

O DANO EXISTENCIAL E O DIREITO DO TRABALHO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga*
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho**

INTRODUÇÃO

Ao prefaciar uma de suas mais conhecidas obras, o professor Alain Supiot destacou que a razão humana não é jamais um dado imediato da consciência, sendo antes um produto de instituições que permitem que cada homem assegure sentido à sua existência, encontrem um lugar na sociedade e lá possam expressar seu próprio talento¹. O papel das instituições e institutos de direito do trabalho, que cuidam da relação empregado/empregador nos países capitalistas, é inegável.

Dentre os institutos de direito do trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho especial menção deve ser feita aos chamados períodos de descanso, como o repouso semanal e as férias; às diversas formas de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, como as licenças para tratamento médico e para formação profissional, e, finalmente, às situações que os italianos convencionaram chamar de *tempo libero destinato*², a saber, as atividades de voluntariado, doação de sangue, e, poderíamos acrescentar, a interrupção do contrato de trabalho para prestar exame vestibular.

* Advogada; doutora e mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante de Aracruz/ES; professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de cursos de pós-graduação.

** Advogado; graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; mestre e doutor pela Universidade de São Paulo – USP; professor de direito nos cursos de graduação da USJT e da EAESP FGV/SP e em diversos cursos de pós-graduação; membro pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

1 “La raison humaine n’est jamais une donnée immédiate de la conscience: elle est le produit des institutions qui permettent à chaque homme de donner sens à son existence, qui lui reconnaissent une place dans la société et lui permettent d’y exprimer son talent proper.” (SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Presses universitaires de France, 2002. p. XX)

2 NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 243-253.

Esses períodos de descanso, contudo, não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações, muito mais graves, de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país³.

O descumprimento estratégico das normas trabalhistas por determinadas empresas que se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas acaba sendo menos onerosa do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (política conhecida pela expressão “risco calculado”) é facilmente visualizado no exemplo da instituição financeira que exige o labor em sobrejornada e não o remunera corretamente. Se em determinada agência 100 trabalhadores estiverem nessa situação e apenas 50 ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo. Ganho aumentado pelo fato de 25 dos 50 que propuseram a ação aceitarem, para outorgar quitação plena dos débitos, cinquenta por cento ou menos do valor que efetivamente lhes é devido. Por fim, 15 dos 25 trabalhadores recebem menos do que deveriam em razão de seu contrato de trabalho ter se prolongado por mais de cinco anos, deixando, portanto, de receber algumas parcelas alcançadas pela prescrição. De sorte que somente 10 dos 100 trabalhadores que se ativaram em regime de sobrejornada efetivamente recebem o que lhes é devido. E ainda assim, o empregador em questão lucra com a demora processual, vez que durante o trâmite da ação o débito da empresa esteve sujeito a juros de 1% ao mês e o valor contingenciado correspondente a ele estava sendo emprestado no cheque especial ou no cartão de crédito a um percentual superior a 10% ao mês.

O exemplo é hipotético, mas situações de descumprimento deliberado e contumaz da legislação trabalhista, como a narrada, são verificadas na prática com triste regularidade. Ele ilustra como alguns empregadores efetivamente auferem grandes ganhos mediante a exploração da mão de obra de seus trabalhadores em regime de sobrejornada, usando estratégias gerenciais próprias de um momento histórico em que, como bem enfatiza Alain Supiot, “ao invés de

3 O modelo de tutela das relações de trabalho no Brasil infelizmente privilegiou mecanismos de tutela repressiva da relação de emprego em detrimento de mecanismos de tutela preventiva. A dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, normalmente acionada individualmente após o rompimento do vínculo empregatício de determinado empregado e que, portanto, destina-se muito mais a reprimir às irregularidades cometidas pelos empregadores do que a preveni-las, é bastante superior à do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja função compreende autorizar a instalação e o início de atividades das empresas e fiscalizar periodicamente o seu funcionamento, atuando, portanto, de forma preventiva.

indexarmos a economia às necessidades dos homens e as finanças às necessidades da economia, nós indexamos a economia às exigências das finanças e tratamos os homens como capital humano a serviço da economia”⁴. Mecanismos próprios de uma sociedade dita moderna que, como observou Alberto Niccolai, acompanhou a inversão da relação entre ritmo de trabalho e ritmo de existência, com aquele ditando inexoravelmente este⁵.

É preciso, contudo, ressaltar, e de forma enfática, que não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes à sobrejornada que torna o seu uso indiscriminado e abusivo, como uma estratégia gerencial, um mal para o empregado. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá.

É possível perceber prejuízo ao desfrute pelo trabalhador dos prazeres de sua própria existência tanto quando dele se exige a realização de horas extras em tempo superior ao determinado pela lei como quando dele se exige um número tão grande de atribuições que precise permanecer em atividade durante seus períodos de descanso, ainda que longe da empresa, ou fique esgotado ao ponto de não encontrar forças para desfrutar de seu tempo livre.

A constatação se torna ainda mais grave quando se tem claro que essa forma de exploração da mão de obra do trabalhador ocorre, por vezes, à revelia da vontade do empregado, seja por precisar do acréscimo salarial correspondente, seja por temer sua demissão. Seja qual for a hipótese, o trabalhador estará abdicando de seu lazer, do deleite que poderia ter, para aumentar os ganhos do empregador.

Essa 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. O presente artigo objetiva analisar a figura em questão cuidando, dentre outras coisas, da sua

4 “Au lieu d’indexer l’économie sur les besoins des hommes, et la finance sur les besoins de l’économie, on indexe l’économie sur les exigences de la finance et on traite les hommes comme du ‘capital humain’ au service de l’économie.” (SUPLOT, Alain. *L’esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010. p. 24-25)

5 “E parassozalmente può si dirsi che tale approccio metodológico, inadeguato nell’epoca fordista, há trovato fertile terreno nella moderna società, che há visto invertirsi il rapporto fra ritmi di lavoro e ritmi dell’esistenza, com i primi a dettare inesorabilmente i secondi.” (NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 243-253)

distinção em relação à figura do dano moral (também previsto no arcabouço do Direito do Trabalho).

1 – O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Júlio César Bebber, um dos autores a adotar essa expressão para designar as lesões que comprometem a liberdade de escolha e frustram o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano, esclarece haver optado por qualificar esse dano com o epíteto já transcrito justamente porque o impacto por ele gerado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”⁶.

Nos danos desse gênero, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livre dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana⁷.

Giuseppe Cassano citado por Amaro Alves de Almeida Neto esclarece que por dano existencial “se entende qualquer dano que o indivíduo venha a sofrer nas suas atividades realizadoras (...)”⁸. Flaviana Rampazzo Soares, por sua vez, considera que ele “abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre a sua existência”⁹.

Dessa maneira, estatui Amaro Alves de Almeida Neto:

-
- 6 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.
 - 7 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 48.
 - 8 *Idem*, p. 46.
 - 9 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

“(…) toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.”¹⁰

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, 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*.

O tipo de dano ora em estudo, segundo Flaviana Rampazzo Soares, é capaz de atingir distintos setores da vida do indivíduo, como: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, tendo em vista que qualquer pessoa possui o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou ao lazer, etc.¹¹.

Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo. Como bem pondera a autora citada por último, “as condições de vida aviltantes que, normalmente, são impostas a tais trabalhadores também integram o

10 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 49.

11 Quanto à atividade biológica de subsistência, assinala Flaviana Rampazzo Soares que é aquela em que “a pessoa sofreu uma lesão física que a impediu de realizar atividades de subsistência que, em condições normais anteriores, seriam plenamente possíveis, tais como as relacionadas à alimentação, higiene ou locomoção”. Veja-se: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

dano existencial, pois não há como alguém manter uma rotina digna sob tais circunstâncias”¹².

A impossibilidade de autodeterminação que o trabalho “escravizado” acarreta, bem como as restrições severas e as privações que ele impõe, modificam, de forma prejudicial, a rotina dos trabalhadores a ele submetido, principalmente no horário em que estão diretamente envolvidos na atividade laboral para a qual foram incumbidos¹³.

2 – ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

Além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras, o conceito de dano à existência é integrado por dois elementos, quais sejam: a) o projeto de vida; e b) a vida de relações¹⁴.

O primeiro deles Júlio César Bebber associa a tudo aquilo que determina a pessoa decidiu fazer com a sua vida. Como bem pondera o aludido autor, o ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso, afirma que 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 existencial¹⁵.

Ainda sobre o mesmo elemento, Hidemberg Alves da Frota observa que o direito ao projeto de vida somente é efetivamente exercido quando o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, direcionando sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, aos objetivos e às ideias que dão *sentido* à sua existência¹⁶.

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades

12 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

13 *Idem*, p. 75.

14 Essa classificação é feita por Hidemberg Alves da Frota em artigo doutrinário que aborda as noções fundamentais sobre o dano existencial. Veja-se: FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 275.

15 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

16 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 276.

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 patrimonial¹⁷.

Em suma, o dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, como bem observa Amaro Alves de Almeida Neto: “indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros, o que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos”¹⁸.

Hidemberg Alves da Frota, por sua vez, pondera que o prejuízo à *vida de relação* diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética), em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade¹⁹.

É fácil imaginar o dano causado à “vida de relação” de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social. Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato. Um bom exemplo seria o do empregador que compele determinado empregado a terminar determinada tarefa, que não era tão urgente ou que poderia ser concluída por outro colega, no dia, por exemplo, da solenidade de formatura ou de primeira eucaristia de um de seus filhos, impedindo-o de comparecer à cerimônia.

17 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 52.

18 *Idem*, p. 52. O autor cita alguns exemplos de dano à vida de relação, que são os seguintes: a) procedimentos imperitos médicos que acarretam à pessoa problemas ortopédicos e a impossibilidade de praticar esportes, como correr, jogar bola, tênis, etc.; b) a divulgação de notícias difamatórias infundadas que acarretam humilhação e depressão; c) acidentes que causam a síndrome do pânico ou problemas na fala, como tartamudez etc.

19 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 277.

No tocante às relações familiares não é demasiado ressaltar que a Constituição de 1988 expressamente estatui que “a entidade familiar, base da sociedade, tem especial proteção do estado” (art. 226, *caput*) e que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227). E como bem observa Maria Vittoria Balles-trero, a tutela da família não pode prescindir das normas que impõe ao tomador dos serviços o sacrifício de reconhecer ao trabalhador direitos cujo exercício pressupõe que ele saia do trabalho com tempo e energia para se dedicar ao seio de sua família. Em outras palavras, a ideia de proteção da família passa pela conciliação entre interesse do empregador de usar o trabalhador da forma que lhe for mais profícua e o interesse do trabalhador a satisfazer as exigências de sua vida privada e familiar²⁰.

E as atividades recreativas, como bem observa Eugênio Bonvicini, citado por Hidemberg Alves da Frota, representam “uma fonte de equilíbrio físico e psíquico, tal a compensar o intenso desgaste peculiar à vida agitada do mundo moderno”²¹. Ao discorrer sobre tais atividades, Guido Gentile, citado pelo mesmo autor nacional, assinala que “o incremento delas facilita o desenvolvimento da própria labuta profissional”²².

Os tribunais vêm, ainda timidamente, reconhecendo essa nova figura. O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, em decisão relatada pelo Desembargador Federal do Trabalho José Felipe Ledur, estabeleceu o pagamento de indenização à trabalhadora que fora vítima de dano existencial, por ter trabalhado sobre jornada excedente ao limite de tolerância, veja-se:

“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS.
O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no

20 “A valle della tutela (nella Costituzione e nelle leggi) del ‘bene’ famiglia, e dunque nel diritto del lavoro in senso stretto, il contemperamento prende corpo nelle norme che impongono un sacrificio dell’interesse del datore di lavoro (sacrificio ‘ragionevole’, cioè proporzionato alla salvaguardia del bene tutelato), attribuendo al lavoratore diritti (congedi, permessi, flessibilità e riduzioni di orario), il cui esercizio consente di ‘liberare’ dal lavoro tempo ed energie da dedicare alle cure familiari. In altri termini, parliamo del contemperamento tra l’interesse del datore di lavoro all’utilizzazione massimamente profícua del lavoro e dunque anche della singola prestazione di lavoro che retribuisce, e l’interesse del lavoratore a soddisfare le esigenze della sua vita privata e familiare.” (BALLESTRERO, Maria Vittoria. La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 163)

21 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 58.

22 *Idem*, p. 60.

caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.”²³

No referido processo, o Desembargador-Relator José Felipe Ledur ainda aduz que a prestação de horas extras não representa, em regra, dano imaterial/existencial. Na verdade, é o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, é que representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e uma forma de aviltamento do mesmo. Portanto, é o trabalho prestado em jornadas extenuantes que autorizam a conclusão de ocorrência do dano *in re ipsa*²⁴. Extrai-se ainda do aludido julgado essa relevante passagem:

“Os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a asseguaração do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da

23 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

24 *Idem*.

personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares).²²⁵

3 – O PROJETO DE VIDA E A VIDA DE RELAÇÃO COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Enquanto protetores da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade têm por objeto assegurar os elementos constitutivos da personalidade do ser humano, tomada nos aspectos da integridade física, psíquica, moral e intelectual da pessoa humana. Ademais, são direitos que jamais desaparecem no tempo e nunca se separam do seu titular.

Acentua Flaviana Rampazzo Soares que a tutela à existência da pessoa resulta na valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, ou pode realizar, tendo em vista que tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as faculdades físicas e psíquicas. Além disso, a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana²⁶.

Sendo assim, o bem-estar e a qualidade de vida “são a exteriorização de toda a potencialidade da personalidade da pessoa, representam a ação do ser humano, destinada a atingir a felicidade, a realização, a busca da razão de ser da existência”²⁷.

O dano à existência do trabalhador acarreta, assim, em violação aos direitos da personalidade do trabalhador. A lesão ao projeto de vida e à vida de relação afronta as seguintes espécies de direitos da personalidade: direito à integridade física e à psíquica, direito à integridade intelectual, bem como o direito à integração social²⁸.

25 *Idem*.

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

27 *Idem*, p. 39.

28 Paulo Eduardo V. de Oliveira trata do direito à integração como uma 4 (quarta) espécie de direito da personalidade do trabalhador. Para o autor, o direito da personalidade à integração social visa assegurar ao trabalhador o direito de “ser essencialmente político, essencialmente social, a pessoa humana tem direito ao convívio familiar, ao convívio com grupos intermediários existentes entre o indivíduo e o

O dano existencial impede a efetiva integração do trabalhador à sociedade, impedindo o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano. A efetiva utilização de todas as suas potencialidades somente seria possível com o desfrute de todas as esferas de sua vida, a saber: *cultural, afetiva, social, esportiva, recreativa, profissional, artística*, entre outras.

No que tange ao direito ao lazer, assinala Márcio Batista de Oliveira que a sua aplicação e eficácia traduz-se na garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois, além de esse direito assegurar o desenvolvimento cultural, pessoal e social do trabalhador, tem ainda por objetivo a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, o resguardo de sua incolumidade física, intimidade e privacidade fora do ambiente do trabalho²⁹.

É por meio, ainda, do direito ao lazer, que o trabalhador adquire o direito à desconexão. Tal direito relaciona-se com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho descritas na Constituição Federal quanto à limitação da jornada, ao direito ao descanso, às férias, e à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho (art. 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII, da CF), pois demonstram a preocupação com a incolumidade física e psíquica, bem como com a restauração da energia do trabalhador³⁰.

Nesse aspecto, “o reconhecimento da figura do dano existencial na tipologia da responsabilidade civil exsurge como a consagração jurídica da defesa plena da dignidade da pessoa humana”³¹, tendo em vista que

“O dano existencial, em suma, causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade – no aspecto de felicidade e bem-estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo

Estado, grupos a que se associa pelas mais diversas razões (recreação, defesa de interesses corporativos, por convicção religiosa, por opção político-partidária, etc.), direito do exercício da cidadania (esta tomada no sentido estrito [*status* ligado ao regime político] e no sentido lato: direito de usufruir de todos os bens de que a sociedade dispõe ou deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como educação escolar nos diversos níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social)”. Veja-se: OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 30.

29 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. p. 182.

30 OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2012. p. 52.

31 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 62.

econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima (...).³²

Em razão disso, ensina Bruno Lewicki que a personalidade, em todos os seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia na cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo ponto de confluência é a dignidade da pessoa humana, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico e funcionar como um valor reunificador da personalidade a ser tutelada³³.

4 – O DANO EXISTENCIAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Como visto, a submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.

No que tange à proteção à saúde do trabalhador, Mauricio Godinho Delgado, em debate já realizado sobre a redução da duração do trabalho para 40 horas semanais no Brasil, assinala que a extensão do tempo de disponibilidade humana em decorrência do contrato laboral implica repercussões em vários planos da vida do trabalhador. Destaca o autor que essa extensão do tempo de disponibilidade humana oriunda do contrato laboral acarreta repercussões no plano da sua saúde e da sua educação, além de influenciar no plano de suas relações com a família e correspondentes crianças e adolescentes envolvidos. Nesse aspecto, assegura que a ampliação da jornada, inclusive com a prestação de horas extras, acentua, drasticamente, as possibilidades de ocorrência de doenças profissionais, ocupacionais ou acidentes do trabalho, ao passo que sua redução diminui de maneira significativa tais probabilidades da denominada infortunística do trabalho³⁴.

Portanto, é esse quadro oriundo da violação à existência do trabalhador, enquanto ser humano dotado de projetos de cunho pessoal, profissional e pessoal, que traz como consequência o comprometimento da sua saúde, que será responsável pelo aparecimento de doenças do trabalho que poderão colocar em risco a saúde física e mental do empregado. Quanto maior a agressão à

32 *Idem*, p. 62.

33 LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

34 DELGADO, Mauricio Godinho. 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, p. 8.

saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, maior também será a agressão ao seu sistema imunológico, ficando este cada vez mais vulnerável a doenças decorrentes do trabalho.

Quando o trabalhador é vítima de lesão por esforços repetitivos, ele não padece apenas de um dano à sua saúde, mas também de um consequente dano existencial. A razão é a seguinte: a lesão por esforços repetitivos 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 submetido³⁵.

Nesse aspecto, “a dor intensa, o formigamento, a dormência, etc., ocasionados pela lesão por esforços repetitivos é dano à saúde e atinge, negativamente, a pessoa que, em função de tais sintomas, não consegue manter a rotina de atividades mantida no período anterior à lesão”³⁶.

Em razão disso,

“A LER, em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais como obsta o exercício de tarefas singelas do dia a dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial.”³⁷

O direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores no ambiente de trabalho e visa promover a sua incolumidade física e psíquica durante o desenvolvimento da sua atividade profissional, de modo que o trabalho possa ser executado de forma saudável e equilibrada e que o trabalhador possa de lá sair em condições de desenvolver outras atividades, desfrutando, assim, dos prazeres de sua existência enquanto ser humano.

5 – DANO MORAL E DANO EXISTENCIAL: DISTINÇÃO E CUMULAÇÃO

De acordo com De Plácido Silva, a expressão dano deriva do latim *damnum* e significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a *outrem*,

35 SOARES, Fláviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

36 *Idem*, p. 76.

37 *Idem*, p. 76.

da qual possa resultar uma deterioração ou destruição a alguma coisa dele ou gerar um prejuízo a seu patrimônio³⁸.

Para Sérgio Martins, em sentido amplo, dano:

“É um prejuízo, ofensa, deterioração, estrago, perda. É o mal que se faz a uma pessoa. É a lesão ao bem jurídico de uma pessoa. O patrimônio jurídico da pessoa compreende bens materiais e imateriais (intimidade, honra, etc.).”³⁹

Os danos podem ser classificados, assim, em patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais.

Quanto à proteção aos danos não patrimoniais, observa Flaviana Rampazzo Soares que a tendência mundial é a de aumento da proteção aos interesses imateriais da pessoa, não abrangendo apenas os danos morais propriamente ditos, mas todo e qualquer dano não patrimonial que seja juridicamente relevante ao livre desenvolvimento da personalidade, tal como é o direito à integridade física, à estética e às atividades realizadoras da pessoa, que tornam plena a sua existência⁴⁰.

Conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Envolve, portanto, um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago. Para Mauricio Godinho Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc., e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha⁴¹.

A reparação por dano moral visa, por conseguinte, “compensar, ainda que por meio de prestação pecuniária, o desapareço psíquico representado pela violação do direito à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada”⁴².

38 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 238.

39 MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 18.

40 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

41 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.

42 *Idem*.

O dano existencial, por sua vez, independe de repercussão financeira ou econômica, e não diz respeito à esfera íntima do ofendido (dor e sofrimento, características do dano moral). Trata-se de um dano que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade)⁴³.

Nesse aspecto, o dano existencial impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.) e a sua dimensão é subjetiva e não exige prova; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva⁴⁴.

Para Flaviana Rampazzo Soares, a distinção entre dano existencial e o dano moral reside no fato de este ser essencialmente um sentir, e aquele um não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa⁴⁵. Nesse sentido,

“enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar.”⁴⁶

Havendo, no contexto da relação de emprego, a ocorrência de dano existencial e de dano moral, poderá haver a cumulação entre ambos, desde que sejam provenientes do mesmo fato. Do mesmo modo que é possível cumular o dano moral com o dano material⁴⁷ e, por consequência, com o dano estético, também será possível cumular o dano moral, pela lesão à saúde do trabalhador, com o dano existencial⁴⁸.

43 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, n. 1, jan. 2009, p. 30.

44 *Idem*, p. 31.

45 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

46 *Idem*, p. 46.

47 Com relação à cumulação do dano material com o dano moral, aduz a Súmula nº 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

48 Mauricio Godinho Delgado, Ministro do TST, já se pronunciou de forma favorável quanto à cumulação do dano moral e do dano estético, veja-se: “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,

Desse modo, quando são afetadas as atividades realizadoras do trabalhador, em virtude do dano a sua saúde física ou mental, que se deu pelo excesso de trabalho, poderá haver a fixação de forma cumulada tanto do dano moral quanto do dano existencial. Essa cumulação acontece não só pelo prejuízo ocasionado aos prazeres de vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado – *pessoal, social e profissional* –, mas também pelo dano à sua saúde, mesmo que a seqüela oriunda do acidente do trabalho não seja responsável pela redução da sua capacidade para o trabalho.

Conclui-se, portanto, que “o reconhecimento do dano existencial, para figurar ao lado do dano moral, revela-se imprescindível para a completa reparação do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa”⁴⁹ e “para a proteção total do ser humano contra as ofensas aos seus direitos fundamentais”⁵⁰.

6 – DANO EXISTENCIAL E PERDA DE UMA CHANCE: DISTINÇÕES

Além do dano emergente e do lucro cessante, tradicionais hipóteses de dano patrimonial ressarcível, a doutrina de diversos países vem reconhecendo o direito à reparação pela perda de uma chance, quando esta for séria e real. O seu diferencial seria justamente a probabilidade e não a certeza do resultado aguardado. Essa situação não pode ser confundida com a dos lucros cessantes na qual o juízo quanto ao dano é um juízo de certeza. O evento danoso existiu. O juízo de probabilidade adstringe-se à quantificação de quanto a vítima deixará de perceber em decorrência dele. No caso da indenização por perda de uma chance há incerteza quanto ao fato supostamente danoso em si. O juízo de probabilidade diz respeito ao evento em si. O mesmo argumento pode ser

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).

49 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 68.

50 *Idem*, p. 68.

utilizado para distingui-la da hipótese de dano emergente, no qual o dano é real e quantificado.

Como salienta Raimundo Simão de Melo, se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Se a vitória não pode ser provada e confirmada cabalmente, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado⁵¹.

A indenização por perda de uma chance tampouco pode ser confundida com uma indenização de natureza exclusivamente moral⁵², embora seja possível que a perda de uma chance também gere um dano dessa natureza. A perda de uma oportunidade concreta prejudica o próprio patrimônio da vítima e não apenas os seus atributos da personalidade⁵³. É possível afirmar que a perda de

51 MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 15, 2007, p. 71.

52 Não se mostra correta, por conseguinte, a seguinte decisão emanada do TRT da 3ª Região que reconheceu o direito de um trabalhador que fora deslocado pela empresa de sua Cidade para Cidade a uma indenização por dano moral pela perda de uma chance: “EMENTA: TRABALHO/EMPREGO. PROCESSO SELETIVO. PERDA DE UMA CHANCE. NOVA MODALIDADE DE DANO MORAL. FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. Um dos fundamentos da Constituição da República é o trabalho, art. 1º da CRF/88 e art. 170, *caput*, também da Constituição que dispõe que a Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano. Há de ser salientado, inclusive, que o trabalho é tão importante para o homem que a partir do momento em que se trava qualquer relacionamento, uma das primeiras perguntas que se faz é: em que você trabalha? Estando desempregado o homem deixa de responder a tal questionamento, sentindo que não contribui para os meios de produção, o que lhe retira sua dignidade enquanto ser humano, princípio, hoje, que norteia todo o Ordenamento Jurídico. *In casu*, embora a expectativa criada no reclamante, ao ser deslocado pela reclamada de sua Cidade para Cidade diversa e de ser contratado mediante carteira assinada atraia o pagamento de indenização por dano moral, pela Perda de uma Chance, ou seja, subtração de uma oportunidade, o valor da indenização deve observar determinados parâmetros. Como nos ensina Raimundo Simão de Melo, Procurador Regional do Trabalho, em artigo da LTr – 71-04/439, abr./2007: ‘A Solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem pretendida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo da probabilidade. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatá-lo deve o Juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado’, critérios que foram observados pela r. sentença” (TRT da 3ª Região, 10ª Turma. RO 00709-2008-033-03-00-5, Decisão proferida em 08.07.09 e publicada no DEJT 15.07.09, p. 121, Relatora Convocada Taísa Maria Macena de Lima).

53 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, p. 25-33.

uma chance situa-se em uma zona intermediária entre o dano patrimonial, facilmente mensurável, e o extrapatrimonial, que precisa ser arbitrado por atingir bens valiosos, mas não comercializáveis. Embora a chance não possua valor econômico preciso, é possível chegar ao seu valor a partir do que seria auferido se a oportunidade não houvesse sido prejudicada por outrem e o objetivo fosse plenamente alcançado.

Bastante interessante para ilustrar essa assertiva, assim como para bem compreender a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é a decisão proferida pelo STJ, que reduziu a indenização devida pelo SBT por frustrar a chance de uma candidata do “Show do Milhão” de vencer o prêmio máximo de R\$ 1 milhão apresentando uma pergunta mal formulada. A decisão final fixou a indenização em R\$ 125 mil partindo do pressuposto de que não havia como se afirmar categoricamente que a mulher acertaria o questionamento final de R\$ 1 milhão caso ele fosse formulado corretamente, fixou quantia com base numa “probabilidade matemática” de acerto de uma questão que continha quatro itens. Fosse uma hipótese de dano material, o valor da indenização teria que corresponder ao do prejuízo. Fosse uma hipótese de dano extrapatrimonial, o valor em questão seria imensurável e seria arbitrado pelo julgador a partir de critérios que não podem se afastar dos mais comezinhos princípios do bom-senso.

Não se pode deixar de ter em mente, contudo, que a vítima pode sofrer dano moral e prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito cumulados com o prejuízo pela chance perdida. O exemplo apresentado por Raimundo Simão de Melo é o do atleta corredor que está a poucos metros da linha de chegada e do lugar mais alto do pódio quando é agarrado por alguém que o impede de continuar na disputa, perdendo, assim, a oportunidade de sagrar-se vitorioso. Além do inequívoco prejuízo pela perda de uma chance e o abalo psíquico que, com quase toda certeza o abaterá, esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente, necessitando, por conseguinte, de sério tratamento médico e psicológico para voltar a correr⁵⁴. Nesse exemplo, o autor do dano deverá indenizá-lo pela chance perdida, pela violação aos seus atributos morais e ressarcir-los por todas as despesas médicas.

No contexto do contrato de trabalho, são inúmeros os exemplos de indenização por perda de uma chance passíveis de identificação. Poderíamos mencionar, para ficar em apenas alguns exemplos, as de exclusão do empregado do mercado de trabalho em razão de incapacidade provocada por acidente de trabalho ou do fornecimento de informações desabonadoras pelo ex-empregador;

54 *Idem*, p. 71-72.

impossibilidade de conclusão de concurso público em razão de acidente por culpa do empregador; e perda da oportunidade de o empregador potencializar seus ganhos em razão de empregado em posição de destaque haver se desligado sem cumprir aviso-prévio.

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado.

As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso, se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva.

7 – QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL

Com relação à fixação do *quantum* indenizatório do dano existencial, José Felipe Ledur sugere certos parâmetros, veja-se:

“A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica.”⁵⁵

Júlio César Bebber também destaca determinados elementos que devem ser observados pelo julgador quanto à aferição do dano existencial. Segundo o autor, deve-se levar como análise para fins de aferição do dano existencial:

“a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo

55 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.⁵⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que o dano existencial gerado ao trabalhador pela inobservância das leis trabalhistas constitui graves consequências cumulativas à vítima. O exemplo do trabalhador afetado por Lesão de Esforço Repetitivo (LER) é irrepreensível. Os empregados constrangidos pela exigência compulsória de horas extras, por acúmulo de ação laboral superior à suportável, por falta de equipamentos que lhes facilitem ou lhes tornem menos sofríveis o desempenho físico são candidatos potenciais aos sintomas de irrealização dos sonhos comuns a todos, além de sofrerem a impossibilidade de renderem o que rendiam antes da(s) lesão(ões). Isso sem falar das perdas materiais decorrentes da invalidez parcial – às vezes até total – e do dano estético de que podem vir a ser vítimas. Ainda devem ser adidos, nesse quadro, a instabilidade psíquica, a vergonha, a humilhação, a dor existencial, fatores que configuram o dano moral decorrente da exploração geradora do dano existencial.

A convergência das sequelas do dano existencial ao dano moral e aos demais danos, dependendo do caso e da(s) pessoa(s) envolvida(s) é concreta. Não se pode conceber que, na conjuntura de crescimento e respeitabilidade adquiridos pelo Brasil, continuem a ocorrer desrespeitos aos trabalhadores da nação. A Justiça do Trabalho, por meio de suas decisões, tem, em certa medida, tentado coibir essas aberrações que tanto ofendem os que laboram. É, porém, preciso mais. Insta que os órgãos responsáveis pela defesa do direito dos trabalhadores se empenhem mais na defesa dos direitos dos que produzem neste país. Cabe aos representantes da Justiça do Trabalho serem ícones de uma nova era, verdade seja dita, como vêm tentando ser. Cabe aos órgãos fiscalizadores o papel de impedir os abusos. Cabe aos responsáveis pela Educação esclarecer aos trabalhadores atuais e aos futuros trabalhadores os direitos que lhes são

56 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, n. 1, jan. 2009, p. 29.

constitucionais. É preciso que se avance nas relações trabalhistas, que se punam os exploradores, que se ressarçam os vitimados pela exploração do poder econômico. Assim, talvez, o desrespeito de poucos seja inibido, possibilitando, a muitos, o direito de realizar o mais simples objetivo da maioria dos seres humanos: viver com dignidade, lutar em igualdade de condições, concretizar sonhos. É direito. Não é favor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

BALLESTRERO, Maria Vittoria. La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009.

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.

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. 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, RR 35600-25.2006.5.15.0036, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 5 ago. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. 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.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 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.

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.

DOCTRINA

NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Presses universitaires de France, 2002.

_____. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010.