

OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES NO TRATAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA SEARA TRABALHISTA

Luiz Phillipe de O. G. Martins¹
Marcos Ehrhardt Junior²

RESUMO

O objeto do presente trabalho é fixar parâmetros que possam colaborar na identificação do dano extrapatrimonial na seara trabalhista, instituto jurídico que não deve ser confundido com o dano moral. Inicialmente, foi analisado o dano como pressuposto da responsabilidade civil, para, em seguida, apresentar a essência do dano extrapatrimonial. Ao fim, evidenciou-se a impossibilidade de criação de um microsistema quanto ao dano extrapatrimonial a partir um rol taxativo positivado pela Lei n.º 13.467/2017, o que desconsidera a unidade do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Direitos da personalidade. Responsabilidade civil. Reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017).

ABSTRACT

The purpose of this paper is to establish parameters that identify the extrapatrimonial damage in the labor court, a legal institute that should not be confused with moral damages. In an effort to characterize the legal figure studied, at the outset, the damage was analyzed as a presumption of civil responsibility, and then presented the essence of the extrapatrimonial damage. At the end, it was evidenced the impossibility of creating a microsystem for the extrapatrimonial damage from a tax roll positivited by Law 13.467/17, which disregards the unity of the Brazilian legal system.

Keywords: Extrapatrimonial damage. Rights of the personality. Civil responsibility. Labor reform (Law no. 13.467/2017).

1 INTRODUÇÃO

Lesão permanente decorrente de um acidente de trabalho que leve à amputação de parte do corpo; revista íntima praticada pelo empregador ou preposto; agressão verbal ou física; a perda de um emprego; a crítica literária e a rica casuística de violação a interesses juridicamente tutelados exigem da doutrina um estudo verticalizado sobre o dano.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional. *E-mail:* luizphillipe.ogmartins@gmail.com.

² Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário CESMAC.

Contudo, será que todo dano traz como consequência o dever de reparação, ainda que se reconheça que diversos danos são originados do risco de viver em comunidade? Ademais, o dano patrimonial se contrapõe ao “dano moral” ou ao dano extrapatrimonial, reconhecendo este enunciado como gênero que abarca outros tipos de danos autônomos com especificidades próprias?

Frequentemente se há teorizado sobre o dano sem delimitar o âmbito de sua definição, em especial quando se trata do dano extrapatrimonial. Em diversas passagens, seja na doutrina, seja na legislação, confunde-se a extensão do dano moral com a expressão dano extrapatrimonial, ao ponto de ambas as formas serem utilizadas indistintamente de maneira equivocada.

Além disso, há ocasiões no sistema jurídico brasileiro em que se tenta criar “ilha” por meio de um microsistema para disciplinar uma matéria, desconsiderando todo o conjunto normativo ao seu redor. Em 11 de novembro de 2017, este fato ocorreu a partir da vigência da Lei n.º 13.467/2017, a qual incluiu o Título II-A (do dano extrapatrimonial) à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Na Justiça do Trabalho, a temática quanto ao dano de natureza extrapatrimonial está na ordem do dia. Segundo relatório que divulga os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, levantado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), no ano de 2018³, o assunto “Indenização por Dano Moral” aparece na 19ª posição do *ranking*, com 198.947 (cento e noventa e oito mil, novecentos e quarenta e sete) processos. Em 2019⁴, somente de janeiro a maio, foram registradas 82.874 (oitenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro) novos processos quanto à matéria, ocupando a 20ª posição no *ranking* do ano vigente.

Ocorre que os números apresentados anteriormente são ainda maiores, já que, nos *rankings* de 2018 e 2019, aparecem outros assuntos atrelados ao dano de natureza extrapatrimonial. Seguem números de 2018: 29ª posição, assédio moral, com 113.945 (cento e treze mil, novecentos e quarenta e cinco) processos; 44ª posição, indenização por danos de natureza extrapatrimonial em outras relações de trabalho, com 71.191 (setenta e um mil, cento e noventa e um) processos; 48ª posição, acidente de trabalho, com 63.125 (sessenta e três mil, cento e vinte e cinco) processos; 52ª posição, anotação na Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS), com 61.317 (sessenta e um mil, trezentos e dezessete) processos; 58ª posição,

³ ASSUNTOS MAIS RECORRENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/e7ddf77f-6e8d-9349-7b4e-411b0a91fc7e>> Acesso em: 25 de junho de 2018.

⁴ Id., 2019.

doença ocupacional, com 54.128 (cinquenta e quatro mil, cento e vinte e oito) processos; 63ª posição, desconfiguração de justa causa, com 47.509 (quarenta e sete mil, quinhentos e nove) processos; 84ª posição, atos discriminatórios, com 35.676 (trinta e cinco mil, seiscentos e setenta e seis) processos. Somando os indicados acima, o assunto ultrapassa o número de processos do 1º item do *ranking*, aviso prévio, o qual apresentou 638.236 (seiscentos e trinta e oito mil, duzentos e trinta e seis) processos.

Em 2019 a situação se repete, sem considerar os conflitos que envolvem a tutela dos direitos da personalidade, que não são apresentados ao Poder Judiciário, já que dificilmente o ajuizamento dessas reclamações trabalhistas ocorre durante o contrato de trabalho, mas após a extinção. Constatou-se, portanto, que muitos prestadores de serviços continuam sendo submetidos a situações geradoras de danos de natureza extrapatrimonial.

É nesse contexto que o presente artigo, a partir de uma análise bibliográfica, propõe abordar com maior precisão terminológica a tutela dos interesses jurídicos de natureza extrapatrimonial. Isso exigirá uma reflexão quanto ao dano como ponto de partida. Ato contínuo, fixando as bases do que seria dano extrapatrimonial e afastando-se de eventuais obstáculos que comprometam o uso técnico-científico do enunciado, estudam-se as alterações promovidas pelo legislador reformista com a Lei n.º 13.467/2017, concentrando a análise nos arts. 223-A a 223-D da CLT.

Registre-se a atualidade do debate em face da ampliação constante dos interesses coletivos e individuais reconhecidos pelo Direito como merecedores de tutela, que também, inegavelmente, exigem contornos precisos de identificação para se assegurar a efetividade do sistema jurídico.

2 EM QUE CONSISTE O DANO EXTRAPATRIMONIAL?

Diante da problemática apresentada, dedica-se atenção aos danos extrapatrimoniais nesse contexto civil-constitucional, partindo-se da estruturação de um conceito técnico-científico de dano para a criação de uma base sólida e balizas ao estudo proposto.

O objetivo das linhas subsequentes nesta seção é enquadrar a essência dos danos extrapatrimoniais nesse tortuoso ambiente dos danos, no qual surgem diariamente controvérsias acerca da abrangência semântica do enunciado “dano moral”.

2.1 O Dano

O dano, ao se pensar em interesse prejudicado, surge como pressuposto indispensável do dever de ressarcir. A sua ocorrência provoca a obrigação de indenizar diante do caso concreto.

Conforme destaca Anderson Schreiber:

[...] os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexa causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano.⁵

É nesse contexto que o dano como pressuposto da responsabilidade civil ganhou destaque, passando a ser reconhecido como decorrência, em regra, de atos humanos ilícitos, mas também, quando previsto no sistema jurídico, de atos lícitos capazes de fazer surgir a obrigação de ressarcir, acarretando ao agente a responsabilidade civil pelos resultados danosos que ocasionar.⁶ Com esse desenvolvimento na matéria, a ideia de dano passou a se relacionar com algum tipo de prejuízo, seja de natureza material ou imaterial. A falta de definição legal estimulou que a doutrina e a jurisprudência fixassem a identificação do dano quando constatada a lesão a bens e interesses jurídicos.

O art. 186 do Código Civil, ao dissertar “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁷, não traz um conceito específico para o dano, mas sim um enunciado aberto que passou a ser preenchido pelos operadores do direito.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho, com base em Agostinho Alvim, o dano é conceituado “como sendo a 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, imagem, a liberdade etc.”⁸

No mesmo sentido, merece destaque a passagem de Paulo Lôbo, para quem o dano “significa perda ou valor a menos do patrimônio, na dimensão material, ou violação de direitos da personalidade, ou comprometimento do projeto de vida, na dimensão extrapatrimonial”.⁹

⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

⁷ BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. São Paulo: Saraiva Educação, v. 2, 2019, p. 330.

Essa conceituação intenta encontrar a essência do objeto que merece tutela do Estado, reconhecendo que a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja algo corpóreo ou incorpóreo, configura o dano. Nesse panorama, percebe-se a importância de compreender que as coisas não suscetíveis de avaliação econômica também resguardam proteção jurídica.

Lecionam Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

[...] Podemos então designar certos danos, já não mais diretos e tangíveis, tanto em relação às pessoas como ao patrimônio, mas intangíveis, imateriais, como quebras de expectativa ou frustração de confiança, invasão de privacidade, estresse emocional. Esses prejuízos etéreos já são considerados “danos” no sentido plenamente jurídico e, sendo assim, nos diferentes sistemas, são considerados reparáveis.¹⁰

A abertura da legislação nacional e o reconhecimento na doutrina da ausência de tipificação dos danos fazem com que o interesse jurídico merecedor de tutela seja uma construção histórica da comunidade, a qual, conforme as circunstâncias, identifica o que é digno de proteção jurídica.¹¹ Nesse contexto de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, Anderson Schreiber argumenta:

A crise do direito subjetivo, a desconstrução do mito da completude e a passagem a uma técnica legislativa fundada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados lançaram ao Poder Judiciário a responsabilidade de estipular, à margem da previsão legal específica, os interesses que são merecedores de tutela, e cuja violação, portanto, enseja danos ressarcíveis.¹²

Importante ponderar acerca das lições de Maria Celina Bodin de Moraes¹³, de que o dano pode ser injusto ou justo, afastando-se da ideia de que todo dano é indenizável. Leciona a autora que dano injusto está configurado quando, independentemente da ilicitude ou licitude da conduta, o ordenamento jurídico entende ser a vítima merecedora de reparação, não devendo suportar os prejuízos ocorridos.

Já o dano justo pode ser caracterizado quando não surge o dever de indenizar, porquanto o conjunto normativo entende razoável que a vítima suporte o dano, como, por exemplo, no caso da prática comercial bem-sucedida que acarreta dano ao concorrente, ou da construção de um imóvel dentro dos parâmetros legais que retira a vista de outro edifício.

É com base na ideia de dano injusto que se analisará, a seguir, a essência do dano extrapatrimonial, procurando enquadrar a extensão do enunciado que assegure a devida

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, v. 3, 2015, p. 207.

¹¹ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, loc. cit.

¹² SCHREIBER, op. cit., p. 140.

¹³ MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana. Uma leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 175-181.

compensação, quando o interesse de natureza não patrimonial merecer a tutela pelo sistema jurídico brasileiro.

2.2 A Essência do Dano Extrapatrimonial

O entendimento de dano como uma enunciação aberta contribui, no Brasil, para um inevitável alargamento das hipóteses consideradas dignas de proteção.¹⁴ Como observado, o interesse juridicamente tutelado pode ter natureza material ou extrapatrimonial, conforme a própria Constituição Federal disciplina, em especial no art. 5º, incisos V e 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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

Nesse cenário, o dano de natureza patrimonial pode ser identificado como aquele suscetível de avaliação econômica. A esse respeito, explica Cavalieri Filho que o dano patrimonial “é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária”¹⁵. E assevera que o dano material pode atingir tanto o patrimônio presente da vítima, como também o futuro, além do que “pode não somente provar a sua diminuição, a sua redução, mas também impede o seu crescimento, ou seu aumento”¹⁶, configurando assim os danos emergentes e os lucros cessantes.

Esta pequena digressão quanto aos danos materiais serve para inaugurar a análise dos danos extrapatrimoniais sobre os quais recaem as principais controvérsias quanto à identificação. Percebe-se que a distinção primordial do dano material em relação ao dano de natureza extrapatrimonial, objeto do presente estudo, decorre da possibilidade, direta ou não, de apreciação econômica. Mas o debate quanto a esta última espécie de dano vai além, iniciando-se com o emprego impróprio, de forma genérica, da expressão “dano moral”. Segundo António Pinto Monteiro, esta seria uma “designação menos rigorosa.”¹⁷

¹⁴ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, op. cit., p. 206.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 94.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, loc. cit.

¹⁷ MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: Também na responsabilidade contratual? Também a favor das Pessoas jurídicas? *In Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 5, n. 3, 2017, p. 7.

Importante destacar que, equivocadamente, a própria legislação nacional utiliza dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, o que acaba por refletir na doutrina e na jurisprudência. A Constituição, no art. 5º, incisos V e X, e art. 114, inciso VI¹⁸, bem como o art. 186 do Código Civil, contrapõem dano moral e material.

A mesma imprecisão é percebida na doutrina, como se extrai da seguinte passagem de Carlos Roberto Gonçalves: “É possível distinguir-se, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro”. No mesmo sentido, discorre Mauro Schiavi, para quem o conceito de dano moral representa “todo o dano à pessoa, seja no aspecto interior (honra, intimidade, privacidade), bem como o aspecto exterior (imagem, boa-fama, estética), que não tenha natureza econômica, e que abale a dignidade da pessoa”.¹⁹

De forma enfática, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto defendem que:

No Brasil, a denominação “danos extrapatrimoniais” significa a mesma coisa que danos morais [...]. A distinção entre danos extrapatrimoniais e danos morais pode apenas fazer sentido em países como a Itália, que possuem sistemas fechados (típicos) de reparação [...]. Já em nosso ordenamento a alusão a essas categorias é desnecessária, pois vivemos em um sistema aberto que conta com as cláusulas gerais de danos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.²⁰

Discordando do disposto, não decorre do fato de o sistema ser aberto a confusão de uma espécie com seu gênero. O sentido de dano moral não é amplo o suficiente para que possa ser utilizado no espaço do enunciado dano extrapatrimonial. A expressão dano de natureza extrapatrimonial constitui gênero capaz de abranger diversas outras hipóteses de danos não mensuráveis em dinheiro além do dano moral, como, por exemplo, o dano estético, o dano existencial e o dano à imagem.

Defende Fernando Noronha que o dano extrapatrimonial consiste na violação a interesses insuscetíveis de avaliação econômica:

[...] a distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais é feita, similarmente ao que acontece com a classificação que distingue entre danos à pessoa e a coisas, também com base na teoria do reflexo: parte-se não do ato lesivo, em si mesmo, mas da esfera jurídica, econômica ou puramente espiritual, da pessoa em que a lesão reflete. É patrimonial o dano que se reflete no patrimônio do lesado, enquanto extrapatrimonial é aquele que afeta exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos.²¹

¹⁸ Vide o art. 114, VI, da CF: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

¹⁹ SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a emenda constitucional 45/2004**. São Paulo: LTr, 2007, p. 62.

²⁰ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, op. cit., p. 269-270.

²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 592.

No mesmo caminho acha-se Carolina Tupinambá. Ao tratar os danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, afastando a ideia de avaliação econômica, reconhece que este dano estará configurado quando se constatar “a moléstia a direitos personalíssimos ou a valores fundamentais imanentes às relações laborais, tomadas nas perspectivas ontológica e social”.²²

Reconhecer a insuficiência do enunciado dano moral, aplicando-o como uma espécie de dano extrapatrimonial, irá permitir que, diante do caso concreto, seja possível a cumulação de diversos tipos de danos de ordem extrapatrimonial, assegurando, dessa maneira, a efetividade do sistema jurídico, o qual garante a plena proteção dos direitos violados. Assim, quando um magistrado, por exemplo, reconhecer a violação de uma série de danos de natureza extrapatrimonial advindos do mesmo ato lesivo, deverá fundamentar e fixar o valor compensatório respectivo a cada dano, contribuindo para a ampla defesa e o contraditório das partes envolvidas, as quais poderão impugnar especificadamente o que entenderem indevido.

O doutrinador António Monteiro reconhece a importância da diferenciação entre os enunciados. O professor português utiliza “danos não patrimoniais”, no lugar de “danos extrapatrimoniais”, para apresentá-los como um gênero onde estão contidos os danos morais. Prossegue o autor:

[...] a expressão danos não patrimoniais é mais rigorosa do que a expressão danos morais: por um lado, porque a primeira é mais abrangente do que a segunda; por outro lado, porque ela faz avultar a característica essencial deste tipo de danos (ou seja, repete-se, a circunstância de serem danos insusceptíveis de uma avaliação em dinheiro); finalmente, porque é esta característica, comum a uma categoria (sob outros ângulos) heterogênea de danos, que suscita o problema jurídico fundamental da sua reparação.²³

Como visto anteriormente, encarar o dano moral como uma espécie de dano extrapatrimonial, no ambiente da responsabilidade civil, não se restringe à utilidade didática, uma vez que contribui para a identificação das condutas em eventual verificação do dano e na fixação do *quantum* indenizatório.

Seguindo o mesmo raciocínio quanto à especificidade do dano moral, leciona Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

O dano moral *stricto sensu* constitui a modalidade mais difundida de prejuízo extrapatrimonial derivado de ofensas à saúde e à integridade corporal, compreendendo a dor ou o sofrimento físico e psicológico padecidos pela vítima direta em consequência do evento danoso.²⁴

²² TUPINAMBÁ, Carolina. **Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 44.

²³ MONTEIRO, op. cit., p. 8.

²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

Defende-se, então, que o enunciado “dano moral” seja reservado para situações específicas em que se constate violação a valores internos do ser humano, como a honra, a intimidade, a vida privada e o nome, não se confundido, assim, com o gênero dano extrapatrimonial, o qual comportaria, além do dano moral, a título de ilustração, o dano existencial.

Paulo Lôbo foi preciso ao reconhecer os atributos próprios do dano existencial, considerando que este dano

[...] diz respeito ao comprometimento permanente ou duradouro da existência da pessoa humana, nas suas relações com as outras pessoas e no seu projeto de vida, em virtude, principalmente, de violações de direitos humanos, feitas por agentes do Estado ou por particulares.²⁵

Com esse autor contribui Elaine Buarque, para quem:

O dano existencial é uma nova categoria de dano não patrimonial, ao lado do dano moral e com este não se confunde, pois, enquanto o dano moral é inerente à condição humana, o dano existencial está representado na lesão dos “afazeres domésticos”, das “atividades realizadoras da pessoa”, do “perturbamento da vida cotidiana”, de um “diverso relacionamento com o tempo e o espaço”, da “qualidade da vida” ou da perda de “ocasiões felizes”.

Enquanto o dano moral é um “sentir”, o dano existencial é mais que um “fazer”, aliás, é um “não poder fazer”, um “dever agir de outro modo”. O dano moral está ligado à natureza “interior” da pessoa, à esfera emotiva; destina-se à consideração do que se sofreu, das angústias. O dano existencial, por sua vez, relaciona-se com o “externo”, o tempo e o espaço da vítima; traz uma reviravolta forçada nos compromissos anteriormente firmados ou que ainda estavam por vir a ser estabelecidos.²⁶

A doutrina especializada, ao trazer o dano extrapatrimonial como gênero, permite reconhecer outras espécies que não se restringem ao dano moral. O dano existencial surge como aquele dano a um projeto de vida, que compromete a própria liberdade de escolha enquanto ser humano, como, por exemplo, o indivíduo que se encontra impossibilitado de realizar o plano de cursar o ensino superior em decorrência da jornada excessiva de trabalho exigida pelo empregador, em contrariedade à lei; ou à vida de relações, interferindo diretamente nas relações interpessoais da pessoa que sofre o dano.²⁷

Insta salientar que a identificação do conceito de dano extrapatrimonial não se desenvolveu inicialmente perquirindo a verdadeira essência do interesse jurídico violado, o que comprometia a identificação do próprio conteúdo. No Brasil, diante da ausência de conceito no texto legal, três correntes doutrinárias se destacaram ao tentar defini-lo.

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. São Paulo: Saraiva Educação, v. 2, 2019, p. 353.

²⁶ BUARQUE, Elaine. A função social do dano existencial: para além do dano moral. *In*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fábíola Albuquerque (Coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 170.

²⁷ *Ibid.*, p. 172-173.

A primeira corrente apresenta uma posição negativista, expondo que tudo aquilo que não for considerado dano moral seria um dano extrapatrimonial. Essa ideia de exclusão pode ser observada em Pontes de Miranda: “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.²⁸ A concepção negativista não se preocupa em esclarecer a essência do dano extrapatrimonial em si, sendo bastante ampla ao tentar conceituar algo por aquilo que não é.

A segunda vertente toma como base o resultado do evento causado pelo dano, isto é, identifica o dano extrapatrimonial como aquele capaz de causar dor, vexame ou sofrimento à vítima. Discorrendo quanto à insuficiência deste critério, Anderson Schreiber aponta fundamentos claros para sua rejeição, já que os problemas desta

[...] confusão conceitual são múltiplos, a começar pela própria dificuldade de aferição do dano não patrimonial diante da configuração absolutamente subjetiva da dor e do sofrimento. Como é óbvio, a lesão à privacidade que pode provocar o profundo desgosto de um indivíduo pode ser mesmo perseguida por outro, como revelam os *reality shows*, que dão publicidade permanente à intimidade de seus voluntários participantes [...]. Embora pitoresca, a constatação revela que reconhecer validade ao critério da dor implica desnecessárias discussões acerca, por exemplo, da reparabilidade do dano moral decorrente de lesão extrapatrimonial (física, à honra etc.) causada a paciente em coma. A toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial.²⁹

A classificação baseada no resultado (dor, vexame ou sofrimento) carece de rigor científico, visto que se apresenta como um contrassenso conceituar a essência do instituto pela sua consequência, a qual não constitui elemento nuclear para identificar a ocorrência do dano extrapatrimonial.

A terceira vertente desempenha um raciocínio mais racional ao procurar conceituar o dano extrapatrimonial com base no próprio interesse merecedor de tutela jurídica. A doutrina, que concentrou os esforços na busca de um conceito mais objetivo, atrelou o dano de natureza extrapatrimonial à violação a direitos da personalidade.

Disserta Maria Celina Bodin de Moraes quanto ao dano extrapatrimonial (a autora alude a danos “morais”) que:

[...] toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações: consequências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protetiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

²⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 132-133.

concretizada, causadora de dano moral a ser reparado [...]. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.³⁰

A autora relaciona o dano ao direito de personalidade à lesão de algum dos substratos da dignidade da pessoa humana (igualdade, liberdade, integridade e solidariedade). No mesmo caminho estão Carolina Tupinambá e Paulo Lôbo; este ensina de forma enfática não existir dano extrapatrimonial sem que constate uma violação ao direito de personalidade:

A referência frequente à “dor” moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, corresponde a aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade.³¹

O dano extrapatrimonial, seguindo as lições doutrinárias de Maria Celina, Carolina Tupinambá e Paulo Lôbo, configura-se quando houver o dano à personalidade do indivíduo, seja um interesse ligado à igualdade, à liberdade, à solidariedade, seja ligado à integridade psicofísica do ser humano, não havendo que se falar em um rol taxativo previsto no ordenamento jurídico, entendimento com o qual este trabalho comunga. Nota-se que o Poder Judiciário brasileiro também trilha esse caminho.³²

Ultrapassado o debate conceitual ao encontrar a essência do dano extrapatrimonial³³, passa-se, a seguir, a trabalhar a temática no campo juslaboral. Inicialmente, importante ressaltar que, antes da vigência da Lei n.º 13.467/2017, chamava atenção a completa ausência de

³⁰ MORAES, op. cit., p. 188.

³¹ LÔBO, op. cit., p. 351.

³² EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO MORAL. A mora reiterada no pagamento de salários gera dano moral, classificado como – *in re ipsa* –, pois presumida a lesão a direito da personalidade do trabalhador, consistente na aptidão de honrar compromissos assumidos e de prover o sustento próprio e da família. No caso, o reclamante experimentou atrasos nos pagamentos de salários por cinco a seis meses, período em que igualmente não recebeu vale-alimentação nem vale-transporte e, ainda, por ocasião da dispensa, não lhe foram pagas as verbas rescisórias. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: E-RR – 577900-83.2009.5.09.0010 Datas de Julgamento: 9/10/2014, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/10/2014).

RECURSO DE REVISTA. (...) 2. DANO MORAL. JORNADA ALEGADA EXCESSIVA. O mero descumprimento de obrigações trabalhistas, como a imposição de jornada excessiva, por si só, não é capaz de ensejar o reconhecimento automático da ofensa moral e, conseqüentemente, o dever de indenizar, sendo necessária a demonstração da repercussão do fato e a efetiva ofensa aos direitos da personalidade, situação não verificada no caso em apreço. Recurso de revista conhecido e provido (...). (RR-871-97.2015.5.17.0101, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 17/6/2016).

³³ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMAN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. In: **Rev. Civilista**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

disciplinamento na regulação dos danos dessa natureza na CLT, o que estimula a perquirir se foi bem-vinda a inclusão do Título II-A pela reforma trabalhista.

3 NOTAS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS RESTRITIVOS INCLUÍDOS PELA LEI N.º 13.467/2017 QUANTO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

No sistema jurídico brasileiro, não existia a efetiva proteção dos direitos da personalidade no âmbito trabalhista, de modo explícito, no principal instrumento normativo que regula as relações de trabalho. Registre-se que a CLT (decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943) foi desenvolvida na vigência do Código Civil de 1916, o qual tinha forte caráter patrimonialista. As sucessivas alterações sofridas no texto da CLT não foram capazes de absorver a realidade social contemporânea, comprometendo a própria tutela dos interesses jurídicos violados no ambiente de trabalho.

Nesse contexto, o direito comum, em especial Código Civil, foi aplicado de forma subsidiária às lides trabalhistas por força do antigo parágrafo único do art. 8º da CLT, hoje substituído com a Reforma Trabalhista pelo parágrafo primeiro³⁴, o qual conservou o conteúdo. Antes de realizar o diálogo das fontes, cumpre trazer algumas nuances das relações de trabalho para que a aplicação do direito comum atenda as suas peculiaridades.

Primeiramente, deve-se fixar a posição do indivíduo nas relações de trabalho, que se diferenciam quando comparadas às relações típicas do âmbito civil. Neste, parte-se da ideia de isonomia entre as partes, como, por exemplo, nos contratos de compra e venda, em que os sujeitos e o objeto são bem identificados, mas também, distintos. Por outro lado, nas relações de trabalho existe uma confusão entre o objeto e o polo prestador de serviços, isto é, um dos sujeitos (trabalhador) se confunde com o próprio objeto contratual, visto ser quem presta os serviços.

Essa ideia inicial é importante para compreender a importância da tutela dos danos extrapatrimoniais no ambiente de trabalho. Em segundo lugar, não se pode perder de vista a existência da subordinação jurídica decorrente do próprio contrato de trabalho. Sabe-se que a subordinação constatada faz com que muitos empregados, temendo a própria subsistência e a

³⁴ Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

de sua família, sujeitem-se a situações violadoras dos direitos da personalidade, aptas a gerar dano de natureza extrapatrimonial.

A Lei n.º 13.467/2017 merece aplausos no que toca à atecnia verificada na legislação pátria que, por diversas passagens, conforme analisado no presente artigo, empregava dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial. O Título II-A da CLT é cristalino ao expressar: “do dano extrapatrimonial”. Já a Reforma Trabalhista merece inúmeras críticas, em especial quanto ao caráter limitativo do dano extrapatrimonial, presente nos artigos 223-A a 223-D da CLT.

3.1 A Exclusão do Direito Comum Promovida pelo Art. 223-A da CLT

O primeiro dispositivo introduzido pela Lei n.º 13.467/2017 para tratar do dano de natureza extrapatrimonial foi o art. 223-A, que busca se colocar como uma “ilha” dentro de todo o sistema jurídico brasileiro, ao dispor que: “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”, leia-se Título II-A da CLT.

Percebe-se que o art. 223-A apresenta uma restrição normativa que vai de encontro à ideia de diálogo das fontes. Esse diálogo entre os diferentes ramos jurídicos concretiza a noção de unidade do ordenamento jurídico, o qual promove a compreensão da viabilidade de aplicação de uma determinada disciplina a outro campo jurídico diverso.

Carolina Tupinambá destaca, reconhecendo Erick Jamyme como precursor da expressão “diálogo das fontes”, que:

Tal técnica visa a eficiência e justiça do ordenamento jurídico moderno, rico de disposições das mais diversas origens [...]. O diálogo das fontes pressupõe que as normas se complementam [...]. O termo “diálogo” mostra-se, de fato, apropriado, na medida em que se verificam influências recíprocas e aplicação conjunta de duas ou mais normas jurídicas ao mesmo *facto espécie*.³⁵

A intensificação desse diálogo deve-se, primordialmente, ao avanço da constitucionalização do direito privado, que afastou o foco prioritário no patrimônio e na autonomia privada a partir do momento que as normas do direito civil, do direito do trabalho e de outros ramos do direito privado passaram a ser constitucionalizadas, tendo por base o

³⁵ TUPINAMBÁ, op. cit., p. 77.

fundamento da dignidade da pessoa humana, estampada no art. 1º, III³⁶, da Constituição da República.

Nesse contexto, o influxo constitucional é latente sobre o direito privado, apresentando-se a Constituição, como assevera Tepedino, no “cume do ordenamento jurídico”.³⁷ Leciona o jurista, ao consagrar a virada da preocupação constitucional em relação ao indivíduo, que esse novo paradigma tem justamente como foco a promoção da dignidade da pessoa humana.³⁸

A ideia relacional entre o direito privado e o texto constitucional também é exposta por Pietro Perlingieri, que, defendendo o caráter unitário do sistema jurídico, deixa claro ser “indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central”³⁹, capaz de sistematizar as demais normas infraconstitucionais.

Como destacado no tópico anterior, a base dos direitos da personalidade encontra substrato na dignidade do ser humano. Esse avanço de pensamento coloca o indivíduo no centro da preocupação jurídica, aproximando todos os ramos do direito num mesmo feixe de eixo normativo. A mudança de paradigma, em especial com a socialização do direito privado, faz com que o Direito Civil se aproxime cada vez mais do Direito do Trabalho, respeitadas as suas peculiaridades.

O atropelo na elaboração da Lei n.º 13.467/2017 bate de frente com este avanço promovido pelo direito brasileiro. Um exemplo de paradoxo construído pela ânsia de uma reforma trabalhista foi a inclusão do art. 223-A à CLT, o que se apresenta como uma esquizofrenia legal quando estudado em conjunto com o art. 8º da própria CLT.

Como transcrito linhas acima, o art. 8º apresenta uma série de fontes normativas que cristaliza a interação das normas trabalhistas com todo o ordenamento jurídico, o que deixa evidente a importância de o operador do direito trabalhar os institutos de forma sistemática. O parágrafo 1º do art. 8º é enfático: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

Destacando a incoerência apontada, Tupinambá critica-a de forma contundente:

A mesma lei que aparentemente buscou dar amplitude à aplicação subsidiária de normas de outros microssistemas jurídicos inseriu no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas, na contramão de sua própria lógica, o art. 223-A da CLT, vedando a

³⁶ Vide art. 1º, III, da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In **Revista Jurídica**, v. 48, n. 278, p. 5-21, 2000, p. 324.

³⁸ *Ibid.*, p. 332.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, p. 1-11, 2008, p. 7.

aplicação de outras fontes normativas à subsunção das hipóteses fáticas e jurídicas pertinentes aos danos extrapatrimoniais derivados das relações de trabalho.⁴⁰

Essa inconsistência do dispositivo vai além. Imagine-se que um ato danoso praticado pelo empregador viole interesse de natureza patrimonial e extrapatrimonial, situação muito comum no ambiente de trabalho.⁴¹ Conforme se acha disciplinado, o dano de natureza extrapatrimonial seria analisado exclusivamente com os dispositivos presentes no Título II-A da CLT, enquanto o dano patrimonial poderá sofrer a incidência dos diversos instrumentos normativos do direito comum, com destaque para o Direito Civil. A pretensão da Lei n.º 13.467/2017, ao incluir o art. 223-A, não se coaduna com o caráter sistemático do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, dispõem Maurício e Gabriela Delgado:

[...] a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do preceito legal demonstra, às escâncaras, que há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigorantes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação [...]. Incidem, sim, as regras sobre indenizações por dano moral insculpidas no Código Civil brasileiro e em outros diplomas normativos da República, respeitada a compatibilidade de tais regras externas com os princípios e a lógica jurídica estrutural da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º, *caput* e § 1º, CLT).⁴²

Importante observar que a Constituição da República (art. 5º, V e X; art. 7º, XXVIII), com o objetivo de assegurar a plena proteção aos interesses juridicamente tutelados, não estabeleceu limites para a devida reparação. Assim, deve todo o sistema jurídico ser considerado indivisível e uno, aplicando-se, aqui, a teoria do diálogo das fontes.

⁴⁰ TUPINAMBÁ, *op. cit.*, p. 78.

⁴¹ I) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1. DANO MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO NA MÃO. COMPENSAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. De acordo com o artigo 186 do CC, o dever de compensar eventual dano passa, inevitavelmente, pela associação dos três elementos da responsabilidade aquiliana, quais sejam: conduta do agente, resultado lesivo ou dano e nexó de causalidade entre a conduta e o dano; e a presença, em face da regra da responsabilidade subjetiva, dos elementos subjetivos do tipo: dolo ou culpa do agente causador. No presente caso, o v. acórdão regional reconheceu que a autora foi vítima de acidente de trabalho – teve sua mão direita puxada por correias da esteira que a prensou, ocasionando lesões – quando tentou ajeitar a tábua na posição correta para evitar que as xícaras e as placas com os pratos caíssem, durante a execução de suas funções, em prol da reclamada [...]. Diante desse contexto fático, a reclamante tem direito ao pagamento de compensação por morais, estéticos e materiais, visto que os elementos da responsabilidade aquiliana estão configurados na espécie. Recurso de revista de que não se conhece [...]. 3. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. O entendimento deste colendo Tribunal Superior é no sentido de que há possibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético, uma vez que, embora oriundos do mesmo fato, os bens jurídicos tutelados são distintos. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece [...]. (RR-627-48.2010.5.09.0011, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 23/5/2019).

⁴² DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017, p. 145-146.

Um grande auxílio à consolidação desse pensamento foi promovido pela II Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho⁴³, quando já se discutia a lei antes mesmo de que ela entrasse em vigor. Quanto à ideia de exclusividade do art. 223-A da CLT, dois enunciados se destacam:

3. FONTES DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO NA LEI 13.467/2017.

Teoria do diálogo das fontes. A teoria do diálogo das fontes é aplicável à interpretação da nova legislação trabalhista.

18. DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS

Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos V e X e 7º, *caput*, todas da constituição federal.⁴⁴

Embora os enunciados não possuam efeitos legais, foram elaborados com o objetivo de apresentar como deveriam os operadores do direito aplicar os dispositivos introduzidos pela Lei n.º 13.467/2017. No caso do art. 223-A, observa-se que os referidos enunciados ratificam o entendimento exposto, defendendo-se a interpretação sistemática do ordenamento.

Superada essa questão, o Direito do Trabalho sofrerá também influxos do direito comum, em especial do Código Civil, no que toca à limitação imposta quanto às espécies de danos de natureza extrapatrimonial incluídas pela Reforma Trabalhista nos arts. 223-B, 223-C e 223-D, o que exigirá do operador do direito, mais uma vez, uma interpretação sistemática à luz de todo o ordenamento jurídico.

3.2 Crítica ao Rol Taxativo de Critérios Adotado nos Arts. 223-B, 223-C e 223-D da CLT

A opção de reservar um tópico específico para trabalhar em conjunto os arts. 223-B, 223-C e 223-D da CLT decorre do fato de que ambos caminham na contramão da ideia

⁴³ A II Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho foi realizada em 2017 para discutir questões do Direito do Trabalho e outras matérias correlacionadas à competência do Judiciário Trabalhista, tendo como tema a Reforma Trabalhista. Foi resultado de uma reunião organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). A jornada reuniu operadores do direito de diversos ramos: advogados, bacharéis em Direito, juízes e procuradores do MPT para discutir matérias relevantes do direito do Trabalho, uma delas o Título II-A (Do Dano Extrapatrimonial), incluído pela Lei n.º 13.467/2017.

⁴⁴ JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, **Enunciados Aprovados**. Brasília, DF: 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

apresentada anteriormente quanto à abertura dos danos extrapatrimoniais. Como visto, a própria natureza dos bens tutelados impede a taxatividade do rol incluído pela Lei n.º 13.467/2017, conforme descrito a seguir:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

O legislador reformista, no art. 223-B, positivou o dano existencial, situação diuturnamente presente nas decisões da Justiça do Trabalho⁴⁵, reconhecendo a autonomia e as peculiaridades dessa espécie de dano. Ocorre que, embora haja avanço ao fazer constar a previsão legal do dano existencial, o art. 223-B carrega algumas falhas.

A primeira incongruência do art. 223-B foi trazer a ideia de exclusividade dos titulares que possuem direito à reparação. Mais uma vez, deve-se se valer de uma interpretação sistemática, reconhecendo, em muitos casos, a própria ideia de transmissibilidade do dano reflexo. A respeito do assunto, Carolina Tupinambá ressalta que “é muito comum o ajuizamento de ação por pessoa diversa da vítima do acidente, por óbvio, em casos de falecimento, em que se postula o pagamento de pensão e/ou indenização por danos extrapatrimonial”⁴⁶.

Igualmente ponderam Maurício e Gabriela Delgado:

O art. 223-B, por sua vez, afirma que as pretensões acerca de dano extrapatrimonial são de titularidade exclusiva da pessoa física ou jurídica afrontada. Como parâmetro geral, o preceito é, evidentemente, válido. Porém, conforme se conhece da diversidade das situações sociojurídicas existentes no mundo do trabalho, há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o) ou a(o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extrapatrimoniais. Na hipótese do evento morte da vítima, tais pretensões são manifestas e, em princípio, garantidas, *abstratamente*, pela ordem jurídica.⁴⁷

⁴⁵ “RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. [...]. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO À JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas, por parte do empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Ressalte-se, por oportuno, que a prestação de horas extras, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a ensejar a condenação em danos existenciais, cabendo ao trabalhador a efetiva prova acerca da afronta aos seus direitos fundamentais do trabalhador, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso de Revista conhecido e não provido” (RR-1343-58.2016.5.12.0051, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 28/6/2018).

⁴⁶ TUPINAMBÁ, op. cit., p. 81.

⁴⁷ DELGADO; DELGADO, op. cit., p. 146.

A ideia de reclamar a partir da demanda judicial o dano sofrido por outrem é reconhecida no art. 12 do Código Civil, ao disciplinar no *caput* que: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”; e no parágrafo único: “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Dessa maneira, não se pode negar que o trabalhador que tiver o direito da personalidade violado será o titular do direito subjetivo à reparação, contudo, isto não obsta, em caso de falecimento, que o cônjuge pleiteie a devida compensação, ou seja, o art. 223-B da CLT não pode obstar a transmissibilidade do direito à reparação. A interpretação literal deste dispositivo poderia levar ao estímulo da prática violadora pelo agente danoso.

Logo, conclui-se que se o empregado vier a óbito antes do ajuizamento da ação, ou mesmo durante o curso processual, o direito à reparação do dano extrapatrimonial estará resguardado. Da mesma forma, quem sofre o dano em ricochete/reflexo também poderá pleitear a indenização devida. Quanto à matéria, a II Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou o enunciado número 20:

20. DANO EXTRAPATRIMONIAL: LIMITES E OUTROS ASPECTOS.

Danos extrapatrimoniais. O artigo 223-B da CLT, inserido pela Lei 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei 7.437/1985 e no Título III do código de defesa do consumidor.⁴⁸

Ainda quanto aos titulares exclusivos do direito à reparação, a reforma não previu os entes não personificados, os quais podem, perfeitamente, sofrer danos que exijam reparação. Reconhecendo essa situação, defende Paulo Lôbo que “a tutela legal também alcança os entes não personificados, que são equiparados à pessoa jurídica para determinadas finalidades legais”.⁴⁹

A segunda impropriedade do art. 223-B, a qual é acompanhada pelos arts. 223-C e 223-D, consiste na restrição dos bens jurídicos tuteláveis de natureza extrapatrimonial. Enquanto aquele apresenta “esfera moral e existencial da pessoa física ou jurídica”, o art. 223-C lista os bens jurídicos inerentes à pessoa física (“a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física”), e o art. 223-D, quanto à

⁴⁸ JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, op. cit.

⁴⁹ LÔBO, op. cit., p. 351.

pessoa jurídica (“a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência”).

Antes mesmo do advento da Lei n.º 13.467/2017, doutrinadores já tratavam da taxatividade de interesses juridicamente tutelados. Anderson Schreiber, ao argumentar sobre o Código Civil, expõe que o fato de esse instrumento normativo contemplar apenas alguns direitos da personalidade não impede que outras esferas da personalidade mereçam a devida tutela, especialmente num sistema que contempla a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, como disposto no art. 1º, III, da Constituição. Em suas palavras:

[...] Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador, ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade.⁵⁰

O legislador reformista tentou diferenciar e limitar os direitos aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas. No início do trabalho, foi possível observar que a Constituição da República apresenta proteção ampla e irrestrita aos direitos da personalidade, tendo como base o fundamento da dignidade da pessoa humana. Sobre a abertura do ordenamento brasileiro em relação ao dano ressarcível, Schreiber, ao abordar o art. 186 do CC, reconhece que o “legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais e morais”.⁵¹

A título ilustrativo, no art. 5º, inciso X, a Constituição é clara quando estabelece ser inviolável “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, aspectos desconsiderados pela Lei n.º 13.467/2017.

Nesse ponto, não se deve perder de vista a lição de Sanseverino. Para o autor, o art. 5º, V e X, da Constituição, as cláusulas gerais dos arts. 186 e 927 do CC/2002, e também a abertura proporcionada pelos arts. 948 e 949 do CC/2002, constituem substratos para a integral indenizabilidade, incluindo “novos danos extrapatrimoniais não contemplados expressamente no texto legal”.⁵²

Ao criticar a taxatividade, José Rodrigo Rodriguez ressalta o perigo de um sistema estritamente fechado, não existindo uma relação necessária entre um sistema com textos jurídicos fechados e a garantia de segurança jurídica. Segundo Rodriguez, “o efeito da

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

⁵¹ SCHREIBER, op. cit., p. 103.

⁵² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189-190.

regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica”, de forma que “a tentativa de obter segurança por meio de textos jurídicos fechados demanda a elaboração de uma quantidade inimaginável e regras, sem garantia de sucesso”.⁵³

É possível constatar que a taxatividade proposta pelo legislador reformista vai de encontro às bases reparatórias previstas na Constituição e no Código Civil de 2002. Os fundamentos apresentados, com base na Constituição e no texto infraconstitucional, exigem do operador do direito uma interpretação sistemática capaz de reconhecer qualquer tipo de violação, ainda que não esteja expressamente elencado em algum instrumento normativo. Quanto à proteção aos direitos da personalidade, percebe-se que o Brasil adotou um sistema de proteção aberta.

Silvio Romero Beltrão anota:

[...] o problema dos direitos da personalidade atípicos pode ser resolvido satisfatoriamente pela adoção do *numerus apertus* de direitos especiais da personalidade, tendo como ponto de partida a cláusula geral. Ou seja, a partir da cláusula geral é possível delimitar novos direitos da personalidade, fundamentando o novo tipo nas manifestações da dignidade da pessoa humana [...]. O fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que todas as manifestações desta sejam juridicamente tuteladas. Assim, o reconhecimento do regime aberto dos direitos da personalidade fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos devem respeitar esse princípio, objetivando sua caracterização como direito absoluto.⁵⁴

De forma enfática, Maurício e Gabriela Delgado⁵⁵ tecem críticas ao art. 223-C; reconhecem que a própria Constituição e outros dispositivos infraconstitucionais tutelam outros interesses jurídicos de natureza extrapatrimonial, como, por exemplo, a discriminação por motivo de raça, sexo, cor, idade (art. 3º, IV, da CF)⁵⁶, bem como por motivo de estado civil, situação familiar, deficiência e reabilitação profissional (art. 1º da Lei n.º 9.029/1995)⁵⁷.

⁵³ RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. In: **Analisi e Diritto**, p. 129-152, 2012, p. 136-137.

⁵⁴ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: De acordo com o novo código civil. Atlas: São Paulo, 2005, p. 55.

⁵⁵ DELGADO; DELGADO, op. cit., p. 146.

⁵⁶ Vide art. 3º, IV, da CF: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵⁷ A Lei n.º 9.029/1995 disciplina a proibição à exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Vide art. 1º: “É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

Eroulths Cortiano Jr. e André Arnt Ramos, reconhecendo a impropriedade trazida pelo legislador reformista, argumentam:

A proteção expansiva da dignidade humana foi fraturada pelo advento do dispositivo legal em discussão, o que se pode remendar (embora certamente não de modo satisfatório) com a assunção de que o rol por ele enunciado é meramente exemplificativo, já que a personalidade humana não cabe em uma lista *prêt-a-porter*. Assim, a responsabilidade por danos havida no contexto das relações de trabalho e emprego se afina no diapasão do Direito de Danos brasileiro⁵⁸.

Percebe-se a flagrante atecnia adotada pela Lei n.º 13.467/2017, que poderia ser evitada por um simples enunciado: “entre outros”, o qual está presente no art. 1º da Lei n.º 9.029/1995. Os artigos mencionados poderão ser resguardados, ainda que com a ausência de expressão que amplie a ideia de dano ressarcível, se o operador do direito se afastar da interpretação literal/gramatical, privilegiando o método lógico-racional, e a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, reconhecer o rol como meramente exemplificativo. Destarte, estar-se-á interpretando os dispositivos conforme a Constituição.

A II Jornada aprovou o enunciado 19:

19. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES

É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º, *caput*, e § 2º).

Embora o enunciado 19 haja discorrido quanto ao art. 223-C, não há razão de entender de forma diversa no tocante aos arts. 223-B e 223-D. A inclusão deste último dispositivo, ainda que com a atecnia já discorrida, mostrou a preocupação do legislador em reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano de natureza extrapatrimonial, disciplinando algo consolidado na doutrina e na jurisprudência.

Deve-se destacar que a base para o reconhecimento de dano de natureza extrapatrimonial à pessoa jurídica está no art. 52 do CC/2002, o qual disciplina a possibilidade de aplicação, no que couber, da proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas.⁵⁹

Nesse cenário civil-constitucional, a importância da interação entre o direito privado e a Constituição é reforçada por Tepedino, ao ensinar que “não há dúvida que as normas

⁵⁸ CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Arnt. Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-moral-nasrelacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 4 de julho de 2019, p. 17.

⁵⁹ Na jurisprudência destaca-se a súmula n.º 227 do Superior Tribunal de Justiça, que teve como referência o art. 5º, X, da CF/1988 e os arts. 159 (aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553) e 1.553 (nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização) do CC/1916.

constitucionais incidem, com efeito, sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional”⁶⁰. No mesmo sentido, Perlingieri defende a compatibilização entre as normas infraconstitucionais à Carta Maior, tendo em vista que “uma *lex* clara em seu texto ou *dura* na sua aplicação, que esteja em contraste com os princípios normativos da Constituição, é ilegítima, teria uma *ratio* inconstitucional e não integraria à legalidade constitucional a que o intérprete está vinculado”⁶¹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se apresentar parte da problemática atualmente existente no que toca à definição (limites e possibilidades) do dano de natureza extrapatrimonial após o advento da Lei n.º 13.467/17. O que se observa na prática forense, não raro, é a utilização inadequada dos institutos jurídicos, o que pode comprometer a tutela dos interesses jurídicos protegidos pela própria Constituição da República.

Saliente-se que o emprego de cláusulas abertas para a plena proteção dos direitos da coletividade afasta qualquer tentativa legal que pretenda promover um microssistema isolado quanto aos danos de natureza extrapatrimonial, mas também impede que seja estabelecido um rol taxativo de critérios merecedores de tutela jurídica.

Essa amplitude com que a legislação trata dos danos deve ser entendida a partir do necessário diálogo das fontes, a fim de contribuir na decisão de problemas específicos. De fato, as bases racionais aplicadas para a identificação da essência do dano extrapatrimonial, alicerçadas na Constituição da República, permitirão reconhecer o sistema jurídico brasileiro como um todo unitário e complexo, capaz de absorver as constantes transformações sociais que impactam diariamente na análise da tutela de interesses violados, viabilizando explorar continuamente espaços ainda não descobertos.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMAN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matrizes teóricas. **Rev. Civilista**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

⁶⁰ TEPEDINO, op. cit., p. 340.

⁶¹ PERLINGIERI, op. cit., p. 4.

BELTRÃO, Sílvia Romero. **Direitos da personalidade**: De acordo com o novo código civil. Atlas: São Paulo, 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 627-48.2010.5.09.0011. Relator: Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF de 2019. Brasília: **DEJT**, 23 maio 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351099379/recurso-de-revista-rr-8719720155170101?ref=serp>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 1343-58.2016.5.12.0051, Acórdão. Relator: Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. **DEJT**. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595901724/recurso-de-revista-rr-13435820165120051?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

_____. Tribunal Superior de Justiça. Recurso de Revista n.º 871-97.2015.5.17.0101. Relator: Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, DF, 15 de junho de 2016. Brasília: **DEJT**, 17 jun. 2016. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351099379/recurso-de-revista-rr-8719720155170101?ref=serp>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Tribunal Superior de Justiça. Acórdão do Processo n.º 577900-83.2009.5.09.0010, Recurso de Reservista. Relator: Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF, 09 de outubro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;subsecao.especializada.dissidios.individuais.1:acordao;e:2014-10-09;577900-2009-10-9-0>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

_____. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUARQUE, Elaine. A função social do dano existencial: para além do dano moral. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fábíola Albuquerque (Coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Arnt. Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista. In: **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-moral-nasrelacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 4 de julho de 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, v. 3, 2015.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2, **Enunciados Aprovados**. Brasília, DF: 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. São Paulo: Saraiva Educação, v. 2, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações: consequências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protetiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: Também na responsabilidade contratual? Também a favor das Pessoas jurídicas?. *In Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 5, n. 3, 2017.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana. Uma leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. *In Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 1-11, 2008.

RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. *In: Análisi e Diritto*, pp. 129-152, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a emenda constitucional 45/2004**. São Paulo: LTr, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Novos Paradigmas Da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In Revista Jurídica*, v. 48, n. 278, p. 5-21, 2000.

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