

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**CLÁUDIO AUGUSTO CUNHA NASCIMENTO**

**A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO DANO  
EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA  
ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Brasília

2015

**CLÁUDIO AUGUSTO CUNHA NASCIMENTO**

**A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO DANO  
EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA  
ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito para  
aprovação na disciplina Monografia II do  
curso de bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Roberto Krauspenhar.

Brasília

2015



A toda a minha família, em especial minha mãe Ana Benithá da Cunha Nascimento, meu pai Carlos Augusto do Nascimento e minhas irmãs Ana Paula Booth Nascimento e Ana Carla Cunha Nascimento por todo o apoio e amor dispensado a mim desde a minha mais tenra idade até os dias atuais.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus por mais esta conquista, pois nos momentos mais difíceis pude obter as forças necessárias para seguir em frente.

Agradeço também ao meu orientador, o Prof. Roberto Krauspenhar, por direcionar o trabalho e oferecer o suporte e incentivo necessários à conclusão deste, bem como a todo o corpo docente do UniCEUB, uma vez que foram essenciais para o meu crescimento pessoal, acadêmico e profissional.

“A existência de cada ser vivo é uma sequência de encontros, mas cada encontro é transformado em ocasião, de modo que o mundo recebe para ele uma significação espiritual e pessoal que o sistema jamais conseguirá traduzir”

**Jean Lacroix**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema referente ao dano existencial nas relações de trabalho a partir de uma abordagem civil-constitucional, levando-se em conta 4 (quatro) eixos conceituais: 1) os direitos fundamentais; 2) a responsabilidade civil; 3) o dano existencial e 4) o dano existencial incidente nas relações de trabalho. No primeiro, encontraremos a base teórica que discute a evolução dos direitos fundamentais sob a teoria de Jellinek e a das gerações de direitos. No segundo, trataremos dos aspectos que compõem o modelo de responsabilidade civil clássico, quais sejam o ato ilícito, o dano e o nexo causal. No terceiro, discutiremos o conceito de dano existencial e seus atributos, comparando-o com danos assemelhados em ordenamentos jurídicos de outros países, bem como diferenciando-o internamente de outros tipos de danos. Por fim, na última parte, estudaremos o dano existencial nas relações de trabalho, o que inclui tanto a temática referente à saúde do trabalhador no direito do trabalho e fixação da indenização correspondente ao dano sofrido pela vítima quanto os aspectos básicos do direito processual trabalhista e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Palavras-chave: Dano existencial. Direito do trabalho. Direitos fundamentais. Abordagem civil-constitucional. Responsabilidade Civil. Direito Processual Trabalhista.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>10</b>
1.1 Direitos fundamentais sob a teoria dos <i>status</i> de Jellinek.....	10
1.2 Das gerações de direitos fundamentais.....	13
1.2.1 <i>Dos direitos de primeira geração.....</i>	<i>13</i>
1.2.2 <i>Dos direitos de segunda geração.....</i>	<i>14</i>
1.2.3 <i>Dos direitos de terceira geração.....</i>	<i>14</i>
1.2.4 <i>Dos direitos de quarta geração.....</i>	<i>15</i>
1.2.5 <i>Dos direitos de quinta geração.....</i>	<i>15</i>
1.3 Dos direitos fundamentais em Alexy.....	16
1.3.1 <i>Do direito geral de liberdade.....</i>	<i>17</i>
1.3.2 <i>Do direito geral de igualdade.....</i>	<i>18</i>
1.3.3 <i>Do direito à ações estatais positivas.....</i>	<i>19</i>
1.4 Dos direitos sociais.....	21
1.5 Direitos sociais e a Constituição de 1988.....	22
1.5.1 <i>Dos direitos sociais dos trabalhadores.....</i>	<i>23</i>
1.6 Dos direitos de personalidade dos trabalhadores (na Constituição de 1988).....	24
<b>2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>28</b>
2.1 Do conceito de responsabilidade civil.....	29
2.1.1 <i>Dever jurídico originário e sucessivo.....</i>	<i>29</i>
2.1.2 <i>Distinção entre obrigação e responsabilidade.....</i>	<i>30</i>
2.1.2.1 <i>Da obrigação de indenizar.....</i>	<i>33</i>
2.2 Da função da responsabilidade civil.....	33
2.2.1 <i>Da função punitiva (punitive damages) .....</i>	<i>35</i>
2.3 Dos fundamentos da responsabilidade civil.....	39
2.3.1 <i>Da culpa.....</i>	<i>39</i>
2.3.2 <i>Do risco.....</i>	<i>39</i>

2.4 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	40
2.4.1 Responsabilidade subjetiva.....	40
2.4.2 Responsabilidade objetiva.....	40
2.5 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	42
2.6 Da responsabilidade civil trabalhista.....	43
2.6.1 Responsabilidade do empregador e entes do grupo econômico.....	43
2.6.2 Responsabilidade do sócio.....	44
2.6.3 Responsabilidade por trabalho temporário.....	44
2.6.4 Responsabilidade do subempreiteiro.....	45
2.6.5 Responsabilidade do dono da obra.....	45
2.6.6 Responsabilidade do consórcio de empregadores.....	45
<b>3 DANO EXISTENCIAL.....</b>	<b>46</b>
3.1 Dano.....	46
3.1.1 Dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.....	47
3.1.1.1 Danos patrimoniais.....	47
3.1.1.2 Danos extrapatrimoniais.....	48
3.2 Dano existencial.....	48
3.2.1 Origem do dano existencial.....	48
3.2.1.1 O préjudice d'agrément e o préjudice d'établissement na França.....	49
3.2.1.2 O "loss of amenities" nos Estados Unidos da América.....	50
3.2.2 Noções iniciais acerca dos elementos constitutivos do dano existencial.....	51
3.2.3 Do fundamento filosófico do dano existencial.....	53
3.3 Da diferenciação do dano existencial frente a outras espécies de dano.....	55
3.3.1 Dano moral.....	55
3.3.2 Perda de uma chance.....	57
3.3.3 Dano à identidade.....	59
3.3.4 Dano à vida privada.....	59
3.3.5 Dano à intimidade.....	60
3.3.6 Dano à imagem.....	61

3.3.7 <i>Dano à integridade intelectual</i> .....	59
3.3.8 <i>Dano à honra</i> .....	62
3.3.9 <i>Dano à saúde</i> .....	62
<b>4 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO</b> .....	<b>64</b>
4.1 <i>Dano existencial nas relações de trabalho</i> .....	64
4.1.1 <i>Projeto de vida e vida de relação como direitos da personalidade do trabalhador</i> .....	65
4.1.2 <i>Dano existencial e a saúde do trabalhador</i> .....	65
4.2 <i>Da indenização por dano existencial</i> .....	67
4.2.1 <i>Da fixação do valor de reparação pelo dano existencial</i> .....	67
4.3 <i>Aspectos processuais básicos</i> .....	68
4.3.1 <i>Da competência para processar e julgar o dano existencial</i> .....	68
4.3.2 <i>Dos legitimados ativos para atuar em juízo</i> .....	69
4.3.3 <i>Do ônus da prova do dano existencial</i> .....	71
4.3.4 <i>Dano existencial e o prazo prescricional</i> .....	73
4.3.4.1 <i>Causas impeditivas e suspensivas da prescrição trabalhista</i> .....	74
4.3.5 <i>Do pedido</i> .....	74
4.4 <i>O Dano existencial segundo o Tribunal Superior do Trabalho</i> .....	75
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

Com previsão no art. 1º, inciso IV da Constituição de 1988, os valores sociais do trabalho são contemplados como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da livre iniciativa. No art. 5º, XIII da Carta Fundamental, fica assegurado o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, salvo os casos em que a lei estabelecer qualificações profissionais.

Além disso, o trabalho encontra-se no rol de direitos sociais expresso no art. 6º da Constituição:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Diante do exposto, podemos verificar que o constituinte fez questão de dar tratamento especial ao tema trabalhista, ora inserindo-o como princípio a ser perseguido ora como direito e garantia dos indivíduos em face do Estado e do poder econômico.

Nesse contexto, surge uma nova modalidade de dano, qual seja o dano existencial, em que o indivíduo sofre prejuízo a seu projeto de vida e sua vida de relações sociais.

O presente estudo busca discutir como ocorre o dano existencial nas relações de trabalho, passando inicialmente pela teoria dos direitos fundamentais, avançando para a própria constituição do dano sob o enfoque da responsabilidade civil, bem como por outros campos, como o direito constitucional, civil e do trabalho, até a análise jurisprudencial das decisões do Tribunal Superior do Trabalho - TST que envolvem o referido dano.

Dessa forma, poder-se-á contribuir para o avanço das ciências jurídicas, permitindo a revisão conceitual, quando necessária, assim como lançar luz para os julgados proferidos pelo TST envolvendo indenizações por dano existencial.

# 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Dos direitos fundamentais sob a teoria dos *status* de Jellinek

O direito fundamental é composto por um leque de posições em que predominam conteúdos distintos entre si. Para Alexy (2011, p. 254), a teoria dos *status* de Jellinek (*status* negativo, *status* positivo, *status* passivo e *status* ativo) serve de paradigma quanto à existência de posições globais abstratas.

Segundo Georg Jellinek (1912, p. 113-114, tradução nossa<sup>1</sup>), o *status* negativo não foi criado em consequência de uma liberdade reconhecida legislativamente em prol do interesse individual. Em verdade, os acontecimentos históricos conduziram ao reconhecimento de que certas atividades fossem tidas como manifestações essenciais da liberdade do indivíduo. Mas um exame mais profundo nos mostra claramente que ainda existe um número quase infinito de manifestações de *status* negativo, cuja natureza jurídica é idêntica à das liberdades consagradas constitucionalmente, a exemplo do direito de não pagar impostos sem prévia determinação legal. O direito privado possui as mesmas características dos direitos fundamentais ainda que não esteja compreendido na lista destes.

Assim, depreendemos que o *status* negativo não foi fruto do poder legislativo, sendo o resultado de diversos eventos históricos que culminaram por desaguar na abstenção estatal com relação a determinadas atividades pelo fato de que estas tratam do próprio núcleo essencial de liberdades de um ser humano, incluídos tanto alguns direitos fundamentais quanto alguns direitos privados.

Quanto ao *status* positivo, temos um contexto em que cada ação do Estado é uma ação de interesse público. Nesse sentido, o interesse público pode coincidir com um interesse individual, ainda que não seja absolutamente necessário. E, caso haja essa coincidência, o Estado deverá reconhecê-la e fornecer remédios jurídicos para atendê-la. Com isso, eleva-se o indivíduo a um *status* de membro da comunidade estatal dotado de

---

<sup>1</sup> "Lo *status* negativo non è stato punto creato in conseguenza delle libertà riconosciute legislativamente nell'interesse individuale. Eventi storici hanno portato a riconoscere espressamente certe essenziali manifestazioni della libera attività degli individui. Ma un esame più profondo dimostra chiaramente che esiste ancora un numero quasi infinito di manifestazioni dello *status* negativo, le quali hanno natura giuridica identica alle libertà sancite dagli Statuti costituzionali. Il diritto di non pagare alcuna imposta, oltre quelle stabilite per legge, [...] il diritto privato, hanno lo stesso carattere dei diritti fondamentali, pur senza essere compresi nell'elenco di questi."

faculdades com características positivas, conferindo-lhe o *status* de cidadania, o qual é totalmente separado do *status* negativo, mas faz parte do amplo campo das ações juridicamente indiferentes do Estado (JELLINEK, 1912, p. 127, tradução nossa<sup>2</sup>).

Do *status* positivo, depreendemos que há, em verdade, uma atividade estatal concretizadora da cidadania de um indivíduo, permitindo-o que se veja como parte de um todo social.

Para o indivíduo, o *status* positivo representa uma extensão do conteúdo jurídico certamente maior, que não o *status* negativo. Como o conteúdo da pretensão resultante do *status* positivo se constitui de uma ação estatal positiva, tudo aquilo que pode formar um objeto de uma obrigação de dar, fazer, ou de um prestar pelo Estado pode ser objeto de uma pretensão individual (JELLINEK, 1912, p. 134, tradução nossa<sup>3</sup>).

Como o Estado adquire a vontade física por meio da qual se concretiza a vontade estatal? A resposta a essa pergunta compreende duas hipóteses: a imposição de uma obrigação ou instituição de um direito. No primeiro caso, o serviço militar obrigatório, por exemplo, configura aquisição pelo Estado de prestação de serviços em que considera como ações próprias. No segundo caso, o Estado atribui ao indivíduo uma capacidade, conectada à própria pessoa, de agir como órgão estatal, não se restringindo à esfera individual no sentido de uma imposição de obrigação. Em vez disso, trata-se de um alargamento da capacidade jurídica do indivíduo de agir. (JELLINEK, 1912, p. 153-154, tradução nossa<sup>4</sup>)

---

<sup>2</sup> "Ogni azione statale è azione nel pubblico interesse. L'interesse generale non è assolutamente necessario che coincida, ma può coincidere con l'interesse individuale. In quanto tale ultima ipotesi si verifica e la coincidenza è riconosciuta dallo Stato, questo accorda all'individuo pretese giuridiche (Ansprüche) all'attività statale e mette a disposizione di lui rimedi giuridici per realizzarla. In questa maniera lo Stato eleva l'individuo alla condizione di membro della comunità statale dotato di facoltà aventi carattere positivo, gli conferisce lo *status* di cittadinanza, il quale è del tutto separato dallo *status* semplicemente negativo, e cioè dall'esteso campo che abbraccia le azioni giuridicamente indifferenti per lo Stato."

<sup>3</sup> "Per l'individuo, lo *status* positivo presenta una estensione di contenuto giuridico certamente maggiore, che non lo *status* negativo. Poichè il contenuto delle pretese risultanti dallo *status* positivo è costituito da un'azione positiva dello Stato, tutto quello che può formar oggetto di un dare, di un facere, di un prestare dello Stato rappresenta un possibile oggetto di pretesa individuale."

<sup>4</sup> "A questo punto si presenta però il quesito: come si procaccia lo Stato le volontà fisiche, nelle quali si concreta la volontà statale? La risposta a siffatto quesito non può comprendere che due ipotesi: la imposizione di un obbligo, o l'attribuzione di un diritto. La potestà individuale di volere può essere cioè fornita allo Stato mediante la legge o speciali rapporti obbligatori, che creino l'obbligo di prestare un pubblico servizio; ovvero lo Stato può mettere gli individui in grado di agire nel pubblico interesse, attribuendo ai medesimi determinate capacità. Ai casi della prima specie basterà accennare brevemente. L'obbligo del servizio militare, l'obbligo di essere giurato o scabino, procurano allo Stato prestazioni di

Ou seja, ainda no segundo caso, ao indivíduo lhe é dado um novo *status*, qual seja o *status activae civitatis* ou *status* ativo, que se distingue do *status* positivo (*status civitatis*) sobretudo pelo fato de que seu conteúdo imediato não trata de uma pretensão jurídica dirigida ao Estado. Em vez de ser objeto da ação estatal, o *status* ativo permite que o indivíduo seja membro do ordenamento estatal (JELLINEK, 1912, p. 154, tradução nossa<sup>5</sup>)

Logo, entendemos que o *status* ativo se contrapõe ao *status* negativo. Neste, o indivíduo é liberado da submissão estatal enquanto naquele ocorre o agir pelo Estado. Nessa esteira, o *status* ativo se avizinha e se diferencia nitidamente do *status* passivo, no sentido de que o primeiro trata da participação individual na formação da vontade estatal e o segundo se refere a uma submissão individual à vontade superior do Estado (JELLINEK, 1912, p. 154-155, tradução nossa<sup>6</sup>)

Dessa forma, conseguimos claramente diferenciar o *status* ativo do *status* passivo, conforme o enfoque se dê a partir da participação do indivíduo enquanto membro do estado que atua na formação da ordenamento, o que efetivamente se constitui em *status* ativo, ou por meio da submissão em relação à vontade estatal, posto que esta possui o atributo da superioridade em detrimento da vontade individual, formando o *status* passivo.

---

servizi, che esso considera come azioni sue proprie. L'organizzazione delle funzioni statali alle quali deve provvedere la comunità dei cittadini, può essere basata sul criterio della prestazione a turno di determinati servizi, ovvero sull'obbligo di accettare uffici elettivi. Mediante contratto di pubblico servizio (Dienstvertrag) può parimenti essere costituito a favore dello Stato uno speciale rapporto di subordinazione, che, nei suoi effetti, per quanto riguarda la manifestazione della volontà dello Stato, ha lo stesso valore della prestazione d'opera stabilita per legge. In tutti questi casi si riscontra ed esiste un dovere a carico dell'individuo di agire come organo dello Stato. Nei casi della seconda specie lo Stato attribuisce all'individuo una capacità, connessa con la di lui persona, di agire come organo dello Stato. Non si restringe cioè la sfera dell'individuo mediante la imposizione di un obbligo, ma si allarga invece la di lui capacità giuridica di agire. "

<sup>5</sup> "In altri termini, all'individuo viene attribuito un nuovo *status*, che è lo *status* *activae civitatis*, o, più brevemente, *status* attivo, Esso si distingue dallo *status* *civitatis* soprattutto pel fatto, che il suo contenuto immediato non è costituito da pretese giuridiche verso lo Stato, una dalla possibilità che l'individuo diventi oggetto di un'azione statale, con che viene ad essere compreso nell'ordinamento statale, com membro dell'ordinamento stesso. "

<sup>6</sup> "Lo *status* attivo costituisce l'esatto contrapposto dello *status* negativo. In forza dell'ultimo, l'individuo è liberato dalla soggezione verso lo Stato, in forza del primo agisce per lo Stato. Da questo punto di vista lo *status* attivo si avvicina allo *status* passivo, dal qual però si distingue nettamente, perchè il suo ultimo scopo non é la soggezione ad una superiore volontà, ma la formazione di questa stessa volontà superiore. Inoltre dallo *status* passivo non sorgon mai pretese verso lo Stato, mentre lo *status* attivo forma la base giuridca di una intera serie de importanti pretese individuali verso lo Stato."

## 1.2 Das gerações de direitos fundamentais

Sob o prisma histórico, podemos situar os direitos fundamentais a partir de gerações, o que nos leva a conceber e evidenciar o caráter cumulativo, bem como evolutivo desses direitos com o passar do tempo. Porém, há de se apontar também para a fundamental relevância de se tratar todos os direitos fundamentais num contexto único e indivisível, em que tais direitos interagem entre si e corroboram para a compreensão do todo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137-138).

Norberto Bobbio (2004, p. 9) assevera no mesmo sentido ao defender abertamente a conexão histórica que os direitos fundamentais possuem:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Não há como retirar dos direitos fundamentais o próprio aspecto histórico-circunstancial em que estes direitos se forjaram, visto que são o resultado de demandas e lutas progressivas por liberdades.

Dessa forma, o estudo dos direitos fundamentais a partir de uma classificação firmada em gerações nos permite, quando da análise do caso concreto, enquadrar o direito afetado de acordo com a sua formação geracional, permitindo uma melhor compreensão acerca do contexto de direitos envolvidos.

### 1.2.1 Dos direitos de primeira geração

Na primeira geração, temos os direitos civis e políticos, que possuem uma correspondência histórica com o início do constitucionalismo nas sociedades ocidentais (BONAVIDES, 2014, p. 577).

Esses direitos se fundam em verdadeiras abstenções por parte do Estado, no sentido das obrigações de não fazer, e demandam a não atuação estatal sobre a vida privada do indivíduo. Com isso, fazem-se imprescindíveis a todos e visam a

universalidade, apontando para as liberdades individuais, como a liberdade de reunião ou a inviolabilidade do domicílio (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137).

### 1.2.2 Dos direitos de segunda geração

Na segunda geração, temos os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, que florescem no bojo do Estado social. São direitos que já nascem intimamente ligados ao princípio da igualdade, que parece traçar a razão básica de sua existência (BONAVIDES, 2014, p. 578).

O contexto em que os direitos fundamentais de segunda geração surgiram impôs ao Estado liberal um papel mais ativo para enfrentar os problemas advindos da industrialização, do crescimento da população e da desigualdade social. Nessa nova relação entre o Estado e a sociedade, a postura liberal se mostrou insuficiente, o que fez surgir o Estado social que passou a intervir na economia e a direcionar suas ações para o alcance de uma justiça social. Tais direitos são chamados de direitos sociais não porque tenham como titulares coletividades, mas porque possuem como balisa o princípio da igualdade de fato, com enfoque na assistência social, saúde, trabalho entre outros, cuja titularidade reside em indivíduos singularizados (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137).

### 1.2.3 Dos direitos de terceira geração

Na terceira geração, temos direitos que buscam a universalidade e o humanismo. Esses direitos fundamentais surgem no final do século XX e não estão orientados pura e simplesmente para um indivíduo singular, um grupo específico ou um Estado. (BONAVIDES, 2014, p. 583).

Neste ponto, a titularidade difusa segue como principal característica, sendo os direitos de terceira geração pertinentes à proteção de coletividades e grupos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 137-138).

Com efeito, são direitos que se destinam ao ser humano enquanto gênero, afirmando-se como valor superior, tais quais o direito ao desenvolvimento, à paz, ao

meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Também são conhecidos como direitos de fraternidade (BONAVIDES, 2014, p. 584).

Norberto Bobbio (2004, p. 9) avalia que os direitos de terceira geração ainda possuem características heterogêneas e vagas, o que considera um empecilho ao entendimento mais preciso acerca do seu conteúdo.

#### 1.2.4 Dos direitos de quarta geração

Quando se trata dos direitos fundamentais de quarta geração, há de se remeter ao contexto de globalização. Em verdade, trata-se da faceta política desse fenômeno atual, cujo aspecto neoliberal parece irradiar perspectivas de manutenção do *status quo*. Com isso, revela-se uma necessidade de globalizar direitos fundamentais, dentre os quais enumeram-se o direito à democracia, informação e o direito ao pluralismo. Dessa forma, a democracia deverá ser do tipo direta, privilegiando o direito à pluralidade e à informação, com forte embasamento nas tecnologias da informação. As relações internas devem apontar para uma democracia isenta, sem manipulações midiáticas ou hermetismos no poder (BONAVIDES, 2014, p. 585-586).

Entretanto, acrescenta Uadi Lammego Bulos (2007, p. 403-404), que os direitos de quarta geração seriam também aqueles relativos à informática, biociência, eutanásia, alimentos geneticamente modificados, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagem e demais eventos da engenharia genética.

#### 1.2.5 Dos direitos de quinta geração

Na quinta geração de direitos fundamentais, discute-se o direito à paz, visto que este já constava da terceira geração de direitos. Porém, neste momento, elabora-se a fundo as razões que o concebem como norma, com forte inspiração na Resolução nº 33/73 da 85ª sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas (BONAVIDES, 2014, p. 594).

No documento, a ONU declara que todas as nações e seres humanos, sem qualquer distinção atinente à raça, convicção ou ao sexo, possuem o direito de viver em

paz, propondo a todos que o observem em prol do interesse da humanidade (BONAVIDES, 2014, p. 595).

A importância normativa do direito à paz advém da ideia de convivência humana, também correlacionada à conservação da espécie, com vistas a estabelecer maior segurança de direitos em aspecto universal (BONAVIDES, 2014, p. 598).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 4º inciso VI, que as relações internacionais deverão reger-se pelo princípio da defesa da paz, reforçando-o com o princípio insculpido no inciso VII, qual seja a solução pacífica de conflitos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

Dessa forma, forma entendemos que assim como os demais princípios constitucionais, a defesa da paz iguala-se em força e expressão normativa tal qual um direito fundamental (BONAVIDES, 2014, p. 607).

### 1.3 Dos direitos fundamentais em Alexy

Inicialmente, podemos nos deparar com alguma dúvida acerca da diferenciação entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Porém, ocorre que cada um surgiu de um contexto distinto cujo esclarecimento se faz necessário para o bom entendimento do tema.

Direitos do homem encontram amparo no direito natural, que previa que a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão teriam como características a inalienabilidade e imprescritibilidade (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Sob a visão jusnaturalista, seria possível extrair alguns direitos diretamente da natureza humana, o que os elevaria à categoria de irrefutáveis. Ocorre que, com o

passar dos anos, a natureza do homem se mostrou bastante incerta na definição de quais seriam tais direitos. Nos casos de sucessão de bens, por exemplo, as formas de resolução variavam naturalmente entre o retorno dos bens para a comunidade, transmissão do bem do pai para o filho e a livre disposição do proprietário do bem. (BOBBIO, 2004, p. 12).

Em outro momento, no bojo de uma discussão travada entre Boutmy e Jellinek, apontou-se para a questão de que os direitos do homem estariam mais relacionados a uma classe (barões ingleses) ou de uma sociedade, enquanto que os direitos proclamados na Declaração francesa de 1789 seriam pertinentes a todo e qualquer ser humano (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Conceitualmente, entretanto, Robert Alexy (2011, p. 51) recomenda a utilização da ideia de normas de direito fundamental, visto que estas são mais abrangentes que o conceito de direito fundamental e cobrem tanto as normas que outorgam direitos subjetivos quanto às sem correspondência exata. Ademais, pretensões acerca de haver ou não um direito fundamental demandam que seja válida a norma de direito fundamental a que corresponde tal direito.

### 1.3.1 Do direito geral de liberdade

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, ao decidir sobre o caso *Elfes*, entendeu que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, § 1º, da Constituição alemã) seria espécie do direito geral de ação (ALEXY, 2011, p. 341).

Sob esse prisma de entendimento, o Tribunal alemão optou teoricamente por um direito geral de liberdade, que possui desdobramentos com duplo aspecto, quais sejam: 1) ao indivíduo é “permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva)” e 2) o indivíduo tem o direito de, perante o estado, não enfrentar embaraços no desempenho de suas ações ou abstenções (norma de direito) (ALEXY, 2011, p. 343).

Em que pese inicialmente o sentido da interpretação recair sobre as ações do titular do direito fundamental em questão, o próprio Tribunal Constitucional estendeu também a garantia da liberdade geral para a proteção de situações, assim como para posições jurídicas. Isso se fez necessário tendo em vista que o titular de um direito

fundamental pode ter sua liberdade de ação comprometida por interferências indevidas em uma situação, a exemplo do uso de escutas secretas, bem como por meio da eliminação de uma posição jurídica, como a exclusão de um membro de um conselho de empregados (ALEXY, 2011, p. 343-344).

### 1.3.2 Do direito geral de igualdade

Na Constituição alemã, no art. 3º § 1º, consta expressamente que “Todos são iguais perante a lei”. A partir de uma interpretação literal, entenderíamos, *a priori*, que se trata de uma igualdade relacionada à aplicação do direito (ANSCHÜTZ, 1993 apud ALEXY, 2011, p. 393).

Entretanto, essa não é a melhor técnica jurídico-interpretativa. De fato, o Tribunal Constitucional alemão possui entendimento reiterado no sentido de que o legislador também está vinculado a observar o dever de igualdade também na criação do direito (ALEXY, 2011, p. 395).

Nesse sentido, não se trata de exigir que o legislador coloque todos sob o mesmo *status* jurídico nem que seja responsável em fazer que todos tenham condições fáticas e características naturais idênticas, o que levaria apenas a uma igualdade injusta, desprovida de finalidade e sem orientação para o pleno desenvolvimento de competências (ALEXY, 2011, p. 396).

Em vez disso, enfatiza-se o meio termo entre a diferenciação exacerbada e a igualdade desenfreada sob todos os aspectos, apontando mais para o equilíbrio com relação ao tratamento despendido aos indivíduos pelo legislador quando da edição das normas (ALEXY, 2011, p. 397).

Em verdade, como não é possível traçar uma igualdade ou desigualdade que abranja todos os aspectos humanos e situações existentes, poderemos nos deparar com uma igualdade fática parcial que requer tratamento desigual, assim como uma desigualdade fática parcial que pode dar ensejo a um tratamento igual (ALEXY, 2011, p. 399).

### 1.3.3 Do direito a ações estatais positivas

Os direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito ao trabalho, moradia e educação, constituem apenas uma subespécie de um direito com abrangência bem superior, qual seja o direito a prestações (ALEXY, 2011, p. 433-434).

Nessa esteira, os direitos que requerem uma ação do Estado são denominados direitos a prestações, se opondo conceitualmente à ideia de direito de defesa no qual está consubstanciada a abstenção do Estado, ou seja, uma ação negativa (ALEXY, 2011, p. 442).

Em que pese o sentido do conceito de prestação do estado poder aparentemente estar relacionado a um direito que poderia ser satisfeito junto a particulares se o sujeito titular desse direito dispusesse de meios suficientes ou, ainda, perante o mercado caso a oferta não fosse escassa, temos que o direito a prestações do estado se dá em sentido bastante superior. Aqui, referimo-nos desde a atividade normativa no campo do direito penal para regular a proteção de uma pessoa contra outra até prestações em dinheiro e outros bens (ALEXY, 2011, p. 442).

Tal amplitude se faz necessária quando se está diante de um direito fundamental social, que requer prestações de ordem fática e normativa. Para se ter uma ideia, passemos à análise do direito ao trabalho, tido como um direito fundamental social, e que contém um leque de direitos específicos a saber: o direito à escolha de uma profissão, a um posto de trabalho, a um salário digno/justo, a condições de trabalho adequadas, a prestações diferenciadas junto a mulheres e jovens, ao descanso, a receber benefícios em face do desemprego, a se sindicalizar, a greve e à cogestão (BRUNER, 1971 apud ALEXY, 2011, p. 442-444).

Aqui, interessante se faz diferenciar o direito a prestações e o direito a uma ação negativa do estado, visto que este se baseia na imposição de limites à atuação estatal enquanto aquele está fundado na conquista de determinados objetivos, o que acaba por trazer também uma discussão necessária relacionada à inércia estatal e o gozo de direitos subjetivos. Por isso, questões com esse conteúdo deverão envolver sempre o tribunal constitucional e o legislador (ALEXY, 2011, p. 444).

Assim, entendemos que o direito a prestações deve ser entendido somente como aqueles direitos subjetivos que possuem nível constitucional. Nesse passo, distinguem-se tanto dos direitos subjetivos infraconstitucionais quanto dos direitos constitucionais objetivos (ALEXY, 2011, p. 445).

Por serem direitos subjetivos, os direitos a prestações configuram-se numa relação entre o titular de direito, o Estado e a ação estatal positiva, de sorte que se 'x' é um titular de um direito fundamental perante o Estado 'z' de que este promova a ação estatal positiva 'y', então se pode concluir que nessas relações o titular de um direito fundamental pode se lançar do judiciário para fazer valer seu direito (ALEXY, 2011, p. 445).

Quanto às espécies, os direitos a prestações se subdividem em a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento e c) direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos a proteção são aqueles em que o titular de direitos fundamentais demanda uma proteção do Estado contra terceiros e a tutela de diversos bens como a vida, saúde, dignidade, liberdade, família e propriedade (ALEXY, 2011, p. 450).

Já os direitos a organização e procedimentos são tidos como aqueles referentes a um sistema formado por regras e princípios que proporcionem um resultado em consonância com os direitos fundamentais. Daí, depreendemos que tais direitos podem significar: 1) o direito a criação de normas procedimentais, assim como 2) o direito a uma interpretação e aplicação de normas procedimentais (ALEXY, 2011, p. 473-474).

Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito se referem aos direitos que uma pessoa possui perante o Estado a algum bem que, se não fossem as restrições financeiras ou a escassez de oferta, esse titular poderia obtê-lo regularmente de um particular. Por isso, em face da expressão direitos fundamentais sociais como os direitos à assistência à saúde, direito à educação e direito ao trabalho, temos que se tratam mormente de direitos a prestações estatais em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 499).

Circundam os direitos fundamentais duas teses. A primeira diz respeito ao fato de que a liberdade jurídica somente procede mediante a liberdade de fato, cujo exercício se dá por meio das alternativas de que dispõe o titular do direito. Segundo o Tribunal Constitucional da Alemanha, o direito de liberdade não teria importância sem

suportes fáticos corretamente orientados para exercê-lo. Na segunda, entende-se que a liberdade fática encontra íntima dependência com a atividade estatal quando os titulares de direitos fundamentais não obtém suporte material em determinado espaço que esteja sob o seu controle (ALEXY, 2011, p. 503-504).

Dessa forma, para garantir a fundamentação da liberdade fática elegemos dois argumentos. Primeiramente, deve-se lançar um olhar atento para a importância da liberdade para um indivíduo, de forma que não viva abaixo do mínimo existencial, desempregado ou excluído da esfera cultural, por exemplo. Em vez disso, é preciso proteger os direitos fundamentais do desprovido de recursos, proporcionando ao titular de direitos de proteção contra o trabalho forçado e outros abusos (ALEXY, 2011, p. 505).

Em segundo lugar, trazemos que a liberdade no substrato fático garante o viés substancial de um bem, qual seja o real gozo de um direito fundamental encartado na constituição, prestigiando um sistema valorativo de respeito à dignidade e ao livre desenvolvimento do indivíduo na comunidade a que pertence (ALEXY, 2011, p. 506).

#### 1.4 Dos direitos sociais

Direitos sociais são também conhecidos como direitos de prestação em sentido estrito, conforme estudado anteriormente.

A questão relativa à eficácia de qualquer constituição perpassa pelo tema dos direitos sociais, sendo imprescindível a harmonização entre a legitimidade e consenso acerca desses direitos (BONAVIDES, 2011, p. 577).

Entretanto, necessário se faz atentar para o fato de que os direitos sociais possuem viés dúplice, sendo simultaneamente direitos humanos e direitos fundamentais, em decorrência de serem vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia ao mínimo existencial, tendo sido objeto tanto dos direitos humanos internacionais quanto do direito constitucional (SARLET, 2012, p. 215).

Dado que os direitos sociais demandam prestações positivas e negativas do Estado e que ambas requerem gastos públicos para assegurar tais direitos, há críticas quanto ao núcleo prestativo-positivo desses direitos, principalmente. A alocação de recursos para efetivar direitos sociais implicaria na escolha de uma política social em

detrimento de outra. Com isso, a judicialização do tema resultaria em grave lesão aos princípios da separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível (MENDES; BRANCO, 2014, p. 628).

Entretanto, corrente diversa entende que a intervenção do Poder Judiciário constitui figura essencial na efetivação dos direitos sociais, resguardando o “mínimo existencial” indispensável de cada direito na composição da dignidade humana e que, por óbvio, não haveria de estar distante da tutela jurisdicional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 629).

### 1.5 Direitos sociais e a Constituição Federal de 1988

Em que pese as Constituições anteriores de 1934, 1937, 1946 e 1967/69 terem destinado terem reservado o capítulo “Ordem Econômica e Social” para tratar das relações trabalhistas, a Constituição Federal de 1988 foi além e trouxe extenso rol de direitos sociais no art. 6º, no capítulo específico “Dos Direitos Sociais” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 640):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Cabe lembrar que a Carta Magna não traz qualquer distinção quanto à eficácia imediata de direitos e garantias individuais e direitos sociais, revelando que estes são verdadeiros direitos fundamentais, conforme art. 5º, §1º, CF/88 (MENDES; BRANCO, 2014, p. 640):

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:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse diapasão, resta superada a diferenciação de outrora entre direitos sociais e individuais por não mais caber fala-se em titularidade individual ou não de direitos humanos e fundamentais, sendo o enfoque mais moderno orientado para a natureza e o objeto do direito em questão (SARLET, 2012, p. 215).

Os direitos humanos e fundamentais, não obstante serem civis, políticos, econômicos, culturais ou sociais, possuem como destinatário a pessoa, havendo que se preservar no caso dos direitos sociais o direito ao mínimo existencial calcado no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 217).

Os direitos sociais visam o alcance e realização da justiça social seja por meio da garantia de acesso a determinados bens e serviços por uma parte da sociedade que não possui condições de adquiri-los seja para proteger uma classe social que figure em relação com desequilíbrio socioeconômico, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (SARLET, 2012, p. 218-219).

Neste ponto, cabe mencionar também que o constituinte teceu o texto relativo aos direitos sociais expressos no art. 6º e seguintes da Constituição da República com amparo efetivo no princípio da proteção ao trabalhador, visto que este se encontra em posição mais frágil na relação trabalhista.

#### 1.5.1 Dos Direitos sociais dos trabalhadores

A Constituição Federal de 1988 trouxe o direito ao trabalho como direito social (art. 6º, CF/88) e nos fornece um bom exemplo acerca da simultaneidade da dimensão individual e coletiva dos direitos sociais. Ora, o direito que o indivíduo possui ao trabalho digno e à proteção na relação trabalhista coexiste com o aspecto coletivo que impõe ao Estado o dever de elaborar políticas públicas que fomentem a criação de empregos no mercado de trabalho (LEDUR, 2009 APUD SARLET, 2012, p. 219).

Em matéria trabalhista, a Carta política pretendeu definir limites claros direcionados tanto para o legislador quanto para os contratantes. No caso dos direitos

subjetivos em face do empregador, a Constituição assegurou ao trabalhador o salário-mínimo, 13º salário, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, férias remuneradas e outros mais (art. 7º, VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV), com foco na aplicação direta e imediata às relações privadas (MENDES; BRANCO, 2014, p. 641).

Em outros casos, tratou-se do direito à organização e procedimento, tratando do seguro-desemprego (art. 7º, II), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS (art. 7º, III), salário-família para trabalhador de baixa renda em função dos dependentes (art. 7º, XII) dentre outros, variando entre garantias protetivas para o trabalhador e normas que requerem detalhamento normativo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 641).

#### 1.6 Dos direitos de personalidade dos trabalhadores (na Constituição de 1988)

Quando nos referimos aos direitos de personalidade, apontamos para aqueles direitos imprescindíveis à pessoa humana, cuja disciplina pela doutrina visa que um só fim: o resguardo da dignidade humana (GOMES, 2008, p. 134).

Próprios da natureza humana, os direitos de personalidade devem ser protegidos, visto que constituem um núcleo essencial de direitos que são necessários ao adequado desenvolvimento da personalidade humana tanto nas relações sociais quanto nas jurídicas. A título exemplificativo, podemos destacar o “direito ao nome, à vida, à liberdade, direito ao próprio corpo, proteção à imagem das pessoas, à honra, à dor, à vergonha, à igualdade, à integridade física, psíquica e moral, vida privada e a proteção à intimidade” (ALVARENGA, 2008, p. 83).

Segundo Rúbia Zanotelli Alvarenga (2008, p. 84), os direitos de personalidade devem ser entendidos como direitos humanos inatos que independem de positivação para que sejam tutelados pela ordem jurídica.

Sob essa perspectiva, a proteção do direitos humanos fundamentais da personalidade transbordaria os limites do direito positivo, sendo não-taxativos e inesgotáveis (ALVARENGA, 2008, p. 85).

A característica da universalidade dos direitos humanos funda-se na importância histórico-representativa destes, na medida em que foram cristalizados em consequência de um estado de injustiça referente a bens fundamentais do ser humano.

Logo, percebemos que os direitos humanos pertencem a toda pessoa humana a qualquer tempo (ALVARENGA, 2008, p. 86).

Assim, trazemos outra característica importante, qual seja a perpetuidade e permanência dos direitos humanos de personalidade, que acompanham a existência do ser humano e tutelam a dignidade da pessoa humana sob o aspecto físico, intelectual e moral (ALVARENGA, 2008, p. 86).

Os direitos fundamentais de personalidade do trabalhador restam protegidos pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X:

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:

[...]

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

Figuram também no texto constitucional, no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da CF/88, o direito autoral, a proteção à participação individual em obras coletivas, assim como à reprodução da imagem e da voz humana, não havendo qualquer óbice à inclusão de outros direitos e garantias oriundos do regime constitucional e seus princípios (BITTAR, 1989, p.56).

Anotamos junto com Rúbia Alvarenga (2008, p. 86) acerca dos diversos dispositivos legais que também regulamentam tais direitos, como a Lei nº 9610/1998 - Lei dos direitos autorais, as Lei nº 9.434/1997 e 10.211/2001 - Lei dos transplantes e a Lei nº 5.250/1967 - Lei de Imprensa, com especial destaque para o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, que:

Artigo 12.

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado por meio do Decreto nº 592 de 1992, traz no art. 17 norma em consonância com o documento anterior:

#### ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

No Código Civil de 2002, o Capítulo II dedica-se a regular os direitos da personalidade, trazendo no art. 11 que, fora as exceções previstas em lei, “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Em que pese a classificação tradicional entre direito pessoal e real, os direitos de personalidade configuram-se como categoria distinta, tendo em vista que possuem determinados atributos, como a extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, vitaliciedade e necessidade. Além disso, são direitos absolutos e com eficácia *erga omnes*, impondo a todos um dever de abstenção (GOMES, 2008, p. 137).

Destaca-se, ainda, que por força do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, em clara preocupação com os direitos humanos sociais dos trabalhadores, os direitos de personalidade não sofrerão qualquer alteração tendente a aboli-los, conforme previsão do art. 60, §4º, IV da CF/88 (ALVARENGA, 2008, p. 87).

Isto posto, cabe esclarecer que os bens jurídicos objeto dos direitos da personalidade humana podem ser classificados como a) físicos, a exemplo da vida, do corpo, do físico, da efígie ou imagem, da voz, do cadáver e da locomoção; b) psíquicos, tal qual a intimidade, a liberdade de expressão, de credo entre outras e c) morais, como o nome, a reputação e a dignidade (BITTAR, 1989, p. 59).

## 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Do conceito de reponsabilidade civil

O conceito de responsabilidade pode abarcar tanto, vulgarmente, a ideia de diligência e cuidados quanto a noção jurídica de uma relação obrigacional, que impõe deveres sobre os atos juridicamente praticados (STOCO, 2007, p. 111).

A depender do direito em questão, a ordem jurídica faz surgir deveres que podem ser relacionados a um fazer ou dar (positivos) ou a tolerar ou não fazer (negativos). Além disso, há ainda um dever geral, oriundo do direito romano, de não causar mal a outrem, consagrado pelo brocardo *neminem laedere* (CAVALIERI FILHO, 2014, p.13).

Nesse sentido, caso alguém cause prejuízo ou lesão a outrem deverá sofrer a imposição de uma sanção que, no âmbito civil, buscará, em respeito aos princípios do *neminem laedere* (não causar prejuízo a ninguém) e *alterum non laedere* (não lesar outros), a reparação do patrimônio material ou moral da vítima para a reconstrução do *status quo ante* (STOCO, 2007, p. 114).

O dever jurídico extrapola a ideia de mero conselho ou recomendação. Trata-se de imposição acerca da conduta do indivíduo, com direcionamento sobre a inteligência e vontade deste. Ao se impor deveres, em verdade, acabamos por criar obrigações (CAVALIERI FILHO, 2014, p.14).

A convivência em sociedade impõe a aceitação de regras sociais, das obrigações na ordem da ética e moral (plano infralegal) e, no universo jurídico, “o dever de não ofender, nem de lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximente, expressamente prevista na legislação de regência” (STOCO, 2007, p. 117).

Logo, a responsabilidade civil pode ser expressa na ideia de se concretizar a reparação do dano sofrido pelo sujeito passivo de uma relação jurídica formada, o que acaba por evidenciar o binômio sujeito passivo e reparação. Tal base principiológica remete para subordinação da reparação perante o causador do dano (PEREIRA, 1999, p. 11).

Dessa forma, para restar configurada a responsabilidade civil deve estar presente inexoravelmente o dano ou prejuízo que leve ao desfalque ou desequilíbrio patrimonial da vítima (STOCO, 2007, p.118).

A avaria ao patrimônio alheio enseja a necessidade de responsabilização do autor em face do sujeito passivo, de modo a tentar restabelecer ou recompor a situação anterior.

Além disso, enquanto pressupostos da responsabilidade civil, temos: 1) a ação; 2) o dano; 3) o nexo causal. A ação consiste na violação de direito alheio. O dano se refere à lesão, seja moral ou material e, por último, o nexo causal revela-se pela relação íntima de causalidade entre a ação e o dano (BARROS MONTEIRO, 2009, p. 539).

#### 2.1.1 Dever jurídico originário e sucessivo

Para cada violação normativa temos um ato ilícito, que na maioria das vezes causa um dano para uma outra parte. O dever jurídico originário ou primário quando violado faz surgir um outro dever jurídico, só que desta vez de ordem secundária ou sucessiva, qual seja a obrigação de indenizar o prejuízo. Nesse ponto, tangenciamos a primeira ideia de responsabilidade civil, que etimologicamente carrega o sentido de encargo ou contraprestação enquanto juridicamente traz consigo a noção de conduta contrária ao direito. Em outras palavras, trata-se de “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

Nesse diapasão, cabe acrescer que a responsabilidade civil assegura direitos ao indivíduo prejudicado ou lesado em decorrência do comportamento alheio que se deu ao arrepio do direito. Diante disso, somos levados para a ideia de responsabilidade civil como consequência, visto que não se trata de uma obrigação original (STOCO, 2007, p. 112).

A relação de consequência provém do fato de haver a necessidade de uma conduta anterior, seja esta comissiva ou omissiva que dará ensejo à responsabilidade civil do sujeito.

### 2.1.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade

Em sociedade, as relações entre os agentes da vida civil podem assumir obrigações de caráter pessoal, que se desdobram em obrigações de fazer, de dar e de não fazer. Essas obrigações são também conhecidas como vínculos jurídicos, em que uma pessoa se vê obrigada a “realizar determinada prestação, a que se comprometeu voluntariamente ou em decorrência do próprio ordenamento jurídico” (BITTAR, 2004, p. 1-2).

Assim, no que se refere à necessária diferenciação entre obrigação e responsabilidade, verificamos que a obrigação possui origem no dever jurídico originário. Já a responsabilidade emerge como dever jurídico secundário, que sobrevém à violação inicial. Não há responsabilidade sem que haja correspondência obrigacional (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14-15).

As obrigações podem ser divididas em voluntárias e legais ou normativas. Estas advém do próprio ordenamento jurídico e aquelas surgem em decorrência do da ação volitiva, sendo as obrigações resultantes da vontade das partes (BITTAR, 2004, p. 29).

Em que pese para alguns autores haja situações excepcionais de responsabilidade sem obrigação, como no caso da fiança, parece-nos mais uma questão relativa à forma como se verifica a responsabilidade: direta ou indiretamente. Nesta a responsabilidade do agente surge do descumprimento de obrigação por outrem, enquanto naquela há responsabilização direta decorrente de descumprimento de obrigação pessoal (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 17).

Quanto à natureza jurídica, a responsabilidade pode, ou não, ser a mesma do dever jurídico originário. No caso de uma obrigação de dar coisa, em que o credor deixa de receber o pagamento na data avençada e passa a exigir o pagamento do principal acrescido dos acessórios (juros, correção monetária e cláusula penal, se prevista), percebemos que a responsabilidade possui a mesma natureza da obrigação originária. Já com relação a uma obrigação de fazer personalíssima, a responsabilidade adquire natureza distinta do dever primário quando o devedor não cumpre o dever jurídico, por exemplo, importando em responsabilidade substitutiva, qual seja a indenização em pecúnia pelos prejuízos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 17).

Já quando analisamos sob o prisma do agente que pratica a conduta, a responsabilidade civil pode ser classificada como: a) direta, caso oriunda do próprio agir da pessoa ou b) indireta, se relativa a ato de terceiro com quem o agente possui vínculo de responsabilidade por imposição legal (DINIZ, 2004, p. 128).

Nesse contexto, entendemos que, independentemente da modalidade de responsabilidade (direta ou indireta), deverá sempre haver: 1) a quebra de um dever jurídico anterior e 2) a identificação correta do dever jurídico e do violador da norma (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 17).

O gênero obrigações possui como espécies a) obrigações de conteúdo definido e b) obrigações de conteúdo indefinido. No primeiro caso, conseguiremos identificar o dever originário a partir da lei ou do negócio jurídico. Enquanto no segundo, deve-se proceder com cautela caso a caso, visto que são obrigações que visam uma finalidade, qual seja a guarda, administração e o não causar dano a outrem (*neminem laedere*). Logo, a falta de um amoldamento preciso acerca da conduta ideal para o alcance de uma finalidade força o sujeito operador do direito a integrar a norma para configurar quais atos são suficientes para a conduta exigida *in casu* (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 18).

No Código Civil de 2002, encontramos no art. 389 um belo exemplo sobre o tema: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

O Superior Tribunal de Justiça - STJ possui precedentes bastante elucidativos a esse respeito. No REsp nº 742.137/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, temos um caso de cônjuge traído que busca o poder judiciário para obter indenização em face do cúmplice. Porém, no mencionado acórdão, revela-se que para se configurar caso de responsabilização extracontratual deve-se exigir que haja “a inobservância de um dever jurídico [...]”, o que não ocorreu, visto que o concubino não possui dever jurídico de fidelidade para com o consorte traído.

Nessa esteira, outro caso semelhante envolvendo adultério (REsp nº 1.122.547), que afasta a responsabilidade civil por ausência de dever jurídico primário, cuja ementa trazemos a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1122547/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009)

Diante do precedente exposto, podemos verificar, nos termos expostos pelo relator Ministro Luis Felipe Salomão, que o ato ilícito decorre de uma obrigação, de um dever legal, o que não ocorre no caso do cúmplice do cônjuge infiel em face do cônjuge traído por ausência de norma posta que exija tal obrigação de fidelidade.

Ora, como não há relação jurídica entre o cúmplice e o cônjuge traído, não há que se falar em indenização por ato ilícito, não cabendo ao judiciário criar norma ou obrigação legal no sentido de exigir-se um dever de fidelidade.

Em verdade, nesse caso, tratamos especificamente de uma questão meramente moral, não havendo lei ou norma expressa que atue no sentido de se obrigar o cúmplice a respeitar a fidelidade estabelecida em uma determinada sociedade conjugal.

### 2.1.2.1 Da obrigação de indenizar

Insculpida no art. 927 do Código Civil, a obrigação de indenizar encontra-se classificada como modalidade de obrigação, haja vista que o capítulo I do Título IX foi denominado de “Da Obrigação de Indenizar”. O mencionado dispositivo revela que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”, de modo que o cometimento de ato ilícito obriga a quem o deu causa o dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 16).

Com efeito, indenizar significa ressarcir o dano causado, abrangendo todo aquele prejuízo sofrido pela vítima, o que comporta tanto a função indenizatória (primária) quanto a função punitiva (accessória) (DINIZ, 2004, p.130).

Dentre as diversas causas hábeis a ensejar o dever de indenização, citamos: 1) o ato ilícito, entendido como a inobservância dos comandos normativos que devem ser observados por todos; 2) o ilícito contratual, 3) a violação de deveres especiais impostos por lei em decorrência do exercício de atividade de risco, 4) obrigação assumida em decorrência de contrato, como o seguro ou a fiança, 5) violação de deveres especiais impostos por lei em decorrência de relação jurídica entre pessoas (pais e filhos, tutor e pupilo, curador e curatelado etc) e 6) ato lícito indenizável por força de lei, como o ato realizado no âmbito do estado de necessidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 18).

### 2.2 Da função da responsabilidade civil

No momento em que ocorre o dano provocado pelo ato ilícito oriundo da conduta do agente, o equilíbrio do sistema jurídico é rompido. Em homenagem ao princípio da reparação integral do dano - *restitutio in integrum*, o próprio sistema busca a recomposição da situação anterior à lesão - *status quo ante*, objetivando a realização da justiça (PIZZARO 1991 apud CAVALIERI FILHO, 2014, p. 26).

Na modernidade, o direito francês trabalhou bem o princípio da reparação integral. O art. 1.149 do Código Civil daquele país estabelecia que a indenização por prejuízos oriundos do inadimplemento de obrigação contratual abrangeria tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Tal dispositivo traduzia a necessidade de se introduzir a responsabilidade extracontratual (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

No Brasil, o direito também insculpiu o princípio da reparação integral no art. 1.059 do Código Civil de 1916 quando dispunha que ao credor são devidas as perdas e danos, abrangendo não somente o que perdeu, mas também o que deixou de ganhar. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Na Carta Magna de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) cumpre papel importantíssimo na garantia dos danos causados por atos ilícitos, visto que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O Código de Defesa do Consumidor - CDC consagra tal princípio no art. 6º, VI ao dispor como direitos básicos do consumidor a proteção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Ainda sobre a questão, impende mencionar que o Código Civil de 2002 traz no art. 944 aspectos atinentes à reparação cível, revelando que a indenização será mensurada de acordo com a extensão do dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Neste ponto, cabe esclarecer acerca da finalidade da norma, qual seja a de buscar a reparação integral, porém, ao mesmo tempo, evitar a que esta cause no ofensor danos relativos à privação do mínimo para sobreviver, agraciando os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 28).

Entretanto, o parágrafo único do art. 944 configura como exceção à regra da reparação integral, tendo que ser aplicado restritivamente quando houver sido o caso de culpa levíssima com graves danos à vítima. Logo, estão afastadas as incidências de culpa grave e dolo. Ademais, por ser a *ratio legis* no sentido da culpa levíssima, não se aplica a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 28).

Nesse contexto, não há óbice quanto à aplicação do dano moral, visto que a norma não se preocupa em estabelecer distinções quanto à natureza jurídica do dano, e sim, regular a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 28).

Mais a fundo, também pode-se aplicar o retro dispositivo para a responsabilidade civil contratual, posto que tange a responsabilidade subjetiva, como no caso dos profissionais liberais previstos no art. 14, §4º do CDC. Contudo, não será aplicável nas relações de consumo, visto que nestas trata-se de responsabilidade

objetiva, com aplicação de lei especial, qual seja o CDC (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 29).

Tampouco há que se relacionar com a indenização punitiva, posto que a norma visa à equidade e redução da indenização, trazendo à luz os princípios da igualdade e consagrando a justiça comutativa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 29).

### 2.2.1 Função Punitiva (punitive damages)

Um dos institutos que mais têm chamado a atenção junto aos juristas no Brasil é o sistema que atribui caráter punitivo à reparação por danos extrapatrimoniais, também conhecido como “punitive damages” (MORAES, 2004, p. 45).

No Brasil, não há permissivo legal que autorize a aplicação do referido instituto para reparar danos causados com o uso da função punitiva (MORAES, 2004, p. 47).

Entretanto, em revisão legislativa, Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 48) acrescenta que o Código de Defesa do Consumidor - CDC previa no art. 16 multa de caráter punitivo caso houvesse comprovação de alta periculosidade de um produto ou serviço causador de dano a alguém:

Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

Para justificar o veto a tal dispositivo, argumentou-se que o artigo 12 e outras normas já cumpririam a função de reparar o dano suportado pelo consumidor. Além disso, a multa civil em comento não teria definição clara quanto à sua destinação e finalidade (MORAES, 2004, p. 48).

Dada a relevância das situações que envolvem o dano extrapatrimonial, seria necessário uma postura mais avançada da responsabilidade civil, tangenciando a punição com vistas a prevenir futuras lesões a possíveis vítimas.

De acordo com Hans Albrecht Fischer (1938 apud MORAES, 2004, p. 52-53), a indenização teria o escopo de “representar uma obrigação imposta a favor e em consideração do lesado”. Já pena implica em retribuir mal ao lesante. Entre as duas, haveria uma terceira, que seria o pagamento de valores com o intuito de satisfazer a vítima, compartilhando atributos de ambas.

No Brasil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ estava orientada, até 1997, para a fixação de indenização pelo juiz a partir da doutrina, jurisprudência e com uso do bom senso, como podemos verificar no REsp 85.205/RJ:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRANSITO.

ATROPELAMENTO. VITIMA MENOR, DE 11 (ONZE) ANOS DE IDADE, QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA A EPOCA DO ACIDENTE. DANO MATERIAL INDEVIDO. PRECEDENTE DA TURMA. DANO MORAL. CRITERIOS. RECURSO DESPROVIDO.

I - EM SE TRATANDO DE MENOR (NO CASO, COM ONZE ANOS DE IDADE) QUE AINDA NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA, MAIS RAZOAVEL SE APRESENTA A ORIENTAÇÃO QUE NÃO ACOLHE PENSIONAMENTO AOS PAIS A TITULO DE DANO MATERIAL MAS SIM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, FIXANDO-SE DESDE LOGO O “QUANTUM”, A EVITAR FUTURA LIQUIDAÇÃO.

II - NA FIXAÇÃO DO DANO MORAL, DEVE O JUIZ ORIENTAR-SE PELOS CRITERIOS RECOMENDADOS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDENCIA, COM RAZOABILIDADE, VALENDO-SE DE SUA EXPERIENCIA E DO BOM SENSO, ATENTO A REALIDADE DA VIDA E AS PECULIARIDADES DE CADA CASO.

(REsp 85.205/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/1997, DJ 26/05/1997, p. 22545, grifo nosso)

Entretanto, no ano seguinte, 1998, a Corte Superior mudou seu entendimento acerca do tema, passando a fixar indenizações relativas ao grau de culpa e

porte econômico do lesante, o que se aproxima bastante da função punitiva, conforme ementas dos acórdãos a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO IRREGULAR. SPC.

EMISSÃO DE DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO INDEVIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. RECURSO ACOLHIDO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.

I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato.

II - No caso, diante de suas circunstâncias, a condenação mostrou-se exagerada, devendo ser reduzida a patamar razoável.

(REsp 246.258/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2000, DJ 07/08/2000, p. 114, grifo nosso)

A função dissuasória ou preventiva parece aparentemente também estar mais presente nos acórdãos da Egrégia Corte, no sentido de desestimular o ofensor a repetir o ato, a saber:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. LOJAS DE DEPARTAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL E CÁRCERE PRIVADO. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. INTERESSE RECURSAL ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Inconcebível que empresas comerciais, na proteção aos seus interesses comerciais, violentem a ordem jurídica, inclusive encarcerando pessoas em suas dependências sob a suspeita de furto de suas mercadorias.

II - Diante dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também

a circunstância relevante de que as lojas de departamentos são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias.

III - A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

IV - Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.

V - Não carece de interesse recursal a parte que, em ação de indenização por danos morais, deixa a fixação do quantum ao prudente arbítrio do juiz, e posteriormente apresenta apelação discordando do valor arbitrado. Nem há alteração do pedido quando a parte, apenas em sede de apelação, apresenta valor que, a seu ver, se mostra mais justo.

VI - Inocorre negativa de prestação jurisdicional quando os temas colocados pela parte são suficientemente analisados pela instância de origem.

(REsp 265.133/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2000, DJ 23/10/2000, p. 145, grifo nosso)

DIREITO CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL E DANO À IMAGEM. REEXAME DE PROVAS. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

- Para a fixação do valor da indenização por danos morais deve-se considerar as condições pessoais e econômicas das partes e as peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

(AgRg no Ag 425.317/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 188, grifo nosso)

Entretanto, na esteira do que propõe Maria Celina Bodin, em que pese haver para alguns autores distinção entre as funções punitiva e preventiva, nota-se claramente o direcionamento para a função punitiva na fixação dessas indenizações, havendo

necessidade de normatização de tal instituto para evitar “as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência” (2004, p. 55).

## 2.3 Dos fundamentos da responsabilidade civil

### 2.3.1 Da culpa

Posto que fundamentada na culpa, a responsabilidade civil subjetiva requer a demonstração do dolo acerca do modo de agir do agente, com o intuito de verificar a vontade subjetiva de causar o prejuízo ou, ainda, a existência de conduta negligente, imprudente ou imperita (BARROS MONTEIRO, 2009, p. 540).

Conforme verificamos, um dos requisitos para a responsabilidade civil do sujeito se refere ao fato de se tornar evidente que a conduta foi tomada pelo agente seja realizada com dolo ou culpa.

Segundo Maria Helena Diniz (2004, p. 128), somente haverá responsabilidade subjetiva, com dever de reparação, quando houver prova de que o agente agiu com culpa.

### 2.3.2 Do risco

Já quando nos referimos à responsabilidade civil objetiva, não há que se falar em dolo, visto que resta relevante apenas saber acerca da existência da ação e do dano. Em verdade, basta que esteja configurada a conduta lesiva e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (BARROS MONTEIRO, 2009, p. 540).

O fundamento no risco torna irrelevantes as considerações acerca da conduta dolosa ou culposa do agente, “[...] uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar” (DINIZ, 2004, p.128, grifo nosso).

## 2.4 Responsabilidade objetiva e subjetiva

### 2.4.1 Da responsabilidade subjetiva

Conforme visto anteriormente, a culpa figura como um dos fundamentos da responsabilidade civil. Em verdade, a teoria clássica tem apontado para a culpa como verdadeiro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, não havendo que se falar em juízo de reprovação sem que haja a falta de um dever de cautela pelo agente causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Segundo Rui Stoco (2007, p. 133), a culpa em sentido estrito cuida do agir equivocado, tratando do comportamento do agente que, embora não tenha intencionalmente buscado o resultado, age com negligência, imprudência ou imperícia.

No Brasil, o Código Civil de 2002 trouxe a responsabilidade civil subjetiva com fundamento na culpa no art. 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Com isso, verificamos que o art. 186 se refere tanto ao dolo quando aponta para a ação ou omissão voluntária quanto à culpa quando enumera a negligência e a imperícia. Além disso, o legislador previu também a responsabilização civil subjetiva para os casos de dano moral.

### 2.4.2 Da responsabilidade objetiva

Noutro giro, com o desenvolvimento econômico e a revolução industrial, em que houve abundância de inventos tecnológicos e máquinas, a teoria clássica acerca da responsabilidade civil passou a se mostrar deficiente, visto que a prova da culpa nem sempre constitui tarefa simples (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Diante do obstáculo quanto ao ônus probatório, sobreveio a teoria da culpa presumida, em que se presumia o “comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar” (STOCO, 2007, p. 156).

Tal teoria ainda restava ligada à ideia de responsabilidade subjetiva, visto que a culpa ainda se encontrava presente, havendo apenas a inversão do onus da prova (*onus probandi*).

Dessa forma, lastreados em uma teoria lastreada no risco, doutrinadores da Itália, Bélgica e França apostaram na construção de uma responsabilidade objetiva, cuja análise se restringiria à ocorrência do dano e o nexa causal para com a conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Calcado na teoria do risco, o Código Civil de 2002 trouxe a responsabilidade objetiva ao tratar de atividades que sejam perigosas por natureza (art. 927, parágrafo único), assim como da responsabilidade dos menor inimputável (art. 928), dos pais pelos atos dos filhos, dos tutores pelos do tutelado, do empregador pelo empregado, dos donos de hotéis pelos hóspedes (art. 932), do dono pelo dano causado pelo animal e daquele que habita o prédio pelas coisas lançadas (art. 938).

Na seara trabalhista, a responsabilidade civil objetiva foi objeto de muita discussão, visto que a Constituição Federal prestigiou o princípio da proteção ao trabalhador no art. 7º, inciso XXVIII e trouxe somente a responsabilidade subjetiva do empregador. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho - TST considerou possível a aplicação do art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POSSIBILIDADE. A tese defendida pela Corte a quo está amparada no fato de que a atitude da empresa implicou risco para os direitos de outrem, in casu, o reclamante, que contratado e acostumado às tarefas de assistente administrativo, foi utilizado para a entrega de documentos, fornecendo-lhe a empresa veículo de sua propriedade para tal mister, assumindo, assim, o risco de ocorrência de infortúnios, tais como acidentes de trânsito. Restou claro que a adoção da responsabilidade objetiva não

adveio apenas da obrigação de indenizar pela simples constatação do dano e do fato de que ele se deu a serviço do empregador, mas destacou-se que o acidente dera-se em razão do empregado estar envolvido em uma rotina de trabalho que não a sua. Ainda, no julgado de origem, fixou-se a tese de ser indubitável o prejuízo causado ao reclamante, ressaltando-se que, em face da prova da ocorrência do acidente do trabalho, ficou demonstrado, por laudo, o nexos causal existente entre o fato e a lesão gerada. Logo, é de se notar que revelam-se inespecíficos os arestos colacionados ao confronto de teses, que tratam, principalmente, da necessidade da prova da culpa do empregador a fim de se prover a condenação por danos morais ou materiais. Incidência da Súmula nº 296 desta Corte. Por fim, não vislumbro de ofensa a dispositivo legal ou constitucional na decisão ora combatida. **Embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação de indenizar do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, em face de acidente de trabalho, o dispositivo não exclui a incidência do art. 927 do Código Civil, quando a atividade atribuída ao reclamante implicar risco ao seu direito. Logo, a conduta do reclamante não se revelou como causa única do infortúnio, não se podendo afastar, assim, a responsabilização da empregadora pelo dano causado.** Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR - 794640-55.2007.5.11.0008 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/04/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011, grifo nosso)

Assim, consoante o exposto, a responsabilidade civil objetiva poderá ser admitida na área trabalhista, desde que a atividade do obreiro seja de risco, o que fará incidir a responsabilidade objetiva do empregador pelo dano sofrido pelo empregado.

## 2.5 Responsabilidade contratual e extracontratual

Quando da análise acerca da quebra de um dever jurídico preexistente, a teoria clássica distingue a 1) responsabilidade oriunda de uma obrigação tida como fonte de um contrato daquela 2) prevista em lei ou preceito geral de direito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

A primeira, também conhecida como responsabilidade contratual, surge da preexistência de um dever cuja fonte advém de um contrato. No entanto, na segunda, também conhecida como responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o dever violado

encontra amparo no preceito geral de direito que sinaliza para o respeito para com a pessoa e bens alheios, a saber *alterum non laedere* (STOCO, 2007, p. 134).

No Brasil, a divisão entre as duas espécies de responsabilidade não ocorre tal qual na teoria. Em verdade, a fluidez presente no sistema brasileiro pode ser explicitada por meio dos arts. 393, 402 e 403, que discutem a responsabilidade do devedor decorrente de caso fortuito ou força maior e a caracterização dos danos emergentes e lucros cessantes devidos ao credor (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 31).

## 2.6 Responsabilidade civil trabalhista

Quando analisadas as formas de responsabilidade que se derivam do contrato de trabalho, elencamos algumas possíveis situações: 1) responsabilidade do empregador e entes do grupo econômico; 2) responsabilidade do sócio, em se tratando de sociedade empregadora; 3) responsabilidade nos casos de terceirização; 4) responsabilidade do subempreiteiro; 5) responsabilidade do dono da obra e 6) responsabilidade do consórcio de empregadores (DELGADO, 2012, p. 484).

### 2.6.1 Responsabilidade do empregador e entes do grupo econômico

Em decorrência da posição jurídica assumida pelo empregador, a responsabilidade civil por verbas trabalhistas costuma ser deste, seguindo a norma geral do direito de que o devedor principal, qual seja aquele que compõe relação jurídica direta e se beneficia dos seus efeitos deverá suportar a responsabilidade pelas obrigações (DELGADO, 2012, p. 484).

Outrossim, no Direito do Trabalho também cabe apontar que, em caso de grupo econômico, o Tribunal Superior do Trabalho possui enunciado sobre o tema na Súmula 129, em que se reconhece a responsabilidade do grupo ainda que não haja benefício direto relativo ao serviço do empregado, visto que contratado por entidade do mesmo grupo (DELGADO, 2012, p. 484).

Nesse sentido, verificamos que a teoria do grupo econômico como sendo um empregador único parece prevalecer junto ao TST por meio da r. súmula, o que nos remete à possibilidade de que o grupo seja enquadrado na solidariedade ativa ou passiva.

## 2.6.2 Responsabilidade do sócio

No caso de sociedades em nome coletivo e sociedades de fato, o sócio responderá ilimitada e solidariamente, respondendo por toda e qualquer dívida no tocante à pessoa jurídica (DELGADO, 2012, p. 486).

## 2.6.3 Responsabilidade por trabalho temporário

Inicialmente, traçamos como marco legal a Lei 6.019/1974, que dispunha sobre o trabalho temporário e previa nos arts. 12 e 16 a respeito dos casos em que ocorrerá a responsabilização solidária da empresa tomadora dos serviços em face da falência da empresa fornecedora da mão de obra (DELGADO, 2012, p. 488-489).

Entretanto, a partir da Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho, depreendemos que, no caso de inadimplemento de verbas contratuais obrigações em relação ao obreiro, haverá **responsabilidade subsidiária** (DELGADO, 2012, p. 489), conforme expomos *in verbis*:

### *Súmula nº 331 do TST*

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – (...) *omissis*

II – (...) *omissis*

III – (...) *omissis*

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

#### 2.6.4 Responsabilidade do subempreiteiro

A jurisprudência tem sido uniforme por meio da Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho, entendendo que no caso de subempreitada haverá responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal (DELGADO, 2012, p. 490).

#### 2.6.5 Responsabilidade do dono da obra

No caso de contratos de empreitadas ou prestação de serviços entre duas empresas, sendo uma, a dona da obra, também responsável por empreendimentos, haverá responsabilização subsidiária desta uma vez que não tenham sido cumpridas as obrigações por verbas trabalhistas referentes às contratações da empresa executora (DELGADO, 2012, p. 493).

#### 2.6.6 Responsabilidade do consórcio de empregadores

Em se tratando da figura de consórcio de empregadores, teremos uma solidariedade dualística, de sorte que servirá tanto para solver obrigações trabalhistas relativas aos empregados quanto para garantir prerrogativas empresariais perante os obreiros (DELGADO, 2012, p. 498).

### 3 DANO EXISTENCIAL

#### 3.1 Dano

Não há que se falar em responsabilidade civil sem o dano. Para que haja a devida indenização, o pressuposto primordial se torna a existência de dano, não bastando nem o risco de dano tampouco a conduta ilícita. Concentrando-se sobre o bem atingido e não acerca das consequências, o conceito de dano parece estar bem delineado por Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 92-93):

[...] dano como sendo **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

Os comportamentos antijurídicos são mencionados em diversos diplomas legais. No campo penal, a sanção ocorre para proteger os interesses da sociedade, estabelecendo quais atos atentam contra a ordem pública e impondo punições. No âmbito civil, o foco está na lesão do interesse individual, incidindo a responsabilidade civil. Poderá ainda a ofensa atingir simultaneamente a ordem social e o bem individual, revelando o concurso de responsabilidades criminal e civil (PEREIRA, 1999, p. 37).

Segundo Maria Helena Diniz (2004, p.63 e 66), o dano é “um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual” e surge quando ocorre uma lesão sobre alguém, contra a vontade da vítima, em face de um bem ou interesse jurídico, devendo, para ser indenizável, possuir os seguintes requisitos:

1. diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral de uma pessoa;
2. efetividade ou a certeza de ocorrência do dano, não cabendo mera conjectura ou hipótese;
3. causalidade, no sentido de que o dano se relaciona com a conduta do lesante;

4. a subsistência do dano até o momento de reclamação do lesado;
5. legitimidade da vítima para ser titular do direito reclamado;
6. ausência das causas excludentes da responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro).

Dessa forma, verificamos os requisitos vinculados à ocorrência do dano, quais sejam a necessidade de haver a certeza da avaria de um bem jurídico protegido e a subsistência desse prejuízo; à demonstração do nexo de causalidade entre a conduta tomada pelo agente e o dano sofrido pela vítima; à legitimidade da vítima como titular do direito objeto do litígio e a inexistência de causas que excluam a responsabilidade civil, tais como o caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

### 3.1.1 Dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais

A clássica distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais leva em consideração as lesões ocorridas no patrimônio de uma pessoa daquelas que por ventura ocorram fora desse conjunto.

Com isso, a análise e o estudo do tema se torna mais inteligível, podendo-se partir para casos mais complexos em que há simultaneamente a ocorrência de diversos tipos de danos.

#### 3.1.1.1 Danos patrimoniais

Segundo Aguiar Dias, o patrimônio é a totalidade de bens de uma pessoa, configurando-se, conseqüentemente, como uma faceta do bem jurídico personalidade (apud DINIZ, 2004, p. 70).

O dano patrimonial, ou dano material, ocorreria no momento em que há uma lesão a qualquer um dos bens que compõem o patrimônio da vítima, abrangendo também todas as relações jurídicas com lastro econômico como o direito de crédito, por exemplo. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

Para se chegar ao tamanho do dano patrimonial, realiza-se um cotejo entre o valor do patrimônio atual da vítima e o valor que teria, caso não existisse a lesão sob análise. O confronto patrimonial relativo ao antes e depois da lesão define o dano (DINIZ, 2014, p. 70).

Cabe acrescentar, ainda, que o dano patrimonial não precisa estar vinculado ao patrimônio presente da vítima, sendo cabível também quando relativo ao patrimônio futuro, visto que a lesão pode aviltar o seu crescimento (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

### 3.1.1.2 Danos extrapatrimoniais

Segundo o enfoque da doutrina tradicional, as lesões não atinentes a bens e direitos que constituem o patrimônio da vítima são classificadas sob a modalidade de danos extrapatrimoniais ou morais (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 93-94).

Para Paulo Nader (2013, p. 30) o dano moral está caracterizado quando da ocorrência de sofrimentos espirituais, bem como de lesões ao nome, à honra e reputação, o que constitui violação da dignidade da pessoa humana.

Contudo, em que pese a postura da doutrina clássica, alguns doutrinadores modernos apontam que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral, sendo este espécie daquele. Da mesma forma, atualmente somos levados a considerar o surgimento de novas espécies de dano, como o dano existencial, conforme expomos a seguir.

## 3.2 Do dano existencial

### 3.2.1 Origem do dano existencial

O marco inicial da formação do dano existencial se deu na Itália, com a prolação da sentença nº 184/86 da Corte Constitucional daquele país, em que se discutia acerca da possibilidade de existência de um dano biológico, em face do qual o cidadão poderia demandar a tutela jurisdicional para ver assegurada uma proteção mais abrangente do ser humano decorrente de lesão a direitos de personalidade. (ALMEIDA NETO, 2014).

Naquela oportunidade, os debates concluíram que não haveria a necessidade de se constatar a ocorrência de um prejuízo material para a vítima, bastando que o ato ilícito civil ou penal lesione direito fundamental da pessoa humana para que seja devida a tutela no sentido da busca por uma indenização (ALMEIDA NETO, 2014).

Posteriormente, a Corte de Cassação italiana entendeu, na sentença nº 500/99, que a responsabilidade civil admitiria os casos de lesão a um interesse legítimo, bastando haver dois elementos, a saber: 1) o dano injusto e 2) a lesão a uma posição garantida constitucionalmente (ALMEIDA NETO, 2014).

Finalmente, em 07 de junho de 2000, a mesma Corte proferiu a sentença nº 7.713/00, em que restou conhecida a incidência do dano existencial, tido como subespécie de dano extrapatrimonial, no caso de um filho abandonado pelo pai que retardava propositalmente o pagamento de alimentos ao menor, causando prejuízos afetivos e econômicos à vítima e violando direito fundamental à saúde por meio de prejuízos à vida de relação (ALMEIDA NETO, 2004).

O dano à existência do ser humano ou dano existencial ocorre quando há violação de direito fundamental da pessoa, causando-lhe prejuízos ao seu próprio ser ou ao projeto de vida (ALMEIDA NETO, 2014).

### 3.2.1.1 O “préjudice d’agrément” e o “préjudice d’établissement” na França

O dano à comodidade ou à qualidade de vida (“préjudice d’agrément”) despertou atenções, sendo primeiramente incorporado discretamente na jurisprudência, depois na doutrina e, por fim, com a entrada em vigor da lei de 27 de dezembro de 1973. Isso se deu sobretudo pelo fato de que tal instituto sempre esteve mais ligado ao recurso de terceiros oriundo, mormente, da Seguridade Social em decorrência dos custos despendidos com a vítima de danos corporais (TAPINOS, 2014, p. 153, tradução nossa<sup>7</sup>).

Inspirada no direito comunitário, a lei de 1973 superou o entendimento estreito da jurisprudência que somente reconhecia sua existência nos casos em que a

---

<sup>7</sup> “Qualifié d’ ‘impalpable’, en tant qu’il renvoie à une atteinte à la qualité de vie, au plaisir de vivre, le préjudice d’agrément n’em a pas moins été l’objet de toutes les attentions depuis son entrée discrète em jurisprudence, puis en doctrine, d’abord sous le vocable de ‘préjudice de désagrément’, avant um premier baptême législatif em 1973”.

vítima exercia práticas desportivas ou culturais antes do acidente e se via impossibilitada de continuar a exercê-las, passando a reconhecer como devida a indenização por diminuição dos prazeres da vida, privação de atividades de lazer e distração reservadas ao homem normal, atividades normais de comodidade (TAPINOS, 2014, p. 154-155, tradução nossa<sup>8</sup>).

Nessa perspectiva, definido de maneira extensiva, o dano de comodidade acabou por se aproximar do dano fisiológico, na medida em que este se relaciona com desconfortos funcionais permanentes da vítima nos atos do dia a dia de sua vida privada, ou prejuízos às condições de existência (TAPINOS, 2014, p. 155, tradução nossa<sup>9</sup>).

Por outro lado, o “préjudice d’établissement” diferencia-se substancialmente do “préjudice d’agrément” por possuir um enfoque bastante distinto, qual seja, o aspecto familiar. Categorizado junto aos danos extrapatrimoniais permanentes, o “préjudice d’établissement” relaciona-se com a perda da oportunidade de realizar um projeto de vida familiar normal (STEINLÉ-FEUERBACH, 2010, p. 50, tradução nossa<sup>10</sup>).

### 3.2.1.2 O “loss of amenities” nos Estados Unidos da América

Segundo Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 49), várias cortes norte-americanas consideram que o “loss of amenities” ou perda dos prazeres da vida constitui espécie de dano moral. Naquele país, os juízes acabam por adotar entendimento de que não há que se considerar tal indenização extraordinária visto que

---

<sup>8</sup> “Avant 1973 et si l’on en croit la majorité des auteurs, la jurisprudence consacrait une conception étroite du préjudice d’agrément qui désignait la privation d’une activité sportive ou culturelle que pratiquait la victime avant l’accident.

[...]

Une conception large du préjudice d’agrément, inspirée du droit communautaire, a donc alors été consacrée para les tribunaux, aux termes de laquelle étaient désormais réparées, ‘la diminution des plaisirs de la vie’, la privation ‘des activités de loisirs et des distractions reserves à l’homme normal’, des ‘activités normales d’agrément’ ou encore plus généralement des ‘agrèments normaux de l’existence’.”

<sup>9</sup> “Ainsi défini de manière extensive, le préjudice d’agrément se rapprochait alors fortement du préjudice physiologique, lié à la gêne fonctionnelle permanente de la victime dans les actes de la vie privée, autrement dit à ses troubles dans les conditions d’existence, donc aux désagréments pris en compte par la conception large du préjudice d’agrément.”

<sup>10</sup> “Parmi les préjudices extrapatrimoniaux permanentes, le ‘préjudice d’établissement’ (PE) prend en compte la perte de chance d’accomplir un projet de vie familiale normal”.

não há critério aplicável especificamente para quantificar o dano relativo à perda de prazeres e os julgamentos ocorrem por meio de júri, em que o entendimento leigo poderia proporcionar indenizações vultosas e em duplicidade.

### 3.2.2 Noções iniciais acerca dos elementos constitutivos do dano existencial

De acordo com Frota (2011), De acordo com Frota (2011), o dano existencial constitui espécie de dano imaterial, cuja ocorrência se dá no momento em que a pessoa se vê impedida de dar continuidade a um projeto de vida, podendo ser de origem familiar, afetiva, cultural entre outros.

O dano existencial pode ser subdividido em a) dano ao projeto de vida e b) dano à vida de relações. O primeiro ocorre quando há “[...] lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano.” (FROTA, 2011)

O dano existencial é composto por elementos comuns a qualquer dano jurídico: o ato ilícito, o prejuízo e o nexo causal. Porém, somam-se também outros dois elementos: o projeto de vida e a vida de relações (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 245).

De acordo com Bebber (2009 apud FROTA, 2011), o projeto de vida relaciona-se com a decisão tomada por uma pessoa a respeito do que fazer com a própria vida. Dado que o ser humano tende, naturalmente, a explorar o próprio potencial com o objetivo de atingir o projeto de vida traçado livremente, qualquer fato injusto que o impeça permanentemente de realizá-lo e o obrigue a abrir mão desse projeto constitui o dano existencial.

Segundo Raquel Portugal Nunes (2007 apud FROTA, 2011), há dano ao projeto de vida quando a pessoa sofre “[...] alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família”.

Para Julio César Bebber (2009 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 245), projeto de vida é “[...] tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida. [...] qualquer fato injusto que frustrasse esse destino, impedindo a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.”

Por outro lado, há também hipótese de prejuízo à vida de relação ou relações interpessoais quando ocorrem danos à possibilidade de o ser humano se firmar e construir a sua história de vida, o que dificulta o pleno desenvolvimento obtido por meio da interação com outros indivíduos e a troca de experiências, pensamentos ou valores próprios das relações sociais (FROTA, 2011).

Segundo Amaro Alves de Almeida Neto (2005 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 246), configura-se o dano existencial relacionado à vida de relações quando a ofensa física ou psíquica ocorrer de forma a obstar alguém de:

[...] desfrutar total ou parcialmente dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas, tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz, com isso, suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial.

A característica do dano existencial está na ocorrência de modificações substanciais nas relações em sociedade, na família, culturais entre outras. Inclui também a incidência negativa de fatos sobre a pessoa, causando-lhe repercussão temporária ou permanente sobre a própria existência (FROTA, 2011).

Assim, apenas a título exemplificativo, algumas situações podem ser enquadradas como dano existencial, a saber:

1. a perda de um familiar (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004. Processo n. 04B3527 —JSTJ000. Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>. Acesso em: 08 abr. 2015);
2. o abandono parental que cause prejuízos ao desenvolvimento da personalidade (CANEZIN, 2006, p.93-95 apud FROTA, 2011);
3. o assédio sexual (FROTA, 2011);

4. o terror psicológico no ambiente do trabalho, na escola ou no núcleo familiar (GUEDES, 2008, p.128-130 apud FROTA, 2011);
5. a violência urbana ou rural (FROTA, 2011);
6. atentados terroristas ou causados por grupos extremistas (FROTA, 2011);
7. prisões arbitrárias ou decorrentes de erro do Judiciário (SOARES, 2009, p. 84-85 apud FROTA, 2011);
8. guerras civis, revoluções, golpes de Estado e conflitos armados multiétnicos e internacionais (FROTA, 2011);
9. acidentes de trânsito (SOARES, 2009, p. 47 e 85 apud FROTA, 2011) e
10. acidentes de trabalho (SOARES, 2009, p. 77, 88 e 89 apud FROTA, 2011).

Com efeito, tais fatos podem obstruir o alcance da autorrealização pessoal e criar um sentimento de angústia quando da prática de ações ordinárias, como dirigir um veículo ou andar na rua (FROTA, 2011).

### 3.2.3 Do fundamento filosófico do dano existencial

Com o intuito de se aperfeiçoar a Ciência Jurídica, se faz necessário estabelecer as bases teóricas que circundam o dano existencial. Tal esforço tem o escopo de diferenciar modificações ordinárias da vida de fenômenos que lesionam o projeto de vida e a vida de relações de uma pessoa (FROTA; BIÃO, 2010, p. 42).

Segundo Nicola Abbagnano (2007, p. 878-879), o significado de ser pode ter lastro em dois sentidos fundamentais, quais sejam referentes ao 1) predicativo e à 2) existência. O primeiro trata do uso como predicado, em que se declara algo a respeito do sujeito, tal qual em “O livro é azul”; e o segundo lida com a existência do objeto, assumindo-a em primeiro lugar, como por exemplo, em “Sócrates é”, o que equivaleria a dizer “Sócrates existe”.

Em que pese a compreensão acerca do ser parecer um pouco fluida, necessário se faz esclarecer o conceito de ser, visto que somente com a definição conceitual fixada conseguiremos avançar junto a uma explicação sobre o sentido de ser (HEIDEGGER, 2006, p. 41).

A vertente filosófica do existencialismo possui bases firmadas no acontecimento e no encontro, o que faz com que cada acontecimento ocorrido na vida de um indivíduo carregue um significado único e de difícil tradução. Assim, cada pessoa revela a própria existência a partir dos encontros que constrói no mundo (LACROIX, 1972, p. 64).

Por meio dos conceitos de ser-aí, ser-no-mundo, ser-com e ser-no-mundo-com-os-outros da filosofia existencial heideggeriana, o ser é analisado sob o ponto de vista de alguém que realiza suas escolhas, coexiste, se interrelaciona e se constrói, enfrentando dificuldades e redirecionando o próprio projeto de vida e vida de relações durante o percurso existencial (FROTA; BIÃO, 2010, p. 42).

Em verdade, torna-se bem razoável tecer correlações entre os aspectos filosóficos e jurídicos que gravitam em torno do dano existencial para, desse modo, entendermos melhor o próprio dano existencial.

O dano existencial ocorre quando o ser (dasein) se vê tolhido de exercer suas escolhas, sofrendo óbices deliberados ao avanço do próprio projeto de vida ou do exercício das atividades inerentes ao próprio ser no bojo da vida de relações.

A vida de relações pressupõe a coexistência, sendo que o dano existencial atinge no momento em que provoca prejuízos à vida do ser enquanto ser-no-mundo-com-os-outros (FROTA; BIÃO, 2010, p. 46).

O ser-aí transcende a própria pessoa, englobando também as relações com a coletividade (FROTA; BIÃO, 2010, p. 45). O ser (dasein) não existe sem a co-presença de outros dos quais ele também faz parte.

Nesse sentido, não há que se falar em outros separadamente, o que poderia nos levar a um “eu” isolado de todo o resto além de mim. De maneira oposta, temos que em “outros” encontramos todos, não sendo possível haver diferenciações e incluindo-se o próprio ser (HEIDEGGER, 2006, p. 174).

Abrangidos pelo mundo sob todos os aspectos, sejam eles políticos, sociais ou econômicos, os homens estão englobados pela realidade e nela existem, configurando-se como ser (dasein) (MAMAN, 2003, p.52):

Cumpra esclarecer que não há como se considerar haver mero sujeito sem mundo, posto que mundo também faz parte do ser, constituindo a presença (dasein). Este mundo da presença, em verdade, se trata de um mundo compartilhado (mitwelt), em que os outros sempre estão co-presentes no ser-no-mundo (HEIDEGGER, 2006, p.174-175).

Vale ainda ressaltar que, segundo a linha existencialista de Heidegger, a racionalidade surge somente após a existência e o “que caracteriza estar na existência é viver cada qual a sua vida, que exige a cada momento um comportamento”. (MAMAN, 2003, p. 53).

Enquanto ser-no-mundo-com-os-outros, a pessoa possui uma infinidade de possibilidades e influências culturais, religiosas, socioeconômicas, que nos proporcionam escolhas, ainda que não haja consciência acerca do objeto escolhido e das consequências exatas de uma ou outra decisão (FROTA; BIÃO, 2010, p. 48).

Nessa perspectiva, o ser-aí (dasein) encontra-se no mundo e, apesar de poder ser regido por entes que dele fazem parte, também se torna capaz de construir e ultrapassar o mundo, atribuindo-lhe e ganhando significado (GILES, 1937, p, 109-110).

### 3.3 Da diferenciação do dano existencial frente a outras espécies de dano

A distinção entre o dano existencial e outros tipos de danos se faz necessária, de modo a permitir uma real noção acerca dos atributos que permitem inseri-lo enquanto espécie de dano extrapatrimonial.

#### 3.3.1 Dano moral

Diante da clássica diferenciação entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais já devidamente trazidos neste trabalho (vide tópico 4.1.1), verificamos que os primeiros são atinentes ao conjunto de bens que compõem o patrimônio de um indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94) e os últimos, por exclusão, se referem a danos espirituais, ao nome, honra e quaisquer outros relativos à dignidade humana de uma pessoa (NADER, 2013, p. 30).

Segundo Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 39), há um movimento no mundo inteiro rumo ao reconhecimento de que os danos não patrimoniais devem ser tutelados, uma vez que a qualidade de vida e o bem estar dos indivíduos são imprescindíveis ao adequado desenvolvimento dos direitos de personalidade de um ser humano.

Para Jorge Cavalcanti Boucinhas e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 253), o dano moral e o existencial são espécies de dano extrapatrimonial e apresentam aspectos bem distintos entre si.

O dano moral revela-se quando da ocorrência de uma lesão incidente na “esfera subjetiva de um indivíduo, a valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, à saúde, etc, dano este que lhe provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 217600-28.2009.5.09.0303, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 3 out. 2012).

Ademais, a manifestação do dano existencial sobre a vítima ocorre em momento posterior, enquanto que o dano moral se dá de modo simultâneo ao ato causador da ofensa. No dano existencial, o lesado se vê impedido de exercer atividades cotidianas, o que causa prejuízos ao desenvolvimento da pessoa (SOARES, 2009, p. 46).

Dessa forma, vislumbra-se ainda a cumulação do dano moral e existencial com base no enunciado da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça – STJ no sentido de que podem ser cumuláveis as indenizações por dano moral e material, desde que oriundos do mesmo fato (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 254).

Nesse sentido, a sexta turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST reconheceu no Recurso de Revista nº 35600-25.2006.5.15.0036 a possibilidade de cumulação de múltiplos danos (material, moral e estético), a saber:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO POSSÍVEL. PENSÃO. MATÉRIA FÁTICA. O Tribunal Regional, ao analisar o conjunto probatório produzido, concluiu pela ocorrência de acidente de trabalho e dos

elementos suficientes a caracterizar a culpa dos Reclamados, em face de sua atitude omissiva e negligente, o que justificou a condenação em indenização por dano moral e estético e em pensão. Fixadas tais premissas pelo Tribunal Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nessa seara recursal de natureza extraordinária, conforme o teor da Súmula nº 126/TST. Cumpre frisar que a lesão acidentária também pode causar dano estético à pessoa humana atingida. Embora o dano moral seja conceito amplo, é possível, juridicamente, identificar-se específica e grave lesão estética, passível de indenização, no contexto de gravame mais largo, de cunho nitidamente moral. Nesses casos de acentuada, especial e destacada lesão estética, é pertinente a fixação de indenização própria para esse dano, sem prejuízo do montante indenizatório específico para o dano moral. Ou seja, a ordem jurídica acolhe a possibilidade de cumulação de indenizações por dano material, dano moral e dano estético, ainda que a lesão acidentária tenha sido a mesma. O fundamental é que as perdas a serem ressarcidas tenham sido, de fato, diferentes (perda patrimonial, perda moral e, além dessa, perda estética). Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 35600-25.2006.5.15.0036, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 05.08.2011).

Posto isso, entendemos que quando houver lesão ao obreiro em decorrência de excesso de trabalho será cabível a cumulação de indenizações por dano moral e existencial, de forma a buscar compensação tanto pelos prejuízos à saúde quanto aos referentes “aos prazeres da vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida do empregado – pessoal, social e profissional”. (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 255).

### 3.3.2 Perda de uma chance

Doutrinadores de diversos países têm reconhecido a perda de uma chance como situação suscetível de reparação, desde que a chance ou oportunidade perdida seja real e séria. Porém, diferentemente do dano emergente e do lucro cessante em que há certeza acerca do evento danoso, há de se frisar que na perda de uma chance não tratamos de certeza quanto ao resultado, mas do juízo de probabilidade relacionado à existência de um evento lesivo e a quantificação daquilo que se deixou de receber em razão de tal acontecimento (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 255-256).

Segundo Jorge Cavalcanti Boucinhas e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2013, p. 256-257), a perda de uma chance pode ser situada em uma posição entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial. Para se chegar a um valor relacionado à

reparação, analisamos o que poderia ser obtido se a oportunidade se mantivesse plena e o resultado almejado fosse conquistado.

Nesse sentido, trazemos o caso do programa televisivo Show do Milhão que consistia em um concurso de perguntas e respostas com previsão de prêmio de R\$1 milhão para o vencedor. Senão vejamos o acórdão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334, grifo nosso)

A participante obteve êxito ao responder uma série de perguntas formuladas e, quando da última pergunta, acabou por optar por não responder e permanecer com o prêmio até então acumulado de R\$ 500 mil. Entretanto, ao elaborar uma pergunta sem resposta a empresa organizadora do concurso frustrou a competidora de realizar o sonho de se sagrar campeã e conquistar a quantia máxima em jogo, sendo devida portanto a indenização por perda de uma chance.

Entretanto, para Flaviana Rampazzo (2009, p. 46), o dano existencial seria gênero e o dano conhecido como perda de uma chance seria espécie ou modalidade:

O dano existencial comporta a denominada ‘perda de uma chance’, modalidade na qual a vítima se vê frustrada de uma justa expectativa de exercer certas atividades, que foram prostradas pela conduta do ofensor, o qual lhe retirou a oportunidade de exercê-las ou que perturbou o processo dinâmico do seu cotidiano.

Com isso, percebemos que o dano existencial enquanto gênero abrigaria a perda de uma chance. Ocorre que o dano existencial já se constitui como espécie de

dano extrapatrimonial, o que nos levaria a crer que, em verdade, a perda de uma chance se configura como uma subespécie daquele.

### 3.3.3 Dano à identidade

O direito à identidade engloba o nome, sobrenome, prenome, o pseudônimo e os títulos. Entende-se por nome o termo designativo pelo qual a pessoa se reconhece e se diferencia dos outros indivíduos. A proteção sobre a identidade poderá ser exercida pelo próprio titular ou pelos descendentes em face de terceiros (SOARES, 2009, p. 100).

O Código Civil prevê a proteção à identidade nos arts. 16 a 20 e aquele que viola o direito à identidade comete ato ilícito por força do disposto no art. 186 do mesmo código. O dano à identidade possui repercussão extrapatrimonial, mas a depender do caso poderá haver também repercussão patrimonial (SOARES, 2009, p. 100-101), como no caso do uso indevido do nome em propaganda comercial previsto no art. 18: “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

A diferença entre o dano existencial e o dano à identidade reside no fato de que este causa prejuízos aos bens constituídos sobre os termos designativos de uma pessoa enquanto aquele provoca profundas lesões à rotina de vida e “à expressão das atividades existenciais, sejam econômicas, culturais ou sociais da pessoa” (SOARES, 2009, p. 101).

### 3.3.4 Dano à vida privada

No âmbito da vida privada, verificamos todas aquelas atividades, relações e informações sobre a pessoa que são relacionadas a seus bens, interesses e necessidade, a exemplo do trabalho, estudo e esporte, em que “apesar de não serem íntimos, não há interesse de que sejam de domínio público” (SOARES, 2009, p. 101).

A vida privada refere-se às decisões e escolhas que um indivíduo exerce na condução da própria vida. O dano incide no momento em que esse exercício sofre sérios prejuízos e impede a pessoa de conduzir sua vida dentro da normalidade e sem fiscalizações. Já o dano existencial pode até relacionar-se com alguma lesão à vida

privada, mas o prejuízo efetivo deverá afetar a rotina da pessoa vitimada (SOARES, 2009, p. 102).

### 3.3.5 Dano à intimidade

Segundo Maria Helena Diniz (2004, p. 150), a intimidade constitui uma “zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos” e está inserida no âmbito dos direitos de personalidade, o que explica a proteção jurídica sobre a esfera privada.

Tal esfera pessoal exclui os demais e permite que o indivíduo atue com exclusividade (SOARES, 2009, p. 102). Assim, quando alguém adentra arbitrariamente nessa área reservada, vislumbra-se, de acordo com as circunstâncias, a necessidade de indenização pecuniária a ser fixada pelo juízo competente a fim de compensar danos morais ou patrimoniais sofridos pela vítima, bem como a possibilidade de o agressor se abster de realizar intrusões na intimidade de terceiros (DINIZ, 2004, p. 150-151).

Da mesma forma que na modalidade anterior (dano à vida privada), o dano existencial se diferencia do dano à intimidade, na medida em que este se refere a lesões na esfera de uso exclusivo de alguém, enquanto aquele se destaca pelo fato de que os prejuízos, mesmo que incidentes sobre a intimidade do indivíduo, devem provocar lesões à rotina deste (SOARES, 2009, p. 102-103).

Bom se faz acrescentar que o dano existencial não ocorre somente quando da ocorrência de uma lesão às atividades diárias de uma pessoa mas também pelo comprometimento do projeto de vida de alguém.

### 3.3.6 Dano à imagem

Constituem a imagem de um indivíduo: 1) a imagem-retrato, qual seja tudo aquilo que o represente como um todo ou separadamente por qualquer meio, desde que possa ser identificável o seu titular, com previsão de inviolabilidade expressa no art. 5º, X da Constituição da República; 2) a imagem-atributo ou imagem-social, que se refere a todas as características de uma pessoa, segundo um ponto de vista do círculo social a que pertence e 3) a reprodução biográfica, que não poderá exibir dados falsos, sob grave

risco de responsabilidade civil por dano moral e material, conforme dispõe o enunciado nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (DINIZ, 2004, p. 152-153).

Nesse último ponto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal – STF julgou recentemente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4815 e entendeu pela desnecessidade de autorização da pessoa ou de seus familiares para a publicação de biografias:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, **declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)**. Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binbenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo *amicus curiae* Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo *amicus curiae* INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.06.2015 (grifo nosso).

Conforme exposto, o STF harmonizou os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e expressão com os constantes dos arts. 20 e 21 do Código Civil, referentes tanto ao direito à imagem quanto o direito à privacidade por meio de uma interpretação conforme à Constituição.

### 3.3.7 Dano à integridade intelectual

Entende-se por criação intelectual tanto os bens tutelados pelo direito autoral quanto aqueles abrangidos pelo direito de propriedade industrial, o que demonstra a hibridez da proteção jurídica que possui viés duplo relacionado à pessoa e ao aproveitamento econômico (SOARES, 2009, p. 106).

No que tange ao direito autoral, a lei nº 9.609/1998 dispõe sobre os direitos autorais e a proteção patrimonial e extrapatrimonial dos direitos do autor, restando

resguardado o direito autoral relativo aos programas de computador para a lei 9.610/1998. Já a lei 9.279/1996 regulamentou as obrigações e direitos relacionados à propriedade industrial (SOARES, 2009, p. 106).

O dano à propriedade intelectual e ao direito autoral infringem direitos de personalidade diretamente a partir da violação do seu uso ou exposição inadequada, enquanto que o dano existencial pode lesionar tais direitos de maneira oblíqua, preocupando-se mais com aspectos vinculados aos prejuízos ao cotidiano que uma pessoa sofre.

### 3.3.8 Dano à honra

Constituída por duas dimensões, quais sejam a interna e a externa, a honra também se encontra inserida como atributo da personalidade do indivíduo. A honra interna refere-se à autoavaliação que alguém faz sobre si mesmo e, no âmbito externo, envolve a avaliação que os outros realizam sobre as virtudes dessa pessoa. Com isso, verificamos que somente as pessoas naturais podem sofrer danos nos dois aspectos da honra, restando às pessoas jurídicas somente os danos à honra externa (SOARES, 2009, p. 107).

Em que pese o dano à honra atingir o ânimo do indivíduo, no sentido de que este se vê desanimado por conta das avaliações e questionamentos acerca de sua conduta, não há que se confundi-lo nem com o dano moral nem com o dano existencial, visto que são independentes entre si e, conseqüentemente, cada caso demandará uma análise específica (SOARES, 2009, p. 108).

### 3.3.9 Dano à saúde

Inserido no rol dos direitos extrapatrimoniais bem como dos direitos de personalidade, o direito à saúde física e mental também repousa no art. 6º da Constituição da República como um direito fundamental (SOARES, 2009, p. 109).

O dano à saúde ou dano biológico decorre da ofensa a um bem imaterial, qual seja a saúde do indivíduo, seja esta de ordem corporal ou mental (SOARES, 2009, p. 111).

Entretanto, a principal diferença entre o dano biológico e o dano existencial está no aspecto atinente ao bem em questão: este se preocupa com prejuízos à vida cotidiana ou de relações sociais do indivíduo, enquanto aquele possui enfoque na lesão ao equilíbrio da saúde do corpo e da mente.

## **4 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

### **4.1 Dano existencial nas relações de trabalho**

O direito do trabalho consolidou alguns institutos para a regulação do equilíbrio entre a vida e o trabalho, como o repouso semanal, as férias remuneradas, a licença médica e a licença para formação profissional (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 240).

Nesse sentido, o art. 7º da Constituição Federal de 1988 trouxe insculpidos em seu texto vários direitos garantidos ao trabalhador urbano e rural, com o intuito de melhorar a condição do trabalhador sob o mais amplo aspecto social possível.

Por outro lado, os empregadores, por vezes, têm desrespeitado tais garantias, o que gera prejuízos aos trabalhadores de ordem biológica, econômica e social. Em que pese haver situações isoladas de descumprimento, existem casos mais graves de contumácia na violação da norma, gerados pela expectativa de ganho e facilitados pela precariedade do sistema de fiscalização governamental brasileiro acerca das relações de trabalho (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 241).

Segundo Boucinhas e Alvarenga (2013, p. 242), a “hiperexploração da mão de obra humana, acompanhada ou não de contraprestação em pecúnia, causa ao trabalhador um tipo de prejuízo que vem sendo doutrinariamente chamado de dano existencial.”

A origem do dano existencial provém da conduta do patrão que impede o empregado de cultivar relações sociais, religiosas, culturais e afetivas, privando-o de alcançar o bem-estar e ser feliz. Em outros casos, o obreiro se vê impossibilitado de dar continuidade ou reiniciar um projeto de vida (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 243).

Nesse aspecto, verificamos claramente a subdivisão do dano existencial em vida de relações, atinentes aos aspectos das relações sociais e seus desdobramentos, e projeto de vida, reconhecido como aquele no qual se funda objetivamente uma perspectiva profissional ou pessoal.

#### 4.1.1 Projeto de vida e vida de relação como direitos da personalidade do trabalhador

Primeiramente, cumpre informar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se assentado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal como verdadeiro fundamento sobre o qual se constitui o Estado Democrático de Direito, o que demonstra a importância no reconhecimento de que a tutela acerca da dignidade da pessoa se irradia sobre a personalidade de qualquer ser humano (SOARES, 2009, p. 54).

Tal proteção jurídica ocorre sobre a identidade da pessoa humana, no sentido de que restam resguardados todos os seus elementos constitutivos, sejam estes de origem espiritual, psicológica, cultural, religiosa, política entre outros (SOARES, 2009, p. 54)

Assim, verificamos que os direitos de personalidade possuem vínculo estreito com o princípio da dignidade da pessoa humana e permitem que restem íntegros a interiorização e exteriorização dos atributos emocionais, físicos e comportamentais dos seres humanos (SOARES, 2009, p. 35-36).

Vale acrescentar que os direitos de personalidade abrangem tanto os direitos ligados à integridade física, a exemplo do direito à vida, quanto aqueles relacionados à integridade moral, como o direito à honra, liberdade, imagem (SOARES, 2009, p. 37).

Nesse sentido, podemos incluir sob a sistemática da tutela dos direitos de personalidade à luz do princípio da dignidade humana as facetas do dano existencial referentes ao projeto de vida e à vida de relações, uma vez que tratam de aspectos atinentes à própria identidade humana.

Dessa forma, entendemos que qualquer violação a um direito de personalidade do trabalhador, seja de ordem física ou psíquica deverá ser veementemente combatido pelo ordenamento jurídico vigente, visto que haverá concomitantemente uma grave lesão constitucional em face do que reza o princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4.1.2 Dano existencial e a saúde do trabalhador

Em tema relacionado à redução da jornada de trabalho, Mauricio Godinho Delgado já asseverava que o prolongamento do tempo à disposição por força de

contrato de trabalho provoca consequências em diversas esferas da vida do trabalhador (2010 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.251).

O autor acrescenta que ao se ampliar a jornada de trabalho, mesmo por meio de horas extras, estar-se-á, em verdade, acentuando rigorosamente as chances de incidência de doenças ocupacionais, profissionais ou acidentes de trabalho. Contudo, ao se reduzir a jornada, estaremos diminuindo severamente a probabilidade de tais infortúnios (2010 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.251).

Para Flaviana Rampazzo (2009 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.252), em casos de Lesão por Esforço Repetitivo - LER, estamos diante de um dano à saúde com repercussão no projeto de vida, o que faz emergir o dano existencial. Isso ocorre devido ao fato de que a lesão:

[...] atinge o sistema músculo-esquelético da pessoa, principalmente os membros superiores, sendo assim, pode, em estágio avançado, gerar a incapacidade para diversas atividades. A lesão por esforços repetitivos decorre de uma exposição descontrolada aos fatores que a desencadeiam, exposição essa geralmente determinada por iníquas condições de trabalho às quais o trabalhador pode ser submetido.

O quadro clínico composto por dores, formigamentos e dormência são danos que atingem diretamente a pessoa, impedindo-a de realizar as atividades praticadas anteriormente à lesão (SOARES 2009 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.252).

Em decorrência da LER, a pessoa se vê privada de exercer tanto as atividades profissionais quanto as mais simples tarefas do dia a dia, como varrer, lavar roupas, cozinhar. Essas alterações transitórias ou permanentes configuram o dano existencial (SOARES 2009 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.252).

A qualidade de vida do trabalhador no ambiente de trabalho depende do exercício regular do direito à saúde, de forma que não haja o comprometimento físico ou psíquico oriundo da atividade profissional. Assim, o trabalho pode ser desenvolvido de forma saudável e sem prejuízos ao trabalhador (SOARES 2009 apud BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p.252).

Devemos também lembrar que o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado possui papel fundamental para a saúde do trabalhador e se encontra tutelado expressamente no art. 225 da Constituição da República de 1988, uma vez que é no ambiente laboral que o obreiro passa a maior parte do seu dia, quiçá da sua vida.

#### 4.2 Da indenização por dano existencial

Em que pese não haver regulamento específico acerca da indenização por dano existencial, esta segue regulamentada pelos dispositivos genéricos que incidem sobre os danos imateriais (SOARES, 2009, p. 129).

No entanto, caberá também ao julgador apreciar e fazer o cotejo analítico entre as atividades que a vítima exercia antes do dano existencial e o nível em que tais práticas teriam sido comprometidas (SOARES, 2009, p. 129).

Assim, os aspectos pecuniários da indenização levarão em conta se o comprometimento foi parcial ou total e, também se restou definitiva ou temporária a lesão em questão, cabendo redução ou elevação, de acordo com caso levado a juízo (SOARES, 2009, p. 129).

##### 4.2.1 Da fixação do valor de reparação pelo dano existencial

Reza o art. 403 do Código Civil que são consideradas perdas e danos somente os prejuízos efetivos e os lucros cessantes em função daquelas, desde que sejam diretos e imediatos.

Com isso, verificamos que a indenização será fixada a partir de um dano concreto à vítima, o que afasta deliberadamente os danos fictícios ou hipotéticos. Acrescente-se, ainda, que no cômputo dos danos sofridos pela vítima deverão ser incluídos também “a vantagem pecuniária que, razoavelmente, a vítima poderia perceber, segundo as suas condições normais de vida não fosse o evento lesivo (SOARES, 2009, p. 120-121).

Mais adiante, no art. 944 do Código Civil, temos que a indenização deve ser mensurada pela extensão do dano causado. Segundo Flaviana Rampazzo (2009, p. 121),

há “uma ideia de equivalência, a qual teria como consequência uma situação de equidade: não se dá ao ofendido nem mais, nem menos do que a perda que sofreu”.

Já no parágrafo único do mesmo art. 944, abre-se a possibilidade de o julgador diminuir com base na equidade a indenização quando observar que há desproporção entre a culpa e o dano. Nesses casos, deve-se ter em mente que a desproporção precisa ser notória, visto que se estivermos diante de uma conduta em que a culpa do ofensor é leve ou inexistente não há que se falar em reparação integral do dano (SOARES, 2009, p. 121-122).

Naqueles casos em que a vítima contribui para a ocorrência do dano, o art. 945 do Código Civil prevê também que haja redução proporcional da indenização por parte do ofensor, levando-se em consideração a gravidade de culpa dos dois (SOARES, 2009, p. 122).

No aspecto relativo à saúde da vítima, os artigos 949 e 950 do Código Civil trazem claramente proteção a esse bem, no sentido de que o ofensor ficará responsável por pagar todas as despesas com o tratamento, tendo em vista a possível eliminação do dano, dos lucros cessantes, danos emergentes entre outros prejuízos sofridos pelo ofendido. Ademais, se houver limitação ou incapacidade para o trabalho a ser exercido pela vítima, a indenização deverá incluir também pensão mensal proporcional à perda da capacidade (SOARES, 2009, p. 122-123).

### 4.3 Aspectos processuais básicos

#### 4.3.1 Da competência para processar e julgar o dano existencial

Após a reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada para julgar e processar tanto as ações oriundas da relação de trabalho quanto outras controvérsias decorrentes dessa relação, nos moldes do que dispõe o art. 114, incisos I e IX da Constituição da República de 1988. (NASCIMENTO, 2013, p. 287).

Assim, trata-se a relação de trabalho como o gênero no qual se entende que sejam englobadas todas as “relações jurídicas nas quais uma pessoa física presta a sua

atividade profissional para outra, empresa ou não, como autônomo e o trabalho eventual” (NASCIMENTO, 2013, p. 289).

Logo, serão consideradas relações de trabalho todas as relações jurídicas que tiverem por objeto a atividade profissional prestada em caráter pessoal por uma pessoa natural em face de outrem, o que expande a tutela para além das relações de emprego, passando a considerar também “outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores” (NASCIMENTO, 2013, p. 290).

Lado outro, para restar configurada uma relação de trabalho são necessários dois requisitos: 1) a profissionalidade e 2) a pessoalidade. O primeiro diz respeito à necessidade de haver a aplicação racional de uma atividade com a finalidade de manter a própria sobrevivência ou de outros, ficando excluídos os trabalhos gratuitos e por puro espírito de cooperação. Já o segundo toca a questão da a) intransferibilidade da prestação de serviços do trabalhador por iniciativa unilateral deste; b) indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho prestado; c) personalidade, no sentido de que a pessoa trabalhadora recebe proteção dos direitos básicos de personalidade, como a intimidade, por exemplo; e d) espírito de colaboração, visto que o obreiro deve lealdade ao empregador (NASCIMENTO, 2013, p. 291).

Por fim, à luz do princípio da competência específica, restou indicado na presente ordem jurídica que a Justiça do Trabalho possui competência “para decidir ações entre trabalhadores e tomadores dos seus serviços”, sem que haja necessidade de qualquer lei específica (NASCIMENTO, 2013, p. 291-292).

#### 4.3.2 Dos legitimados ativos para atuar em juízo

Para Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 459), para se verificar a legitimidade da parte deve-se ter atenção quanto à titularidade ativa ou passiva, a depender do prisma de análise, em face do direito de ação.

Com relação ao dano existencial, a legitimidade ativa para obter a indenização está com a vítima que sofreu direta ou indiretamente a lesão em decorrência do ato ilícito. Logo, por ser dano extrapatrimonial, admite-se que pessoas com relação jurídica direta com a vítima, a exemplo dos cônjuges e concubinos, possam obter indenização (SOARES, 2009, p. 135-136).

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em ação de indenização por acidente de trabalho, rechaçou a possibilidade de o espólio atuar pelo *de cuius* no Recurso Especial n. 697.141:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA MUNICÍPIO. DANO MORAL DECORRENTE DE MORTE CAUSADA POR ACIDENTE DE TRABALHO. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. DIREITO PESSOAL DOS HERDEIROS. SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA EC N.º 45/2004. PERPETUATIO JURISDICTIONES. ART. 114, VI, DA CF/88. SENTENÇA. EXISTÊNCIA.

1. Ação indenizatória intentada contra o Município de Teófilo Otoni - MG, na qual se pleiteia reparação por danos morais e materiais decorrentes da morte, em acidente de trabalho, de prestador de serviço.

2. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 ampliou significativamente a competência da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe competência para dirimir controvérsias sobre indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, entre outras.

3. O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão da aplicabilidade das modificações engendradas pela referida Emenda aos processos que se encontravam em curso quando de sua promulgação, assentou o entendimento de que a novel orientação alcança tão-somente os processos em trâmite pela Justiça comum estadual ainda não sentenciados. Assim, as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença anterior à promulgação da EC 45/04, em respeito ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, lá devem continuar até o trânsito em julgado e correspondente execução, medida esta que se impõe “em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação” (CC n.º 7.204-1/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU de 19/12/2005).

4. Consectariamente, na esteira do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, intérprete maior do texto constitucional, o marco temporal da competência da justiça trabalhista para apreciação das ações indenizatórias vinculadas à relação de trabalho, como sói ser o pedido de reparação por dano moral decorrente de acidente de trabalho, é o advento da EC n.º 45/2004, devendo ser remetidas à justiça do trabalho, no estado em que se encontrem, aquelas que, quando da entrada em vigor da referida Emenda, ainda não tenham sido objeto de sentença (Precedentes: CC 57.915/MS, Primeira Seção, Rel.

Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27/03/2006; e AgRg nos EDcl no CC n.º 50.610/BA, Segunda Seção, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 03/04/2006).

5. In casu, conforme se depreende dos autos, foi proferida sentença pela justiça comum estadual de primeiro grau, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 45/2004, julgando procedente o pedido formulado na inicial, condenando o Município ao pagamento de sete salários mínimos, a título de dano material, e duzentos salários mínimos, a título de dano moral, o que revela incontestemente a competência desta Corte Superior para apreciação do recurso especial que se apresenta.

6. Controvérsia gravitante em torno da legitimidade ativa do espólio para pleitear a reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do de cuius, em decorrência de seu abrupto falecimento em acidente de trabalho.

7. O artigo 1.526, do Código Civil de 1916 (atual artigo 943, do CC-2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (*droit de saisine*), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio de cujus ou sucessor, nos termos do artigo 43, do CPC.

8. Precedentes desta Corte: RESP 648191/RS, Relator Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 602016/SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 30.08.2004; RESP 470359/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.05.2004; AgRg no RESP 469191/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; e RESP 343654/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 01.07.2002.

**9. Deveras, cedo que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do de cujus constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, nomine proprio, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido.**

10. Recurso especial desprovido.

(REsp 697.141/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 167, grifo nosso)

Assim, o STJ indica claramente que os herdeiros deverão, por direito próprio, pleitear indenizações por danos sofridos pelo *de cujus*, afastando a possibilidade de o espólio figurar como legitimado ativo por ausência de autorização legal.

#### 4.3.3 Do ônus da prova do dano existencial

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 619), a prova judicial se revela a partir dos confrontos entre as versões trazidas pelas partes e os meios hábeis a aboná-las. Caberá ao juiz a tarefa de reconstituir os fatos por meio das informações entranhadas nos autos e, nos casos em que a lei autoriza, de ofício.

Com isso, verificamos que a prova serve como veículo que transporta os fatos da realidade para dentro do processo judicial, permitindo que o juiz os conheça e tornando o debate entre as partes racional e possível (NASCIMENTO, 2013, p. 620).

A Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT prevê no seu art. 818 que o ônus de provar tudo aquilo que for alegado nos autos caberá à parte que o fizer.

Em que pese tal ônus ser atribuído à parte que o alega, “há uma tendência para a redistribuição do ônus da prova no processo trabalhista, com maiores responsabilidades para o empregador” (NASCIMENTO, 2013, p. 623).

Nessa esteira, vale a pena apontar algumas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho - TST, em que restou configurada a adoção de princípios de distribuição e presunções. No primeiro caso, citamos o inciso VIII da Súmula n. 6 do TST que trata da equiparação salarial:

Súmula nº 6 do TST

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

[...]

**VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.** (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977, grifo nosso)

Já no segundo caso, o TST possui entendimento sumulado de que o princípio da continuidade da relação de emprego atua favoravelmente ao empregado:

Súmula nº 212 do TST

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

**O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado** (grifo nosso).

No caso do dano existencial ocorrido no bojo da relação de trabalho, caberá ao obreiro a prova de que o regular desenvolvimento das atividades do seu dia a dia foi prejudicado. Em se tratando de dano à saúde cumulado com o dano existencial, haverá presunção da prova na maioria dos casos, haja vista a facilidade de verificação do dano (SOARES, 2009, p. 146).

Por outro lado, caberá ao empregador ou tomador do serviço a demonstração de que a responsabilidade pelo dano não recai sobre a sua pessoa, alegando seja a ausência de nexos causal, conduta, dano ou, ainda, a ocorrência de alguma excludente de responsabilidade (SOARES, 2009, p. 146).

Tanto a lei quanto a jurisprudência favorecem a visão de que o processo do trabalho deverá respeitar os princípios protecionistas do *in dubio pro operário e favor laboratoris*, visto que a situação desigual entre as partes na relação de emprego tende a se refletir no processo (NASCIMENTO, 2013, p. 464).

#### 4.3.4 Dano existencial e o prazo prescricional

No âmbito do direito do trabalho, verificamos que a prescrição aquisitiva possui pouco uso devido ao fato de que esta se refere ao “meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico” (DELGADO, 2012, p. 242).

Entretanto, faz-se necessário alertar para o fato de que esse modo de prescrição pode gerar consequências efetivas no contrato empregatício, promovendo a mudança do pólo passivo em função do novo empregador constante da relação de emprego, fenômeno conhecido como sucessão trabalhista (DELGADO, 2012, p. 243).

Assim, a figura da prescrição extintiva ganha relevo na seara trabalhista, visto que trabalha sob a perspectiva do titular do direito atingido, que perde a exigibilidade judicial desse direito em função “de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo” (DELGADO, 2012, p. 242).

Tal prescrição encontra-se insculpida no art. 7º, inciso XXIX da Constituição da República – CR/1988, que expressa ser de 5 (cinco) anos o prazo para exercício da ação relativa aos créditos trabalhistas tanto para trabalhadores urbanos quanto para os rurais, com o limite de ajuizamento em até dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Logo, o prazo para ajuizamento da ação por danos existenciais seguirá os ditames constitucionais de 5 (cinco) e 2 (dois) anos para que os obreiros possam exercer devidamente os seus direitos, nos moldes do art. 7º, inciso XXIX, CF/88.

#### 4.3.4.1 Causas impeditivas e suspensivas da prescrição trabalhista

Neste ponto mencionamos três causas impeditivas da prescrição: 1) a incapacidade absoluta, prevista no art. 198, inciso I do Código Civil de 2002 c/c art. 440 da CLT; 2) estar ausente do país em serviço público da União, Estados, DF e Municípios, previsto no art. 198, inciso II do Código Civil de 2002 e 3) a prestação de serviço militar, conforme o disposto no art. 198, inciso III do Código Civil de 2002 (DELGADO, 2012, p. 249-250).

Quanto às causas suspensivas, o Código Civil de 2002 prevê, ainda, duas hipóteses nos arts. 199, incisos I e II, respectivamente: 1) quando estiver pendente de condição suspensiva e 2) quando não estiver vencido o prazo (DELGADO, 2012, p. 250).

#### 4.3.5 Do pedido

Inicialmente, devido se faz trazer a necessidade de que o pedido seja certo e determinado, de forma que se tenha certeza do pedido, bem como se prestigie os seus aspectos qualitativos e quantitativos (CORDEIRO, 2014, p.53).

Também se faz necessária “a descrição precisa dos fatos que caracterizaram a referida espécie de dano”, de modo a permitir a correta constatação do dano existencial. Deverá também estar precisamente qualificada (sexo, idade, estado civil, escolaridade, ocupação profissional, remuneração, indicação sobre filhos entre outros) para que o julgador possa proceder à fixação do montante indenizatório a que faz jus a vítima (SOARES, 2009, p. 141).

Segundo Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 141), a correta delimitação acerca da extensão do dano existencial depende substancialmente das informações trazidas aos autos que indicam os prejuízos afetos a determinadas atividades:

A descrição das atividade que a pessoa lesada deixou de fazer, ou as que têm que fazer de outro modo, ou ainda, aquelas que, necessariamente, deverá fazer a partir da ofensa, deve proporcionar elementos ao julgador, o maior número possível de informações úteis, com a finalidade de formar o seu convencimento e de ter a noção da extensão do dano, possibilitando, da mesma forma, a defesa da parte adversa.

Assim, verificamos a importância de fornecer ao juiz elementos probatórios suficientes relativos aos prejuízos incidentes na rotina da vítima de modo a restar configurada não somente a ocorrência do dano existencial como também a definição da sua extensão.

#### 4.4 O dano existencial segundo o Tribunal Superior do Trabalho

No Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - TST-AIRR-123-28.2014.5.04.0662, o tratamento dispensado pela 6ª Turma do TST acerca do dano existencial se confunde com o dano moral, conforme podemos verificar, *in verbis*:

A parte agravante não conseguiu infirmar os fundamentos que embasaram o não seguimento do recurso de revista, os quais, pelo seu acerto, adoto como razões de decidir.

Extrai-se da leitura do v. acórdão supracitado, que o E. Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos produzidos nos autos, mormente a prova documental (fls. 563/565) manteve a condenação imposta pelo juízo de 1º grau, reduzindo, no entanto, **o valor da indenização por danos existenciais para R\$ 25.000,00.**

Diante desse contexto, denota-se que as insurgências da agravante acerca da inexistência do dano moral assumem contornos nitidamente fáticos, de modo que a sua análise demandaria, impreterivelmente, o revolvimento dos fatos e provas do processo, o que se revela inviável em sede de recurso de revista, à luz da Súmula 126 do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, não obstante as afrontas legais aduzidas, inviável o seguimento do apelo, neste ponto, uma vez que a matéria, tal como tratada no v. Acórdão e posta nas razões recursais, reveste-se de contornos nitidamente fático-probatórios, cuja reapreciação, em sede extraordinária, é diligência que encontra óbice na Súmula n.º 126 desta C. Corte.

**No que se refere ao quantum indenizatório, o eg. Tribunal Regional, ao reduzir para R\$ 25.000,00 o valor da indenização por dano moral arbitrado em sentença, observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando, ainda, em consideração o seu caráter punitivo-pedagógico, como também a condição social e financeira dos envolvidos, sem menosprezar a gravidade do dano e a intenção do causador (critérios para fixação do quantum indenizatório), assim, não há razão para esta c. Corte Superior minorar o montante da condenação.**

Conforme podemos verificar, o TST se refere ao dano fixado em 25 mil reais pelo Egrégio Tribunal Regional ora como dano existencial ora como dano moral, adotando a sinonímia conceitual.

Também nessa esteira de equivalência conceitual, trazemos o acórdão em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - AIRR-2081-23.2013.5.23.0026 proferido pela 3ª Turma do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DEREVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. Não merece ser provido o agravo de instrumento em que não se consegue desconstituir os fundamentos do despacho denegatório do processamento do recurso de revista, **sobretudo quando constatado que o panorama fático-probatório delineado pelo Regional permite o deferimento da indenização por dano moral pretendida pelo autor**, não se verificando qualquer ofensa aos arts. 884, 927 e 944 do Código Civil e ao art. 5º, X, da Constituição, tampouco divergência jurisprudencial. Agravo conhecido e desprovido (AIRR-2081-23.2013.5.23.0026, Rel. Desembargador Convocado Claudio Soares Pires, 3ª Turma, DEJT 12/06/2015, grifo nosso).

Entretanto, em outro caso, no Recurso de Revista - RR-10497-51.2013.5.18.0015, a 4ª Turma do TST adotou entendimento de que **o dano existencial se encontra bem diferenciado do dano moral, tanto no sentido de que não se admite que seja presumido (in re ipsa) quanto na pureza conceitual, apontando inclusive para outros julgados anteriores:**

#### INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E EXISTENCIAL

O Regional negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, adotando, para tanto, os seguintes fundamentos (a fls.572/573):

“O reclamante postulou indenização por danos morais, no valor mínimo de R\$10.000,00, ao argumento de que, além de ter sofrido suspensão injusta, *‘era ainda obrigado a escutar desaforos dos comerciantes em razão de atrasos nas entregas que ocorriam devido à falta de ajudante demotorista’* (fl. 25).

Afirmou, ainda, que a empresa consumia totalmente o seu tempo, prejudicando a sua vida social e familiar, uma vez que, se não estivesse disponível para o sobrelabor sofria punições.

Sem razão.

De fato, é incontroverso que o autor recebeu uma suspensão de 3 dias em razão de ter retornado sem realizar uma entrega junto ao SUPERMERCADO TATICO, penalidade que foi anulada pelo Juízo a quo, sendo determinado o pagamento dos salários correspondentes.

Também restou demonstrado que o obreiro, habitualmente, laborava em sobrejornada, às vezes em montantes bastante elevados, conforme já analisado anteriormente.

Contudo, não restou provado que tenha sofrido qualquer ofensa por parte de clientes ou prepostos da ré, uma vez que a prova oral é silente quanto a esse ponto.

Também não ficou demonstrado que os episódios informados (suspensão de 3 dias e trabalho em sobrelabor) tenham sido suficientes para macular a sua honra e sua imagem, causando-lhe prejuízos de ordem moral.

No que tange à suspensão, não ficou demonstrado que a Reclamada tenha excedido os limites de seu poder diretivo, que tenha divulgado indevidamente os fatos ou exposto o obreiro, de alguma forma, a qualquer situação vexatória.

E, quanto ao labor em horas extras, em que pese os efeitos negativos que essa prática impõe ao trabalhador, certo é que a lei já prevê as sanções correspondentes, inclusive com o pagamento do sobretempo acrescido do adicional respectivo, o qual já foi deferido na presente reclamação, não restando caracterizado o dano moral.

Nego provimento.” (Sublinhou-se.)

O Reclamante sustenta que o acórdão recorrido permite verificar que sofreu dano moral e existencial, sem que haja a necessidade de provar a conduta negativa da Reclamada de que puniu indevidamente o empregado por ter retornado com mercadorias após o seu horário de trabalho, bem assim de que obrigava o labor extraordinário habitual em jornada extenuante. Aponta violação do art. 5.º, X, da Constituição Federal.

Sem razão, contudo.

O acórdão recorrido adotou o entendimento de que os fatos narrados não teriam causado prejuízo de ordem moral ao Autor.

Tal como registrado, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte. Senão, confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. DANO MORAL EXISTENCIAL. O Regional consignou que o Reclamante laborava em regime de 4x2, cumprindo jornadas de 12 horas em 4 dias consecutivos, seguidos de 2 dias de folga, sem respeito ao intervalo normativo de 36 horas. **Contudo, concluiu que, embora extensa a jornada, não restou demonstrado o prejuízo para o convívio familiar e social do obreiro, asseverando que, no caso, o dano não ocorre in re ipsa. De fato, ainda que a prestação habitual de horas extras cause transtornos ao empregado, tal circunstância não é suficiente para ensejar o deferimento da indenização por dano existencial, sendo imprescindível, na hipótese, a demonstração inequívoca do prejuízo que, no caso, não ocorre in re ipsa.** Precedentes. Agravo de instrumento não provido.” (AIRR-647-66.2013.5.04.0013, Relator: Desembargador Convocado Breno Medeiros, 8.ª Turma, DEJT 24/4/2015.)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. **O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais.** Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. **Diferentemente do entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é ‘in re ipsa’, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito.** Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR-1443-94.2012.5.15.0010, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 4.<sup>a</sup> Turma, DEJT 17/4/2015.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS HABITUAIS. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O Regional constatou que a Reclamada adotou escalas de trabalho que implicaram em número elevado de horas extras ou em labor sem folga por 7 dias consecutivos. A sujeição do trabalhador a sobrelabor habitual, apesar de consubstanciar conduta reprovável pelo Direito do Trabalho, já encontra no ordenamento jurídico as consequências aplicáveis ao caso, ou seja, o pagamento do adicional correspondente. O empregado é dotado de meios legais e judiciais para enfrentar a situação, não se caracterizando ofensa à moral do trabalhador. Agravo de instrumento improvido.” (AIRR-493-27.2012.5.15.0094, Relator: Desembargador Convocado Américo Bedê Freire, 6.<sup>a</sup> Turma, DEJT 27/2/2015.)

Como proferida a decisão recorrida, não se verifica a alegada violação do art. 5.<sup>º</sup>, X, da Constituição Federal.

Diante do exposto, não conheço do Recurso de Revista.

Nessa Turma, depreendemos que os aspectos materiais do direito são abordados levando-se em conta o tipo de dano em tela, qual seja o existencial. Entende-se corretamente que o dano existencial é aquele que provoca prejuízos ao trabalhador fora do ambiente laboral, afetando aspectos sociais, culturais, recreativos, desportivos e afetivos, por exemplo, ou, ainda, o impede de desenvolver os seus projetos de vida.

Em outro julgado em Recurso de Revista com Agravo - ARR-11513-67.2013.5.18.0103 também da 4ª Turma do TST, tal posicionamento encontra-se reforçado:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. DURAÇÃO DO TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO. HORAS IN ITINERE. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.** A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que denegou seguimento ao Recurso de Revista, pois subsistentes os seus fundamentos. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. DANO MORAL. BARREIRA SANITÁRIA. TROCA DE UNIFORME.**

1. O Regional, reavaliando a prova dos autos, excluiu a indenização por danos morais, sob o entendimento de que o procedimento adotado pela Empresa (barreira sanitária) não configurava ato ilícito, visto que era imposto para a produção de alimentos, e porque os vestiários eram divididos por sexo e apresentavam estrutura adequada. 2. Conforme o balizamento fático dado pelo Colegiado a quo, não é possível vislumbrar a ofensa à privacidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do Reclamante, mormente quando evidenciado que o procedimento deveria ser cumprido indistintamente por todos os funcionários da área de produção. 3. Conquanto seja pacífico o entendimento de que o dano moral prescinde da prova de sua ocorrência, em face do caráter altamente subjetivo do sofrimento psíquico suportado pelo ofendido, não se pode perder de vista que sua reparação depende da demonstração inequívoca de seus elementos caracterizadores (arts. 186 e 927 do CC). Em outras palavras, a indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe um ato ilícito praticado pelo empregador, um prejuízo suportado pelo ofendido e o nexo causal entre a conduta do primeiro e o dano experimentado pelo último, o que não se demonstrou no presente caso. **DANO EXISTENCIAL. HORAS IN ITINERE E TEMPO À DISPOSIÇÃO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO.** O dano existencial é espécie de dano imaterial. **No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas perpetradas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Assim, não tendo sido evidenciada nenhuma dessas circunstâncias, não há de se falar na reparação postulada. A ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é in re ipsa, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida.** Recurso de Revista não conhecido (ARR-11513-67.2013.5.18.0103, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 29/05/2015, grifo nosso).

Vale a pena ressaltar, no aspecto processual, que a matéria relativa a provas também nos ajuda a diferenciar o dano moral do dano existencial, visto que neste não há

possibilidade de haver presunção do dano ou da incidência do dano *in re ipsa*, devendo o autor se incumbir do ônus da prova acerca da lesão sofrida.

**Assim, verificamos que tanto o dano existencial quanto o dano moral assumem significados coincidentes junto às 3ª e 6ª Turmas do TST, mas bem distintos para a 4ª Turma do Colenda Corte, que realiza a conceituação do dano existencial bem clara e distinta, tanto no plano material quanto processual.**

## CONCLUSÃO

Em que pese os diversos pontos de vista abordados acerca do dano existencial, verificamos uma clara tendência relacionada à classificação deste como tipo de dano extrapatrimonial.

Lideram essa corrente doutrinária Flaviana Rampazzo Soares, Jorge Cavalcanti Boucinhas, Rúbia Zanutelli de Alvarenga e Julio Cesar Bebbber, que percebem o dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial, ao lado do dano moral.

Quanto à análise de outras espécies de dano em outros países, apontamos para a França como o país em que houve o maior grau de especificidade sobre o tema, com a criação de dois tipos de dano: o dano à comodidade de vida (préjudice d'agrément) e o dano às relações familiares (préjudice d'établissement).

Entretanto, o dano existencial parece guardar alguma relação com a perda de uma chance. Para Flaviana Rampazzo, a perda de uma chance configura-se como espécie de dano existencial. Já para Jorge Cavalcanti Boucinhas e Rúbia Zanutelli de Alvarenga, a perda de uma chance estaria situada entre o dano patrimonial e extrapatrimonial. Nos afiliamos a esta última corrente e entendemos que a perda de uma chance se encontra numa posição intermediária perante os dois gêneros de danos, quais sejam os patrimoniais e extrapatrimoniais.

Aliás, quanto à classificação em danos patrimoniais e extrapatrimoniais, verificamos que os direitos de personalidade podem ser encarados como danos patrimoniais, posto que integram o conjunto de bens e direitos de um indivíduo. Logo, sugerimos futuras pesquisas que abordem o dano existencial enquanto lesão relativa a um direito de personalidade e seu enquadramento como direito patrimonial.

No aspecto analítico-jurisprudencial, atentamos para a divergência conceitual quanto ao dano existencial, visto que para a 3ª e 6ª Turmas este dano se confunde com o dano moral, enquanto que para a 4ª Turma o dano existencial resta bem diferenciado e nitidamente definido.

Defendemos a necessidade de diferenciação do dano existencial frente a outros danos, de modo a permitir o avanço rumo a uma justa recomposição da situação jurídica anterior – *quo ante* ao dano sofrido pela vítima.

Cabe lembrar, ainda, que, conforme dispõe o parágrafo único do art. 8º da CLT, será o direito comum utilizado como fonte subsidiária do direito do trabalho, no que não for incompatível com este. Assim, plenamente possível a indenização por dano existencial fundado nas relações de trabalho, em aplicação sistemática dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, com pleno reconhecimento pelo Tribunal Superior do Trabalho.

No aspecto relativo à prova do dano existencial, em que pese a posição adotada pela 4ª Turma do TST contrariamente ao dano existencial *in re ipsa*, entendemos que quando este ocorrer sobre a vida de relações, haverá a possibilidade de que seja considerado como dano presumido, tendo em vista de que torna-se bastante dificultosa a constituição probatória pormenorizada da vida de relações.

Relativamente ao *quantum* indenizatório, temos que, por interpretação sistemática dos arts. 403 e 944 do Código Civil de 2002, somos levados a traçar uma perspectiva de fixação da indenização em função do dano, afastando-se indenizações fundadas na culpa do empregador. Porém, incluímos a ressalva oriunda do art. 945 do Código Civil, em que há previsão para a redução da indenização em decorrência da culpa da vítima.

Por fim, esperamos que mais pesquisadores se interessem pelo tema e ajudem a desenvolver mais aspectos atinentes ao dano existencial, seja por meio do direito comparado, mostrando como o dano existencial é tratado em outros países, seja por meio de pesquisas jurisprudenciais que possam informar como têm sido o entendimento do dano existencial no campo do direito do trabalho por juízes e tribunais regionais.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALEXY, Robert. Teoria do direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em:  
<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc)>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BATISTA, Márcio Oliveira. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Org.). Direitos humanos em um contexto de desigualdades. São Paulo: Boreal, 2012.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito da obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance às relações de trabalho. Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, ano 27, n. 318, jun. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4815, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Plenário, Diário de Justiça n. 124, 26 jun. 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 35600-25.2006.5.15.0036, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 5 ago. 2011.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho, RR 217600-28.2009.5.09.0303, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 3 out. 2012.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 123-28.2014.5.04.0662, Relator Desembargador Convocado Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, 6ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 19 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 2081-23.2013.5.23.0026, Relator Desembargador Convocado Cláudio Soares Pires, 3ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 12 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho, ARR 11513-67.2013.5.18.0103, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 29 mai. 2015.

- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho, RR 10497-51.2013.5.18.0015, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 12 jun. 2015.
- BULOS, Uadi Lammego. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CORDEIRO, Luis Fernando. Processo do trabalho descomplicado. Brasília: Clube de autores, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- \_\_\_\_\_. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, ano XXII, n. 256, out. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em 18 set. 2014.
- \_\_\_\_\_. O fundamento filosófico do dano existencial. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 12, n. 24, p. 41-59, jul./dez. 2010.
- GILES, Thomas Ramson. História do existencialismo e da fenomenologia. São Paulo: EPU, 1989.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.
- JELLINEK, Giorgio. Sistema dei diritti pubblici subbietivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1912
- LACROIX, Jean. Marxismo, existencialismo, personalismo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1972.
- LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MAMAN, Jeannette Antonios. Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídicos brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano XV, n. 15, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, RO 00709-2008-033-03-00-5, Relatora Convocada Taísa Maria Macena de Lima, 10ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, 15 jul. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.4: direito das obrigações, 1ª parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

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

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAPINOS, Daphné. Les vicissitude du préjudice d'agrément, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1246739114000682>> Acesso em 11 abr. 2015, tradução nossa.