

Coordenadores

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

LUCIANO MARTINEZ

YONE FREDIANI

Diretoras

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENITEZ

THEREZA C. NAHAS

A PROTEÇÃO SOCIAL NA ENCRUZILHADA

ANAI DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO
XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO 2021



SÃO PAULO, 2021

Copyright © 2021 by LEX Editora S/A

*Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor.
(Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)*

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Editor Responsável: Antônio Carlos Schultz

LEX Editora S/A

Rua da Consolação, 77 - 9º andar

CEP 01301-000

São Paulo - SP

Serviço de Atendimento: (51) 3191-3033

www.lex.com.br

Revisão: Bibiana Dalfolo Mota Schmidt

Capa: Fernanda Napolitano

Diagramação: Nilciany Camargo

C749 Congresso Internacional de Direito do Trabalho (11. : 2021) : São Paulo / A proteção social na encruzilhada : Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho / [Coordenadores] Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Yone Fredian. [Diretoras] Esperanza Macarena Sierra Benitez e thereza c. Nahas. – São Paulo : Lex, 2021.

16x23 cm. ; 724 p.

ISBN 978-85-7721-305-4

1. Direito do trabalho. 2. Proteção social. 3. Pandemia. I. Belmonte, Alexandre Agra. II. Martinez, Luciano. III. Fredian, Yone.

CDU 349.243

ANÁLISE DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Rodrigo Coimbra¹

Marcel Medeiros Cabral²

RESUMO: O trabalho trata do tema dos danos imateriais, com delimitação no caminhar conceitual da matéria no Direito do Trabalho brasileiro. O problema de pesquisa é verificar se o dano existencial vem sofrendo modificação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro? Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias ao problema apresentado. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Foi realizada revisão bibliográfica e jurisprudencial. Após fundamentos e reflexões, conclui-se que considerando os casos de jornadas de trabalho excessivas, entende-se que o dano existencial vem sofrendo ampliação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro, ainda que relativa, pois dependente da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto.

ABSTRACT: The work deals with the theme of immaterial damage, with delimitation in the conceptual path of the matter in Brazilian Labor Law. The research

¹ Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, no qual desenvolve pesquisa, ministra disciplinas e orienta na linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica – ênfase V (Direito do Trabalho). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Líder do grupo de pesquisa Fundamentos do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenador da especialização de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Na graduação leciona as Disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Titular da Cadeira n. 20 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Endereço eletrônico: rodrigo.coimbra@ufrgs.br. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6732-3643>

² Mestrando em Direito pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica – ênfase V (Direito do Trabalho) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do grupo de pesquisa Fundamentos do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Endereço eletrônico: marcel_med@hotmail.com. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0592-4619>.

problem is to verify if existential damage has been suffering conceptual modification in Brazilian Labor Law? As a scientific method of approaching the subject, the hypothetical-deductive method is used, starting from hypotheses formulated in the condition of provisional answers to the presented problem. The research approach is based on the qualitative model, as it seeks to understand the phenomenon in its own context. A bibliographical and jurisprudential review was carried out. After reasons and reflections, it is concluded that considering the cases of excessive working hours, it is understood that the existential damage has been suffering if the existential damage has been suffering a conceptual expansion in the Brazilian Labor Law, albeit relative, as it depends on the proof of assumptions of civil liability in the specific case.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Dano extrapatrimonial. Dano existencial. Direitos Humanos,. Reforma trabalhista.

KEYWORDS: Civil responsibility. Off-balance sheet damage. Existential damage. Human rights. Labor reform.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de dano existencial na jurisprudência brasileira. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The concept of existential damage in Brazilian jurisprudence. Conclusion. References.

Introdução

O trabalho trata do tema dos danos imateriais, com delimitação no caminhar conceitual da matéria no Direito do Trabalho brasileiro.

A pesquisa se justifica em razão do tema dano existencial ser frequentemente objeto de discussão nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, considerando sua importância no direito laboral, bem como por sua complexidade e por seus reflexos sociais e econômicos.

O problema de pesquisa é verificar se o dano existencial vem sofrendo modificação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro?

O presente trabalho tem como objetivo geral realizar uma releitura do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no âmbito trabalhista, com base na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias

ao problema apresentado. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Foi feita revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1. O conceito de dano existencial na jurisprudência brasileira

Considerando que a base ou matriz de origem do direito do trabalho é o direito civil especialmente no que diz respeito ao direito das obrigações, as particularidades daquele conduziram a uma autonomização e a separação das esferas (MARTINEZ, 2020: 85). Entretanto, ainda existem importantes institutos, regras e princípios do direito civil que interessam ao ramo juslaboral, como os critérios de responsabilidade civil (DELGADO, 2019: p. 91).

Entende-se que embora as peculiaridades do direito trabalhista devam ser levadas em conta, mostra-se inadequado tratar o tema de forma fragmentada e isolada de suas origens (FACCHINI e GOLDSCHMIDT, 2017: 219-254).

Na prática, diante da lacuna normativa da CLT, para julgar demandas sobre a matéria a Justiça do Trabalho valia-se do Código Civil, especialmente do art. 927, parágrafo único (responsabilidade objetiva pelo dano), e, ao art. 944 e parágrafo único (parâmetros de mensuração), esclarece Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018: 175).

Flaviana Rampazzo Soares (2017: 120) propõe a construção de uma teoria do dano existencial no direito do trabalho com base em três alicerces: a dignidade da pessoa humana, os direitos de personalidade e o trabalho decente.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), é o “substrato do direito de respeito pessoal e da devida consideração do ser humano por seus pares e pelo Estado”, aptos a proteger a pessoa contra condutas degradantes ou desumanas. Para a autora, o dano existencial estará presente quando houver: uma discriminação arbitrária a um trabalhador com o objetivo de intimidar ou degradar, um trabalhador submetido a atividades análogas à condição de escravo, um dano na esfera psíquica ou física que acarrete uma alteração involuntária na sua rotina (SOARES, 2017: 121).

Os direitos de personalidade constituem-se como direitos subjetivos com feição imaterial, que atendem à autodeterminação do indivíduo, sendo o conteúdo da personalidade formado pela “qualidade de ser da pessoa” (VASCONCELOS, 2006: 5). Costumam ser tipificados em direito à vida, à integridade física, à inviolabilidade moral, à honra, dentre outros. Assim, se houver algum atentado à vida, por exemplo, pode gerar um dever de indenizar, considerando o direito à vida como direito de personalidade (SOARES, 2017: 122).

No trabalho decente, considerando que a atividade laboral se legitima quando cumpre o desenvolvimento de suas capacidades, a convivência evolutiva e a realização pessoal (DALLARI, 1998: 40), não pode o trabalho servir como meio para subserviência ou exploração, devendo ser útil e trazendo justa reciprocidade de benefícios. O trabalho decente pode ser considerado um conjunto mínimo de direitos do trabalhador (liberdade de trabalho, igualdade no trabalho, trabalho com condições justas, proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e proteção contra os riscos sociais), conforme Rubia Zanotelli de Alvarenga (2016).

No que tange aos fundamentos contrários a configuração de dano existencial não configura dano existencial se houver a “possibilidade de renúncia às atividades pessoais realizadoras” - em razão da autodeterminação do trabalhador, no sentido de, voluntariamente, renunciar a alguns aspectos de seu cotidiano em proveito do trabalho (que também pode ser um modo de auto realização pessoal) - ou se a “alteração ocorrida na esfera do empregado não for juridicamente relevante”, como, por exemplo, uma autolimitação válida ou uma perturbação por curto período, a ponto de não gerar uma efetiva modificação na vida do trabalhador. O objetivo é “evitar demandas frívolas”, como na Itália, devendo o dano existencial “ser grave” para ser juridicamente qualificado (SOARES, 2017: 127-128).

Para a análise da matéria no âmbito jurisprudencial a pesquisa analisa três casos no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e um caso no Tribunal Superior do Trabalho.

Em 2010 ao julgar ação trabalhista na qual o reclamante alegou ter sido obrigado a experimentar alimentos da empregadora, o que teria ocasionado alteração no seu projeto de vida em razão de obesidade, 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região³ condenou a reclamante por dano moral. O dano moral foi considerado de forma genérica (WESENDONCK, 2011: 348).

Em 2012 a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁴ fez a primeira referência expressa ao dano existencial (SOARES, 2017: 119). No caso, a trabalhadora alegou ter sido submetida pela empresa à jornada excessiva de trabalho (de 12 a 13h diárias, com 30 min de intervalo) e à pressão pelo cumprimento de metas inatingíveis, o que, de acordo com a reclamante, gerou limitação ao convívio familiar e prejuízo à saúde. O recurso ordinário foi parcialmente provido para declarar a exis-

³ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Recurso Ordinário n. 0010000-21.2009.5.04.0030». Recorrente/Recorrido: Edson Zwierzinski. Recorrido/Recorrente: Kallopolli Comércio de Alimentos Ltda. Relator: João Ghisleni Filho. Julgamento: 06/10/2010.

⁴ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Recurso Ordinário n. 0000105-14.2011.5.04.0241». Recorrente: Rita de Cássia Leal Souza. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator: Des. José Felipe Ledur. Rio Grande do Sul. Julgamento: 14/03/2012.

tência de dano existencial e arbitrar a indenização com base no tempo e no último salário da reclamante (12 anos e 10 meses; R\$ 1.900,80), perfazendo o montante de R\$ 24.710,40.

A decisão regional paradigmática se baseou nos seguintes fundamentos: O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no 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).

Em 2015, em sentido oposto, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho⁵ indeferiu postulação de reconhecimento de dano existencial em face de suposta jornada excessiva. No caso, a reclamante alegou ter sido submetida pela empresa à jornada excessiva.

A decisão da corte superior trabalhista é paradigmática: a) admite a possibilidade de dano existencial no Direito do Trabalho “em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações”; b) diz que o dano existencial não se identifica com o dano moral; c) entende que a sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação; d) exige a comprovação no processo do comprometimento irremediável a vida de relações do empregado.

Esta decisão se baseou nos seguintes fundamentos:

1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.
2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual **“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito**

⁵ Brasil, Tribunal Superior do Trabalho. «Recurso de Revista n. 154-80.2013.5.04.0016». Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrido: Tânia Maria Cardoso Silva. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília. Julgamento: 04/03/2015. Publicação: 31/03/2015.

e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações.

3. A sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação.
4. A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou por apenas nove meses. Não se afigura razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado.
5. Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (workaholic), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo.

Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações.

Em 2016, alinhando-se ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região aprovou a Tese Jurídica Prevalente n. 2, com base em uma série de precedentes sobre o dano existencial no que tange às jornadas excessivas, nos seguintes termos: “não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas”.⁶

⁶ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Tese Jurídica Prevalente n. 2». Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/tese-juridica-prevalecente>

Tal tese jurídica, por um lado, exige a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto, não considerando suficiente para a configuração de dano existencial, passível de indenização, apenas a comprovação da prática de jornadas de trabalho excessivas.

Por outro lado, não significa que a prática de jornadas de trabalho excessivas não possa ensejar dano existencial, desde que acompanhada da prova dos pressupostos da responsabilidade civil. Apenas não configura dano existencial por si só.

Embora reconheça que rotinas de trabalho intensas e desprovidas de pausas possam implicar a derruição das relações sociais e familiares dos trabalhadores, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho Consignou, em 2018, que tais construções complexas “não podem dar azo à banalização do instituto, mediante simplificação excessiva do seu conceito, para acabar por compreendê-lo como mera decorrência da prestação de sobrejornada”. Logo, esse alargamento conceitual torna-se “vulnerável e passível de não consolidação no ordenamento jurídico”.⁷

O conceito de dano existencial foi originalmente pensado no Direito italiano para casos de paraplegia ou tetraplegia, dentre outros, com efeitos prospectivos (para o futuro) e com grande repercussão na vida da pessoa lesada ou de seus familiares (ALPA, 2010: 1).

A análise da prática de jornadas de trabalho excessivas traz novas possibilidades conceituais para o dano existencial.

Conclusão

Considerando o estudo de casos de jornadas de trabalho excessivas na jurisprudência trabalhista brasileira, acima expostos, entende-se que o dano existencial vem sofrendo ampliação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro, ainda que relativa, pois depende da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto.

O problema de pesquisa do presente texto é relativamente novo e dinâmico, e, não se tem a pretensão de esgotar a matéria, mas trazer fundamentos e análises para reflexões, visando a estimular a continuidade do estudo dessas complexas questões.

⁷ Brasil, Tribunal Superior do Trabalho. «AIRR n. 5110-97.2015.5.10.0018». Agravante: Maria Almiceia Goes Coelho. Agravado: Banco Santander (Brasil) S.A. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Julgamento: 21/11/2018. Publicação: 23/11/2018.

Referências

ALPA, Guido **Il danno non patrimoniale rivisitato**. 2010. Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Alpa/Alpa_DANNO-MORALE09.pdf.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, (2016).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Recurso Ordinário n. 0010000-21.2009.5.04.0030**». Recorrente/Recorrido: Edson Zwierzinski. Recorrido/Recorrente: Kallopolli Comércio de Alimentos Ltda. Relator: João Ghisleni Filho. Julgamento: 06/10/2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Recurso Ordinário n. 0000105-14.2011.5.04.0241**». Recorrente: Rita de Cássia Leal Souza. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator: Des. José Felipe Ledur. Rio Grande do Sul. Julgamento: 14/03/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. «**Recurso de Revista n. 154-80.2013.5.04.0016**». Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrido: Tânia Maria Cardoso Silva. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília. Julgamento: 04/03/2015. Publicação: 31/03/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Tese Jurídica Prevalente n. 2**». 2016. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/tese-juridica-prevalente>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. «**AIRR n. 5110-97.2015.5.10.0018**». 2018. Agravante: Maria Almiceia Goes Coelho. Agravado: Banco Santander (Brasil) S.A. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Julgamento: 21/11/2018. Publicação: 23/11/2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; y Rodrigo Goldschmidt. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, v. 984, p. 219-254, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria de dano existencial no direito do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (org.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira: um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 124, p. 327-356, 2011.