certas atividades representam para a comunidade como por exemplo,

⁷ BRASIL. *Código de Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civil no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho: reflexos do direito civil nas relações de trabalho*. cit. p.508.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001. p. 09.

¹⁰ CHAMONE, Marcelo Azevedo. *O dano na responsabilidade civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

¹¹ BRASIL. *Código de Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

exploração nuclear.¹² “Trata-se, portanto, de ação qualificada pelo direito que faz gerar, para o violador, a obrigação de reparar”.¹³

Segundo Carlos Alberto Bittar, “[...] são reparáveis todos os danos que afetam a pessoa (física ou jurídica), em sua integridade estrutural, em seu patrimônio e respectivas projeções”.¹⁴

Até bem pouco tempo, o direito civil preocupava-se, exclusivamente, com o patrimônio, deixando as características essenciais do ser humano relegadas a um caráter secundário. O cenário jurídico começou a se modificar quando ultrapassou o critério da diferença (o dano resultava da diferença do patrimônio da vítima em momento anterior e posterior ao ato lesivo) e mais profundamente quando a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente contemplada.¹⁵

Em decorrência da valorização da pessoa, os elementos periféricos que se relacionam ao ser bem-estar também sofreram o mesmo efeito positivo. Assim ocorreu a proteção à qualidade de vida e, conseqüentemente, às suas atividades e ao meio ambiente em que vive.¹⁶

Com base na Carta Magna de 1988 o Brasil superou a ideia de que o dano apenas poderia acontecer em relação ao patrimônio material, conferindo a proteção constitucional ao dano material e moral:

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; [...]

Dessa forma, depreende-se do texto constitucional a divisão do dano em duas macros espécies: material e moral. Os danos morais são danos a atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, aos elementos que a individualizam como ser humano, como honra, reputação, manifestações do intelecto. Já os danos patrimoniais

¹² BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civil no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho: reflexos do direito civil nas relações de trabalho*. cit. p.513.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. cit. p. 10.

¹⁴ *Idem*. p. 22.

¹⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37 – 38.

¹⁶ *Idem*. p. 37.

são os prejuízos de cunho econômico, causados por violações a bens materiais (corpóreos) e a direitos (incorpóreos) que compõem o acervo da pessoa.¹⁷

Há quem acrescente que os bens patrimoniais possuem valores distintos dos bens que integram a personalidade. Dessa forma, a agressão que resulta no dano imaterial, deve ser constatada e evidenciada de forma própria e a autônoma, de modo a exigir uma tutela jurídica independente.¹⁸

O dano moral é o que atinge a vítima como pessoa, não lesando o seu patrimônio, ou seja, é lesão de bem que integra os direitos da personalidade e que acarreta dor, sofrimento, vexame e humilhação.¹⁹ Essa concepção é chamada de tradicional, pois trata-se de uma espécie de “conceito guarda-chuva”, reunindo as mais variadas espécies de dano e prejuízos imateriais.²⁰

Os danos morais não possuem quantificação econômica imediata, são direitos subjetivos não patrimoniais, gênero de várias espécies, tais como: dano moral, dano à vida privada, à imagem, à integridade intelectual, à saúde, entre tantos outros.²¹

Ocorre que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil tratam o dano moral como sendo o lado contrário do dano patrimonial, ou seja, tudo que não é relativo ao patrimônio que auferir renda deve ser entendido como dano moral. Com isso, podemos perceber que a lei está consagrando um princípio segundo o qual todo o dano imaterial deverá ser indenizado, tendo em vista que tutela a dignidade do homem, uma vez que essa se assenta no seu patrimônio moral e não no material.²²

Essa visão decorre de um movimento de constitucionalização do direito civil, que procura fazer uma interpretação à luz dos princípios e valores contidos na Constituição Federal, vinculando os danos morais à violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos direitos de personalidade.²³

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. cit. p. 22.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. cit. p. 83.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. cit. p. 353.

²⁰ NETO, Eugenio Facchini; WESENDONK, Tula. *Danos existenciais: “Precificando” Lágrimas?*. Disponível em: < <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.p.232

²¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. cit. p. 97 - 99.

²² ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil. São Paulo: Síntese. v. 12, n. 80, nov – dez de 2012. p. 11.

²³ NETO, Eugenio Facchini; WESENDONK, Tula. *Danos existenciais: “Precificando” Lágrimas?*. cit.p.234

Logo, podemos compreender que o dano moral está abarcado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana de quem sofre o dano, afetando todo o seu ser: impossibilitando de falar, se locomover, de cuidar de si mesmo, etc.

Em Portugal, muito embora não se utilize a nomenclatura “danos morais”, mas sim “danos não patrimoniais” ou “danos imateriais”, a prática demonstra a mesma aplicabilidade brasileira, ou seja, a indenização de um dano a algo/alguém que enseje reparação.

O Código Civil português²⁴ traz nos seus artigos 483 (princípio geral) e 486 (omissões) definições bastante similares do ordenamento jurídico brasileiro.

Artigo 483

1. Aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Artigo 486

As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.

No que tange a reparação dos danos imateriais, a legislação portuguesa²⁵ consagra o princípio da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no artigo 496 no Código Civil português: “Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito[...]” e tutela o Art. 70, n.1 do mesmo código “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Ademais, segundo o *European Group on Tort law*, um dos princípios de direito europeu de responsabilidade civil está disposto no Art. 10:301 desses estudos, sendo ele o dano não patrimonial:

Art. 10:301 daño no patrimonial

(1) En atención al alcance de su protección (Artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Éste es el caso en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas alegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.²⁶

²⁴PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

²⁵PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

²⁶ MARTÍN-CASALS, Miguel (coordenador). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Texto y comentario. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Editorial Aranzadi, 2008, p. 226-227.

A partir dessa disposição podemos conceber que o dano imaterial é aquele dano que não leva a uma diminuição do patrimônio da vítima, mas sim aquele que afeta a sua dignidade, liberdade, e outros tantos aspectos da personalidade.

Tal qual no Brasil, em Portugal a ressarcibilidade já não se limita aos danos tidos como tradicionais – dano morte, sofrimento, dores angústias, entre outros: também são considerados outros tipos de danos, como os danos biológicos que têm a sua origem na jurisprudência italiana.²⁷

O Código Civil português consagra a indenização por danos não patrimoniais para a responsabilidade extracontratual. No entanto, limita o alcance da regra geral ao dizer que só serão merecedores de compensação os danos não patrimoniais que, “[...] pela sua gravidade” (Art. 496, n. 1º do Código Civil) justifiquem a fixação de um quanto indenizatório.²⁸

Portanto, podemos concluir que tanto Brasil quanto em Portugal a responsabilidade civil não está mais fixada nas formas tradicionais de dano e que os “novos” danos também estão sendo contemplados pelo ordenamento jurídico brasileiro e português, desde que não sejam meros sabores da vida e realmente ensejem reparação devido aos danos produzidos, ou seja, que a gravidade do dano justifique a fixação de um *quantum* indenizatório.

3. O DANO EXISTENCIAL

A dilação dos fatores de imputação do dano tem como marca o segundo pós-guerra com o crescimento e consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana e a conseqüente ascensão da proteção do ser humano como um fim em si mesmo.²⁹ A partir desse marco histórico, há o surgimento de uma visível preocupação com o reconhecimento e proteção dos interesses imateriais da vítima (pessoa lesada).³⁰

²⁷ FERREIRA, Bruno Bom. *A problemática da titularidade da indemnização por danos não patrimoniais*. Disponível em: < https://www.verbojuridico.net/doutrina/civil/civil_titularidadedanonaopatrimonial.pdf>. Acesso em 06 de dezembro de 2018.p.11

²⁸ *Idem*.p.13

²⁹ NETO, Eugênio Facchini. *A tutela aquilina da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado*. Disponível em: < <http://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/11458> >. Acesso em 06 de dezembro de 2018. P. 157

³⁰ SOARES. Flávia Rampazzo. *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”*. Disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018.p.201

Consequentemente, nasce no mundo do direito uma série de “novos” danos a serem protegidos, motivo pelo qual, nas palavras de Eugenio Facchini Neto, temos a sensação de estamos vivenciando uma “guerra de etiquetas”³¹. Todavia, muito embora essa sensação não seja positiva, não podemos esquecer que essa nova forma de proteção surge como uma valorização necessária da dignidade da pessoa humana, ainda mais após as atrocidades cometidas ao ser humano durante as Grandes Guerras.

O dano existencial, objeto de estudo do presente trabalho, tem a sua origem na doutrina italiana como um desmembramento do dano biológico, considerado, a grosso modo, como dano à saúde da pessoa – com maior destaque a duas famosas decisões da Corte Constitucional Italiana, a de nº88, de julho de 1979, e a de nº 184, de 30 de junho de 1986³² -, nas quais o referido dano biológico foi diferenciado dos danos morais puros.³³

Para os italianos, o dano biológico compreende qualquer violação injusta da integridade psicofísica que modifique o modo de ser da pessoa no sentido pejorativo e que afete negativamente a esfera individual do sujeito em suas manifestações de vida.³⁴

Dessa forma, para os italianos, o dano biológico e o dano moral seriam duas formas de dano da mesma natureza – imaterial -, mas autônomos no que toca a classificação e indenização, tendo em vista que o dano biológico se relaciona com a integridade psicofísica da pessoa lesada, enquanto o dano moral representaria uma transitória turbacão no ânimo da pessoa ofendida.³⁵

Segundo Giuseppe Monateri³⁶, a Corte de Cassação italiana propôs um verdadeiro decálogo sobre o dano biológico, posições abaixo consignadas:

- a) A noção de dano biológico é equivalente a lesão do direito à saúde, entendida como saúde física e psíquica;
- b) O dano biológico como dano evento é sempre e prioritariamente ressarcível em relação ao dano patrimonial e/ou moral;
- c) A indenização de tal dano, que é ontologicamente diverso do dano moral, dá-se mediante recurso à equidade;
- d) Em caso de lesões plurais, derivantes do mesmo fato lesivo, o dano biológico deve ser unitária e globalmente considerado, uma vez que única é a modificação para pior da saúde do sujeito lesado;

³¹ NETO, Eugenio Facchini; WESENDONK, Tula. *Danos existenciais: “Precificando” Lágrimas?*. cit.p.235

³² MONATERI, Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Trattato di diritto civile*. Editrice Torinese, 1998, p. 483

³³ SOARES, Flaviana Rampazzo.. *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”*. cit. P.201

³⁴ MONATERI, Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Trattato di diritto civile*. cit. p. 484

³⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”*. cit.p.201

³⁶ MONATERI, Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Trattato di diritto civile*. cit. p. 486-487

- e) Para a liquidação do dano, deve ser adotado critério elástico que leve em consideração todas as peculiaridades da pessoa da vítima, em vez da adoção de valores fixos, ainda que se devam observar parâmetros objetivos.

Após a caracterização do dano biológico na doutrina italiana, houve uma evolução interpretativa a fim de considerar o dano reflexo ou ricochete a outro sujeito com o qual a vítima principal estava vivendo uma vida de afeto ou relação.³⁷

Desse modo, a noção de dano biológico foi gradativamente ampliada, de forma a abranger não só a integridade física e psíquica da pessoa como distúrbios de toda natureza, abrangendo à vida de relação, danos estéticos, danos à esfera sexual, tornando-se cada vez mais difusa e poliforma.³⁸

Logo, há um alargamento da tutela dos valores fundamentais da pessoa humana distintos da saúde que afetam o ser humano no seu modo de ser em sociedade e que, por vezes, afetam a terceiros. Por isso, os tribunais italianos passaram a utilizar uma nova terminologia: “danos à vida de relação”³⁹.

Apoiando-se nessa nova nomenclatura, inaugura-se a tipologia “dano existencial” a partir da dificuldade de classificação dos casos em que além da seqüela psicofísica, o ser humano sofre alterações intensas e relevantes no seu cotidiano.⁴⁰

A expressão “danos existenciais” tem como marco a década de noventa, e como local de nascedouro a Universidade de Trieste, onde os Professores Paulo Cendon e Patrizia Ziviz, analisando jurisprudência acerca dos danos biológicos, identificaram vários casos que, a rigor, não poderiam ser decididos sobre esse título, cunhando a expressão danos existenciais.⁴¹

Flaviana Rampazzo Soares⁴² conceitua o dano existencial como a lesão ao emaranhado de relações que amparam o desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abarcando a sua ordem pessoal e/ou social. Explica que é uma afetação negativa, que pode ser total ou parcial, permanente ou temporária, seja relativa a uma atividade,

³⁷ MONATERI, Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Trattato di diritto civile*. cit, p. 489

³⁸ NETO, Eugênio Facchini. *A tutela aquilina da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado*. cit.. P. 161

³⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”*. cit.p.202

⁴⁰ KHATIB, Milagros Koteich. *La dispersión del daño extrapatrimonial em Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”*. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/532>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018.p.148-149

⁴¹ NETO, Eugênio Facchini. *A tutela aquilina da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado*. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/11458>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018. P. 169-170.

⁴² SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. cit, 2009. p.44

seja a um complexo de atividades em que a vítima do dano tenha inserido ao seu cotidiano e que, em virtude do ato lesivo, precisou transformar o modo de realização ou mesmo abolir da sua rotina.

A autora esclarece que diferentemente do dano moral, o dano existencial está associado a todas as modificações danosas no cotidiano da vítima, seja na impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas atividades básicas ou não, configurando uma renúncia a uma atividade concreta. É um não conseguir realizar tarefas com as quais estava acostumado, é a obrigação de mudar a rotina. Em contrapartida, o dano moral é associado ao sentimento da pessoa, a esfera interior, ou seja, é um sentir negativo, afetando o ânimo da pessoa.⁴³

Hidemberg Alves da Frota⁴⁴ leciona que o dano existencial alicerça-se em duas bases: dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações. O dano ao projeto de vida pode ser tipificado como uma lesão a autorrealização integral do indivíduo, ou seja, há uma frustração do seu futuro, pois tudo aquilo que foi planejado não irá se realizar, de forma que a pessoa tem o seu projeto de vida drasticamente modificado. Em suma, entende-se como toda lesão que afeta a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que o ser humano elaborou para si mesmo.

Traduz-se na possibilidade de concretização do existir humano em sociedade, ou seja, na realização de escolhas pertinentes às esferas pessoais e sociais da vida, tal qual familiar, profissional, social, religiosa e educacional.⁴⁵

O dano à vida de relações, por outro lado, refere-se, em sua essência, na ofensa física ou psíquica que impossibilita, total ou parcialmente, o ser humano de se relacionar socialmente, de possuir relações interpessoais nos mais variados contextos, impedindo a vítima de aproveitar atividades recreativas, tais como a prática de esportes, viagens de turismo, ir ao cinema, etc. e de, conseqüentemente, estabelecer relacionamentos sociais.⁴⁶

Razão pela qual se constata que não há projeto de vida sem vida de relação, uma vez que o ser humano é essencialmente social, ou seja, precisa interagir em sociedade

⁴³ *Idem.* p.99

⁴⁴ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Disponível em: <<http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/4211/4056>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018.p.244

⁴⁵ FROTA, Hidemberg Alvez da. *O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado*. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3964>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018. p.232

⁴⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – a tutela da dignidade da pessoa humana*. cit.p. 21.

para atribuir propósito na sua existência, seja para realizar atividades biológicas de subsistência, seja para concretizar relações afetivo-familiares, sociais, culturais, para realizar atividades recreativas, ou qualquer outra atividade que atribuía prazer e sentido na vida.⁴⁷

O dano existencial está intrinsecamente relacionado a dignidade da pessoa humana, pois deriva da lesão de direitos inerentes ao ser humano, como direito à vida no seu sentir mais complexo e alargado, direito ao lazer, direito a família, direito à saúde, entre tantos outros. É o abandono a contragosto de um cotidiano já consolidado, do modo de vida elegido, significa uma mudança nos projetos e nas relações interpessoais que prejudicam as esferas do desenvolvimento pessoal e social do ser humano.⁴⁸

4. O DANO EXISTENCIAL LABORAL: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA

O dano existencial, como já apresentado possui uma série de enfoques, compreendendo a saúde, o lazer, a família, entre tantos outros direitos que estão associados ao projeto de vida e à vida de relações.

Sob o prisma *jus laboral*, além da já mencionada relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o dano existencial possui particular conexão com a concretização do direito à saúde e ao lazer.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 possui como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (Art. 1º, inc III e IV)⁴⁹ e consagra no seu Art.6º o direito à saúde e ao lazer.⁵⁰ Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa 1974⁵¹, que também é fundada sobre as bases da dignidade da

⁴⁷ FROTA, Hidemberg Alvez da. *O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado*. cit. p.246

⁴⁸ FROTA, Hidemberg Alvez da; BIÃO, Fernanda Leite. *O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado*. cit. p.233

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

⁵⁰ Art 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁵¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:< <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa.pdf/75cbb3ef-b379-43a3-af8c-78ff82b1868f>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

pessoa humana, dispõe que os trabalhadores tem direito ao repouso e aos lazeres (Art. 59º, n.1, al.d)⁵²

Contudo, a Constituição Portuguesa vai um pouco além, dispondo no seu Art. 59, n.1, al b que todos os trabalhadores tem direito “A organização do *trabalho em condições socialmente dignificantes*, de forma a facultar a *realização pessoal* e a permitir a *conciliação da actividade profissional com a vida familiar*”⁵³(grifo nosso).

Trata-se de uma clara preocupação de limitar o tempo de trabalho, proteger o equilíbrio psíquico do trabalho, tutelar a saúde, garantir períodos de repouso, salvaguardar a autodisponibilidade e assegurar a conciliação entre o trabalho e a vida pessoal/familiar.⁵⁴

No caso português podemos dizer que aquele que desrespeitar o que prevê o Art. 59, n. 1 al b da Constituição da República estaria cometendo um possível dano existencial, pois atacaria o trabalhar na sua dignidade, na sua relação pessoal e familiar e nas suas atividades fora do trabalho.

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português não há previsão legislativa do conceito de dano existencial. No entanto, em ambos os casos, a proteção se dá a partir dos preceitos constitucionais, da legislação infraconstitucional e em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana por meio da indenização dos danos não patrimoniais, também chamados de danos imateriais.

Analiseemos a jurisprudência brasileira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. DANO PRESUMIDO. A Corte Regional deferiu ao Reclamante indenização por *danos morais existenciais* em razão da jornada de trabalho extenuante e da incorreta fruição do intervalo interjornada. Consignou que se o trabalhador presta 30 horas extras por semana, como no caso dos autos, significa que na média fez 5 horas extras por dia, considerando que se ativava em 6 dias da semana. (...) No caso, além de o reclamante trabalhar habitualmente em jornada extenuante, também não usufruía corretamente o intervalo interjornada. *O direito à indenização por danos morais encontra amparo no art. 186 do Código Civil, c/c o art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º da CF/88)*. Para que surja o dever de indenizar, impõe-se a concorrência de três requisitos: a conduta ilícita (dano), a culpa pela sua

⁵² “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:[...]”

d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;”

⁵³PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:<<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%ABlica+Portuguesa.pdf/75cbb3ef-b379-43a3-af8c-78ff82b1868f>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

⁵⁴ AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. 2ª edição. Coimbra Editora.p.271.

ocorrência e o nexo de causalidade entre o fato danoso e o prejuízo daí advindo. A configuração do dano moral independe de comprovação da sua existência e da sua extensão, sendo presumível a partir da ocorrência do fato danoso. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.⁵⁵

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.619/2012. MOTORISTA DE CAMINHÃO. TRABALHO EXTERNO COM POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA. NORMA COLETIVA. [...] INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA EXAUSTIVA. QUINZE HORAS DIÁRIAS DE TRABALHO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. DANO MORAL IN RE IPSA. PRESUNÇÃO HOMINIS. A controvérsia cinge-se à caracterização ou não de dano moral no caso de cumprimento de jornada exaustiva pelo empregado. Na hipótese, o Regional registrou que "restou demonstrado nos autos que o reclamante era submetido a jornadas excessivas, que extrapolavam, em regra, o limite de dez horas diárias, previsto no art. 59 da CLT, fato que notadamente atinge a integridade física do empregado, visto que o expõe a situações de extremo stress e fadiga física e mental, além de não permitir ao trabalhador tempo necessário para o lazer e convívio familiar. Além disso, ficava constantemente à disposição do empregador". Diante disso, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). *Esta Corte tem entendido que a submissão habitual dos trabalhadores à jornada excessiva de labor ocasiona-lhes dano existencial, modalidade de dano imaterial e extrapatrimonial em que os empregados sofrem limitações em sua vida pessoal por força de conduta ilícita praticada pelo empregador, exatamente como na hipótese dos autos, importando em confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente se destinar a descanso, convívio familiar, lazer, estudo, reciclagem profissional e tantas outras atividades, para não falar em recomposição de suas forças físicas e mentais, naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho. Portanto, o ato ilícito praticado pela reclamada acarreta dano moral in re ipsa, que dispensa comprovação da existência e da extensão, sendo presumível em razão do fato danoso.* Agravo de instrumento desprovido. [...].⁵⁶

Como podemos perceber o dano existencial no Brasil está intrinsecamente ligado à jornada excessiva, a horas intermináveis de trabalho, à subtração das horas de descanso, ao afastamento social e, nas palavras do acordão supracitado, ao confisco irreversível do tempo.

De outra banda, embora a jurisprudência portuguesa considere aplicação do dano existencial, ele é aplicado em menor escala e em espoco mais plural que no Brasil, onde as condenações ao dano existenciais não estão essencialmente ligadas às jornadas extenuantes, mas ao despedimento ilícito do trabalhador. Vejamos:

⁵⁵ BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. AIRR - 11477-85.2014.5.15.0034, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/12/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2018. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

⁵⁶ BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. AIRR - 10089-85.2014.5.15.0087, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/11/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018 Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

1. Uma nota de serviço, que retira a trabalhadora da dependência hierárquica directa do Presidente do Conselho de Administração da empresa, significa, conforme decorre dos termos em que está redigida, a cessação da comissão de serviço sem extinção do contrato de trabalho e a transformação do respectivo vínculo laboral em contrato de trabalho sem termo.
2. Provando-se que a empregadora tinha conhecimento da gravidez da trabalhadora e que não requereu o parecer prévio à CITE, como exige a lei (art. 51.º, n.º 1 do CT de 2003), o procedimento de despedimento é inválido, nos termos do art. 51.º, n.º 4 do CT de 2003, e o despedimento ilícito, com as respectivas consequências indemnizatórias.
3. *Os danos não patrimoniais causados pelo despedimento ilícito (ansiedade, angústia e nervosismo), agravados pelo estado de gravidez em que se encontrava a trabalhadora, abrangem o dano existencial e merecem a tutela do direito, nos termos do art. 496.º, n.ºs 1 e 3 do C.Civil.*
4. Havendo prova documental acerca do conhecimento da gravidez, com assinatura e aposição de carimbo pela entidade patronal, a defesa da tese do desconhecimento da gravidez, por aquela, não representa uma mera perspectiva jurídica dos factos, uma tese controvertida ou um problema de interpretação do direito, mas antes uma situação de má fé psicológica e ética, susceptível de gerar condenação da Ré por litigância de má fé.⁵⁷

Em ambos os institutos jurídicos, a aplicação da indenização se dá com base na dignidade da pessoa humana e, além disso, utiliza-se dos requisitos da responsabilidade civil, fazendo a aplicação subsidiária do direito civil. Em caso de lacuna do sistema laboral, utiliza-se o direito comum para supri-las, porém, sem esquecer os valores laborais e principiológicos.⁵⁸

A Lei 13.467⁵⁹, de 13 de julho de 2017, que implementou a reforma trabalhista no Brasil, trouxe no título II-A os danos extrapatrimoniais, tipificando a sua causa, forma de indenização e aplicação.

O Art. 223-C dispôs que “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” (grifo nosso).

A partir da introdução desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador passou a considerar pela primeira vez a aplicação do dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, tal qual o dano moral. No entanto, como já demonstrado no item anterior, a doutrina não entende o dano existencial como uma categoria autônoma, e sim como uma espécie de dano moral.

⁵⁷ PORTUGAL. *Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 293/09. 8TTSNT.L1.S1*, 4ª secção, relatado por Maria Clara Sottomayor, data de julgamento 24/10/2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0cbcd99257d86d9480257aa200504efc?OpenDocument>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

⁵⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho. Parte I – dogmática geral*. Edições Almedina, 2005, p. 488

⁵⁹ BRASIL. *Lei 13.467 de 14 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

Outra inovação da nascida com a lei 13.467/17 é o estabelecimento de parâmetros para a fixação da indenização, ou seja, após o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexos causal), o juízo deverá apreciar o pedido com base no que dispõe o do Art. 223-G⁶⁰, limitando a indenização a ser paga na regra prevista no §1º, incisos I à IV do artigo mesmo artigo.

§ 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 partir dessa mudança legislativa muitos juristas passaram a utilizar a expressão “tarifação do dano moral” em virtude dos parâmetros instituídos pela lei para valorar a indenização, criando faixas e tetos máximos a partir do valor do último salário contratual.⁶¹

Antes da regulamentação desse artigo, o *quantum* indenizatório era aplicado, tão somente, a luz do código civil, nos termos do Art. 944 e do seu parágrafo único⁶², os quais preveem que a indenização se mede pela extensão do dano, devendo ser observado a proporção entre a gravidade, a conduta e o dano, pois, ao contrário, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização devido à desproporção entre a conduta e o dano.⁶³

⁶⁰ “Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

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.”

⁶¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 08, de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127009/2017_oliveira_sebastiao_dano_extrapatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 de dezembro de 2018. p.357

⁶² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

⁶³ BRASIL. *Código de Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

A reforma não aboliu de todo a interpretação e a aplicação do Código Civil brasileiro, porém, criou novos parâmetros para a concessão da indenização dos danos extrapatrimoniais, “tabelando” o seu valor a duas principais vertentes: o valor do último salário contratual e a parametrização do valor estabelecido na legislação (artigo 223-G, §1º da Lei 13467/17).

A crítica a essa mudança se dá pelo fato de que os danos extrapatrimoniais são fundamentados com base no princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, a utilização de uma parametrização de valores é nada mais do que uma mensuração da dignidade humana com base no salário recebido. De outro modo, o estabelecimento de um teto é dizer, a grosso modo, que a dignidade daquele que ganha pouco é menor daquele que ganha mais.

Portugal, mesmo tendo passado por reforma legislativa laboral no ano de 2003 e não mencionando o dano existencial na sua nova legislação, não possui uma menor proteção, muito pelo contrário, visto que aplica a constituição da república portuguesa, onde estão edificados os preceitos da dignidade da pessoa humana. A indenização segue o critério subjetivo, sem parametrização dos valores e buscando suplantar o dano sofrido pelo trabalhador até o momento da lesão.⁶⁴

Nota-se que tanto o Brasil quanto Portugal oferecem proteção ao dano existencial, notadamente à luz da dignidade da pessoa humana. No entanto, no Brasil, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, a própria legislação especial passa a traçar novos parâmetros acerca da indenização desse dano, em especial em relação ao *quantum* indenizatório, traçando novos parâmetros e relativizando a aplicação da responsabilidade civil nas questões laborais.

Ressalta-se a necessidade de considerar que em ambos países o dano existencial, por si só, não é uma categoria autônoma, mas sim um gênero dentro dos direitos imateriais/extrapatrimoniais, devendo ser observado com cautela para que meras perturbações ou frustrações da vida não sejam consideradas como danos existenciais.⁶⁵

Assim, Brasil e Portugal, ressalvadas as suas diferenças em termos de *quantum* indenizatório, prezam pela proteção do ser humano como um sujeito complexo, que além

⁶⁴ FRADA. Manuel A. Carneiro da. *Nos 40 anos do código civil português: Tutela da personalidade e dano existencial*. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527273801.pdf>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.p.177

⁶⁵ FRADA. Manuel A. Carneiro da. *Nos 40 anos do código civil português: Tutela da personalidade e dano existencial*. cit.p.193

da intimidade possui sonhos, planos, vida social, relações interpessoais, entre tantas outras especificidades da vida.

5. CONCLUSÃO

Após as bárbaries ocorridas durante as duas Grandes Guerras, o direito passou a valorizar de uma forma mais vigorosa o ser humano, consolidando o princípio da dignidade da pessoa humana como um marco na sua proteção.

A ampliação da salvaguarda dos direitos humanos fez com que ocorresse um alargamento na tipologia dos danos, pois o direito passou a proteger a pessoa como um ser complexo que é, ou seja, que tem direito a ter sonhos, projetos, relações sociais, estar e ser parte de uma vida em sociedade.

Sob o campo de análise do direito civil, a expansão da proteção se dá na perspectiva da responsabilidade civil, mais especificamente na proteção dos direitos imateriais do ser humano, que, para além do direito moral puro – humilhação, angústia, vexame –, pode ser subdividido em diversas espécies, tais como: danos biológicos, estéticos, reflexos e até mesmo existenciais.

A responsabilidade civil no Brasil e em Portugal protege de modo semelhante a vítima do dano, abarcando além dos danos tradicionais, os “novos” danos desde que não sejam meros dessabores da vida e realmente ensejem reparação devido aos danos produzidos, ou seja, desde que a gravidade do dano justifique a fixação de um *quantum* indenizatório.

O dano existencial, objeto de análise do presente trabalho científico, teve sua origem no ordenamento jurídico italiano, na década de 90, mais especificamente na escola de direito da universidade de Trieste, de onde foi transplantado para os mais diferentes sistemas jurídicos, dentre eles o brasileiro e o português.

Essa espécie de dano imaterial pode ser dividido em duas subespécies: o dano ao projeto de vida ou/e dano à vida de relações, caracterizando-se por um vazio existencial no ser humano capaz de deixá-lo sem estímulo ou sentido para viver a sua vida.

No plano *jus laboral*, além da aplicação do instituto da responsabilidade civil, há uma importante e necessária ponderação a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sua aplicação no ramo dos direitos sociais.

No Brasil, os danos existenciais possuem uma maior aplicabilidade do que em Portugal, visto que esse aplica a indenização dos danos imateriais com maior critério e relutância.

Os tribunais laborais brasileiros, além de proferirem um maior número de condenações a título de danos existenciais, correlacionam esse dano à jornada exaustiva, à supressão do direito ao lazer e ao cerceamento do direito à saúde. Já a jurisprudência laboral portuguesa aplica essa espécie de dano de forma mais diversa, normalmente ligada ao despedimento ilícito do trabalhador.

Outra diferença importante surge após o advento da Lei 13.467/17 (lei da reforma trabalhista) no Brasil, quando a indenização a título de danos extrapatrimoniais passou a ser tabelada no Art. 223-G, visto que em Portugal a indenização por danos imateriais possui uma quantificação mais subjetiva e sem parametrização de valores.

O ponto de contato entre os países se dá, justamente, na valorização do ser humano como um ser complexo, ou seja, uma pessoa que vive em sociedade, que precisa ter relações interpessoais, que vive em coletividade e que faz projetos e constrói relações ao longo da vida.

Assim, tanto o Brasil quanto Portugal protegem o ser humano do dano existencial com fundamento na dignidade da pessoa humana e com base nos preceitos da responsabilidade civil, a fim de proteger a dignidade do ser humano sempre que houver uma violação que implique uma necessária reparação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil. São Paulo: Síntese. v. 12, n. 80, nov – dez de 2012. p. 11.

AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho. 2ª edição. Coimbra Editora, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições civil no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho: reflexos do direito civil nas relações de trabalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.505.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001. p. 09.

BRASIL. Código de Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 10089-85.2014.5.15.0087 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/11/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018 Disponível em:<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 11477-85.2014.5.15.0034 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/12/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2018. Disponível em:<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2010. p. 02.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

FERREIRA, Bruno Bom. A problemática da titularidade da indenização por danos não patrimoniais. Disponível em:<https://www.verbojuridico.net/doutrina/civil/civil_titularidadedanonaopatrimonial.pdf>. Acesso e 06 de dezembro de 2018.

FRADA. Manuel A. Carneiro da. Nos 40 anos do código civil português: Tutela da personalidade e dano existencial. Disponível em:<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527273801.pdf>. Acesso em 12 de dezembro de 2017

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Disponível em:<<http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/4211/4056>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018.

FROTA, Hidemberg Alvez da; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado. Disponível em:<<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3964>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. v. 4. p. 21.

KHATIB, Milagros Koteich. La dispersión del daño extrapatrimonial em Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”. Disponível em:<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/532>>. Acesso em 08 de dezembro de 2018.

MARTÍN-CASALS, Miguel (coordenador). *Princípios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y comentario. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado.* Editorial Aranzadi, 2008.

MONATERI, Giuseppe. *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Trattato di diritto civile.* Editrice Torinese, 1998.

NETO, Eugênio Facchini. A tutela aquilina da pessoa humana: os interesses protegidos. *Análise de Direito Comparado.* Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/11458>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018.

NETO, Eugenio Facchini; WESENDONK, Tula. Danos existenciais: “Precificando” Lágrimas?. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em 06 de dezembro de 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 08, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127009/2017_oliveira_sebastiao_dano_extrapatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

PORTUGAL. Código Civil Português. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa.* Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa.pdf/75cbb3ef-b379-43a3-af8c-78ff82b1868f>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 293/09. 8TTSNT.L1.S1, 4ª secção, relatado por Maria Clara Sottomayor, data de julgamento 24/10/2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0cbed99257d86d9480257aa200504efc?OpenDocument>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho. Parte I – dogmática geral.* Edições Almedina, 2005.

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

SOARES. Flaviana Rampazzo Soares. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018.