DANO EXISTENCIAL: PARAMETRIZANDO A DESIGUALDADE DOS IGUAIS

EXISTENTIAL DAMAGE: PARAMETERIZING THE INEQUALITY OF EQUALS

Patrícia Eliza Dvorak[1]
Polyana Laís Majewski Caggiano[2]

RESUMO: O dano existencial, conceito este oriundo do direito italiano e positivado pela Lei nº 13.467/2017, atinge o trabalhador em seu contexto de existência associada à sua atividade. A supressão de sua existência dentro das relações sociais, familiares e pessoais prejudica sua integração na sociedade, podendo causar sentimentos de tristeza, amargura e angústia. O presente artigo tem como objetivo analisar como o dano existencial e sua tarifação instituída pela reforma trabalhista atingem os direitos fundamentais. Como procedimento metodológico, foi adotado o tipo descritivo com revisão bibliográfica com o propósito de compreender o contexto de sua incidência. Diante dos elementos apresentados, foi possível observar que a metodologia estabelecida pelo legislador fere princípios fundamentais do direito e inviabiliza o caráter pedagógico da indenização.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Existencial. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: Existential damage, a concept originating from Italian law and formalized by Brazilian Law 13,467/2017, affects workers in the context of their existence associated with their work activity. The suppression of their existence in the scope of their social, family, and personal relationships hinders their integration into society, potentially causing feelings of sadness, bitterness, and anguish. The present article aims to analyze how existential damage and its quantification established by Brazil's labor reform impact fundamental rights. As a methodological approach, a descriptive research method with bibliographic review was adopted in order to comprehend the context of its incidence. Given the elements presented, it was possible to observe that the rationale employed by the legislator violates fundamental principles of law and undermines the educational nature of compensation.

KEYWORDS: Existential Damage. Civil Liability. Moral Damage. Labor Reform.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Caracterização; 3 – Parametrização; 4 – Conclusão; 5 – Referências bibliográficas.

---

1 *Mestre em Educação e Novas Tecnologias pela Uninter; especialista em Direito e Processo do Trabalho; especialista em Direito Processual Civil pela Uninter; graduada em Gestão de TI pela Unisul; coordenadora na Coordenadoria de Editoração e Divulgação Científica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0871993456445160. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-2912-7497. E-mail: patriciaedvorak@gmail.com.*

2 *Graduada em Direito pelo UniBrasil e em História pelo Claretiano; pós-graduada em Direito Constitucional, Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Abdconst; pós-graduada em metodologia de ensino da História pela Faculdade São Luís; MBA em gestão de pessoas e lideranças pela Faculdade São Luís; professora corretora e orientadora de TCC no Centro Universitário Uninter. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2059482163793188. E-mail: polyana_lais@hotmail.com.*

1 – Introdução

Quando tratamos dos danos, dentro do contexto do direito civil, temos o predomínio de duas espécies mais comuns, quais sejam, o dano material e o dano moral. O dano material, mais conhecido como dano patrimonial, é aquele decorrente do prejuízo econômico relacionado a um bem ou uma coisa. Já o dano moral, conhecido como imaterial, tem sua natureza vinculada aos direitos da personalidade, abarcando nesta seara, dentre outros, a honra e a imagem, a vida privada e a intimidade da pessoa.

Contemporaneamente podemos observar a necessidade de reparação consagrada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil de 2002, onde foi pormenorizada.

Mas, afinal, o que é o dano moral? Não há consenso da doutrina a respeito do seu conceito, podendo variar entre um ponto de vista voltado a um elemento negativo e outro voltado a um elemento positivo. Do conceito negativo extrai-se a dor, que está relacionada à moral; é aquele que não diminui seu patrimônio, mas que reflete em sentimentos como tristeza, angústia, amargura, humilhação. Já o elemento positivo é observado pela violação do bem tutelado (Andrade, 2003, p. 145).

O dano moral sendo uma violação dos direitos da personalidade caracteriza-se através de quatro elementos principais, quais sejam, conduta ilícita, dano efetivo, nexo de causalidade e culpa. Pela conduta ilícita entende-se a ação ou omissão que viola direitos; por dano efetivo entende-se que o dano deve gerar um prejuízo real à vítima, contendo o nexo de causalidade como o elemento vinculativo entre a ação ou omissão e o prejuízo causado; e por fim, a culpa, que eventualmente pode dispensar sua comprovação, mas que, em regra, necessita de elementos que justifiquem o dolo, a má-fé ou a culpa decorrente da imprudência ou negligência.

No que tange aos direitos da personalidade, elemento central do dano moral, Bittar (2015) concebe que são "(...) os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos".

Logo que nos deparamos com os direitos da personalidade temos que examinar também sua conexão direta com a dignidade da pessoa humana prevista como um dos princípios fundamentais da nossa Constituição. A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar que confere ao cidadão a titularidade de direitos inerentes à sua existência. Este princípio ganhou relevo após a Segunda Guerra Mundial, sendo consolidado em 1988 com a nossa Constituição Cidadã.

A complexidade de todo esse conjunto articula a base que norteia a compreensão do dano existencial, conceito este oriundo do direito italiano e positi-

vado pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que atinge o trabalhador em seu contexto de existência associada à sua atividade laboral. A partir destes elementos iniciais apresentados, o presente artigo tem como objetivo analisar como o dano existencial e sua tarifação instituída pela reforma trabalhista atingem os direitos fundamentais. Como procedimento metodológico, adotamos o tipo descritivo com revisão bibliográfica com o propósito de compreender o contexto de sua incidência.

2 – Caracterização

Para analisar o dano no contexto da ofensa existencial temos que clarificar os institutos da responsabilidade civil e do dano moral, nos quais sua existência é caracterizada. A responsabilidade civil prevista nos arts. 927 a 954 do Código Civil trata da obrigação de indenizar e de seus critérios. Denota, neste sentido, o art. 927 (Brasil, 2002) que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". A responsabilidade na seara trabalhista normalmente está vinculada a uma natureza subjetiva, ou seja, necessita sua comprovação; no entanto, como Belmonte e Ludovico (2022, p. 69) ressaltam, "provada a ofensa, caracterizado estará, objetivamente, o dano, independentemente da comprovação do abalo, que é presumido *iure et de iure*, como no caso da ofensa à vida ou à honra (*in re ipsa*)". Assim sendo, a responsabilidade civil se desdobra em três funções, quais sejam

> "A função preventiva atua impondo medidas para evitar o dano ou prevenir contra o risco ou efeitos do acontecimento danoso.
>
> A função reparatória visa à recomposição integral dos danos patrimoniais causados, envolvendo o dano emergente e os lucros cessantes.
>
> A função compensatória incidente no dano extrapatrimonial visa, de forma lenitiva, compensar os sofrimentos espirituais e os impedimentos causados à vida pessoal e de relações familiares e sociais pelas ofensas ao direito da personalidade." (Belmonte, 2022, p. 32)

Deste modo, quando falamos do direito do trabalho, temos presente a função compensatória da responsabilidade civil em seu contexto lenitivo. Enquanto na função reparatória é possível a análise da extensão do dano patrimonial, ou seja, o *quantum* devido em razão do prejuízo sofrido conforme o patrimônio afetado, na função compensatória esse dano necessita de elementos adicionais de dosimetria, afinal, como devem ser medidos a dor e o sofrimento causados a alguém?

O objetivo da responsabilidade civil é atuar na reparação do dano causado, que, neste caso, culmina em danos morais. Os danos morais, segundo Tupinambá (2020, p. 45)

> "São os decorrentes das lesões sofridas pelas pessoas, em certos aspectos de sua personalidade, atingindo as esferas íntimas e valorativas do lesado, ou melhor, seu cabedal ético, psicológico e biológico. (...) serão aqueles que violem valores humanos como nome, honra, imagem, autodeterminação e privacidade, típicos do direito da personalidade."

Belmonte (2022, p. 61) ressalta que o dano moral é a "ofensa caracterizada por atos provadores de abalos sentimentais insuportáveis causados a atributos valorativos, físicos e psicológicos ou espirituais da pessoa".

Diante da sua subjetividade, uma vez que relacionados aos direitos da personalidade na garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, Belmonte e Ludovico (2022, p. 41) destacam que os direitos da personalidade são "(...) destinados a garantir a integridade física, intelectual e moral do indivíduo, em prol de uma existência livre, igualitária, valorizada, justa e fraterna ou solidária na ordem política, econômica e social, e tendo por fundamento a dignidade humana".

Dessa maneira, temos delimitado o fio condutor que nos leva da ofensa à reparabilidade do dano. Note-se que para chegarmos aos danos existenciais necessitamos da compreensão de um conjunto interdependente de institutos jurídicos que culminam na sua análise dentro do cenário laboral.

O dano existencial, também conhecido como o dano à existência do trabalhador, está previsto no Título II-A da CLT (Brasil, 1943), instituído pela Reforma Trabalhista através da Lei nº 13.467/2017, que em seu art. 223-B estabelece como "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". Neste diapasão, o artigo seguinte, 223-C (Brasil, 1943), delimita que "a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física". Por derradeiro, o art. 223-D amplia sua abrangência, não restringindo apenas à pessoa física essa ofensa, prevendo sua violação também no âmbito da atividade jurídica (Brasil, 1943) "a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica".

Lopez (2014) conceitua o dano existencial como a lesão que "compromete as várias atividades através das quais a pessoa atua para plena realização na esfera individual. Lora (2013, p. 20) amplia o conceito destacando que

> "é a lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social. 'É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a

vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina'. (...) Significa, ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa ou quantitativa, que a pessoa sofre em suas atividades cotidianas."

Tupinambá (2022, p. 49) destaca que

> "o dano existencial tem sido reconhecido pela doutrina sempre que o empregador se utilizar de seu poder diretivo para exigir do trabalhador labor excessivo, desrespeitando as limitações de jornadas estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente, ou as regras de segurança e medicina do trabalho, ocasionando prejuízo à existência do trabalhador, ao seu plano de vida, a sua convivência familiar e social, ensejando indenização independentemente de prejuízo financeiro."

Pimpão (2023) reconhece que é necessário que o empregado "comprove que o ato ilícito cometido pelo empregador o impediu de fruir, mesmo que parcialmente, das várias formas de relações sociais, familiares, ou ainda, outras atividades extralaborais, obstruindo a sua integração à sociedade". Não obstante, para configurar o dano existencial é necessário haver dano ao projeto de vida do trabalhador.

Importante evidenciar que se trata de uma lesão que inviabiliza as realizações de cunho pessoal, social e familiar. Neste particular salienta-se que não se refere apenas a uma exigência de jornada extraordinária, realizada de forma repetitiva, é necessário a comprovação de que, em sua decorrência, o trabalhador teve danos à sua esfera existencial, como observamos nos entendimentos da Justiça do Trabalho sobre o tema,

> "DANO MORAL. LABOR EXTRAORDINÁRIO NÃO PRESUME O DANO MORAL. Não basta a mera prestação de horas extras para se deferir, como consequência automática, a indenização por dano existencial, pois o labor extraordinário não ocasiona dano *in re ipsa.* Há a necessidade de comprovação de que o cumprimento dessas horas extras, efetivamente, causou lesão a direito ínsito da personalidade, ônus do qual a parte autora não se desvencilhou. Nega-se provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante." (Janete do Amarante, ROT 0000541-89.2020.5.09.0411)

> "DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA. Conforme jurisprudência desta 7ª Turma, o fato do empregado ser habitualmente sujeito a jornadas de trabalho superiores aos limites legais não rende ensejo a dano existencial ou moral, porquanto dele não

se extrai automaticamente a ilação de que o trabalhador teve frustrado seu projeto de vida, que suas relações sociais teriam sido rompidas em função da sobrejornada, ou mesmo que dele teria resultado abalo psíquico passível de indenização. Recurso do autor, a que se nega provimento." (Rosemarie Diedrichs Pimpão, ROT 0001074-08.2019.5.09.0662)

"DANO EXISTENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. O dano existencial exsurge de conduta (ilícita) do empregador que impossibilita o trabalhador de cultivar sua vida de relações (convivência social, atividades recreativas, culturais, de lazer, de descanso, esportivas, espirituais dentre outras) ou de prosseguir, começar ou recomeçar seus projetos de vida, que lhe proporcionarão realização e crescimento profissional, pessoal e social. *É ônus da autora comprovar a frustração de seus projetos de vida e do prejuízo em sua vida social* (art. 818, I, da CLT e art. 373, I, do CPC). Recurso da reclamante a que se nega provimento, no particular." (grifo nosso) (Sergio Guimaraes Sampaio, ROT 0002149-66.2017.5.09.0011)

Dessa análise devemos também levar em consideração outro elemento importante para a tipificação da lesão que diz respeito à responsabilidade, se esta é objetiva ou subjetiva. Na responsabilidade objetiva tem-se o nexo de causalidade como ponto de ligação entre a ação ou omissão e o dano, ou seja, sua relação de causa e efeito. Essa responsabilidade decorre da teoria do risco,

"A teoria do risco é o embasamento jurídico que os juristas elaboraram ao final do século XIX para justificar a responsabilidade objetiva. Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possa trazer perdas ou danos.

Por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da ideia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o prejuízo independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." (Wolkoff, 2009, p. 5)

Ou seja, na responsabilidade objetiva a responsabilização independe da prova de culpa. Essa responsabilidade está prevista na Constituição Federal, art. 7º, inciso XXVIII, que estabelece como direito do trabalhador o "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa". Já a responsabilidade subjetiva está vinculada aos três elementos de caracterização do dano moral, ou seja, conduta culposa decorrente da negligência ou imprudência, nexo de causalidade e dano. Neste caso é necessário provar a culpa ou o dolo do agente.

O dano, na seara do direito do trabalho, por sua vez, na maior parte dos casos está relacionado à reponsabilidade subjetiva. Parte-se do pressuposto de que nas relações laborais há maior probabilidade de o dano decorrer do dolo ou culpa por parte do agente do que deixar de cumprir a lei ou exercer uma atividade de risco. O dolo mostra-se presente quando há a vontade, já a culpa decorre da imprudência, imperícia ou negligência. Assim, tem-se o elemento imprudência quando há a ausência de cautela, a imperícia quando há falta de habilidade e a negligência quando há a omissão por parte do empregador.

A CLT estabelece em seus artigos os direitos e responsabilidades da relação contratual entre empregado e empregador. Essa relação é um vínculo que decorre de uma função social que deve ser observada pelo empregador uma vez que estão protegidos pelos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal.

Nesta senda, o trabalho deve promover a subsistência do indivíduo em suas necessidades fundamentais básicas tais como a alimentação, a saúde, a educação, a moradia, a cultura, a vida social entre outros. É salutar que nos voltemos para o princípio que reconhece essa função, conforme ensinamentos de Tupinambá (2022, p. 98) "tem raízes constitucionais e determina que os interesses individuais das partes devem ser exercidos em consonância com os direitos sociais. (...) referido princípio é a razão e o limite da autonomia da vontade".

Extrai-se, portanto, que o contrato de trabalho deve ser pautado na reciprocidade de obrigações, dentro das limitações impostas pela lei. A subordinação consiste no cumprimento dos deveres contratuais que concorrem com os poderes de controle do empregador. Uma vez ultrapassados os limites, os excessos devem ser punidos na forma da lei. Quando o trabalho ultrapassa sua função social trazendo para o empregado prejuízos que inviabilizam sua existência em sociedade, estamos diante do abuso do poder diretivo que consequentemente acarretará danos ao empregado.

3 – Parametrização

A Reforma Trabalhista instituída através da Lei nº 13.467/2017 acrescentou à CLT um novo título que trata dos danos extrapatrimoniais, positivando assim, na seara trabalhista, o seu acolhimento. Ressalte-se que o legislador não tratou de conceituar o dano existencial, limitando-se à declaração de sua existência. Analisaremos a seguir os artigos que tratam da aplicabilidade, dos legitimados, dos bens tutelados e dos parâmetros de quantificação do dano.

No que tange à sua aplicabilidade, embora tenha instituído em seu art. 223-A uma tentativa de limitação de aplicação ao novo título, a doutrina entende que a imprevisibilidade das condutas sociais inviabiliza a limitação. Da mesma forma, ao tratar dos legitimados, o art. 223-B limitou exclusivamente

os titulares, ou seja, sem a possibilidade do pleito no que diz respeito ao dano em ricochete ou reflexo – aquele dano causado a um terceiro vinculado ao titular. Esse artigo, bem como os critérios de quantificação dispostos no art. 223-G foram objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas no Supremo Tribunal Federal (ADI 6050). Em decisão, o STF entendeu que:

> "1. As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B da CLT não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil.
>
> 2. Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, *caput* e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade."

Nessa perspectiva, o STF entendeu o dano em ricochete como possível na seara trabalhista. Não obstante, decidiu que os critérios de reparação não estão limitados aos delineados no art. 223-G, ou seja, é constitucional o arbitramento acima do valor estabelecido na norma. Importante destacar que o julgador permitiu valores máximos acima dos estabelecidos no referido artigo, porém, quando se parte da quantificação, já temos na base de cálculo uma desigualdade financeira diante de situações semelhantes, afinal o julgador não fará um julgamento "comparado" e sim baseado no caso concreto da lide a qual julga. Convém destacar que a base de cálculo, no caso o salário-mínimo, permanece estabelecendo quantificações distintas, uma vez que, diante de igual dano, aquele que ganha maior salário receberá uma indenização maior em relação àquele que recebe menor salário.

Rocha e Araújo (2022, p. 82) asseveram que

> "ao estabelecer tabelamento de indenização por danos extrapatrimoniais de acordo com o grau de ofensa e o salário contratual do ofendido, padece de vício incontornável da inconstitucionalidade, uma vez que nossa Carta Magna assegura a ampla reparação dos danos extrapatrimoniais, nos termos do art. 5º, incisos V e X, afastando-se, assim, qualquer tarifação legislativa, desprezando a capacidade de pagamento, a necessidade de se afirmar efeito pedagógico à medida e impeditiva à extensão e à gravidade do dano."

Convergindo com esse entendimento, Chehab (2019, p. 83) pontua que

> "Ao adotar essa conduta de taxatividade dos danos extrapatrimoniais, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) passa a criar disparidade em relação ao valor à vida dado aos trabalhadores que recebem pagamento salarial maior e aos que recebem pagamento salarial inferior, tendo os primeiros uma valoração maior. Dessa forma, lesões, prejuízos e quaisquer danos derivados da relação de trabalho causados por culpa do empregador são valorizadas em relação aos hipersuficientes e desvalorizadas comparativamente em relação aos hipossuficientes. Esta postura fere diretamente a igualdade material buscada pela consolidação do Estado Social e os preceitos estipulados pela Constituição Federal ao criar uma distinção entre os empregados, além de violar os princípios elencados como basilares para o sistema jurídico brasileiro."

O cabedal juridicamente protegido foi previsto pelo legislador no art. 223-C. Também é considerado controvertido no meio jurídico, uma vez que delimita os bens a serem tutelados. Logo, no que se refere aos bens das pessoas físicas o legislador previu "a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade". Para Tupinambá (2022, p. 83) "a apresentação de rol taxativo de bens jurídicos tutelados cuja agressão caracterize dano extrapatrimonial é, no mínimo, presunçosa e ingênua". Ademais, Lima Filho, Lima e Barbosa (2018, p. 19) ressaltam que

> "(...) vale anotar que as aludidas normas não são taxativas quanto aos bens ou valores nelas previstos, bastando lembrar o direito à livre manifestação de pensamento, de expressão, de consciência, à liberdade religiosa, ideológica, de comunicação, o direito à intimidade, de não ser discriminado por qualquer motivo, entre outros valores que, violados, ainda que no seio da relação de trabalho ou emprego, poderão ensejar a indenização por dano extrapatrimonial, que, em verdade, é mais abrangente do que o dano moral, por compreender não apenas este, mas também outros que afetam a dignidade humana."

Já os bens das pessoas jurídicas foram incluídos no art. 223-D, quais sejam "a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência (...)". Quando diz respeito à fixação do valor, o Código Civil, em seu art. 944, *caput* e parágrafo único estabelece que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, da proporcionalidade da culpa em relação ao dano e da razoabilidade. Salienta-se que aqui nos deparamos com três princípios importantes conhecidos como método trifásico de apuração: o princípio da integralidade, quando o artigo trata da extensão do dano, ou seja, a importância do bem jurídico ofendido; princípio da proporcionalidade, quando trata da parcela de culpa em relação ao dano e o princípio da razoabilidade, que trata da indenização

face a lesão causada (Belmonte, 2022). Percebe-se, portanto, que o art. 223-G, introduzido pela Reforma Trabalhista na CLT, foi incorporado com o intuito de complementar os parâmetros previstos pelo Código Civil, senão vejamos:

> "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.
>
> § 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.
>
> § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.
>
> § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização."

Como é possível observar, os incisos de I a XII do *caput* estabelecem os parâmetros de apreciação pelo juiz quando da análise do dano e os incisos I a

IV do § 1º acrescentam os indicadores para sua aferição. Ao analisarmos esses critérios, podemos observar que os incisos de I a VII do *caput* descrevem as circunstâncias da lesão, já os incisos VIII a XII trazem elementos atenuantes para aquele que cometeu o ato lesivo. No entanto, ao tratar de perdão, publicidade, retratação, o legislador acessa elementos que são subjetivos e que podem atingir direitos da personalidade, que são indisponíveis, como, por exemplo, o perdão tácito. Nessa esteira, o princípio da irrenunciabilidade no direito do trabalho inviabiliza, portanto, o perdão tácito, mantendo-se ao titular do direito a garantia de pleiteá-lo no seu devido momento.

Quando nos deparamos com os incisos do § 1º estamos diante daquela que é chamada pela doutrina de "tarifação da indenização". Aqui, embora devesse prevalecer o critério subjetivo, tendo em vista as peculiaridades de cada caso, o legislador criou critérios objetivos, limitando a atuação do julgador. Desta maneira, não é compreensível estabelecer o salário do empregado como parâmetro pois fere o princípio da igualdade material, senão vejamos: os incisos do § 1º do art. 223-G estabelecem os critérios de ofensa sendo leve, média, grave e gravíssima, consequentemente, se o trabalhador A recebe um salário-mínimo e o trabalhador B recebe 10 salários-mínimos, diante da mesma lesão os valores serão totalmente discrepantes como podemos ver de forma exemplificativa na tabela abaixo:

Tabela 1 – Comparativo de indenização em razão do salário

Lesão	*Trabalhador A* *1 salário-mínimo (R$ 1.320,00)*	*Trabalhador B* *10 salários-mínimos (R$ 13.200,00)*
Leve – 3x	R$ 3.960,00	R$ 39.600,00
Média – 5x	R$ 6.600,00	R$ 66.000,00
Grave – 20x	R$ 26.400,00	R$ 264.000,00
Gravíssima – 50x	R$ 66.000,00	R$ 660.000,00

Fonte: elaborado pelas autoras, 2023.

Desta forma, não é possível falar em igualdade quando partimos de valores tão desiguais para a mesma situação. Se considerarmos o evento morte, em ambos os casos, a mensuração com base no salário do trabalhador nos leva a crer que a vida de um trabalhador é mais valiosa do que a de outro. Indaga-se se a vida tem mais valor àquele que ganha mais. Lima Filho, Lima e Barbosa (2018, p. 29) ponderam se

> "(...) para o legislador da Reforma Trabalhista, existem trabalhadores com dignidade mais valiosa do que outros, dependendo do valor salarial percebido, num verdadeiro atentado ao que previsto no art. 1º, inciso III, do Texto Supremo. Isso é inadmissível, pois, como alerta a boa doutrina, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca

e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, independentemente, por óbvio, do valor salarial que possa perceber."

Quando o legislador classifica as ofensas a partir da gravidade do dano causado estamos diante de um critério razoável. Quanto maior o dano, maior a indenização. Agora, quando ele estabelece o salário do trabalhador como critério de arbitramento, estamos diante de uma afronta aos princípios gerais do direito. Simetrias desiguais provocam ponderações desiguais.

A fim de pacificar esse embaraço, foi publicada, logo após a edição da Reforma Trabalhista, a Medida Provisória nº 808/2017, em 14 de novembro de 2017, que, entre outros pontos, alterou os parâmetros de aplicabilidade do dano extrapatrimonial. Naquele momento estabeleceu-se como critério o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Embora ainda não considerada ideal, a medida provisória corrigiu, de certa forma, o abismo e a aberração anteriormente estabelecidos. No entanto, ela não foi convertida em lei pelo legislador, perdendo sua aplicabilidade em 23 de abril de 2018. Outra tentativa de corrigir essa discrepância também foi realizada por alguns Tribunais em Controle Difuso de Constitucionalidade, declarando, em casos suscitados, a inconstitucionalidade da tarifação realizada pela Reforma Trabalhista, inclusive através de súmula:

"SÚMULA Nº 48 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88." (Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região)

"CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, § 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. O sistema de tarifação do dano moral nas relações de trabalho estabelecido no § 1º, I a IV, do art. 223-G da CLT é inconstitucional ao impor limites injustificados à fixação judicial da indenização por dano moral àquele que sofreu o dano, impedindo a sua reparação integral, gerando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa

humana, bem como aos princípios da isonomia e da reparação integral dos danos garantidos na Carta Magna em vigor, em patente ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88." (Processo nº 0000514-08.2020.5.08.0000. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Relator Gabriel Napoleão Velloso Filho. Publicado em: 14 set. 2020)

"INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, *CAPUT* E §§ 1º a 3º, DA CLT, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 13.467/2017. TABELAMENTO. ARTS. 1º, INCISO III, E 5º, *CAPUT* E INCISOS V E X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS À REPARAÇÃO INTEGRAL E À ISONOMIA. São inconstitucionais os §§ 1º a 3º do art. 223-G da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, pois instituíram o tabelamento das indenizações por danos morais com valores máximos a partir do salário recebido pela vítima, o que constitui violação do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à reparação integral dos danos extrapatrimoniais e à isonomia, previstos nos arts. 1º, III, e 5º, *caput* e incisos V e X, da Constituição da República." (Processo nº 0011521-69.2019.5.03.0000. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Sebastião Geraldo de Oliveira. Publicado em: 9 jul. 2020)

O Tribunal Superior do Trabalho, através de sua 5ª Turma, também analisa sua inconstitucionalidade através da arguição de inconstitucionalidade acolhida no Processo nº RR-10801-75.2021.5.03.0148, destacando o relator Ministro Breno Medeiros que

"Percebe-se, portanto, que a tarifação legal promovida pelo citado dispositivo do art. 223-G, § 1º, da CLT ofende a integridade do princípio indenitário de restituição integral ancorado constitucionalmente, pois precifica a dor moral do sujeito passivo do dano, em linha com o seu nível salarial, e não com a estrita extensão do dano aferido em juízo.

(...)

Criar parâmetros estáticos de indenização, que relacionam o valor da compensação com o salário da vítima, cria no sistema indenitário brasileiro uma abordagem compensatória anti-isonômica que fere frontalmente o *caput* do próprio art. 5º da Constituição, já que equaliza o valor da reparação por níveis socioeconômicos que não revelam a igualdade política entre os sujeitos afetados pela norma. Há, nesse caso, uma quebra da dimensão de imparcialidade do processo legislativo, cuja premissa de igualdade se assenta na tradição filosófica do imperativo categórico kantiano, segundo o qual a aceitabilidade geral da norma pressupõe condições igualitárias de aferição do interesse geral envolvido pela previsão legislativa. Não parece mesmo razoável pressupor que uma lei

que cria um preceito fundado em um corte social arbitrário, que separa a dignidade a ser compensada, por critérios estratificados pela projeção econômica do último salário contratual, possa ser considerada equitativa, em termos constitucionais."

Quantificar a lesão e o dano sofrido é inegavelmente uma tarefa difícil e que foi agravada quando o legislador parametrizou na tentativa de estabelecer um núcleo concreto e objetivo de análise. Quando da aferição do valor da indenização o julgador deve ponderar levando em consideração todo o contexto da situação fática apresentada. Enquadrar a indenização do trabalhador vinculando a mesma ao seu salário é, de certa forma, punir o trabalhador que recebe menos e bonificar o que recebe mais. Quando a Reforma Trabalhista estabeleceu os critérios do art. 223-G, além dos princípios já mencionados, ela atropelou também o princípio de vedação ao retrocesso quando comparamos a sua aplicação em relação ao que era aplicado com base no Código de Processo Civil. Quando convencionado um critério objetivo, retiramos o caráter punitivo da indenização pois o agente que provocou o dano pode mensurar seu possível e futuro prejuízo, estabelecendo, assim, o critério de continuar com a prática ou cessá-la.

4 – Conclusão

Na exposição de motivos do projeto de Lei da Reforma Trabalhista o legislador alegou, como razão de sua regulamentação, que "quase todas as ações trabalhistas trazem um pedido acessório de indenização por danos morais, fundada, muitas vezes, em mero descumprimento da legislação trabalhista". Ora, senão vejamos. O fato de o trabalhador exercer o direito de pedir não necessariamente está vinculado ao direito absoluto de que, ao pedir, irá receber. Até porque, desta forma, todo o arcabouço jurídico seria rechaçado frente ao pedido. Ainda, é possível observar que a justificativa do legislador passa longe da realidade conforme os dados constantes no *site* do Tribunal Superior do Trabalho. Entre os 20 assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho (maio/2023) o dano moral e existencial está na 15ª posição. O legislador, em sua justificativa, destaca que a falta de critérios cria insegurança jurídica em razão da falta de isonomia no seu arbitramento, mas esquece que o modelo formulado beneficia o autor da lesão. Fere princípios fundamentais do direito e inviabiliza o caráter pedagógico da indenização porque possibilita ao causador do dano escolher se continua com a lesão porque já sabe qual vai ser seu prejuízo. É possível vislumbrar, diante de todo esse contexto, que a Reforma Trabalhista, no que tange aos danos morais, trouxe um caráter *in pejus* pois passou a promover uma disparidade na indenização em relação ao dano. É possível observar algumas iniciativas no sentido de revogar a Reforma Trabalhista,

restabelecendo o equilíbrio entre as partes na relação trabalhista. A precarização do trabalho tem sido marcada por violações dos direitos dos trabalhadores e a Justiça do Trabalho deve ter mecanismos eficazes para que possa impedir que tais práticas se perpetuem no mundo do trabalho. Acreditamos que essa análise é necessária a fim de possibilitar que os trabalhadores que buscam a Justiça do Trabalho tenham resguardados seus direitos quando caracterizada sua violação.

5 – Referências bibliográficas

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

BELMONTE, Alexandre Agra; LUDOVICO, Giuseppe. *Dano extrapatrimonial no direito do trabalho Brasil/Itália*. São Paulo: Matrioska, 2023.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

BITTAR, Carlos A. *Reparação civil por danos morais.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502223233. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal. São Paulo, 1943. v. 7.

BRASIL. *Medida Provisória nº 808/2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *ArgIncCiv nº 0011521-69.2019.5.03.* Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011521-69.2019.5.03.0000/2#1755a76. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. *ArgIncCiv nº 0000514-08.2020.5.08.0000*. Disponível em: https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/roles/assessoria-de-comunicacao/acordao_arginc_0000514-08.2020.5.08.000.pdf. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. *Súmula nº 48.* Disponível em: https://portal.trt23.jus.br/portal/sumulas/s%C3%BAmula-n%C2%BA-48. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Assuntos na Justiça do Trabalho.* Ranking de assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho até maio de 2023. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº RR-10801-75.2021.5.03.0148.* Disponível em: https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=378622&anoInt=2022&qtdAcesso=119820013. Acesso em: 23 set. 2023.

CHERBAB, Gabriela de Lima. A inconstitucionalidade da tarifação dos danos extrapatrimoniais na reforma trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, n. 12, dez. 2019. *E-book.* Disponível em: https://ltrdigital.com.br/ebooks/revista-ltr-so-paulo-ano-83-n-12-dezembro-2019-11519. Acesso em: 25 maio 2023.

LIMA FILHO, Francisco das C.; LIMA, Paulo Henrique Costa; BARBOSA, Heitor Oliveira. O equívoco da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais pela Lei nº 13.467/2017. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 35, n. 410, p. 11-33, fev. 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, v. 57, p. 287-302, 2014.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, p. 10-25, set. 2013.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Processo nº 0002149-66.2017.5.09.0011*. Sergio Guimarães Sampaio. Disponível em: https://pje.trt9.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0002149-66.2017.5.09.0011/2#9efd153. Acesso em: 26 maio 2023.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Processo nº 0000541-89.2020.5.09.0411.* Janete do Amarante. Disponível em: https://pje.trt9.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000541-89.2020.5.09.0411/2#88a5984. Acesso em: 26 maio 2023.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Processo nº 0001074-08.2019.5.09.0662*. Rosemarie Diedrich Pimpão. Disponível em: https://pje.trt9.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001074-08.2019.5.09.0662/2#668e5de. Acesso em: 26 maio 2023.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Processo nº 0000066-05.2021.5.09.0022 (ROT)* 2023. Rosemarie Diedrich Pimpão. Disponível em: https://pje.trt9.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000066-05.2021.5.09.0022/2#63285e9. Acesso em: 26 maio 2023.

PIPEK, Arnaldo; DUTRA, Alexandre L.; MAGANO, Isabella R. *Reforma trabalhista*. São Paulo: Blucher, 2017. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212690. Acesso em: 31 maio 2023.

ROCHA, Fabio Ribeiro da; ARAÚJO, André Eduardo Dorster. A inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial. *Revista LTr*, São Paulo, ano 86, n. 11, p. 77-89, nov. 2022. *E-book*. Disponível em: https://ltrdigital.com.br/ebooks/revista-ltr-so-paulo-ano-86-n-11-novembro-2022-11690. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Dartagnan Ferrer dos; GOULART, Guilherme Damásio. A responsabilidade civil pelo dano extrapatrimonial na relação de trabalho: análise da nova sistemática da Lei nº 13.467/17. *Revista Fórum Justiçado Trabalho*, Belo Horizonte, ano 35, n. 414, p. 65-92, jun. 2018.

THEODORO JR., Humberto. *Dano moral***.** 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295. Acesso em: 26 maio 2023.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 81, p. 113-135, out./dez. 2009. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d. Acesso em: 3 jun. 2023.

Recebido em: 26/8/2023
Aprovado em: 28/9/2023

Como citar este texto:
DVORAK, Patrícia Eliza; CAGGIANO, Polyana Laís Majewski. Dano existencial: parametrizando a desigualdade dos iguais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, vol. 89, n. 3, p. 168-183, jul./set. 2023.