

Revista Eletrônica

Tribunal Regional do Trabalho do Paraná

v.2 - n.22 Setembro 2013



Dano Existencial 22 edição
Setembro

Ficha Técnica



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão

VICE-PRESIDENTE

Desembargador Altino Pedrozo dos Santos

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Dirceu Buyz Pinto Júnior

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2012/2013

Desembargadora Marlene T. F. Sugumatsu- Diretora

Desembargadora Ana Carolina Zaina - Vice-Diretora

Juiz Paulo H. Kretzschmar e Conti – Coordenador

Juiz Eduardo Milléo Baracat - Vice-Coordenador

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha

Juiz Lourival Barão Marques Filho

Juiz Rafael Gustavo Palumbo

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES

Desembargadora Marlene T. F. Sugumatsu-Diretora

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Juiz Cássio Colombo Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Angélica Maria Juste Camargo

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo de Araújo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

Assessoria de Uniformização de Jurisprudência

FOTOGRAFIA

Assessoria de Comunicação e acervos dos pesquisadores

APOIO À PESQUISA E REVISÃO

Maria Ângela de Novaes Marques

Márcia Bryzynski

Diagramação e Capa

Patrícia Eliza Dvorak

Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações.

Edição temática: Dano Existencial

Periodicidade Mensal

Ano II – 2013 – n. 22

Envie sua contribuição (sentenças, acórdãos ou artigos) para o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br

Nossa capa

Chegamos ao número 22 da nossa Revista Eletrônica, agora tratando do Dano Existencial nas Relações de Trabalho.

Sempre temos ressaltado os números de acessos que a Revista recebe, mostrando que os leitores aprovam, de alguma maneira, o trabalho realizado.

Três palavras podem resumir a importância atribuída ao periódico: ser eletrônico, ser temático, ser mensal. Parece que esse trio valoriza os textos, a doutrina, a jurisprudência, as palestras, as resenhas e as sinopses que divulgamos.

Um aspecto esquecido até agora, pelo menos em matéria de explicação ao leitor, é a capa, que procura traduzir uma síntese, por imagem, do conteúdo da Revista. O que, convenhamos, nem sempre é fácil. Afinal a Revista é jurídica, e os temas de Direito, normalmente, são muito abstratos, teóricos, dificultando a transformação em imagem. Melhor dizendo, em uma imagem. Excetuando-se a Revista sobre os Grupos Vulneráveis e a sobre o índice das Revistas em geral, as demais apresentam apenas uma imagem na capa.

Explica-se ao leitor: em relação a edição da Revista anterior, tivemos dificuldades em elaborar uma capa. Como fazê-lo de forma a transmitir ao leitor a ideia sobre o Dano Moral? Acabamos por optar pela foto de duas mulheres, sentadas em um banco, uma parecendo consolar a outra. Talvez pudessem existir imagens melhores para resumir o Dano Moral, mas aquela que representou a Revista foi a que melhor nos ocorreu.

Pois bem. Estamos, neste número, às voltas com o Dano Existencial. Se a capa anterior foi difícil de fazer, imagine-se esta agora.

Viajamos então para as pinturas, os quadros clássicos, que pudessem dar uma ideia ampla do Dano Existencial. E acreditamos tê-la encontrado em A Balsa da Medusa, que ilustra esta edição.



Vamos explicar. A Balsa da Medusa (realizada nos anos de 1818-1819) é a obra-prima do francês Jean-Louis André Théodore Géricault (1791-1824), pintor e arqueólogo. Essa obra de arte e sua reprodução encontram-se em domínio público no mundo inteiro.

Mas afinal, o que representa essa pintura? Trata-se de uma obra de arte inspirada no naufrágio da fragata Medusa, que ia da França para o Senegal, no ano de 1816. Cerca de 400 pessoas estavam a bordo. Segundo consta dos relatos históricos, após o naufrágio 147 pessoas teriam ficado abandonadas em uma jangada (denominada a balsa da Medusa), pois não havia lugares suficientes nos botes salva-vidas. A balsa foi construída de forma precária com tábuas, cordas e partes do mastro do navio, ficando quinze dias à deriva, sem comida nem água. Os dez sobreviventes foram resgatados por um navio mercante chamado Argus.

O momento escolhido por Géricault para contar a tragédia foi o de quando os naufragos avistaram o Argus, que aparece ao longe mas desaparece sem vê-los. Horas mais tarde é que finalmente o navio os avista e acontece o resgate.

Com base nesses fatos o artista Théodore Géricault executou a obra durante dezoito meses, valendo-se de um estudo que fez sobre os detalhes da tragédia.

E o que isso tem a ver com o Dano Existencial? Tudo, com certeza. O naufrágio, o período sem rumo na balsa e a sobrevivência de apenas algumas pessoas resultou na interrupção de diversos projetos de vida. A linguagem corporal das pessoas que estavam na balsa, daqueles que sobreviveram, tudo leva a uma pergunta: o que aconteceu depois com os sobreviventes? Com os familiares daqueles que morreram?

Nesse momento podemos falar do Dano Existencial, que, segundo Flaviano Rampazzo Soares, “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” (Responsabilidade Civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44).

O capitão e os tripulantes que estavam no bote salva-vidas, em certo momento, cortaram a corda que os ligavam à balsa com as 147 pessoas. As histórias de fome, loucura e canibalismo num mar tempestuoso relatadas ao autor o auxiliaram na elaboração dessa pintura.

O importante da história é que o navio da Marinha Real transportava colonos franceses para o Senegal, e que encalhou em um banco de areia por incompetência do capitão, nomeado por motivos políticos (e que mais tarde teve que responder por seus atos perante um tribunal marcial).

Não estaria aí um caso de Dano Existencial coletivo decorrente de naufrágio?

A indignação pelos acontecimentos levou o artista à obra de arte. E a nós, no seu caminho, mostrou-se a possibilidade de, com o apoio do artista, tentar mostrar como uma tragédia pode interromper não só o projeto de vida pessoal, mas também à vida de relação, quanto ao “conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos”. (FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, nº 3046, 3.nov.2011. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/20349/nocoos-fundamentais-sobre-o-dano-existencial> >. Acesso em: 12 set. 2013.

Convenceram-se os integrantes do grupo de pesquisa que constrói a Revista Eletrônica que A Balsa da Medusa caracteriza, de forma emblemática, a ocorrência do Dano Existencial.

E ao leitor, o que parece? Gostaríamos da sua opinião também. (*clique no link ao lado do número de acessos em e deixe seu registro*)

Estamos nesse momento atingindo a marca de 412.900 acessos.

Muito Obrigado ao Leitor por nos prestigiar!

Curitiba, 12 de setembro de 2013.


LUIZ EDUARDO GUNTHER
COORDENADOR DA REVISTA ELETRÔNICA

Em tempo: querendo receber automaticamente nossas próximas Revistas, inscreva-se abrindo a aba direita superior, acione o mouse no “**clique aqui**”, preenchendo, após, seu nome e fornecendo seu e-mail.

Sumário

1. Apresentação.....	6
-----------------------------	----------

2. Artigos

2.1 O Dano Existencial no Direito do Trabalho - Ilse Marcelina Bernardi Lora.....	8
--	----------

2.2 O Dano Existencial e o Direito do Trabalho - Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga	24
---	-----------

2.3 Dano existencial e a jornada de trabalho - Lorena de Mello Rezende Colnago	50
---	-----------

2.4 Noções fundamentais sobre o Dano Existencial - Hidemberg Alves da Frota	60
--	-----------

3. Acórdãos

3.1 Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região publicado no DJ 11/09/2009, Relatora a Desembargadora Fátima T. L. Ledra Machado	77
---	-----------

3.2 Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 28/06/2013, Relator o Ministro Hugo Carlos Scheuermann	102
--	------------

3.3 Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 10/08/2012, Relator o Ministro Vieira de Mello Filho	111
--	------------

3.4 Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 21/09/2012, Relatora a Ministra Kátia Magalhães Arruda	122
--	------------

4. Ementas

4.1 DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO**128**

5. Sentenças

5.1 Sentença da 4ª Vara do Trabalho de Curitiba - PR, publicada no DJ 27/06/2013, Juiz Bráulio Gabriel Gusmão**130**

5.2 Sentença da 19ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, publicada em 13/05/2013, Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera.....**137**

6. Direito Comparado

6.1 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Relator o Magistrado Ferreira da Costa, datado de 08/02/2010**139**

6.2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Relator o Magistrado Ferreira da Costa, datado de 17/06/2013**166**

7. Sinopses

7.1 Responsabilidade civil por dano existencial. Flaviana Rampazzo Soares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009**202**

8. Súmulas do TST.....**204**

9. Bibliografia**205**

Apresentação

A vida imita a arte ou a arte imita a vida?

Oscar Wilde, ao responder essa intrincada questão, dizia que a vida imita a arte muito mais do que a arte imita a vida. No entanto, tal questão é aberta e terá uma resposta diversa a partir de cada sujeito e suas circunstâncias.

No entanto, é verdade que há determinadas liturgias da arte que podem ser, ao menos, comparadas ao que ocorre na vida real.

Assim, se para o intérprete de Hamlet ou Otelo, o fechar das cortinas do último ato representa um suspiro do dever cumprido com amor, o que dizer do palco da vida, onde cada um de nós, dentro da nossa história cumpre o seu papel como ator principal?

Nesse contexto, feliz é a pessoa que ao final da vida, ao cerrar os olhos, pode afirmar: tudo está consumado! Tal expressão traduz a magnitude do dever cumprido, do projeto de vida realizado, seria o término feliz de uma história da vida real. De modo contrário, tal sujeito, poderia dizer, ou pensar: tudo está consumido! Essa situação, apesar da semelhança na escrita, traduz algo diametralmente oposto: prepondera no lugar da felicidade o sentimento de angústia, do tempo acabado e do projeto de vida inacabado.

Mas, e se esse projeto de vida inacabado tivera como causa ou concausa circunstâncias alheias ao livre arbítrio do sujeito? Se esse esvaziamento da autorrealização tivera origem em atos e omissões de outros sujeitos? E, se a resposta for afirmativa, quais os instrumentos jurídicos que o Direito possui para conceder uma resposta adequada aos danos e também à iminência de danos?

Essas questões interessam ao Direito e vêm sendo estudadas a partir do que a doutrina nominou de “dano existencial”, que se subdivide em ofensa ao projeto de vida e no prejuízo à vida de relação. Nesta Revista Eletrônica, Hidemberg Alves da Frota afirma no artigo “Noções fundamentais sobre o dano existencial”, que não há projeto de vida sem a vida de relação e, na coexistência dos seres humanos, a solidariedade deverá estar presente para que todos alcancem uma vida digna, seja no âmbito familiar, social e no trabalho.

Dentro da característica gregária da natureza humana, a Dra. Lorena de Mello Colnago brinda-nos com o excelente artigo “Dano existencial e a jornada de

trabalho” que aborda de forma muito didática a relação entre a dignidade do homem com o tempo potencial em convívio em sociedade e com o tempo despendido na jornada de trabalho e também a imprescindível questão do meio ambiente do trabalho e a sustentabilidade humana, citando valioso precedente judicial do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul.

De forma sempre brilhante, a Dra. Ilse Marcelina Bernardi Lora, após apresentar o necessário diálogo entre direitos fundamentais, dignidade humana e relação de trabalho, traz um panorama histórico dos danos existenciais, bem como a sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho.

Os professores Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga após tecerem considerações pontuais a respeito do dano existencial no Direito do Trabalho, traçam distinções importantes em relação à perda de uma chance e enfrentam de forma pontual a difícil questão da quantificação da indenização por dano existencial. Por fim, é publicada na presente Revista Eletrônica uma ótima sinopse da obra Responsabilidade civil por dano existencial de Flaviana Rampazzo Soares, por Larissa Kloss Neto.

No desfecho constam decisões paradigmáticas proferidas no Tribunal da Relação do Porto (TRP) a respeito do “dano existencial”, bem como Acórdãos do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, de lavra do Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Exma. Ministra Kátia Magalhães Arruda e Exmo. Ministro Hugo Carlos Scheuermann que abordam o tema.

Do nosso Egrégio Nono Regional consta Acórdão de lavra da Exma. Desembargadora Fátima Loro Ledra e duas sentenças proferidas pelos Exmos. Magistrados Bráulio Gusmão e Tatiane Raquel Bastos Buquera.

A todos desejo que essa edição da Revista Eletrônica possa servir de ponto de partida para importantes reflexões a respeito do direito fundamental ao desenvolvimento pleno das capacidades humanas. E que possamos concretizar o respeito à autorrealização daqueles que estão próximos de nós, seja na família, no trabalho, na vida social e com muito amor em relação às pessoas desconhecidas, que estão ao nosso lado nas ruas, dia após dia, e ainda assim a sociedade insiste em torná-las invisíveis.

Boa leitura.



ANACAROLINA ZAINA

Desembargadora Vice-Diretora da Escola Judicial

Artigos

O Dano Existencial no Direito do Trabalho



Ilse Marcelina Bernardi Lora é Juíza Titular da Vara do Trabalho de Francisco Beltrão, Professora, Especialista em Tendências do Direito Processual pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE; - Especialista em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela Universidade da Amazônia - UNAMA;- Especialista em Direito Constitucional para o mercado de trabalho pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

1. INTRODUÇÃO

Oriunda do direito italiano, a teoria acerca do dano existencial como espécie dos danos imateriais, distinto do dano moral, e apto a fundamentar pleito ressarcitório, vem despertando gradativamente o interesse da doutrina e da jurisprudência, em especial diante de seus desdobramentos no âmbito do Poder Judiciário, instado a pronunciar-se sobre a matéria, tanto na esfera cível como laboral.

A jurisprudência nacional já registra casos de acolhimento de pedido de indenização fundado em prejuízo à vida do trabalhador fora do ambiente laboral, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, citando-se a título de exemplo julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em março de 2012 (Processo 0000105-14.2011.5.04.0241).

A relevância do tema e suas prováveis implicações no âmbito laboral e, por consequência, a necessidade de exame por parte do Judiciário Trabalhista, diante do previsível incremento das demandas envolvendo esta espécie de dano, motivaram o presente estudo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO HUMANO

O trabalho foi concebido, originariamente, como castigo e dor. A doutrina menciona que a palavra advém de *tripaliare*, torturar com *tripalium*, máquina de três pontas. Para outra vertente, a palavra *tripalium* significa cavalete de três paus, utilizado para conter os cavalos no momento de lhes aplicar a ferradura. Desta noção surgiu o termo *trapaliare*, que designa toda e qualquer atividade, inclusive a intelectual.¹

¹ FERRARI, Irany. **História do Trabalho**. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARY, Irani. SILVA FILHO, Ives Gandra Martins da (org.). **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTR, 2011, p.13-14.

"A história registra que os primeiros assalariados foram os escravos libertados por seus senhores e que, para sobreviver, alugavam seus serviços a terceiros mediante pagamento."

Independentemente do sentido que lhe é atribuído, é certo que em torno do trabalho as pessoas estruturam suas vidas, do que decorre a relevância do estudo acerca de todos os aspectos sociais, culturais e, especialmente, jurídicos nele envolvidos.

O trabalho passou por vários estágios de evolução. Inicialmente, sua principal função era obter alimentos. Na sequência, o homem, para prevenir ataques de animais ferozes, passou a fabricar instrumentos de defesa. Nas lutas com outras tribos, os vencedores matavam os adversários feridos. Com o passar do tempo, concluíram que, em lugar de matar, seria mais adequado escravizar os prisioneiros e submetê-los ao trabalho. Os excedentes passaram a ser vendidos, trocados ou alugados. A história registra que os primeiros assalariados foram os escravos libertados por seus senhores e que, para sobreviver, alugavam seus serviços a terceiros mediante pagamento.

À escravidão seguiu-se a servidão, amplamente utilizada na sociedade feudal da Idade Média e vista como condição intermediária entre a escravidão e a liberdade, na medida em que aos servos eram assegurados alguns direitos, a exemplo da herança de animais e objetos pessoais. Paralelamente à servidão, praticada no campo, desenvolveram-se no meio urbano as corporações, centradas no ofício e na profissão. Os denominados mestres da profissão mantinham sob sua direção os aprendizes e companheiros, a quem eram assegurados salário, assistência médica e monopólio do ofício.

A invenção da máquina de fiar e a vapor provocou profunda mudança nos métodos de produção, com reflexos nas relações entre patrões e trabalhadores. Inexistiam leis regulamentadoras do trabalho, o que propiciava ilimitada exploração dos operários.

A Revolução Francesa (1789), com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, deu origem ao liberalismo, afastando a intervenção do Estado da economia e conferindo-lhe a condição de mero árbitro das disputas sociais, o que prejudicou sensivelmente o desenvolvimento do direito do trabalho.

A intensa exploração dos trabalhadores deu origem ao movimento sindical, iniciando na Inglaterra, a partir de pequenos clubes que tinham em vista garantir direitos trabalhistas. A reunião dos trabalhadores assegurou-lhes mais força de negociação, passando então o direito do trabalho a ganhar contornos. Juntamente com o

incremento dos sindicatos, passou a intensificar-se a intervenção do Estado na economia e nas relações entre os particulares, inclusive nos contratos de trabalho, o que propiciou o efetivo nascimento do direito do trabalho.

A Constituição Mexicana de 1917 é apontada como marco inaugural do constitucionalismo social, que representa a inclusão de direitos trabalhistas e sociais na Constituição dos países. A Constituição alemã de 1919 contemplou importante conjunto de direitos trabalhistas, influenciando outras constituições europeias. Tinha início, assim, a institucionalização do Direito do Trabalho, que tem como um de seus pontos relevantes a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919) e que atingiu seu ápice nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, com o aprofundamento do processo de constitucionalização dos direitos. Criava-se dessa forma o chamado Estado de Bem-Estar Social.

Entretanto, no final do século XX iniciou-se, nos países desenvolvidos, após a crise do petróleo de 1973/1974, processo de reorganização do capital, com intensificação da concorrência interempresarial, aumento das taxas de desemprego e agravamento do déficit fiscal do Estado, inibindo seu papel de protagonista no incremento de políticas sociais. A revolução tecnológica agravou o quadro, trazendo, dentre outras consequências, a terciarização da atividade empresarial, a precarização das relações de trabalho, o desemprego estrutural e a criação de outras formas de prestação do labor, de que são exemplos o teletrabalho e o escritório em casa.

O Direito do Trabalho, em consequência do novo cenário social e econômico, aliado ao fenômeno da globalização, sofreu profundas transformações, com diminuição das normas de origem estatal e defesa enfática da flexibilização e da desregulamentação. O Estado buscou afastar-se das relações laborais, cedendo espaço aos sindicatos e conferindo maior prestígio à negociação coletiva. Entretanto, os sindicatos, também eles enfraquecidos, foram paulatinamente perdendo seus poderes de pressão e barganha. Neste cenário, emergiram os direitos fundamentais como fator decisivo para conter o avanço dos poderes empresariais e restabelecer o equilíbrio entre tais poderes e os direitos dos trabalhadores. Arion Sayão Romita assinala que “A função dos direitos fundamentais, em

tal contexto, cresce de importância. O núcleo duro representado pela gama de direitos denominados fundamentais resiste ao embate dos novos acontecimentos de ordem econômica para reafirmar o império da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana”²

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE HUMANA E RELAÇÕES DE TRABALHO

Para Arion Sayão Romita, “pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.”³

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana entrelaçam-se fortemente. O último é apontado como elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

A doutrina ressalta:

Quando a Constituição Federal elencou no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.⁴

No âmbito das relações trabalhistas a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância.

2 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005, p. 393.

3 ROMITA, Arion Sayão. Op. Cit., p. 36.

4 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana**. Disponível em www.mp.sp.gov.br/portal/page, acesso em 19.12.2012.

O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral. Para Rodrigo Goldschmidt, o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visem não somente a garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também a fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador.⁵

Os direitos fundamentais foram concebidos originariamente como direitos de defesa, para proteger o cidadão de interferências indevidas do Estado. Atendida essa dimensão, ao Poder Público era atribuída competência negativa, o que determinava a obrigação de respeitar o núcleo básico de liberdades do cidadão. Trata-se da chamada eficácia vertical, necessária, ante a manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade. Para José Joaquim Gomes Canotilho, a função de direitos de defesa dos cidadãos, exercida pelos direitos fundamentais, compreende dupla perspectiva: 1) no plano jurídico-objetivo, representam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo sua interferência na esfera jurídica individual; 2) no plano jurídico-subjetivo, significam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir abstenções do Estado, a fim de evitar ações lesivas por parte deste (liberdade negativa).⁶

Entretanto, com o evoluir das relações sociais e o incremento de suas necessidades, observou-se a insuficiência desse mero dever de abstenção. Surgiu então a chamada vinculação positiva dos poderes públicos, que pressupõe a ação do Estado, que deve adotar políticas e ações aptas a fomentar a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, concretizando assim o ideário do Estado Social.

Historicamente, conferiu-se especial proeminência à proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, em razão

5 GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção.** . In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. (coord.) **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p.209.

6 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Almedina: 1999, p. 383.

de que estes surgiram e afirmaram-se justamente como reação ao poder das monarquias absolutistas.

Entretanto, em razão da manifesta superação do tradicional conceito de que direito constitucional e direito privado ocupavam posições estanques, divorciadas entre si, e diante da progressiva assimilação da força normativa da Constituição, fez-se necessário refletir sobre o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Segundo Von Münch, “Uma vez desmoronado o dique que, segundo a doutrina precedente, separava o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais se precipitaram como uma cascata no mar do Direito privado.”⁷.

Segundo a doutrina tradicional, dominante no século XIX, os direitos fundamentais tinham por objetivo proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado e, como tal, não apresentavam relevância nas relações entre particulares. Entretanto, o reconhecimento de que os direitos fundamentais não se limitam ao direito de defesa, para conter o poder estatal, mas também compreendem postulados de proteção, conferiu supedâneo à teoria que defende sua aplicação no âmbito do direito privado. Consoante afirma Konrad Hesse “a liberdade humana pode resultar menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas”, razão por que “só é possível garanti-la eficazmente considerando-a como um todo unitário”⁸

Com efeito, o desenvolvimento da sociedade pulverizou o poder, antes concentrado nas mãos do Estado. As diversas formas de organização surgidas na órbita privada passaram a assumir relevantes funções, desenvolvendo-se também entre elas o fenômeno do poder, que deixou de ser atributo exclusivo do Estado. Existe na sociedade contemporânea, marcada que é pela complexidade, relações jurídicas entre particulares em que não impera o dogma da igualdade, verificando-se amiúde verticalidade, desigualdade e sujeição, com manifesta superioridade de uma das partes sobre as

7 MÜNCH, Ingo von. **Drittwirkung de derechos fundamentales em alemanía**. Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

8 HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138.

outras, o justificar a adoção da teoria da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao explicar a tese que advoga a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que esta toma em consideração, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. Quando se examina os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – que é, precipuamente, garantir níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos – , mostra-se razoável defender sua aplicação em todas as hipóteses onde possa haver comprometimento dessa esfera de autogoverno. Para esse efeito, é irrelevante que a redução do âmbito da autonomia decorra de ato de um poder privado ou de um poder público. “Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade.⁹

A experiência demonstra a pertinência da observação. O âmbito laboral, em razão de suas particularidades, em especial a subordinação jurídica do empregado, é propício à chamada horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, à aplicação desses direitos a relações entre particulares. Como consequência imediata da celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes de organização, fiscalização e disciplina do trabalho, que encontram fundamento no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”(grifos acrescentados). Consequência do poder diretivo assegurado ao empregador é a sujeição do empregado, que assume dependência hierárquica perante o empregador. Há, portanto, manifesta assimetria de poder, circunstância que pode fomentar a exacerbação das faculdades próprias dos poderes de direção e disciplinar enfeixados nas mãos do empregador, afetando, dentre outros, os direitos da personalidade do trabalhador.

9 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 148-149.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A doutrina assinala que, embora o reconhecimento dos direitos da personalidade, como categoria de direito subjetivo, seja relativamente recente, sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, com a punição de ofensas físicas e morais à pessoa. A efetiva construção de sua dogmática, entretanto, somente foi possível no final do século XX, em razão do redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). “A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal: [...]”¹⁰

Sobre o conceito dos direitos da personalidade, afirma a doutrina:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A idéia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.¹¹

Os direitos da personalidade representam consequência do reconhecimento da dignidade humana. No ordenamento jurídico brasileiro, sua proteção tem base constitucional, como se observa, exemplificativamente, do teor do art. 5º, da Carta Magna, e também do art. 6º, que assegura, dentre outros, o direito ao trabalho. Tais direitos compreendem núcleo mínimo assegurador da dignidade humana, o que alcança o trabalhador. A intangibilidade da dignidade do ser humano e o disposto nos arts. 12, 186 e 927 do Código Civil legitimam a reparação de danos causados por ação ou omissão que implique violação dos direitos da personalidade.

10 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19ª ed. 1º v. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

11 GAGLIANO, Pablo Stoleze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral**. V. I. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

Flaviana Rampazzo Soares assevera:

São as condutas que afetam os direitos da personalidade as que mais causam danos de natureza extrapatrimonial, pois afetam o equilíbrio da pessoa, atingindo a sua essência e, em última análise, a sua dignidade, tornando conveniente a atuação da responsabilidade civil para cessar a desarmonia ocasionada pelo ofensor.

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com o que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana.¹²

5. DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS

A responsabilidade civil incluía, tradicionalmente, apenas os danos materiais, que alcançavam os danos emergentes e os lucros cessantes. No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, a indenização por danos extrapatrimoniais era reconhecida em caráter excepcional. A admissão da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais somente passou a existir, de forma ampla, a partir da atual Carta Magna, mas sob a denominação de dano moral. No contexto nacional, a exemplo do que se verifica no direito comparado, historicamente doutrina e jurisprudência classificaram o dano injusto indenizável em dano patrimonial – aquele que atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata – e em dano moral – aquele que causa abalo psicológico, emocional, aflição, sensação doloroso ou angústia, a que foi acrescentado, posteriormente, o dano estético como terceira categoria de dano indenizável.

Progressivamente, no Brasil e no mundo, cresceu o reconhecimento da valorização do ser humano, considerado como um valor em si, o que propiciou maior interesse pela tutela dos direitos imateriais, com a ampliação de seu âmbito de proteção. Passou-se a contemplar não apenas os danos morais propriamente

12 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2009, p. 37.

ditos, e sim qualquer dano extrapatrimonial de relevo, do ponto de vista jurídico, ao desenvolvimento da personalidade, o que inclui, dentre outros, o direito à integridade física, à estética, às atividades de convivência e de relação. O novo paradigma da indenização passou a ser a ampla indenização dos danos extrapatrimoniais, considerados gênero, e dos quais o dano moral é espécie.¹³

6. O DANO EXISTENCIAL

Deve-se à doutrina italiana a construção de nova moldura da responsabilidade civil, incluindo nos danos indenizáveis nova categoria, denominada “dano existencial”, fundada nas atividades remuneradas ou não da pessoa, relativa aos variados interesses da integridade física e mental, de que são exemplos as relações sociais, de estudo, de lazer, comprometidas em razão de uma conduta lesiva.

A nova categoria passou a ser estudada em razão de que, no direito italiano, segundo a lei, somente são admitidas duas espécies de dano indenizável praticado contra a pessoa, quais sejam: a) o dano patrimonial, fundado no art. 2.043 do Código Civil; e b) o dano extrapatrimonial, previsto no art. 2.059 do mesmo Código, com a ressalva, entretanto, de que a indenização somente é devida nos casos previstos em lei ou se o dano for causado por uma conduta criminosa.

A falta de previsão em lei para a reparação do dano imaterial decorrente de ato ilícito civil levou a doutrina italiana, no início dos anos 60, a classificar nova espécie de dano injusto causado à pessoa, que foi denominado de dano à vida de relação e que consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa, que obstaculiza, total ou parcialmente, usufruir as benesses propiciadas por atividades recreativas, fora do âmbito laboral, como praticar esportes, frequentar clubes e igrejas, fazer turismo, dentre outras. A lesão provoca intensa interferência no estado de ânimo e, por consequência, no seu relacionamento social e profissional, reduzindo as chances de progresso no trabalho, com reflexo patrimonial negativo. Como exemplos, a doutrina cita erros médicos que comprometem a higidez física e impossibilitam a prática de esportes.¹⁴

13 SOARES, Flaviana Rampazzo. Op. Cit. P. 40.

14 ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Op. Cit. P. 18

O reconhecimento do dano à vida de relação, que exigia repercussão no patrimônio da vítima para gerar indenização, fundamentou os estudos que culminaram na admissão do dano existencial, mais amplo que o primeiro, pois enseja indenização independentemente do prejuízo financeiro e representa consagração da tutela da dignidade humana em sua plenitude. “O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.”¹⁵

A sentença 500, de 22.07.1999, proferida pela Corte de Cassação Italiana, é apontada como prova de reconhecimento, pelo Judiciário, da nova tendência doutrinária, na medida em que admitiu a pretensão indenizatória fundada tão somente na injustiça do dano e na lesão a uma posição constitucionalmente garantida. Em um segundo momento, considerado de maior relevo, a mesma Corte de Cassação Italiana proferiu a sentença 7.713, de 07.06.2000, reconhecendo expressamente o dano existencial. Trata-se de ação em que o pai foi condenado a pagar indenização pelo dano existencial causado ao filho, em razão da conduta omissiva do genitor, que resistiu inflexivelmente ao adimplemento das prestações de alimentos, somente vindo a efetuar o pagamento anos depois do nascimento do filho e em razão de determinação judicial, conduta que ofendeu o direito do autor de ser tratado com a necessária dignidade e comprometeu seu desenvolvimento.

7. DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Dano existencial, como visto, é a lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social. “É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em

15 ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Op. Cit. p.25.

"O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se restringe a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta."

razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina" [...] Significa, ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa ou quantitativa, que a pessoa sofre em suas atividades cotidianas".¹⁶

O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se restringe a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta. O dano moral propriamente dito afeta negativamente o ânimo da pessoa, estando relacionado ao sentimento, ou seja, é um sentir, enquanto o dano existencial é um não mais poder fazer, um dever de mudar a rotina. O dano existencial frustra projeto de vida da pessoa, prejudicando seu bem-estar e sua felicidade. "Destarte, o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa."¹⁷

No âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial pode estar presente na hipótese de assédio moral. Este, sabidamente, compromete a saúde do trabalhador, que apresenta, segundo as pesquisas, desde sintomas físicos, que incluem dores generalizadas, dentre outros males, até sintomas psíquicos importantes, com destaque para distúrbios do sono, depressão e ideias suicidas. O evento, além de causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento de capacidade laboral, pode ensejar sofrimento, angústia, abatimento (dano moral) e também prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial).

O trabalhador vítima de LER/DORT também pode padecer de dano existencial. As expressões "Lesões por Esforços Repetitivos (LER)" e "Distúrbios Osteo musculares Relacionados ao Trabalho (DORT)" abrangem os distúrbios ou doenças do sistema músculo-esquelético-ligamentar, que podem ou não estar relacionadas ao trabalho. As Lesões por Esforços Repetitivos (LER) contemplam problemas distintos, de causas diversas. Quando alguma destas enfermidades tiver como fator desencadeante os movimentos

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. Ol. Cit. p.44.

17 SOARES, Flaviana Rampazzo. Ol. Cit. p.99.

repetitivos merecerá o enquadramento como LER. Se os esforços repetitivos em questão forem executados no exercício da atividade laboral, a LER então se equipará à DORT, em razão do nexo causal (ocupacional), caracterizando-se como doença ocupacional (art. 20, § 2º da Lei 8.213/91). As lesões do sistema músculo-esquelético prejudicam não somente a atividade laboral, mas também as tarefas do dia a dia, tais como a higienização pessoal, a execução de instrumentos musicais e outras atividades de lazer, caracterizando-se, assim, o dano existencial.

O fundamento legal da reparação do dano existencial é encontrado nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, que consagram o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais. O Código Civil também empresta amparo à indenização, consoante se extrai do disposto nos arts. 12, caput, 186 e 927. Tais dispositivos são aplicáveis no âmbito laboral, em razão da previsão contida no art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, que autoriza a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho.

Na esfera judicial, o tema vem encontrando acolhimento, conforme se constata, exemplificativamente, de julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região em 14.03.2012, e cuja ementa ora se transcreve:

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 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. (0000105-14.2011.5.04.0241 RO. TRT/4ª Região. 1ª turma. Relator Desembargador José Felipe Ledur).

Há que considerar, entretanto, não obstante a relevância do tema e a indispensabilidade de emprestar-se concretização ao princípio e valor constitucional da dignidade humana, que a matéria deve ser enfrentada pelo Judiciário Trabalhista com a necessária prudência, sob pena de banalização de tão importante instrumento de tutela, apto, em razão de sua natureza e desde que adequadamente interpretado, à preservação da normalidade do cotidiano do trabalhador. Incumbe, portanto, ao magistrado agir com ponderação, considerando todas as circunstâncias do caso concreto e aquelas previstas de lei, de molde a aferir a real corporificação do dano existencial e, achando-se este presente, fixar quantia que, concomitantemente, desestimule a reincidência e compense a privação sofrida pelo trabalhador vítima do dano existencial, sem onerar excessivamente o ofensor e sem enriquecer a vítima, atendendo, assim, aos fins da responsabilidade civil.

8. CONCLUSÃO

O trabalho, concebido inicialmente como castigo e dor, ocupa posição central no cotidiano das pessoas, que em torno dele estruturam suas vidas.

A evolução do direito do trabalho foi lenta, mostrando-se como marco relevante à consolidação e reconhecimento dos direitos sociais a sua constitucionalização, que deu origem ao chamado Estado de Bem-Estar Social.

Entretanto, a reorganização do capital, precipitada pela crise do petróleo de 1973/1974, provocou o afastamento do Estado das relações laborais, compelindo os trabalhadores a buscar nos direitos fundamentais ponto de apoio para conter os avanços dos poderes

empresariais e restabelecer o equilíbrio entre tais poderes e os direitos dos laboristas.

Os direitos fundamentais, entrelaçados com o princípio da dignidade humana, inicialmente concebidos como direitos de defesa em face do Estado, assumiram nova feição, prestando-se também a evitar lesões e a fundamentar reparações por atos ilícitos, inclusive aqueles praticados por particulares, neste contexto inserido o empregador.

Os direitos da personalidade representam consequência do reconhecimento da dignidade humana e sua violação enseja reparação dos danos causados.

A responsabilidade civil incluía tradicionalmente apenas os danos materiais. A admissão da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais somente passou a existir de forma ampla, no cenário nacional, a partir da Constituição Federal de 1988, mas sob a denominação de dano moral.

Deve-se à doutrina italiana a construção de nova moldura da responsabilidade civil, incluindo nos danos indenizáveis nova categoria, denominada “dano existencial”, que consiste em lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social.

O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se limita a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta.

No âmbito do Direito do Trabalho pode estar presente, exemplificativamente, nas hipóteses de assédio moral e doença ocupacional, na medida em que tais eventos, além de ensejar sofrimento e angústia (dano moral), também podem causar prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial), registrando-se acolhimento, pela magistratura trabalhista, de pedido de indenização calcado em renúncia involuntária às atividades cotidianas do trabalhador em razão de conduta ilícita do empregador (TRT/4ª Região. Processo 0000105-14.2011.5.04.0241).

Registra-se, entretanto, a necessidade de o tema ser enfrentado com a necessária prudência pelo Poder Judiciário, que

deve estar atento e vigilante para coarctar eventuais atitudes passíveis de por em risco a credibilidade deste importante instrumento de tutela, que se mostra apto, em razão de sua natureza e desde que adequadamente interpretado, à preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana**. Disponível em www.mp.sp.gov.br/portal/page, acesso em 19.12.2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. (coord.) **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19ª ed. 1º v. São Paulo: Saraiva, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FERRARY, Irani. SILVA FILHO, Ives Gandra Martins da (org.). **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTR, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V.4. t.1. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2009.

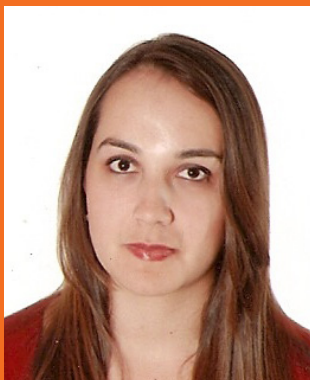
Publicado originalmente na Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 284, de fevereiro de 2013.

Artigos

O Dano Existencial e o Direito do Trabalho



Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho - Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo - USP. Professor.



Rúbia Zanotelli de Alvarenga Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora.

SUMÁRIO: 1. O dano existencial nas relações de trabalho; 2. Elementos do dano existencial; 3. O projeto de vida e a vida de relação como direitos da personalidade do trabalhador; 4. O dano existencial e a saúde do trabalhador; 5. Dano moral e dano existencial: distinção e cumulação; 6. Dano existencial e perda de uma chance: distinções; 7. Quantificação da indenização por dano existencial.

RESUMO: O presente texto dedicou-se ao estudo do dano existencial no Direito do Trabalho, figura jurídica que não deve ser confundida com o dano moral nem tampouco com o prejuízo pela perda de uma chance. No afã de demonstrar a autonomia da figura estudada, foram analisados os elementos caracterizados do dano existencial, a saber: o projeto de vida e a vida de relações, e dedicada particular atenção à importância da proteção à saúde do trabalhador. Evidenciou-se que o poder diretivo do empregador não pode afetar a existência do empregado enquanto ser humano, titular de direitos da personalidade, e que para se assegurar a um completo bem-estar físico e mental a todos os trabalhadores é preciso encontrar mecanismos que impeçam a sua submissão a regimes de trabalho exaustivos.

ABSTRACT: This text devoted himself to the study of existential damage in Labor Law, a legal device that should not be confused with the moral damage nor injury with the loss of a chance. In the rush to demonstrate the autonomy of figure study,

we analyzed the existential elements characterized the damage, namely the project of life and a life of relationships, and devoted particular attention to the importance of protecting workers' health. It was evident that the directive power of the employer can not affect the existence of the employee as a human being, entitled to rights of personality, and to ensure that a complete physical well-being and mental health for all workers need to find mechanisms that prevent submission to comprehensive schemes of work.

Palavras-chaves: Direitos da personalidade. Dano existencial: o projeto de vida e a vida de relação. Dano Moral. Responsabilidade pela perda de uma chance.

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 talento.¹ 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.

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 propre. (SUPIOR, 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, pp. 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 país.³

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 com trabalhadores estiverem nessa situação e apenas cinquenta ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo. Ganho aumentado pelo fato de vinte e cinco dos cinquenta 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, quinze dos vinte e cinco 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 dez 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 à 10% ao mês.

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 à 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.

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 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 à 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 este.⁵

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,

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 (SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010, pp. 24/25).

5 E parassualmente 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, pp. 243-253).

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

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 Bebbber, 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 humana.⁷

6 BEBBBER, 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, mês out/dez, 2005, p. 48.

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. Flaviane 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:

[...] 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 tranqüilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.¹⁰

8 IDEM, p. 46.

9 SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 44.

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

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) 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 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 incumbidos.¹³

Elementos do dano existencial

Além dos elementos inerentes à qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de

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.

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

13 IDEM, p. 75.

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 relações.¹⁴

O primeiro deles Júlio César Bebber associa a tudo aquilo que determinada 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 existencial.¹⁵

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 existência.¹⁶

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 recreativas e extralaborativas tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz com isso suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial.¹⁷

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.

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

"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."

Em suma, o dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, com 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 humanidade.¹⁹

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.

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" (artigo 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,

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.

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (artigo 227). E como bem observa Maria Vittoria Ballestrero, 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 familiar.²⁰

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 caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre

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 proficua 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, mês out/dez, 2005, p. 58.

22 IDEM, p. 60.

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 Extraí-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

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.

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 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).²⁵

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 humana.²⁶

25 IDEM.

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

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.

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 trabalho.²⁹

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

27 IDEM, p. 39.

28 Paulo Oliveira V. 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 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. 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.

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 trabalhador.³⁰

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 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 tutelada.³³

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.

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, mês out/dez, 2005, p. 62.

32 IDEM, p. 62.

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

No que tange à proteção à saúde do trabalhador, Maurício 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 infortunistica do trabalho.³⁴

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 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 submetido.³⁵

34 DELGADO, Maurício Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, Ano XXII, n. 256, outubro, 2010, p. 8.

35 SOARES, Flaviana Rampazo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 76.

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 L.E.R., 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.

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*, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição a alguma coisa dele ou gerar um prejuízo a seu patrimônio.³⁸

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

36 IDEM, p. 76.

37 IDEM, p. 76.

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

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 existência.⁴⁰

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 Maurício 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, vergonha.⁴¹

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

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-

39 MARTINS, Sérgio 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 Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 3 out. 2012.

42 IDEM.

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 objetiva.⁴⁴

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 pessoa.⁴⁵ 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

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 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

dano existencial.⁴⁸

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

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

48 Maurício 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, 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 nesta seara recursal de natureza extraordinária, conforme o teor da Súmula 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 este 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 de 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, mês out/dez, 2005, p. 68.

50 IDEM, p. 68.

uma chance, quando esta for séria e real. O seu diferencial seria justamente a probabilidade e não a certeza do resultado aguardado. Esta 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 utilizado para distingui-la da hipótese de dano emergente, em que 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

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, artigo 1º. da CRF/1988 e artigo 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, Abril/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. Nesta 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 aquilatar-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 3ª Região, 10ª Turma. RO - 00709-2008-033-03-00-5. Decisão proferida em 08 07 2009 e publicada no DEJT DATA: 15-07-2009 PG: 121. Relatora Convocada Taísa Maria Macena de Lima)

gere um dano desta natureza. A perda de uma oportunidade concreta prejudica o próprio patrimônio da vítima e não apenas os seus atributos da personalidade.⁵³ É possível afirmar que a perda de 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 comecinhos 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

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.

"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."

a correr.⁵⁴ Neste exemplo o autor do dano deverá indenizá-lo pela chance perdida, pela violação aos seus atributos morais e ressarcir-las 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; 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 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.

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

⁵⁴ IDEM, p. 71/72.

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 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

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.

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

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(a) 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 ser 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 constitucionais. É preciso que se avance nas relações trabalhistas, que se punam os exploradores, que se ressarcam 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, mês 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 Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 3 out. 2012.

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

DELGADO, Maurício Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, Ano XXII, n. 256, outubro, 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, Sérgio 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.

Publicado originalmente na Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, n. 284, fev. 2013.

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. **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.

Artigos

Dano existencial e a jornada de trabalho



Lorena de Mello Rezende Colnago. Juíza do Trabalho Substituta no Paraná. Mestre em Processo pela UFES. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora universitária.

As longas jornadas de trabalho têm sido apontadas com as grandes vilãs das agressões à saúde dos trabalhadores, contribuindo para o aumento do número de acidentes de trabalho. O presente ensaio pretende levantar algumas das causas e conseqüências a essa prática tão disseminada no país.

Observe-se que o art. 59 e seguintes da CLT permitem o elastecimento da jornada legal em duas horas diárias sempre que houver necessidade de serviço, e em caso de força maior, o parâmetro legal seria majorado para até quatro horas diárias, totalizando uma duração diária de doze horas de labor, se considerado o limite constitucional de oito horas.

Uma jornada de trabalho sem a limitação constitucional (art. 7, XIII, CF) ou especial de determinada profissão pode acarretar grave dano à saúde do trabalhador, observado o triplo aspecto da tutela à saúde prevista pela OMS: físico, social e psíquico¹, vez que um indivíduo submetido a jornada superior a legal trabalha com redução de sua capacidade de concentração, fica sujeito às desatenções que causam acidentes de trabalho, face ao stress corporal e mental a que é submetido.

Segundo o Ministério da Previdência Social, apesar do número global de acidentes ter diminuído em 2010, sendo registrados 701.496 acidentes de trabalho contra 733.365 acidentes em 2009, a maior incidência encontra-se no setor das doenças laborais, com aumento significativo para o número de transtornos mentais e comportamentais, a CID "reações ao estresse grave e transtornos de adaptação", por exemplo, apresentou 5.919 casos só no último ano, sendo o maior número de acidentes encontrado no setor de

1 FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012.

serviços.²

Conforme as estatísticas e estudos do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, nos últimos anos o trabalho tem acompanhado o trabalhador ocupando cada vez mais seu tempo livre:

De acordo com a análise feita pelo Instituto, para um grupo dos entrevistados – de 30% e 50% deles – há uma percepção comum da relação entre o tempo de trabalho e o tempo livre: a de que o tempo de trabalho remunerado afeta de modo significativo, crescente e negativo o tempo livre. Isso, segundo o pesquisador, é um fenômeno preocupante, porque gera uma série de conseqüências negativas para **a vida desses trabalhadores, como cansaço, estresse e desmotivação, além de prejuízo das relações familiares e de amizade, das atividades esportivas, educacionais etc.**

Para André Gambier, não deixa de ser contraditório observar que a percepção desse grupo de entrevistados conflita com a leitura que se fez dos dados da PNAD/IBGE, os quais mostram uma aparente redução da importância do tempo de trabalho na vida cotidiana da população brasileira. Ele disse que parte da explicação pode ser uma “diluição” das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo livre, já que para quase metade dos entrevistados, mesmo quando é alcançado o limite da jornada diária, o trabalho continua a acompanhá-los, até mesmo em suas casas.(...) **O SIPS ouviu 3.796 pessoas residentes em áreas urbanas, das cinco regiões do país.** (grifo nosso)³

2 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010)*. 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

3 BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Dedicação ao trabalho invade tempo livre das pessoas*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun. 2012.

Em outra pesquisa, realizada em 2011 pelo IPEA⁴, das 3.709 pessoas ouvidas, sendo 42, 25% no setor de serviços e 30,82% no setor de comércio, pelo menos 1 (um) a cada 5 (cinco) profissionais já sofreu algum tipo de doença ocasionada pelo trabalho excessivo, chegando a 17,7% o índice de adoentados pelo trabalho.

Entre os entrevistados, 41,6% perceberam que realizavam atividades que antes eram exercidas por mais de uma pessoa (...).O percentual de profissionais que não consegue se desligar totalmente do trabalho durante o período de folga chegou a 45,6%. Desse índice, 26% afirmaram que ficam de prontidão, pois podem ser acionados por alguma atividade, 7,9% planejam ou desenvolvem atividades referentes ao trabalho via celular ou computador, 7,2% procuram aprender coisas sobre o trabalho e 4,2% exercem outra atividade remunerada⁵.

Como se pode observar estatisticamente o tempo de trabalho tem ultrapassado os limites das empresas e invadido o repouso ou o tempo livre dos trabalhadores, que estão cada vez mais estressados pelo acúmulo de atividades.

Esse acúmulo ocorre não só dentro das empresas, mas também no tempo de lazer quando o trabalhador é acionado pelos meios telemáticos de comunicação (celular, ipad, ifone, notebook...) e das mais variadas formas, desde uma ligação para solução de problemas ligados ao trabalho fora da jornada até o trabalho a domicílio não computado na jornada.

No total, estima-se que o indivíduo passe mais tempo com o trabalho do que com sua família ou consigo mesmo. Por esse motivo, o legislador ordinário alterou o art. 6º da Consolidação (Lei 12.551/2011), equiparando a subordinação realizada indiretamente e estrutural pelos meios telemáticos à subordinação direta.

4 BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea*. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.

5 Ibid.

Essa alteração no conceito de subordinação jurídica do texto celetista foi realizada com o intuito de proteger o trabalhador em sua dignidade e integridade física quanto ao limite constitucional de jornada, que tem por escopo a proteção da integridade física e psíquica do obreiro.

Em atenção a esse novo fenômeno, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul manifestou-se favoravelmente à configuração de lesão moral, do tipo existencial, a uma trabalhadora submetida sistematicamente à jornada extraordinária, considerando o prejuízo sofrido em suas relações sociais e afetivas.⁶

Nesse sentido, a imposição de pagamento das horas com o adicional mínimo de 50% (art. 7, XVI, CF/88) não tem gerado o esperado efeito inibitório e reeducativo no empregador, a fim de impedir essa violação a um dos aspectos da dignidade humana (art. 1, III, CF/88).

O chamado dano existencial é aquele que priva o indivíduo de colocar em prática o seu projeto de vida⁷. Contudo, esse projeto de vida precisa ser possível, razoável e concretizável, considerando-se o indivíduo como um ser inserido num contexto social com real possibilidade de coexistência entre as individualidades.⁸

[...] Ao participar do mundo com os outros, o *ser-aí* se liga aos demais *seres-aí* e se torna um *ser-no-mundo-com-os-outros*: está no mundo, morada em que vive em indispensável coexistência e ao qual atribui sentido constantemente. *Ser-no-mundo*, conhece o mundo, nele sabe se movimentar e se orientar, nele encontra a sua morada. *Ser-com-os-outros*, consciente da presença dos demais, a qual lhe é necessária, sem a qual não se completa.⁹

6 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241*. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012.

7 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico e existencial*) — breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009

8 FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17564>. Acesso em: 28 jun. 2012.

9 Ibid.

O homem é um ser social, já dizia Hobbes¹⁰, por isso parcela de sua dignidade está intrinsecamente relacionada com o tempo potencial de convívio em sociedade – família, amigos e membros da comunidade mais próxima -, ao trabalhar o homem é naturalmente ceifado deste convívio, agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que é outra parcela de sua dignidade humana.

Assim, para considerar-se completo ele deve ter ao menos em potencial tempo para o trabalho e tempo para a desconexão do trabalho, possibilitando o convívio social extramuros da “fábrica”. Se esse tempo não lhe é concedido, ou seja, se o empregador não respeita o tempo de desconexão concedido legalmente para esse fim, por exemplo, as onze horas interjornada (art. 66 da CLT), ele viola parcela da dignidade humana do trabalhador, afetando aspectos de sua existência, ou coexistência social, daí o chamado dano existencial.

O dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas.

Essa violação tem como primeira conseqüência o pagamento da hora acrescida do adicional mínimo de 50%. E, caso essa violação torne-se sistemática e extenuante, o ordenamento pátrio previu a tipificação da conduta do empregador como crime – art. 149, *caput*, do Código Penal, alterado pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito

10 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.

anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)¹¹

Assim, no atual conceito de trabalho em condições análogas a escravo, que ultrapassa os limites do trabalho forçado previsto nas Convenções 29 e 105 da OIT, o legislador pátrio inseriu a jornada extenuante que viola a dignidade humana do indivíduo, sendo esse um outro aspecto ou conseqüência legal da jornada exaustiva.

Por fim, surge no direito civil a reprimenda com fins pedagógicos a essa prática nociva à saúde do trabalhador, que é a configuração do dano existencial causado pela jornada extenuante, como uma faceta da lesão individual causada pelo empregador em violação e abuso às normas do trabalho referentes à limitação de sua duração (art. 7, XIII e XVI, CF, art. 2, art. 58, 59, 157 da CLT).

"(...) a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial."

Essa conduta, no âmbito civil atrai a incidência do art. e art. 186, 187 e 422 do CC, que versam sobre o ato ilícito ou abusivo e a função social do contrato, sendo o contrato de trabalho um tipo especial de contrato, deve seguir sua regulamentação, observando os princípios gerais contratuais quando houver compatibilidade (art. 8, parágrafo único, da CLT).

Nesse mister, a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial.

O dano existencial distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.

Pode-se afirmar que a Lei Maior abarca tanto o dano moral como o existencial no art. 5, V e X.

Também não se pode confundir o dano estético, que é

11 BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012.

a proteção concedida aos aspectos físicos da pessoa em sua integralidade (art. 5, V, CF e Súmula 387 do STJ).

Assim, essa nova categoria de dano vem agregar-se às demais para imprimir um caráter pedagógico à conduta lesiva ao patrimônio imaterial e interpessoal do indivíduo, na tentativa de restabelecer o equilíbrio do ser social, em atenção ao novel aspecto do direito à saúde e à participação equilibrada do homem junto ao meio ambiente, a **sustentabilidade humana**.

No aspecto dos direitos fundamentais, a sustentabilidade humana advém da eficácia horizontal do direito que todo indivíduo tem de ser respeitado como pessoa inserida na *biota*, ou seja, como destinatário de direitos humanos reconhecidos na lei fundamental. No caso do objeto deste estudo o direito a não mercantilização de seu trabalho (dignidade humana no aspecto trabalhista), ao respeito à sua integridade físico, psíquica e social (conceito ampliativo do direito fundamental à saúde), bem como ao respeito a cada um dos direitos fundamentais sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, que inclui o lazer como forma de desconexão ao trabalho, e a própria condição de ser social (efetivação real de seus projetos afetivos e de vida, aspecto existencial da dignidade humana).

Portanto, em síntese do que foi analisado pode-se afirmar que os direitos fundamentais são aqueles inerentes à própria condição de ser humano, reconhecidos no âmbito internacional e positivados na Lei Fundamental de um país. Eles refletem as conquistas da humanidade, e por isso têm um núcleo duro, que em eventual conflito não pode ser violado, daí o método da ponderação de bens.

A limitação da jornada de trabalho, a proteção da saúde do indivíduo no tríplice aspecto (físico-mental-social) e de sua dignidade humana, são direitos humanos positivados pela Constituição Federal Brasileira, ao lado da livre iniciativa.

Em eventual conflito entre esses direitos o núcleo duro de cada um deles, sob a influência do princípio da interpretação *pro homine* deve prevalecer. Assim, eventual violação da jornada de trabalho deve ser combatida sob a égide do Direito do Trabalho, com a dação do adicional de horas extras e da inibição dessa prática no âmbito do Direito do Trabalho Administrativo; do Direito Penal do Trabalho, por meio da tipificação dessa conduta como crime de redução a condição análoga a de escravo, se a jornada for caracterizada como exaustiva;

mas também, no âmbito civil, para que a integridade do obreiro como ser social seja preservada, é o chamada sustentabilidade humana, que uma vez violada gera o dano existencial.

Esse dano ao aspecto do ser afetivo, em seus projetos de vida, merece ser combatido por meio de indenizações de caráter pedagógicos, que visem a reeducação do empregador para a eliminação da prática nociva de adoção de jornada exaustiva, mas também para incentivar o respeito ao direito do trabalhador à desconexão de toda e qualquer atividade laboral nos seus intervalos interjornada, semanais e também anuais, a fim de preservar a vida em sociedade (sustentabilidade humana) e evitar um retrocesso social como retorno da mercantilização do trabalho, em que o homem era tratado como uma peça das engrenagens da fábrica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004

BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012

BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dedicção ao trabalho invade tempo livre das pessoas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun.2012

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010). 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469>>. Acesso em: 02 maio 2012

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. LTr. Suplemento Trabalhista, v.46, p.363 - 370, 2010.

FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17564>>. Acesso em: 28 jun. 2012

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.

PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009

QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996

SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012

Artigo originalmente publicado na Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 143, p. 737-740, dez. 2012 com o título "Dano Existencial decorrente de violações à jornada de trabalho."

Artigos

Noções fundamentais sobre o Dano Existencial



Hidemberg Alves da Frota
é Agente Técnico-Jurídico
do Ministério Público
do Estado do Amazonas.
Pesquisador em Direito.

Sumário: 1 Conceito. 2 Os danos ao projeto de vida e à vida de relações. 3 Possíveis eventos que podem resultar em dano existencial. 4 Precedentes judiciais emblemáticos. 5 Conclusão. 6 Referências.

Resumo: Este artigo traz a lume o conceito e as espécies de dano existencial. Além disso, examina acontecimentos que podem redundar em dano existencial. E, por último, versa acerca de casos concretos judiciais nos quais se identificou a presença do dano existencial.

Palavras-chaves: dano existencial; dano ao projeto de vida; dano à vida de relações; noções basilares; precedentes judiciais.

Abstract: This article brings to light the concept and modalities of existential damage. It also examines events that can result in existential damage. And, finally, analyzes judicial cases in which it was identified the presence of existential damage.

Key words: existential damage; damage to the project of life; damage to the relationship life; basic notions; judicial precedents.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de propiciar à comunidade jurídica aportes teóricos basilares acerca do dano existencial, a fim de franquear aos profissionais do Direito elementos precípuos, por meio dos quais possam compreender a essência de tal construção jurídica e, ao mesmo tempo, obtenham subsídios sobre quais

seriam as circunstâncias em que o referido constructo se revelaria, eventualmente, aplicável, ao contrastarem o conceito de dano existencial e suas espécies com circunstâncias ilustrativas de sua ocorrência.

1 CONCEITO

Deflagrado por eventos que, por vezes, também repercutem no âmbito da integridade física, moral e psíquica, o *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação*¹ (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

2 OS DANOS AO PROJETO DE VIDA E À VIDA DE RELAÇÕES

O dano existencial se subdivide no *dano ao projeto de vida* e no *dano à vida de relações*.

Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em 2 (dois) eixos:

(a) De um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização*² *integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência.

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão

1 “[...] o dano existencial, este ligado sobretudo à vida de relação, nomeadamente, familiar.” Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo n.º 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

2 “A autorrealização é todo um lento e complexo processo de despertar, desenvolvimento e amadurecimento psicológicos de todas as adormecidas potencialidades íntimas, que estão latentes no ser humano, como suas experiências e realizações ético-morais, estéticas, religiosas, artísticas e culturais. Equivale esclarecer que é todo um esforço bem direcionado para a realização do *Eu* profundo e não da superficialidade das paixões do ego.” Cf. FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito*: obra ditada pelo espírito de Joanna de Ângelis. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003, p. 19.

que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.³

O *dano ao projeto de vida* refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.⁴ (grifo da autora)

[...] Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão

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

4 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 166.

temporal. O conceito de projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe parecem acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida revela, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. [...] É por isso que a brusca ruptura dessa busca, por fatores alheios causados pelo homem (como a violência, a injustiça, a discriminação), que alteram e destroem, de forma injusta e arbitrária, o projeto de vida de uma pessoa, reveste-se de particular gravidade, — e o Direito não pode se quedar indiferente a isso. A vida — ao menos a que conhecemos — é uma só, e tem um limite temporal, e a destruição do projeto de vida acarreta um dano quase sempre verdadeiramente irreparável, ou uma vez ou outra de difícil reparação.⁵

(b) E, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*⁶, a qual 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

5 Cuida-se de tradução livre do trecho principal dos itens 3 a 4 do voto articulado pelo Juiz Augusto Cançado Trindade, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gutiérrez Soler versus Colombia*: “[...] 3. Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirmos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo ‘proyecto’ encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno. 4. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.” (grifo do autor) Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n° 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

6 “[...] vida de relação: funções que põem o ser vivo em comunicação com o mundo exterior.” Cf. DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

(processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores, ínsita à humanidade.

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. 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.

[...] O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal.

[...] O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc.

[...] É afetado pelo dano existencial aquele que é injustamente privado de sua liberdade, privação essa que pudesse [sic] ter ceifado a possibilidade de convívio familiar, durante alguns meses, tempo esse precioso, principalmente, considerando a eventualidade de um familiar próximo dessa pessoa estar doente, com risco de morte e, ainda, sem ter condições de compartilhar de confraternizações, de ir ao cinema, de participar de atividades religiosas, acadêmicas, etc.

[...] Os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou

"(...) importa, do ponto de vista do dano existencial, que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida* e/ou *vida de relação*."

definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial.⁷

Não há projeto de vida sem a vida de relação: as pessoas humanas, como *seres-no-mundo-com-os-outros*⁸ ou *seres coexistentiais*⁹, precisam interagir umas com as outras, de modo que sejam concebidos, modelados, planejados, materializados, adaptados e readaptados os objetivos, as metas e as atividades que fornecem propósito às suas existências.

Como foi exposto, a coexistencialidade é um dos pressupostos existenciais do "projeto de vida". Embora o projeto seja uma decisão livre, só pode se realizar com a contribuição dos demais seres, no seio da sociedade. O "projeto de vida" se formula e decide para sua realização em sociedade, em companhia dos "outros". A constituição coexistencial do ser humano torna possível sua realização comunitária. Sem os outros não se poderia projetar.¹⁰

Tendo havido ou não ataque à integridade física ou psíquica, à esfera do patrimônio material (lucros cessantes ou danos

7 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44, 46, 47.

8 Expressão existencialista inspirada no pensamento do filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) e adotada pela jusfilósofa Jeannette Antonios Maman, docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003, p. 84.

9 Locução adotada no singular (*ser coexistencial*) por um dos pioneiros, na filosofia italiana, no estudo do existencialismo, Nicola Abbagnano (1901-1990). Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006, p. 28. (Coleção Dialética)

10 Trata-se de tradução livre deste ensinamento doutrinário: "Como se ha expresado, la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del "proyecto de vida". Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar con la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El "proyecto de vida" se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los "otros". La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin ló "otros" no se podría proyectar." Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", p. 35. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010. Por meio do portal eletrônico *Diké*, a Pontifícia Universidade Católica do Peru homenageou o jusfilósofo peruano Carlos Fernández Sessarego (docente da plurissecular *Universidad Nacional Mayor de San Marcos* — UNMSN e nome de relevo nas pesquisas jurídicas hispano-americanas relacionadas ao *dano ao projeto de vida*), ao franquear aos usuários da Rede Mundial de Computadores trabalhos significativos de sua trajetória intelectual. Cf. PERU. Biblioteca de Autor de DIKE: selección de diez artículos del doctor Carlos Fernández Sessarego. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/?ba_fs.htm>. Acesso em: 10 abr. 2010.

emergentes¹¹), à constituição biológica ou estética ou ao bem-estar psicológico da vítima, importa, do ponto de vista do dano existencial, que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida* e/ou *vida de relação*.

Salienta Guedes: “O dano existencial pode decorrer de atos ilícitos que não prejudicam a saúde nem o patrimônio da vítima, mas a impedem de continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal.”¹²

Portanto, nem todo dano *moral* (a exemplo dos reflexos deletérios sobre a honra subjetiva provocados por uma humilhação em público), *material* (ilustrado por determinado decréscimo patrimonial) ou *psíquico* (exemplificado pelo sofrimento psíquico ocasionado por um evento traumático, tal qual episódio de violência urbana) implica também a ocorrência de *dano existencial*, pois que, para que este seja caracterizado, há de se fazer presente o *nexo causal* ou *etiológico* entre o evento danoso e o considerável impedimento ao *projeto de vida* ou à *vida de relação* da vítima.

3 POSSÍVEIS EVENTOS QUE PODEM RESULTAR EM DANO EXISTENCIAL

Podem resultar em *dano existencial* incidentes cuja repercussão seja de tamanha magnitude a ponto de inviabilizar relacionamentos de cunho familiar, afetivo-sexual ou profissional (*dano à vida de relação*) e/ou fulminar metas e objetivos de importância vital à autorrealização (*dano ao projeto de vida*), resultando no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes.

Possíveis situações caracterizadoras de dano existencial (rol meramente exemplificativo):

11 No campo dos danos *materiais*, os danos *emergentes* aludem “ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’”, ao passo que os *lucros cessantes* dizem respeito “àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que ela não ganhou’”. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 41.

12 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 128.

a) A perda de um familiar¹³ ou o abandono parental¹⁴ em momento crucial do desenvolvimento da personalidade.

(b) O assédio sexual.

(c) O terror psicológico no ambiente de trabalho¹⁵, no contexto escolar ou na intimidade familiar.

(d) A violência urbana ou rural.

(e) Atentados promovidos por organizações extremistas e o terrorismo de Estado.

(i) Prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário¹⁶.

(g) Guerras civis, revoluções, golpes de Estado e conflitos armados multiétnicos e internacionais.

(h) Acidentes de trânsito¹⁷ ou de trabalho¹⁸.

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, tais acontecimentos podem ter o condão de impedir a prática de atos de suma importância para a *autorrealização pessoal* (a exemplo do exercício de um trabalho, uma profissão, um ofício, uma atividade

13 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000). Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

14 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, jun.-jul. 2006, p. 93-95.

15 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 128-130.

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84, 85.

17 *Ibid.*, p. 47 e 85. Nesse sentido: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz-Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

18 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Op. cit.*, p. 77, 88, 89.

ou uma ocupação, bem como da possibilidade de se estabelecer ou manterem vínculos afetivos e de se fundar um núcleo familiar) e tornar facetas do cotidiano que, até então, pareciam triviais ou corriqueiras um momento de profunda angústia, tensão, dificuldade e frustração, como ir e vir, dirigir um automóvel, tomar um ônibus, manter relações sexuais com o marido ou a esposa, o companheiro ou a companheira, deixar os filhos no colégio, ler um livro, entabular uma tertúlia despreziosa com amigos e parentes, andar na rua sem estar em estado de alerta ou entrar em um espaço fechado sem se sentir asfíxiado.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS EMBLEMÁTICOS

Colhem-se do Poder Judiciário de Portugal¹⁹ didáticos exemplos²⁰ do campo de incidência do dano existencial:

(a) Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão de 18 de março de 2003 (Relator, Juiz Conselheiro Lucas Coelho). Reconheceu que a morte de genitor, devida a acidente de trânsito, quando a filha mais nova era recém-nascida, proporcionou “um dano existencial de relevo na personalidade moral da criança”²¹.

(b) Tribunal da Relação de Guimarães (TRG). Acórdão de 23 de maio de 2004 (Relator, Juiz Desembargador José M. C. Vieira e Cunha). Vislumbrou *dano existencial e psíquico* decorrente de sequelas de acidente de trânsito do qual adveio, para o jovem vitimado (à época estudante de curso politécnico, estudo que não pôde prosseguir depois do acidente viário), a incapacidade laboral permanente estimada em 50% (cinquenta por cento). Sob o prisma do dano existencial e psíquico, o TRG constatou a dificuldade de o autor da ação judicial enfrentar o fato de que, após o sinistro, adquiriu

19 Em Portugal (Estado unitário), conforme a Constituição nacional de 1976 (art. 210, nº 4), a segunda instância do Poder Judiciário é exercida, em regra, pelos *Tribunais da Relação* (compostos por *Juizes Desembargadores*), denominação que, no Brasil, ao longo do Império, possuíam os atuais *Tribunais de Justiça* dos Estados-membros (então *Províncias*), período em que o Brasil era Estado unitário. Cf. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

20 Na citação de fragmentos de decisões judiciais portuguesas, manteve-se a ortografia do português europeu.

21 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Trechos do Item 4 da ementa e item 2 do Capítulo III da fundamentação Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo n. 04B3527 – JSTJ000). Relator: Juiz-Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

expressiva incapacidade para protagonizar todos os aspectos da sua vida:

[...] revelando os autos a incapacidade actual de completar qualquer formação e um fortíssimo dano existencial, que torna o Autor fortemente dependente de terceiros, designadamente de familiares próximos [...]

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação, com base na dificuldade de “coping” do Autor, na dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como o *id quod plerumque accidit*: a dificuldade de realização do Autor, portador de grande incapacidade, em todas as vertentes das respectivas relações sociais, para futuro).

[...] os autos patenteiam um sofrimento notório do Autor, acompanhado de um dano existencial e de relação (a incapacidade de exprimir a força vital orientada para a realização do eu e a incapacidade que para o Autor resultou de se tornar protagonista da sua própria existência – cf. M^a Gloria Campi, in Molinari, op. cit., pg.390) de que apenas tenuamente poderemos acompanhar as consequências futuras.²²

(c) Tribunal da Relação do Porto (TRP). Acórdão de 31 de março de 2009 (Relator, Juiz Desembargador José Maria Cabrita Vieira e Cunha). No tocante aos reflexos de acidente de trânsito sobre a integridade psíquica e existencial de mulher de meia-idade (empregada doméstica acometida de incapacidade geral para o trabalho de 25%), o TRP teceu considerações seguindo a linha de raciocínio esposada no supracitado precedente do TRG (ambos os julgados da relatoria do Juiz Desembargador Vieira e Cunha), ao atinar com os efeitos deletérios do sinistro para a esfera das relações interpessoais e o campo de atividades da vítima:

22 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Trechos do item V da ementa e do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, a incapacidade para o desempenho da actividade profissional de empregada doméstica que sempre desempenhou; o prejuízo sexual — fixável num grau 3 em 5)²³

(d) Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 20 de abril de 2010 (novamente na qualidade de Relator, o Juiz Desembargador Vieira e Cunha). Consiste em caso judicial que ilustra como o dano existencial (também, *in casu*, decursivo de acidente de trânsito), mais do que afetar o projeto de vida da pessoa humana e seus círculos de relações intersubjetivas, faz com que atos tão intrínsecos à rotina pretérita da vítima se convertam, após a prática do ilícito, em tarefas árduas de executar:

[...] o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, *a incapacidade para o desempenho das actividades diárias, de cultivo ou agrícolas, de carpinteiro, ou outras, de utilidade permanente, e próprias do passadio de vida de qualquer cidadão e de qualquer estrato social, a dificuldade em realizar as tarefas tão simples de vestir, calçar ou tomar banho, em suma, o prejuízo de afirmação pessoal [...]*.²⁴ (grifo nosso)

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos

23 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

24 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

(Corte IDH)²⁵, destaca-se, recorda Nunes²⁶, o caso *Benavides versus Peru*, julgado em 3 de dezembro de 2001.

No referido *decisum*, a Corte IDH, sob a presidência do Juiz Augusto Antônio Cançado Trindade²⁷, inferiu “dano ao projeto de vida”²⁸ de Luis Alberto Cantoral Benavides e, por conseguinte, impôs à República do Peru a concessão à vítima de “uma bolsa de estudos”²⁹ e o custeio dos “gastos de sua manutenção durante o período de seus estudos”³⁰.

Tal condenação do Estado peruano se originou de prisão provisória ilegal e arbitrária, realizada no domicílio da vítima pela Polícia Antiterrorista³¹ (*Dirección Nacional contra el Terrorismo*) do Peru (que, em verdade, procurava pelo irmão mais velho e, na ausência deste, prendeu aquele)³².

O encarceramento durou 4 (quatro) anos, durante os quais Benavides sofreu abusos físicos e psicológicos que ocasionaram problemas psiquiátricos perenes e o impeliram a se refugiar no Brasil após sua soltura, prejudicando a dimensão acadêmica do seu *projeto de vida* anterior à prisão (então com vinte anos de idade, cursava graduação em Biologia na Universidade Nacional Maior de

25 Instituição autônoma, a Corte Interamericana de Derechos Humanos tem como desiderato “a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José da Costa, 1969), consoante prevê o art. 1º, 1ª parte, do seu Estatuto. Cf. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

26 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 167.

27 Presidente da Corte IDH no quadriênio 1999-2003, Cançado Trindade, na atualidade, encontra-se no desempenho de mandato (2009-2018) de Juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, nos Países Baixos.

28 Ibid., p. 167

29 Ibid., loc. cit.

30 Ibid., loc. cit.

31 FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

32 Ibid., loc. cit.

São Marcos, instituição universitária sediada em Lima)³³.

Ao motivar sua decisão, salientou a Corte Interamericana:

É, de outra parte, evidente para esta Corte que os fatos deste caso ocasionaram uma grave alteração do curso que, normalmente, teria seguido a vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Os transtornos que esses fatos lhe impuseram, impediram a realização da vocação, das aspirações e potencialidades da vítima, em particular no que diz respeito à sua formação e ao seu trabalho como profissional. Tudo isso tem representado um sério prejuízo para o seu “projeto de vida”.³⁴

Ao compulsar a jurisprudência italiana relativa ao dano existencial, Soares³⁵ menciona precedente da Corte de Apelação de Gênova, corporificada em sentença de mérito de 7 de fevereiro de 2003, por meio da qual o juízo monocrático de revisão, decorridos cerca de 7 (sete) anos de prisão, absolveu Daniele Barillà da acusação de prática de crime relativo a tráfico de drogas.

Sob a óptica do dano existencial, aquele juízo singular de segundo grau focou os desdobramentos dos anos de prisão sobre a vida social e familiar do acusado:

A indenização por dano existencial foi concedida, tendo em vista que o ofendido teve um comprometimento negativo em suas condições de

33 Informações colhidas dos itens 35 e 54 do supracitado aresto. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

34 Tradução livre nossa do item 60, Capítulo VIII, do aresto em sede do caso *Benavides versus Peru*: “60. Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘proyecto de vida’.” Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

35 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84.

vida, em razão da prisão injusta, tendo renunciado “involuntariamente aos próprios hábitos da vida”, não pôde constituir uma família, ficou privado do convívio da família e da noiva; não estava junto ao pai quando este faleceu, sofreu preconceito e privações por ser considerado traficante de drogas.³⁶

Conquanto, no Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal, ausente-se construção pretoriana a acolher, de forma explícita, a terminologia *dano existencial*, observa-se na jurisprudência iterativa do Tribunal Superior do Trabalho o dano ao *projeto de vida* (em face de *acidente laboral*) enxergado como espécie de *dano moral* (e não como categoria autônoma), uma vez que a Corte Superior do Trabalho, de forma reiterada, tem esposado o posicionamento de Sebastião Geraldo de Oliveira³⁷, segundo o qual com “frequência o *evento acidente* [de trabalho] *representa o desmonte traumático de um projeto de vida*, a ‘prisão’ compulsória numa cadeira de rodas, o isolamento da vida em sociedade ou o desamparo da orfandade.”³⁸.

5 CONCLUSÃO

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística,

36 Ibid., loc. cit.

37 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 207.

38 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Trecho da fundamentação dos votos condutos lançados nos autos dos Processos Judiciais nºs TST-AIRR-79/2005-003-21-40.0, TST-AIRR-951/2000-067-03-40.3, TST-AIRR-1192/2005-401-04-40.6, TST-A-RR-4830/2002-664-09-00.5, TST-RR-1357/2005-004-20-00.4, TST-RR-1306/2006-047-12-00.5, TST-AIRR-951/2000-067-03-40.3, TST-AIRR-102840-69.2006.5.04.0381, TST-AIRR-1.168/2005-042-03-40.5, TST-AIRR-1407/2006-041-12-40.2, TST-AIRR-2184/2000-009-07-40.4, TST-AIRR-15083/2004-012-11-40.8, TST-AIRR-350/2004-091-09-40.5, TST-RR-1654/2004-083-15-00.8, TST-E-RR-133800-90.2007.5.03.0028, TST-RR-1541/2001-021-03-00.9, TST-RR-449/2004-561-04-00.9, TST-E-RR-625/2006-052-18-00.6, TST-RR-689/2000-089-09-00.7, TST-RR-955/2002-401-02-00.5, TST-RR-130200-62.2007.5.03.0060, TST-RR-1306/2006-047-12-00.5, TST-RR-1338/2007-028-03-00.2, TST-RR-1338/2007-028-03-00.2, TST-RR-1556/2005-004-17-00.9, TST-AIRR-1556/2005-004-17-40.3, TST-RR-173400-56.2005.5.04.0030 e TST-RR-18900/2005-028-09-00.2. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010, grifo nosso.

científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação* (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Subdivide-se no *dano ao projeto de vida* e no *dano à vida de relações*. Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em 2 (dois) eixos: de um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência; e, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*, a qual 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 ínsita à humanidade.

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006. (Coleção Dialética)

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico e existencial*) — breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Trecho da fundamentação dos votos condutos lançados nos autos dos Processos Judiciais nºs TST-AIRR-79/2005-003-21-40.0, TST-AIRR-951/2000-067-03-40.3, TST-AIRR-1192/2005-401-04-40.6, TST-A-RR-4830/2002-664-09-00.5, TST-RR-1357/2005-004-20-00.4, TST-RR-1306/2006-047-12-00.5, TST-AIRR-951/2000-067-03-40.3, TST-AIRR-102840-69.2006.5.04.0381, TST-AIRR-1.168/2005-042-03-40.5, TST-AIRR-1407/2006-041-12-40.2, TST-AIRR-2184/2000-009-07-40.4, TST-AIRR-15083/2004-012-11-40.8, TST-AIRR-350/2004-091-09-40.5, TST-RR-1654/2004-083-15-00.8, TST-E-RR-133800-90.2007.5.03.0028, TST-RR-1541/2001-021-03-00.9, TST-RR-449/2004-561-04-00.9, TST-E-RR-625/2006-052-18-00.6, TST-RR-689/2000-089-09-00.7, TST-RR-955/2002-401-02-00.5, TST-RR-130200-62.2007.5.03.0060, TST-RR-1306/2006-047-12-00.5, TST-RR-1338/2007-028-03-00.2, TST-RR-1338/2007-028-03-00.2, TST-RR-1556/2005-004-17-00.9, TST-AIRR-1556/2005-004-17-40.3, TST-

RR-173400-56.2005.5.04.0030 e TST-RR-18900/2005-028-09-00.2.
Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, p. 71-87, jun.-jul. 2006.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010.

FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito: obra ditada pelo espírito de Joanna de Ângelis*. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003.

FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 159-178.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. _____. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

_____. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos.

Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000). Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

_____. _____. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. _____. Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

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

Publicado originalmente em *O Direito*, Lisboa, v. 142, n. 5, p. 1.005-1.018, 2010.

Acórdão

Desembargadora Fátima T. L. Ledra Machado



Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região publicado no DJ 11/09/2009, Relatora a Desembargadora Fátima T. L. Ledra Machado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **03ª VARA DO TRABALHO DE CASCAVEL - PR**, sendo Recorrentes (autor) e (ré) e Recorridos **OS MESMOS**.

[...]

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE (RÉ) (ANÁLISE PREFERENCIAL EM RAZÃO DA MATÉRIA)

nexo causal

A Sentença (fls. 318/327) julgou incontroverso o acidente de trabalho, fez referência ao CAT emitido em 26/05/1993 e considerou que o Autor fruiu auxílio-doença acidentário até 05/05/1996, o que fez com que, muito embora não fosse pontual o Laudo Pericial, compreendesse presente a existência de nexo causal entre o dano e o trabalho desempenhado na Ré.

A Ré recorre. Aduz inexistência de nexo causal, pois "conforme documento de fls. 23, onde Código Internacional de Doenças mencionados é o CID nº 72.427, fratura do úmero distal" (fl. 348), e, a doença não acomete a perna do Autor, mas a sua coluna, quando não há qualquer sinal a esta patologia e o acidente ocorrido em 1993. Afirmo que o problema do Autor começou com uma hérnia de disco lombar L-5 e S-1 (conforme tomografia de fls. 268), evoluindo para espondilartrose lombar (fl. 269, quesito 1). Esclarece que "a espondiloartrose, ou soteoartrose central ou, ainda, doença degenerativa discal, constitui a forma mais frequente de "reumatismo" e embora possa comprometer todos os segmentos da coluna a forma

mais comum é a do comprometimento cervical e/ou lombar, nas regiões de C5 a C7 e de L3 a L5". Insiste, assim, que o quadro clínico do autor decorre de doença degenerativa dos discos intervertebrais, articulações interapofisárias posteriores e uncovertebrais. Contudo, menciona que a causa das "espondiloartropatias", gênero ao qual pertence a espondiloartrose, não tem sua causa completamente conhecida, mas "sabe-se da existência de um marcador (HLA-B27) que está presente na maioria dos doentes, sugerindo que a doença tem um caráter fortemente genético". Por fim, sinaliza que a hérnia discal demanda tempo, e, em 1993 o Autor já a possuía. Dissociado o dano apontado do acidente ocorrido na Ré, resta desautorizada o estabelecimento denexo causal.

Sem razão.

O Autor foi admitido para o cargo Ajudante de Serviços Gerais (CTPS, fl. 13) em 15/02/1992 pela [...]. Em 01/12/93 foi transferido para a [...], passando à [...]em 01/04/94, na qual houve alteração da denominação para [...] (em 01/04/2000). Sofreu Acidente de Trabalho Maio de 1993, com emissão de CAT em 26/05/1993 (fl. 19, pela antecessora da Ré). Aos 15 dias de janeiro de 2001 foi demitido sem justa causa.

Com efeito, incontroverso o acidente de trabalho. Além disso, a Ré emitiu CAT (fl. 19 e 101), e, houve fruição de auxílio-doença acidentário (B 91), por cerca de três anos (fls. 27, 102 e 108/109).

Restringe-se a controvérsia quanto à zona afetada (perna x coluna vertebral).

Conquanto o CAT emitido pela antecessora da Ré (fl. 19, 101) aponte "estiramento na perna", certo que o acidente envolveu algo muito mais grave, caso contrário não seria justificável o afastamento por três anos do Autor. Embora o verso do CAT esteja em branco (fl. 19/vs, fl. 101/vs) e o de verso da fl. 224 seja ilegível (dada a letra do médico que diagnosticou), o ofício da Ré à fl. 23 e também à fl. 115, dá conta que na ocasião do acidente o Autor "veio a machucar sua espinha", sendo o termo popularmente refere-se à coluna vertebral (conforme também aponta Dicionário Aurélio online - [Do lat. spina.] Substantivo feminino. 1.Pop. Série de apófises da coluna vertebral. 2.Pop. A coluna vertebral.). A requisição de fl. 238 (data de 15/06/1993) aponta lombocitalgia aguda, e, o ofício do INSS (fl. 116) aponta também que o acidente de trabalho ocasionou a hérnia

discal (razão por que recomendou, em reabilitação, atividades que não demandassem grande esforço físico).

Portanto, ao contrário do mencionado pela Ré, o Autor não teve sua perna lesionada no acidente de trabalho ocorrido em 1993, mas sua coluna vertebral, cuja consequência foi o mencionado "estiramento" na perna, em razão da compressão.

Para a apuração da existência ou não do nexo causal, foi determinada a realização de perícia pelo Douto Juízo a quo. Consta do Laudo Pericial (fls. 270/275):

"Como descrito no item 4 do questionário I, podemos considerar possível que as lesões que o autor foi acometido seja em decorrência de tal acidente, apesar de que não podemos afirmar em relação a CAT. Os exames que o autor possui são bastante evidentes da relação entre o acidente e as lesões sofridas";

"Como fizemos várias referencias, todos os dados obtidos apontam para o nexo entre o acidente e a patologia sofrida, porém não podemos afirmar com certeza, por causa da dificuldade de obtermos dados conclusivos nas CAT's apresentadas nos documentos de fls. 19, 101, 224, 266, que ou estavam em branco ou ilegíveis".

"Os exames que o autor possui são bastante evidentes da relação entre o acidente e as lesões sofridas."

Esclareceu também o Expert que:

"De acordo com os dados cineantropométricos colidos no momento da perícia, altura 1,85 mts, e peso em 1993 85 Kg o autor poderia elevar uma carga de até 70% de seu peso, ou seja, 59.50 Kg de carga para elevação do solo. Considerando os dados acima o autor estava apto para fazer elevação de cargas até um peso de 60 Kg sem que isso fosse um fator decisivo em seu problema médico";

"... a lesão sofrida na perna direita evoluiu para atrofia na perna direita. A lesão da coluna lombar guarda relação com a hérnia de disco lombar L4-L5 na qual o autor foi submetido a duas cirurgias".

Releva destacar que o Perito concluiu pela possibilidade da ocorrência da hérnia de disco diante de esforços para vencer a inércia de cargas, sendo que, na maioria das vezes, o disco herniado situa-

se em L5-S1, exatamente a patologia apresentada pelo Autor (fl. 273, resposta ao quesito 1). Aliás, compreendo que o Expert só não afirmou, mas apontou de forma firme a existência de nexos causal, por terem se passado mais de uma década da data do infortúnio até a sua avaliação, mormente considerada que a Medicina. Consignou o Perito (fl. 274):

"Como fizemos várias referências, todos os dados obtidos apontam para o nexo entre o acidente e patologia sofrida, porém não podemos afirmar com certeza, por causa da DIFICULDADE DE OBTERMOS DADOS CONCLUSIVOS NAS CATS APRESENTADAS NOS DOCUMENTOS DE FLS. 19, 101, 224, 266, QUE ESTAVAM EM BRANCO OU ILEGÍVEIS."

Não bastasse, do confronto entre o peso recomendado para elevação e movimentação de objetos para o Autor, segundo o Médico Perito (considerada altura e peso, era de 59,9kg), com o apontado pela prova testemunhal, torna-se evidente o agente deflagrador da doença, fortalecendo a tese abraçada na Origem de presença de nexos causal.

A testemunha O. J. DOS S. declarou que "trabalhava no mesmo local que o autor, sendo que este exercia a função de serviços gerais, realizando abastecimento de máquinas, arrumação de sacarias, e, as vezes, era colocado pelo chefe do pátio para ajudar no carregamento e descarregamento de caminhões", sendo que "após o encerramento do período de safra, ficavam apenas 4 empregados no setor de carregamento, incluindo o autor, que além dos seus serviços normais, atuava nesta função", detalhando que o "serviço de descarga de algodões em saco era feito pelos descarregadores, que chacoalhavam e empurravam as mercadorias, colocando-as no carrinho de mão, levando até as empilhadeiras", e, esclarecendo, ao ver a foto de fl. 31, que o "descarregamento era feito da forma descrita no item 9, isto é, puxava o fardo, chacoalhando, e, por fim, empurrando até a empilhadeira, sendo a descarga da empilhadeira efetuada da mesma forma". Disse também a testemunha O. que, "para o carregamento do caminhão o procedimento era o mesmo do descarregamento", mencionando que o Autor desempenhou as atividades descritas "por aproximadamente 9 safras".

A testemunha R. G. declarou que o Autor "fazia de tudo dentro da empresa reclamada, (...) fazendo a carga e descarga de fardos de pluma dos caminhões". Explicou que "para a carga dos fardos, o empregado empurrava o fardo para a empilhadeira,

chacoalhando-o, e na retirada do fardo para colocar no caminhão, puxavam, efetuando o mesmo procedimento" , ou seja, o procedimento é o mesmo descrito pela Testemunha O.

Ou seja, havia utilização de grande força braçal, mormente para empurrar e elevar, vez que não havia máquinas a viabilizar todos os atos.

Gize-se que a patologia desenvolvida pelo Autor (hérnia de disco), normalmente se instala insidiosamente e se manifesta internamente, com tendência de agravamento, sendo difícil estabelecer se a enfermidade apareceu ou não por causa do trabalho. Porém, deve-se atentar ao fato de, apesar de degenerativas, algumas doenças ocupacionais também possuem essa natureza. Certo que o desgaste contínuo com sobrecargas (como os fardos constantes nas fotografias de fls. 31), sobrecarrega a coluna vertebral, como consignou o Médico Perito, mas cabe salientar, como pontou o Juízo de Origem:

"É do conhecimento geral e comum, inclusive para pessoas com o nível de instrução que o demandante possuía, que a atividade desenvolvida poderia resultar no que resultou, mormente em se considerando o movimento a ser realizado e o peso do fardo de algodão."

Considerando que o liame de causalidade é o vínculo que se estabelece entre o trabalho desempenhado (causa) e o acidente do trabalho (efeito), e, confrontando o labor desempenhado, a situação descrita como ensejadora da doença e o diagnóstico efetuado, entendo que o labor outrora desempenhado pelo Autor, ocasionou-se a doença apontada, sendo que o estiramento ("travamento") na perna descrito no CAT, foi consequência da doença maior que era a hérnia de disco.

Consigne-se ainda que mesmo se cogitasse que a patologia do Autor fosse degenerativa, essa circunstância, por si só, não repele o nexo causal entre a doença e o serviço efetuado, pois deve-se ter em mente, numa análise superficial (vez que o critério culpa será analisado no tópico seguinte) que este concorreu, no mínimo, para o agravamento ou antecipação do dano, não viabilizando a exclusão da causalidade ou responsabilidade da empresa. Além de não demonstrado tendências genéticas, à Ré incumbia identificar os fatores de risco presentes nas situações de trabalho, bem como

"(...) não se pode olvidar que na data do acidente o Autor contava com 27 (vinte e sete) anos de idade, sendo certo que jovem a justificar a presença de doença degenerativa em 1993, denotando mais uma vez, que a sobrecarga foi crucial ao desenvolvimento da hérnia discal."

dar condições adequadas de labor para seus empregados. Por fim, não se pode olvidar que na data do acidente o Autor contava com 27 (vinte e sete) anos de idade, sendo certo que jovem a justificar a presença de doença degenerativa em 1993, denotando mais uma vez, que a sobrecarga foi crucial ao desenvolvimento da hérnia discal.

Diante da prova documental, pericial e testemunhal, não vejo espaço para tese de Defesa, de se tratar de doença degenerativa ou mesmo genética.

MANTENHO.

inaplicabilidade da responsabilidade objetiva - ausência de culpa da Ré - ausência desvio de função - experiência do Autor - culpa exclusiva da vítima

O Juízo de Primeiro Grau (fls. 318/327) adotou a Teoria Objetiva (artigo 927 do Código Civil), pois entendeu que "a culpa (em sentido amplo) do empregador não é condição para o reconhecimento da obrigação de indenizar, podendo-se concluir que não é necessário que haja comportamento anormal do empregador para gerar o direito à indenização, pois o simples exercício da atividade, ainda que normalmente desenvolvida, pode acarretar o direito à indenização, caso tenha provocado danos à vítima." (Sebastião Geraldo de Oliveira, in Responsabilidade civil objetiva por acidente do trabalho - Teoria do Risco, Revista LTr 68-04, pag. 405/416)", posicionando-se que "a existência ou não de culpa, em qualquer das suas modalidades (imperícia, imprudência ou negligência), se por parte do empregador é fator a ser considerado para fixação do quantum devido (não para lhe ser atribuída responsabilidade de indenizar, a qual surge com o risco a que submete seu empregado) e, se por parte do empregado, afasta qualquer obrigação do empregador".

Diante disso, considerando que a atividade exercida pelo Autor o submetia a um risco maior que à coletividade em geral, e, não demonstrada a culpa exclusiva deste, impôs à Ré a responsabilidade pelo acidente. Consignou também que "mesmo que não se fizesse presente a responsabilidade objetiva pela teoria do risco criado, tenho que a culpa da empresa ré está sobejamente comprovada nos autos", pois:

"O Reclamante era constantemente colocado para efetuar a

carga e descarga de fardos de algodão dos caminhões, sobretudo nos períodos de entressafra. As testemunhas foram uníssonas nesse sentido. E mais, descreveram com percuciência como era realizada a aludida tarefa.

(...)

Além disso, as testemunhas afirmaram que não havia treinamento para o exercício da referida tarefa. A questão de o Reclamante ser uma pessoa que efetuava tal atividade por um longo tempo e ser uma pessoa experiente não retira a responsabilidade do empregador em empregar todos os meios necessários para que haja segurança e se diminua o desforço físico dos empregados para o desempenho dos deveres contratuais. No caso em comento, a forma como eram feitas as cargas e descargas dos fardos de algodão acarretam enorme dispêndio de energia pelos trabalhadores, sendo presumível a possibilidade de ocorrência de lesões musculares ou de outra ordem física, como a que acometeu o Reclamante.

É do conhecimento geral e comum, inclusive para pessoas com o nível de instrução que o demandante possuía, que a atividade desenvolvida poderia resultar no que resultou, mormente em se considerando o movimento a ser realizado e o peso do fardo de algodão.

Culpa, portanto, existiu por parte do réu, em não adequar seu ambiente de trabalho, dotando-o de equipamentos capazes de efetuar o levantamento e manuseio de mercadorias pesadas, de forma a prevenir a ocorrência de acidentes de trabalho.

(...)"

Insurge-se a Ré face a Decisão. Aduz ser inaplicável a Teoria Objetiva, mas sim devendo ser apurada a existência de culpa (Teoria Subjetiva), pois a empresa já arca com SAT (de modo admitir o risco do empreendimento), e, também porque na data do sinistro encontrava-se vigente o Código Civil de 1916, que "não continha em seu bojo semelhante regra jurídica" (referindo-se ao artigo 927 do Código Civil de 2002) (fl. 342). Afirma inexistir risco ou atividade potencialmente perigosa. Sustenta, adiante, a ausência de culpa sua, bem como do alegado desvio de função. Alega que inexistia outra forma de realizar o serviço, dizendo que "restou claro, na instrução, que jamais o Recorrido carregou 200kg de peso nas

costas, isto é, o transporte era efetuado em um carrinho e o fardo subia ou descia do caminhão por intermédio de uma emplilhadeira, incumbindo ao Recorrido apenas e tão somente bolear, empurrar, chacoalhar ou quebrar o fardo, isto é, com uma parte dele apoiado no chão" (fls. 345), insistindo também que a atividade não acarreta risco. Afirmando que o Autor possuía experiência e treinamento, visa eximir-se da sua culpa, bem como acometê-la exclusiva, ou, sucessivamente, de modo concorrente ao Autor (verso de fl. 352 e fl. 353); agora, alegando que o Autor "conhecia o perigo e sabia da atenção e dos cuidados que eram necessários para o trabalho" (sublinhado não contido à fl. 346). Conclui pela inexistência da ação ou omissão da Ré passível de ocasionar o dano apontado na Inicial. Pede a reforma da Sentença para expungir sua condenação por indenização por acidente do trabalho.

Parcial razão lhe assiste no que tange a teoria adotada, mas não há alteração no desfecho da demanda.

Segundo entendimento consolidado desta Turma, ainda que a responsabilidade civil decorrente do acidente de trabalho seja, com maior freqüência de natureza subjetiva, exigindo prova de que o empregador não concorreu para o sinistro mediante ato (ação ou omissão) doloso ou culposo em qualquer grau, e, como consequência, atribuindo ao empregado a prova do nexo causal entre o acidente, contribuição do ofensor (mediante dolo ou culpa) e o dano alegado (art. 159 do CC/1916; arts. 186, 187 e 927 do CC/2002) (OJ 47, II), ela também poderá ser objetiva.

Assim, será ela objetiva, quando presentes hipóteses compatíveis com o art. 927, parágrafo único, do CC/2002, que incorporou a teoria do risco ("Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem").

Não compartilho do entendimento do Juízo de Origem no que tange a teoria adotada.

Aplicável a disciplina do artigo 186 e não 927, ambos do Código Civil ("Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."). Por força do disposto nos artigos 186 e 187 deste Código, no conceito de ato

ilícito, estão abrangidas, as condutas daquele que violar direito ou causar dano a outrem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (artigo 186) e, também, as condutas do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187).

Sob esta ótica, a configuração da responsabilidade civil impõe a concorrência: a) do ato ilícito praticado por ação ou omissão ou pelo excesso ao exercício de direito; b) da culpa do seu agente, no conceito genérico (elemento subjetivo); ou c) do dano material ou moral do ofendido (elemento objetivo).

Contudo, não vislumbro elementos que alterem o desfecho da demanda, pois assim como o Juízo Originário (que não deixou de analisar a culpa da Ré), entendo que a Ré tem culpa.

As testemunhas ouvidas relataram a forma de serviço, e deram conta que as dores experimentadas pelo Autor iniciaram após o trauma - acidente de trabalho.

A testemunha O. declarou:

"(...) que somente depois do acidente ocorrido com o autor, é que este passou a se queixar de dores nas costas/coluna; 4) não havia treinamento para a função de cargas e descargas de caminhões; 5) que para o descarregamento/carregamento de caminhões haviam empregados contratados especificamente para isto, ou seja, os ensacadores; reperguntas do reclamante: 6) o depoente trabalhava nas épocas de safra, ou seja, de 4 a 6 meses por ano; 7) após o encerramento do período de safra, ficavam apenas 4 empregados no setor de carregamento, incluindo o autor, que além dos seus serviços normais, atuava nesta função; 8) que no dia seguinte ao acidente do autor, o depoente e R. foram contratados por dia para realizar a função do autor; 9) que o serviço de descarga de algodões em saco era feito pelos descarregadores, que chacoalhavam e empurravam as mercadorias, colocando-as no carrinho de mão, levando até as empilhadeiras; 10) apresentada a foto de folha 31, esclareceu que o descarregamento era feito da forma descrita no item 9, isto é, puxava o fardo, chacoalhando, e, por fim, empurrando até a empilhadeira, sendo a descarga da empilhadeira efetuada da mesma forma; 11) para o carregamento do caminhão o procedimento era o mesmo do descarregamento; reperguntas da reclamada: 12) o carrinho de mão

para o transporte dos fardos tinha duas rodas na frente, apenas; 13) o depoente realizou estes serviços por aproximadamente 9 safras; 14) este tipo de serviço foi feito apenas para a reclamada; 15) haviam outras algodoeirias na cidade de Cascavel; 16) não tem conhecimento se o sistema de carga e descarga de fardos era o mesmo do utilizado na reclamada nas outras algodoeirias; 17) na safra de 1992 o autor trabalhou para a reclamada, tendo, também, efetuado carga e descarga de fardos.(...)"

A testemunha R. disse:

"(...) que trabalhou junto com o autor, sabendo que este "fazia de tudo" dentro da empresa reclamada; 3) o autor, após o término da safra, trabalhava, também, fazendo a carga e descarga de fardos de pluma dos caminhões; 4) não estava presente no dia em que o autor se acidentou; 5) para a carga dos fardos, o empregado empurrava o fardo para a empilhadeira, chacoalhando-o, e na retirada do fardo para colocar no caminhão, puxavam, efetuando o mesmo procedimento; 6) não havia treinamento para o exercício desta tarefa; 7) não sabe se o autor se queixava de dores antes do acidente; reperfuradas do reclamante: 8) da pilha de carregamento até a empilhadeira, o fardo era carregado em carrinho de madeira, com duas rodas na frente, sendo empurrado por um empregado; 9) para colocar os fardos no carrinho, os empregados faziam força com uma alavanca de ferro, sendo os fardos jogados para cima do carrinho; 10) a empilhadeira era tipo um carrinho, movimentada pelos empregados; 11) durante o tempo que o depoente trabalhou, não sabe de outro acidente, a não ser o ocorrido com o autor; 12) que o autor freqüentemente, no período de safra, era chamado para efetuar a carga e descarga de fardos, pois este era experiente na tarefa; reperfuradas da reclamada: 13) que antes da empresa ré, o depoente trabalhou por 13 anos na empresa B., exercendo a mesma tarefa de carga e descarga de fardos; 14) na B. havia um trator que transportava os fardos, ou seja, havia uma empilhadeira elétrica, mas para colocar e retirar os fardos das empilhadeiras os empregados utilizavam dos mesmos métodos empregados na empresa ré; 15) da empilhadeira para chegar à posição final do caminhão, o depoente "ia rodando o fardo nas pernas"; 16) para erguer os garfos da empilhadeira havia uma alavanca elétrica. (...)"

Diante do modo de concretizar as tarefas adotados na Ré, entendo que restou comprovada sua culpa da Ré. Competia-lhe zelar pela prevenção de acidentes e riscos no ambiente de trabalho, não

socorrendo-lhe o argumento de que o Autor fora treinado e tinha experiência, tampouco que não havia outro modo de realização do trabalho. Vale mencionar que a Norma Regulamentadora 1, do MTE, estabelece que:

"1.7 - Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e medicina do trabalho, dando ciência aos empregados, com os seguintes objetivos:

I - prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho;

II - divulgar as obrigações e proibições que os empregados devam conhecer e cumprir;

III - dar conhecimento aos empregados de que serão passíveis de punição, pelo descumprimento das ordens de serviço expedidas;

IV - determinar os procedimentos que deverão ser adotados em caso de acidente do trabalho e doenças profissionais ou do trabalho;

V - adotar medidas determinadas pelo MTb;"

Certo também que a atividade violava as limitações impostas pela Convenção 127 da OIT, promulgada pelo Decreto 67.339/1970, que veda a admissão e o desenvolvimento de trabalho que exponha o trabalhador a manejar carga excessiva. Conquanto o Autor não suportasse inteiramente a carga, havia manipulação que demandava que o Autor empurrasse a carga, de modo que suportava quase que inteiramente seu peso, aliviado apenas pelo ponto de apoio no chão.

A questão de manipulação de fardos de algodão já foi analisada no tópico anterior, o fato de não existir outro modo de proceder ao "rolamento" dos fardos do algodão, não exime a Ré. Ao contrário, só corrobora com sua culpa, pois demonstra que o Autor não tinha como desempenhar suas tarefas de modo diverso a evitar problemas músculo-esqueléticos, como o que lhe acometeu.

Extrai-se, portanto, que a Ré não cumpriu com o seu dever de neutralizar/eliminar as inseguranças do ambiente de trabalho,

expondo, desnecessariamente, o Autor a sobrecargas, permitindo que viesse a adquirir moléstia profissional, nos termos analisados no tópico anterior.

Igualmente não lhe assiste razão em apontar negligência do Autor, a justificar culpa exclusiva ou concorrente deste.

A culpa exclusiva da vítima será considerada excludente de responsabilidade do empregador, mas para caracterizá-la é imperioso se demonstrar que a conduta da vítima desencadeou a lesão ou é o fato gerado do evento danoso, sem a participação de outras pessoas ou situações que deveriam ser previstas pela Ré.

Esta Turma, por unanimidade, firmou entendimento no sentido de que incumbe ao empregador produzir prova robusta da alegada culpa concorrente da vítima, sendo insuficiência a mera alegação apartada de prova inequívoca (Orientação Jurisprudencial 47, IV, da Terceira Turma).

Embora o Autor fosse experiente nas funções desempenhadas, não restou demonstrado qualquer espécie de treinamento ou orientação especial visando evitar desgastes físicos, tampouco qualquer cuidado ergonômico. De qualquer forma, ambos fatores indicados (experiência e treinamento) em nada eximem a conduta da Ré, porquanto como ela própria acaba por admitir à fl. 346 (contrariando o explanado às fls. 345 e verso - ausência de risco e perigo) a atividade implicava em ato perigoso, além de o grande peso rolado/empurrado implicar em sobrecarga especialmente da coluna, imagine-se, eventualmente, se ao rolar o fardo de algodão, apoiado no chão, o objeto invés de projetar-se em sentido contrário, vir a cambalear no sentido do empregado, caindo sobre si!

Com efeito, os elementos de convicção presentes no caderno processual conduzem à conclusão de que a doença acidentária sofrida pelo Autor decorreu de negligência da Ré com o meio ambiente de trabalho, bem como o sistema de trabalho adotado, permitindo o surgimento de doença ocupacional, sem tomar as medidas preventivas necessárias à eliminação do risco físico (peso) a que estava sujeito o Autor, ou pior, admitindo que não havia outra forma de o Autor rolar, "bolear", "empurrar", "chacoalhar" ou "quebrar" fardo de algodão (fl. 345, penúltimo parágrafo).

Parece-me evidente que o fato de o Autor não carregar nas costas atenua o sobrepeso. Por outro lado, não se concebe que "bolear", "empurrar", "chacoalhar" um peso de um fardo de algodão com as dimensões da fotografia de fl. 31 não ocasione qualquer trauma músculo-esquelético como visa fazer crer a Ré.

Além disso, esta Turma, por unanimidade, firmou entendimento no sentido de que constitui ônus da prova do empregador demonstrar nos autos ter providenciado todos os elementos preventivos exigíveis a fim de impedir acidentes de trabalho e doenças profissionais, em atenção ao art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, não só fornecendo EPIs, e meios mecânicos a atenuar a sobrecarga, mas também orientando e fiscalizando de modo adequado seus empregados para adoção de práticas de precaução e atenção às normas de segurança do trabalho (art. 157, inciso I, CLT - Orientação Jurisprudencial 47, V, da Terceira Turma).

A meu ver, estão presentes os pressupostos jurídicos para o reconhecimento do direito do Autor à indenização material e moral resultantes de doença ocupacional deflagrada com o acidente do trabalho ocorrido em 1993 (CAT, fl. 19), decorrente da forma de execução do serviço, logo, adquirida no ambiente de trabalho, como já restou exaustivamente analisado no tópico anterior.

MANTENHO, acrescendo fundamentos.

análise conjunta dos Recursos da Ré e do Autor:

indenização por danos materiais - pensionamento - composição da parcela - percentual de incapacidade

Consta da Sentença (fls. 318/327):

"Considerando-se o grau de incapacidade laborativa parcial e de perda da força muscular (considero como de 60%), que, inclusive, é permanente, e por outro lado a existência dos requisitos da responsabilidade civil - dano, nexos de causalidade e culpa do empregador (a aplicação dos artigos 402 e 944 e seguintes do NCCB), decido condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais. Ao invés de pensionamento mensal e com o intuito de facilitar a reparação do dano, fixo a indenização no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (considerando que o Reclamante recebia em média 3 salários mínimos mensais; a sua idade quando

da ocorrência do evento - 21 anos; e a idade quando efetivamente saiu da empresa reclamada - 29/30 anos).

A indenização será paga de uma só vez, pois a Reclamada é empresa sólida e possui patrimônio capaz de cumprir esta obrigação, tudo com base no art. 950, parágrafo único, do NCCB.

A atenuante como, por exemplo, o fato da empresa ré ter realocado o autor de função e continuado utilizando seus serviços por mais 6 anos após a sua reabilitação profissional, já foram considerados na dosimetria do montante da indenização. O fato de o autor receber benefício previdenciário não é considerado uma condição atenuante, pois se trata de outra relação jurídica, travada entre segurado e entidade previdenciária.

Tendo em vista que a reparação a título de dano material foi fixada em parcela única, não há que se aplicar a constituição de capital prevista no art. 475-Q, do CPC."

Ambas as partes recorrem.

O Autor entende que o percentual de incapacidade considerado (60%) não leva em conta que ele trabalhava com serviços essencialmente braçais, devendo ser elevado. Afirma que não deve ser diretamente arbitrada a indenização, devendo ser estipulada a pensão mensal, a qual deverá conglobar parcelas como 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional e FGTS. Após essa composição, deve ser feita a equivalência do valor em Salários Mínimos (Súmula 490 do STF) Por fim, a pensão deve ter como termo inicial a data do evento danoso e o fim da pensão a data do evento morte, multiplicado o número de parcelas é que se poderá converter o montante em indenização única (item "d", fl. 332). Se a indenização única não corresponder a igual valor da pensão mensal, pede seja determinada a pensão mensal, intimando-se a Ré para constituir capital nos termos do artigo 475-Q do CPC.

Na linha de seu Recurso (de ausência), a Ré agora afirma inexistência de incapacidade laborativa. Argumenta que "não se indeniza lesão, por maior que seja, mas apenas incapacidade" (fl. 349), enquanto o Autor pode exercer outras atividades, arbitrar indenização seria encorajar o ócio (citando o civilista Silvio Rodrigues). Diz não se confundir prejuízo com incapacidade, e, mesmo assim, desde demonstrada a "perda de rendimentos". Sucessivamente,

atacou o montante arbitrado a título indenizatório, por entender aviltante, vez que R\$100.000,00 "aplicados no mercado financeiro, à taxa de juros legais (1% ao mês), possibilita uma renda mensal de R\$1.000,00 ..." (fl. 350, último parágrafo), superior à renda média que o Autor possuía quando laborava em favor da Ré (equivalente a 1,89 salário mensal, ou uma renda de cerca de R\$ 785,00). Aduz que o percentual de incapacidade laborativa fixado em 60% não corresponde a realidade, mencionando que o Autor foi considerado apto para o trabalho, colacionando Decisão do antigo Tribunal de Alçada do Paraná, que fixou o percentual de 30% para lesão na coluna (escoliose). Enfim, pede, caso não acolhida a tese de ausência de incapacidade do Autor, seja esta arbitrada no percentual de 30% sobre a incidir sobre a média salarial do Autor (R\$ 785,00), e, não seja superior a R\$ 23.550,00, pois capital hábil a produzir uma renda de 30% do salário do Autor, ou , sucessivamente a R\$ 47.100,00, suficiente a trazer equivalência a 60% do salário do trabalhador.

Parcial razão tem as partes.

O Juízo Primeiro fixou a incapacidade laborativa do Autor (60%) pela média apontada pelo Perito (de 50% a 75%), conforme Laudo Pericial de fls. 270/275.

Não vejo razões para alteração da Sentença, no particular.

Inicialmente, entendo que não cabe diretamente a redução da indenização conforme montante da perda da capacidade laborativa, isto é, aplicar o percentual de perda da capacidade laborativa ao valor da base de cálculo, mas deve-se ponderar a situação com outros elementos constantes nos autos.

Não se pode ser tão matemático/estatístico em critérios que notoriamente não são tão certos. A corroborar com nosso entender, o Decreto 3.298/1999, define critérios que se mostram adequados:

"Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou

durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida."

Observo que o Autor desempenhava trabalho braçal, que lhe exigia muita força. Certo que não conseguirá exercer esta atividade por não poder alçar mais que dez quilos. Não podendo o Autor exercer as mesmas atividades anteriores, tampouco deambular sem a órtese, certo que não pode exercer as mesmas tarefas desempenhadas por ocasião do sinistro.

Não bastasse isso, o valor acolhido se fez em fração intermediária ao apontado pelo Perito, e, outros elementos constantes no caderno processual, tornam adequado considerar que o trabalhador perdeu 60% de sua capacidade laborativa.

Conquanto não possa mais exercer atividade eminentemente braçal, o Autor foi reabilitado na função de ajudante de serviços gerais, exercendo também a função de vigia (Petição Inicial à fl. 4, parágrafos primeiro e segundo). Certo que na função de vigia, essencialmente observativa, o Autor pode o fazer plenamente (100%).

Por outro lado, o Perito disse que o Autor não poderia, atualmente, suportar mais que 1/6 do peso que sua altura e peso, normalmente suportariam (59,9Kg para 10Kg), ou seja, perdeu a possibilidade elevar pesos para 16,66% do que poderia, que implica em decréscimo de 83,33%.

Somando o percentual residual para elevação de pesos (16,66%), com a possibilidade de o Autor exercer a atividade de vigia (100%), chego à média de 58,33%, e traçando um paralelo entre este percentual com a média obtida do apontado pelo Perito (50% a 75%), equivalente a 62,5%, atinjo o percentual pontuado na Origem - 60% (na média entre 58,33 + 62,5, divididos por 2). Acrescente-se que à fl. 249 e 251, o órgão previdenciário, cuja apreciação é mais rígida que

qualquer outra, apontou redução de capacidade laborativa em 40%.

Gize-se que o fato de o Autor poder exercer outra atividade, não exime a Ré de indenizá-lo pela perda de sua capacidade laborativa.

Não pode-se olvidar que o Brasil, infelizmente, ainda é um país de baixa escolaridade (a média indica que não se chega a completar o ensino fundamental), sem computar os analfabetos ou semi-analfabetos funcionais. Ainda, mesmo se cogitasse da possibilidade do Autor especializar em atividade distinta, o que não lhe é obrigado, principalmente a fim de escusar a Ré, cabe pontuar que passados anos do suas consequências ainda lhe minoram o deambular (utiliza-se de órtese, conforme fl. 271, quesito 3).

Entendo que a incapacidade laborativa não se resume à lesão. Porém, certo que a presença desta afeta a vida laboral do Autor. Ainda que ele possa exercer outra atividade, num mercado de desemprego, certo que será preterido em concorrência com um indivíduo de plena aptidão física para todos os atos da vida, sendo premente o abalo na sua vida profissional, sem mencionar o dano existencial que ocasiona o Acidente (que tolhe diversas dimensões da vida do Autor, expectativas profissionais, possibilidades de lazer, ...).

No que se refere à Ação Acidentária na Justiça Comum, independente do desfecho lá obtido (narrado como indevido na Peça Recursal, mas nada havendo quanto a isso nos autos), esta Juízo é independente para, de acordo com a persuasão racional, formar seu convencimento.

Concluo ser irretocável, o percentual de incapacidade, e, na hipótese, aplicável a reduzir o montante da pensão.

Acresça-se que a OJ 47, IXa desta Turma, fixou que "ainda que o trabalhador acidentado permaneça prestando serviços à empresa e em idêntica função, cabe a indenização material (pensão mensal a partir da data do acidente) por inequívoca redução de capacidade laborativa ou, minimamente, por afetar a normalidade de suas atividades humanas, não constituindo duplicidade a coincidência entre pagamento de salários e indenização pelos prejuízos materiais sofridos, em razão da natureza jurídica diversa das parcelas (inteligência do art. 950, Código Civil/2002)" e, conforme precedente,

RIND-99501-2005-092-09-00-7, Ac.27876-2006, publ. 29.09.2006, Rel. Desembargador Mansur.

Quanto à forma de indenizar tal incapacidade laborativa, são necessários reparos à Sentença.

Conforme inciso VI da OJ 47 desta Turma, "a fixação de indenização por danos materiais motivados em invalidez permanente institui "pensão" vitalícia (que substitui o assalariamento)". A indenização em parcela única é autorizada a pedido exclusivamente do prejudicado (item VIII, da OJ 47 da 3ª Turma).

"(...) num mercado de desemprego, certo que será preterido em concorrência com um indivíduo de plena aptidão física para todos os atos da vida, sendo premente o abalo na sua vida profissional, sem mencionar o dano existencial que ocasiona o Acidente (que tolhe diversas dimensões da vida do Autor, expectativas profissionais, possibilidades de lazer,)."

Excluo a indenização única fixada em R\$ 100.000,00, SUBSTITUINDO a indenização por pensão mensal, equivalente a 60% da remuneração do Autor na data do sinistro, atualizada monetariamente até o ajuizamento da presente, pois a "indenização material (por perda ou redução de capacidade laborativa) terá para base de cálculo o salário (salário fixo recebido no mês em que ocorrido o acidente de trabalho, ...), incidindo sobre o valor fixado os reajustes legais e convencionais aplicáveis à categoria profissional do empregado, o que for mais benéfico, abatendo-se os reajustes espontâneos (exceto os decorrentes de aumento real ou promoção)" (item IX, da OJ 47). O entendimento desta Turma é de estipular o termo inicial do pensionamento em vista da data do acidente (no caso, 26/05/1993, conforme anotado no CAT de fl. 19, 101).

No que tange ao termo final, esta Turma tem o entendimento consolidado de que o critério preponderante é até a idade do evento morte. Adoto a Doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira, no sentido de que "O termo final da pensão devida à própria vítima não sofre a limitação relativa à expectativa de vida ou de sobrevivência, como ocorre no caso de morte do acidentado." (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, LTr, 2008, p. 292.

O C. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou posicionando-se que "nada justifica estabelecer tempo provável de vida àquele que necessitará para o resto de sua sobrevivência de amparo mensal. A ficção não pode sobrepor-se à realidade" (STF, 1ª Turma, RE n. 94.429-0, Rel. Ministro José Néri da Silveira, j. 30/04/1984).

Diante disso, arbitro temporariamente a parcela mensal em 60% de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), ou R\$720,00 (setecentos e vinte reais), considerando que na ocasião da rescisão o Autor auferia 2,38 salários mínimos, TRCT, fl. 30, bem como, conforme verso de fl. 14 [ficha de empregado] o Autor recebia em 04/92, Cr\$ 999,45/hora, e Cr\$ 9.389.971,96 (fl. 253), quando o salário mínimo mensal era de Cr\$ 96.037,33, e, a renda mensal em 92% apurada pelo INSS foi de Cr\$ 7.708.162,57, em 11/06/93 (fl. 244), quando o Salário era de Cr\$ 230.000,00, e, 10/05/1996 apontou-se o "salário data acidente" em R\$ 190,25 (92%), época em que o valor do Mínimo era de R\$112,00. De qualquer forma, deverá a Ré colacionar os contracheques de todo o período contratual, a fim de se apurar o valor do salário do Autor, para se apurar o montante equivalente a 60%, sob pena de prevalecer o critério fixado.

Inaplicável a Súmula 490 do STF após a apuração da primeira parcela, pois converter o valor inicial (na data de acidente) em salários mínimos para fins de execução, implicaria em violação à Súmula Vinculante n. 4 do STF, ocorrendo o fenômeno da indexação.

No que se refere a composição das parcelas, assiste razão ao obreiro, quanto à parcela correspondente à gratificação natalina, mas não às férias e FGTS.

Com efeito, a parcela - gratificação natalina - constituiria renda do Autor se laborando ainda estivesse, assim, deve estar contemplada na pensão mensal vitalícia, vez que esta tem por base a remuneração equivalente a média de doze meses, na qual está incluída a gratificação natalina (OJ 47, IX). Do contrário não se estaria ressarcindo integralmente o Autor, que auferiria a prestação se na ativa. Compreender a questão de forma contrária é entender legal retirar do pensionista e aposentado do INSS a gratificação de Natal, quando as políticas governamentais estendem prestação correspondente até ao Programa Bolsa Família. Cumpre mencionar que a pensão vitalícia tem vista ressarcir o dano material de parcelas vencidas, incluídas as que deixou de receber. Certo que a gratificação natalina foi uma delas.

O mesmo não ocorre com FGTS e férias acrescidas de 1/3.

Primeiro, a finalidade do FGTS é garantir ao trabalhador um fundo em caso de dispensa sem justa causa, além de financiar o sistema de habitação. Sendo a pensão vitalícia, não haverá ruptura

da parcela. De qualquer forma, entre os fatos geradores do FGTS não está incluída pensão mensal. Quanto às férias, estas não se confundem com um 14º salário, mas visam estabelecer um necessário descanso ao trabalhador, sem prejuízo de sua remuneração (Convenção 132 da OIT), o que não ocorrerá no caso de pensão mensal que visa indenizar diminuição da capacidade laborativa e não vem como contraprestação de trabalho prestado.

Assim, estipulo que a indenização por danos materiais será o correspondente ao número de parcelas do sinistro, inclusive 13º salários, até a morte do Autor.

Sobre a parcela não cabe qualquer outro desconto, sequer do benefício previdenciário, pois distinto do valor econômico a título de indenização por danos materiais, sendo o posicionamento deste Colegiado no sentido de que os "valores de aposentadoria por invalidez não se confundem ou podem ser abatidos da indenização pela perda ou redução da capacidade laborativa originária da responsabilidade do empregador em razão de ilícito civil, conforme previsão do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal - direito dos trabalhadores ao "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa" - e art. 121 da Lei nº 8.213/1991. (...) (RIND-99501-2005-092-09-00-7, Ac.27876-2006, publ. 29.09.2006, Rel. Desembargador Mansur; R0 08323-2006-001-09-00-2, publ. 23.09.08, Rel. Juiz Pozzolo)" (OJ 47, XI, desta 3ª Turma).

Considerando o pedido subsequente do Autor, de se estipular a pensão para então convertê-la em indenização única, julgo ser impossível.

Não há quem consiga prever a data do evento morte a fim de informar o Autor o montante total da indenização. Se o Autor vir a falecer em dez anos será "x", se for em 30 anos, será "y". Considerando que o Autor condiciona a conversão em pensão única, a manutenção integral do montante que receberá ao receber valores mensais, e, isto é impossível, em termos fáticos, rejeito o pedido fundado no artigo 950 do Código Civil, sob pena de ocasionar prejuízo ao Autor.

MANTENHO o percentual de incapacidade laboral fixado na Origem.

REFORMO a Sentença para excluir a indenização única, e,

FIXAR pensão mensal VITALÍCIA de R\$720,00 (setecentos e vinte reais), e, incluir uma 13ª parcela (equivalente à gratificação natalina).

CONDENO a Ré em indenizar as parcelas vencidas, no montante que provisoriamente arbitro em R\$150.000,00, tendo em vista a data de acidente e número de parcelas vencidas, observado o quantum temporariamente arbitrado para cada uma das treze parcelas anuais. Quanto às vincendas, DETERMINO que a Ré constitua capital, na forma do artigo 475-Q do Código de Processo Civil e OJ 47, XI, desta Turma, que provisoriamente instituo em R\$156.000,00, considerando que os rendimentos médios da caderneta de poupança são de 0,5% ao mês, suficientes a gerar a parcela de R\$ 780,00 mensais, que suporta a gratificação de natal (13 parcelas x R\$ 720,00 = R\$ 9.360,00 / 12 meses = R\$ 780,00).

Advirto que o valor arbitrado prevalecerá caso a Ré não junte aos autos por ocasião da execução, oito dias após a publicação desta Decisão, as fichas financeiras ou recibos de pagamento de toda a contratualidade, a fim de se apurar o valor da remuneração do Autor na data do infortúnio, no percentual de 60% deste montante.

indenização pelo dano moral - valor arbitrado

Fixou-se na Origem a indenização por Danos Morais no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Ambas as partes insurgem-se face a decisão. O Autor por entender que merecia valor superior a compensar a dor sofrida. A Ré, por sua vez, que o quantum indenizatório é deveras elevado.

Tem razão em parte a Ré.

Com efeito, o quadro de dor experimentado pelo Autor desde a época do Acidente, até a data da perícia (mais de dez anos), ocasiona sofrimento de ordem psíquica, moral. Acresça-se que em razão da doença - hérnia discal - o Autor sujeitou-se a duas cirurgias, e, mesmo assim, o quadro apresentado na avaliação do Perito, é permanente (fl. 271). Houve atrofia de sua perna direita.

Houve deferimento de benefício previdenciário, o que a teor da OJ 47, item VII desta Turma "faz presumir a perda da capacidade laborativa". No entanto, houve reabilitação, tanto é que o Autor exerceu atividades na Ré após o término do benefício previdenciário (vide fl. 108).

Contudo, o Autor que era pleno em suas capacidades físicas, hoje vale-se órtese para sua perna direita (fl. 271, quesito 3) que apresenta-se atrofiada, e, que possuía força física para erguer cerca de 60 Kg, hoje não pode elevar peso superior a dois pacotes de arroz de 5Kg.

Além da presunção dos Danos Morais quando da ocorrência do Acidente de Trabalho, eles se mostram evidentes diante da persistência do quadro, consequências, cirurgias para correção ou atenuação, além de não permitir-lhe deambular com firmeza sem o uso da órtese (fl. 271, quesito 3), limitando-lhe a capacidade de trabalho (50% a 75%), restringindo as opções de trabalho (apenas atividades leves).

Assim, uma vez provado o Acidente de Trabalho capaz de gerar constrangimento moral, segundo as regras de experiência comum, não é necessária a prova efetiva dos efeitos negativos na órbita subjetiva do ofendido. Essa é a lição de Sérgio Cavalieri Filho, citado por Sebastião Geraldo de Oliveira, in verbis:

"O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum."

(in "Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional" - São Paulo: Editora LTr, 2005).

O Colendo STJ tem entendido que a prova do acidente do trabalho ou doença ocupacional dispensa a prova do dano moral deles resultante, como se infere da seguinte ementa de Julgado daquela Corte:

"Ação de indenização. Doença profissional gerando incapacidade para o trabalho. LER ou DORT. Cerceamento de defesa. Nexo causal. Juros moratórios. Danos morais. Precedentes da Corte. 1. Não há falar em cerceamento de defesa diante do indeferimento de nova prova pericial, considerada idônea a perícia realizada. O tema da qualificação do profissional não foi tratado no acórdão, e, ainda, a circunstância da associação com patologia psiquiátrica não malfero o

cerne da incapacidade gerada pela LER - Lesão por Esforço Repetitivo. 2. O nexó causal foi devidamente identificado pelo Tribunal de origem, com base no laudo pericial objetivamente posto, com identificação de doença incurável em decorrência do trabalho exercido, impossível de reexame diante da Súmula nº 7 da Corte. 3. Os juros moratórios devem seguir o padrão legal de 6% ao ano. 4. A jurisprudência da Corte já assentou que não há falar em prova do dano moral, mas, apenas, do fato que lhe deu causa. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte."

(STJ, 3ª Turma, REsp 595355/MG (2003/0168387-0), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11-04-2005, pág. 290)

Indiscutível a aptidão do acidente do trabalho para gerar dor, angústia e sofrimento no autor.

No entanto, com base no parágrafo único do artigo 922 do Código Civil, com e por equidade, considero que o montante arbitrado pelo Juízo de Origem merece ser reduzido. Apenas a título exemplificativo, no seguinte Julgado do Colendo STJ, a indenização arbitrada para os danos morais e estéticos foi equivalente a vinte salários mínimos:

"INDENIZAÇÃO. ACIDENTE NO TRABALHO. LESÃO IRREVERSÍVEL NA MÃO ESQUERDA. FIXAÇÃO DE VERBA ÚNICA PARA COBRIR A CONDENAÇÃO DEVIDA PELOS DANOS MORAL E ESTÉTICO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE INCIDÊNCIA. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, somente quando os referidos danos forem passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis que devem ficar devidamente explicitadas pelo órgão julgador ao atribuir valores em separado a cada um deles, sob pena de indevido bis in idem. A cumulação dos danos moral e estético é atendida quando, ainda que se tenha a estipulação de um valor único, nele se tenha expressamente considerado o valor devido pelos dois danos. Em se tratando de responsabilidade contratual, os honorários advocatícios são devidos em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas, não sendo aplicável o disposto no § 5º do artigo 20, CPC. Recurso especial não conhecido." (STJ, 4ª Turma, REsp 103012/RJ (1996/0048752-9), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 27/03/2000, pág. 106)

De mais a mais, o montante arbitrado é o mesmo que se estipulou

para situações muito mais severas que acometeu o Autor, como a analisada no RO xxx-2005-659-09, em que fui Relatora do Acórdão xxxxx-2009 (publicado no DJ em 12/05/2009), que culminou com a incapacidade total e permanente do trabalhador.

Entendo que a condição social do Autor não é fator a reduzir o valor da indenização por danos morais, não cogito que a honra e a dignidade de um homem, ou mesmo a dor física que o acometa, disto e de outro cidadão por conta de sua condição econômico-social. E isso não se traduz de modo não consentâneo à máxima de que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento, mas se presta apenas de amparo pelas dores e mazelas suportadas, bem como da diminuição da capacidade física do Autor, e do atraso ou inviabilização de seus projetos de vida (o Autor estava no auge de sua vida profissional quando acidentado, tinha 27 anos).

Por outro lado, tenho que a medida não deve revestir-se de caráter destrutivo - em que pese a empresa Ré ser, notoriamente, empresa sólida e com forte capital.

Diante disso, e considerando todos elementos acima ponderados reduzo o valor da indenização por Danos Morais a cargo da Ré para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

REFORMO, para reduzir o valor arbitrado a título de Danos Morais para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

[...]

CONCLUSÃO

Pelo que,

A C O R D A M os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DO AUTOR** e da RÉ, bem como das Contrarrazões; no mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR** para, nos termos do fundamentado: a) excluir a indenização única, e, **EM FIXAR** pensão mensal **VITALÍCIA**: a.1) provisoriamente arbitrada em R\$720,00 (setecentos e vinte reais) mensais, o qual prevalecerá caso a Ré não junte aos autos por ocasião da execução, oito dias após a publicação desta Decisão, as fichas financeiras ou recibos

de pagamento de toda a contratualidade, a fim de se apurar o valor da remuneração do Autor na data do infortúnio, no percentual de 60% deste montante; a.2) incluir uma 13ª parcela (equivalente à gratificação natalina) na pensão; a.3) condenar a Ré em indenizar as parcelas vencidas, no montante que provisoriamente arbitro em R\$150.000,00, tendo em vista a data de acidente e número de parcelas vencidas, observado o quantum temporariamente arbitrado para cada uma das treze parcelas anuais; a.4), determinar à Ré a constituição de capital, na forma do artigo 475-Q do Código de Processo Civil e OJ 47, XI, desta Turma, que provisoriamente instituo em R\$156.000,00; b) fixar correção monetária na data de vencimento de cada parcela, quanto à indenização material, mas definir a atualização da compensação pelos Danos Morais a partir do arbitramento do valor por este Acórdão; c) fixar juros de mora na forma do artigo 39, §1º da Lei 8.177/1991 e artigo 883 da CLT, sendo o termo inicial para as parcelas da indenização por danos materiais, a data de ajuizamento da ação (na Justiça Comum Estadual, 18/01/2002) para as parcelas vencidas, e o dia de vencimento de cada uma parcelas para as parcelas vincendas, e o termo inicial para a indenização compensatória por danos morais, a data de arbitramento (data deste Acórdão); e, d) conferir ao advogado do Autor honorários advocatícios no percentual de 15% a incidir sobre o valor líquido das parcelas vencidas da demanda, bem como sobre o equivalente a um ano da pensão mensal, sem incidência, sobre as vincendas, de juros e correção monetária; e, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU para, nos termos do fundamentado, para: a) reduzir o valor arbitrado a título de Danos Morais para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); e, b) fixar correção monetária da compensação pelos Danos Morais a partir do arbitramento do valor por este Acórdão.

Custas elevadas em R\$ 4.000,00 (no total de R\$ 6.800,00), considerando o valor que acresço à condenação provisória de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a totalizar R\$340.000,00 (soma das indenizações fixadas).

Intimem-se.

Curitiba, 19 de agosto de 2009.

FÁTIMA T. L. LEDRA MACHADO
RELATORA

Acórdão

Ministro Hugo Carlos Scheuermann



Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 28/06/2013, Relator o Ministro Hugo Carlos Scheuermann.

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade

do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna.

Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-XXX-76.2011.5.24.0002, em que são Recorrentes **(ré)** e **(autora)** e Recorridos **OS MESMOS**.

[...]

2.3. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO

Em análise ao recurso ordinário da reclamante, o Tribunal a quo decidiu mediante os seguintes fundamentos:

"2.5 - DANOS MORAIS (RECURSO DA AUTORA)

Insurge-se a autora em face da sentença que indeferiu indenização por danos morais.

Sustenta, em síntese, que a relação de emprego negada pela ré impediu que ela usufrísse de férias durante 10 (dez) anos de contrato, o que caracteriza conduta abusiva que viola direitos sociais do trabalhador.

Não lhe assiste razão.

O autor requereu na exordial a indenização por danos morais decorrente da não concessão de férias.

Alegou que a ausência de férias, além de privá-la de uma maior integração familiar e social, impediu a sua recuperação do desgaste físico e mental causado pelo trabalho.

Não se deve perder de mira que a responsabilização do empregador pelo dano moral, assim considerada a ofensa a interesses imateriais da pessoa física ou jurídica, causada por fato danoso, tem como requisitos: a) conduta ilícita; b) dano sofrido pela vítima (que é presumido); c) nexos de causalidade entre o dano e a conduta ilícita; d) a culpa ou dolo do empregador. Se algum desses requisitos não restar provado, impossível o deferimento da indenização.

Embora reconheça que tal fato possa causar cansaço ao empregado e privação de sua maior integração social e familiar, uma vez que, juntamente com o descanso semanal remunerado, as férias caracterizam a concretização do direito social ao lazer, previsto no art. 6º, CF/88, não se pode presumir a ocorrência de danos à moral da obreira, devendo haver prova robusta da intenção perversa do empregador no sentido de prejudicar a trabalhadora, o que não ocorreu nos autos.

Somado a isso, o legislador infraconstitucional, já atento a essa situação (não concessão de férias no período legal), garantiu ao trabalhador, como forma de compensá-lo, o direito de pagamento de férias em dobro (art. 137, CLT).

Nego provimento." (fls. 163-4)

E acrescentou, em sede de embargos de declaração:

"OMISSÃO (EMBARGOS DA AUTORA)

Embarga o autor o v. acórdão, sob a alegação de que a decisão foi omissa ao deixar de analisar o argumento de violação dos arts. 186 e 187 do Código Civil e do art. 5º, V e X, CF/88.

Não lhe assiste razão.

Incabíveis os embargos para efeito de prequestionamento, pois, consoante entendimento jurisprudencial cristalizado na OJ nº 118 da SBDI-1 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o prequestionamento visa a obter do órgão julgador manifestação sobre tese jurídica ventilada na causa e não referência expressa a dispositivos legais ou constitucionais apontados como violados pela parte.

Rejeito." (fls. 188-9)

Inconformada, nas razões do recurso de revista (fls. 252-8), a reclamante pugna pelo pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que "a falta de férias ao longo dos 10 anos de contrato a impediu de se recompor física e psiquicamente dos males causados pelo trabalho exaustivo a que estava submetida." (fls. 252). Alega que teria sido "acometida de notório e especial desgaste físico e mental, bem como fora privada do convívio intenso com a família e amigos materializando-se o dano moral" (fl. 257). Assevera, ainda, que "o pagamento em dobro visa punir o atraso na concessão de férias e não a negação do direito de férias" (fl. 258). Aponta violação dos arts. 5º, V, e X, da Lei Maior; 186 e 927 do Código Civil. Indica arestos ao confronto de teses.

O recurso merece conhecimento.

A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação.

O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.)

Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização

do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações.

Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.

O dano moral resulta da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado, ao passo que ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, porquanto importa em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a conseqüente perda da qualidade de vida do trabalhador, visto que obstado o direito do trabalhador de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada.

Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos.

Como se sabe, o descanso anual remunerado representa: para o empregador uma obrigação de conceder férias e remunerá-las; para o empregado o direito subjetivo e o dever de não prestar serviços durante o período correspondente.

A este respeito, igualmente relevante a lição de Carmen Camino:

"Esse direito tem uma contraface interessante, porquanto pressupõe, também, a obrigação do empregado de não trabalhar no período correspondente, espécie de obrigação de não-fazer (vide art. 138 da CLT). Tendo-se presente a bilateralidade do contrato de trabalho, o direito às férias do empregado corresponde a uma obrigação do empregador, também de dupla natureza: de não-fazer (abster-se de exigir trabalho) e de dar coisa certa (pagar o salário do período)(...)" (Camino, Carmen, in "Direito Individual do Trabalho". Porto Alegre: Síntese; 2ª edição, 1999, p. 231)

"(...) a negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, viola o patrimônio jurídico personalíssimo da empregada, por atentar contra a saúde física, mental, e a vida privada da reclamante."

Ademais, o descanso anual tem por objetivo "eliminar as toxinas originadas pela fadiga e que não foram liberadas com os repousos semanais e descansos entre e intrajornadas. O trabalho contínuo, dia após dia, gera grande desgaste físico e intelectual, acumulando preocupações e obrigações e outros fenômenos psicológicos e biológicos adquiridos em virtude dos problemas funcionais do cotidiano." (Cassar, Vólia Bomfim, in "Direito do Trabalho"; Niterói: Editora Impetus; 5ª Edição, 2011, p. 774)

O disposto no art. 137 da CLT, assegura ao empregado o pagamento em dobro da respectiva remuneração, em virtude da não concessão de férias no período legal.

In casu, no entanto, a questão não se refere ao pagamento de férias não concedidas, e sim à violação do direito às férias.

Desse modo, entendo que a negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, viola o patrimônio jurídico personalíssimo da empregada, por atentar contra a saúde física, mental, e a vida privada da reclamante.

Nesse sentido os julgados desta Corte:

"RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO CONCESSÃO DAS FÉRIAS. NÃO REALIZAÇÃO DOS EXAMES DEMISSONIAIS. CONDUTA REITERADA VERIFICADA NO JUDICIÁRIO E NA FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO MORAL COLETIVO CARACTERIZADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. É inegável, no caso, o dano físico que a não concessão das férias pode acarretar, gerando risco não só à vida e à segurança próprias do empregado. Da mesma forma a ausência dos exames demissionais impede a prevenção e o diagnóstico de doenças relacionadas ao trabalho, inclusive de danos irreversíveis à saúde do trabalhador que poderiam precocemente ser evitados. Negando esses direitos aos seus empregados de forma genérica e reiterada a reclamada atua na desconsideração da figura do trabalhador, o que caracteriza lesão a sua imagem de forma transindividual em relação ao sujeito, violando a imagem do trabalhador em aspectos

que põem em risco não só a sua vida, segurança e saúde próprias, atingindo direitos fundamentais legalmente assegurados pelo comportamento expressamente repudiado em nosso ordenamento jurídico, verificando-se o dano à coletividade, que tem nos valores sociais do trabalho e na imagem do trabalhador a dignidade abalada em face do ato infrator, sobre o qual cabe a reparação coletiva. Assim, observadas as circunstâncias do caso concreto, o valor da reparação deve ser de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), por traduzir prudência e proporcionalidade ao dano sofrido, bem como moderação, pois não consagra a impunidade do empregador ante a reiteração da conduta ilícita e serve de desestímulo a práticas que possam retirar do trabalhador a sua dignidade, ofendendo-lhe a honra e a imagem. Recurso de revista conhecido e provido." (TST- RR - 142100-49.2008.5.03.0014; Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga; Data de Julgamento: 13/04/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 29/04/2011).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONCESSÃO DAS FÉRIAS POR MAIS DE DEZ ANOS. Demonstrada possível violação do art. 5.º, X, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONCESSÃO DAS FÉRIAS POR MAIS DE DEZ ANOS. A reiterada conduta omissiva da reclamada, consistente no descumprimento de seu dever contratual, ao deixar de conceder férias ao reclamante, por mais de dez anos, constitui ato ilícito, notadamente porque põe em risco a saúde do trabalhador, direito inerente à dignidade da pessoa humana, configurando-se, ainda, quebra da boa-fé contratual. Recurso de revista conhecido e provido." (TST - RR - 1900-28.2010.5.03.0044; Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes; Data de Julgamento: 14/11/2012; 7ª Turma; Data de Publicação: 23/11/2012)

Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna.

Ante o exposto, conheço da revista, por violação do art. 5º, X, da Carta Magna.

II - MÉRITO

[...]

2. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO

Corolário do conhecimento da revista, por violação do art. 5º, X, da Lei Maior, é seu provimento, para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano ao patrimônio jurídico personalíssimo da reclamante.

Assim, passo a quantificar o valor da indenização.

Primeiramente, há que se observar a sua dupla finalidade, ou seja, a função compensatória e a função pedagógico-punitiva, sem que isso signifique a adoção do instituto norte-americano do punitive damages. Presente tais aspectos, alguns critérios devem ser definidos para a fixação do quantum indenizatório.

Além disso, deverá se ter presente que a indenização não pode ser excessiva à parte que indeniza e ensejar uma fonte de enriquecimento indevido da vítima.

Também não pode ser fixada em valores irrisórios e apenas simbólicos. A doutrina e a jurisprudência têm se louvado de alguns fatores que podem ser considerados no arbitramento da indenização do dano moral: a) o bem jurídico danificado e a extensão da repercussão do agravo na vida privada e social da vítima, isto é, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado, assim como a perda das chances da vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima; b) a intensidade do ânimo em ofender determinado pelo dolo ou culpa do ofensor; c) a condição econômica do responsável pela lesão; d) em determinados casos, o nível econômico e a condição

particular e social do ofendido.

Por outro lado, um elemento importante a ser considerado é a equidade e, para tanto, invoca-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 953 do CC, que permite o juiz fazer justiça no caso concreto, inclusive corrigindo distorções, pela aplicação também analógica do parágrafo único do art. 944 do CC - "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização".

Presentes todos esses aspectos, arbitro a indenização em R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), valor que atende aos limites da razoabilidade.

Recurso de revista provido.

ISTO POSTO

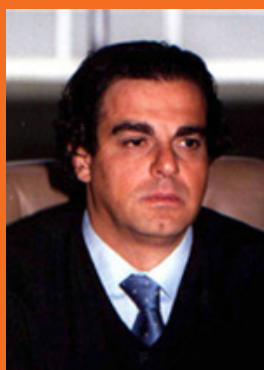
A C O R D A M os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, a) conhecer do recurso de revista da reclamada, apenas no tema "indenização por despesas com contratação de advogado. justiça do trabalho", por contrariedade à Súmula 219/TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios; b) conhecer do recurso de revista da reclamante, quanto aos temas "MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS", por violação do art. 538, parágrafo único, do CPC, e, no mérito, excluir da condenação a multa de 1% sobre o valor da causa; e "DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO", por violação do art. 5º, X, da Carta Magna, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano ao patrimônio jurídico personalíssimo da reclamante, no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Custas majoradas no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a cargo da reclamada.

Brasília, 19 de junho de 2013.

HUGO CARLOS SCHEUERMANN
Ministro Relator

Acórdãos

Ministro Vieira de Mello Filho



Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 10/08/2012, Relator o Ministro Vieira de Mello Filho.

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - VEDAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO. O entendimento acerca do dano moral tem passado por evolução epistemológica, deixando-se a perspectiva patrimonialista tradicional para uma acepção existencial na qual a medida de compreensão passa a ser a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, -a reparação do dano moral constitui-se na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha-. Na hipótese dos autos, foi comprovado que a ré adotava como política a proibição dos empregados da área comercial de estudar. O direito à educação é reconhecido como direito universal, sendo fundamental à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Dessa forma, constatada a violação ao princípio da dignidade humana do trabalhador, consubstanciada na vedação ao exercício de seu direito à educação, o direito à reparação dos danos morais é a sua consequência. Recurso de revista não conhecido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-XXXXX-74.2002.5.02.0316, em que é Recorrente (ré) e Recorrido (autor).

[...]

1.6 - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO

MORAL - VEDAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO

O Tribunal regional manteve a sentença na qual fora reconhecida a existência de dano moral, decorrente da política da reclamada de proibir os funcionários da área comercial de estudar. A decisão foi fundamentada nos seguintes termos:

O dano moral e material devem acarretar prejuízo real para justificar a indenização correspondente.

Assim, para que se configure o ato ilícito é imprescindível a presença dos seguintes requisitos: o fato lesivo voluntário, o dano experimentado pela vítima e o nexo causal entre o dano sofrido e o comportamento do agente, sem os quais não cabe o pleito indenizatório.

O autor afirmou na exordial que "é norma da reclamada, na área comercial, em relação aos empregados 'cria da casa', proibir que eles estudem", que "não existe, na área comercial da reclamada, um só empregado que tenha iniciado nela, sem possuir curso superior e que tenha se formado" (fls. 10/11). Alegou que "a reclamada não apenas violou o direito fundamental do reclamante estudar, como lhe causou, ao não deixá-lo estudar, prejuízo de grande monta, material e moral e deve responder por eles" (fl. 11). Postulou a condenação da ré na indenização por danos materiais, pela "redução drástica do salário que recebia na reclamada e o que passou a receber, decorrente do fato de não ser formado" (item 49, fl. 11) e morais, pelo "constrangimento e humilhação" (item 50, fl. 11).

Como fato constitutivo do seu direito, ao autor cabia a prova da proibição de estudar levada a efeito pela reclamada, bem como dos resultados danosos que alegou sofrer, nos termos dos artigos 333, I, do CPC c/c 818, da CLT, ônus do qual se desincumbiu quanto ao prejuízo moral e remanesceu insatisfeito com relação ao material.

Ao contrário do sustentado no apelo da ré, as testemunhas confirmaram a política da empresa de proibir os funcionários da área comercial de estudar e,

embora tal proibição tenha sido retirado nos últimos tempos, conforme se observa do documento de fl. 764.

Em depoimento prestado à fl. 740, a 1ª testemunha ouvida a convite do reclamante afirmou que "por determinação do presidente da empresa o pessoal do departamento comercial estava proibido de estudar", fato confirmado pela 2ª testemunha da autoria: "o pessoal da área de vendas foi proibido de estudar, isto ocorreu por determinação da presidência, sendo que inclusive ficou estipulado que não seriam admitidos os que estivessem cursando faculdade, isso era um dogma da empresa que alegava que teriam que se desenvolver na 'universidade Ache'" (fl. 740).

A 3ª testemunha do autor, por sua vez, afirmou que a proibição estava restrita aos cursos dentro do campo de atuação na empresa: "havia uma norma dentro da empresa de que o pessoal da área de marketing não poderia estudar, a não ser que se tratasse de curso na própria área de atuação dentro da empresa" (fl. 741). A afirmação se confirma com os depoimentos prestados pela duas testemunhas da reclamada, as quais citaram nomes de funcionários do setor que cursaram marketing e administração de empresas durante o contrato de trabalho (fl. 742).

O conjunto probatório é farto, não subsistindo a alegação de falta de provas. A atuação incorreta da ré é clara e dispensa maiores considerações.

Assim não há como afastar o dano moral, devendo a reclamada arcar com a indenização, ressaltando-se, ainda, o caráter pedagógico da condenação, sobretudo porque a atitude empresária extrapola, em muito, o poder diretivo que a lei confere ao empregador (art. 2º., caput, da CLT), além de afrontar a dignidade do empregado (art. 5º., X) e, como tal, deve ser repudiada.

Com relação ao valor arbitrado, a indenização fixada na origem, correspondente a R\$ 50.000,00, atende aos requisitos de reparação do reclamante e punição ao agente causador do dano, não levando o obreiro ao

enriquecimento, tampouco a insolvência da empresa. Conforme já pacificado na doutrina e na jurisprudência, a idéia de que a reparação, se, de um lado, não pode ser apenas simbólica para o agressor, também não pode, de outro, servir de enriquecimento para a vítima, já que aí não se teria apenas reparação, mas reparação cumulada com sanção, o que não tem previsão no nosso ordenamento. Por isso, o arbitramento da reparação deve levar em conta a condição sócio-econômica das partes envolvidas, o grau da ofensa e as circunstâncias específicas que cercaram o fato. São dois, enfim, os objetivos a serem alcançados: o desestímulo e a compensação. Pelo primeiro, pretende-se que se corrija o agressor, que se mostre a ele a reprovação social da sua conduta e que também sirva de exemplo para a conscientização geral. Pelo segundo, pretende-se uma reparação relativa do dano sofrido.

A razoabilidade e a proporcionalidade são os critérios que devem balizar o arbitramento, para que se evitem injustiças de parte a parte. Até porque, nas palavras de Caio Mário, se é certo "que a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser eqüitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro" (Responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 318).

Isso tudo considerado, é adequada a indenização arbitrada no valor de R\$ 50.000,00, suficiente não só para que a empresa tenha consciência da gravidade da conduta - com o que se alcança o efeito pedagógico da reparação - mas para que também o autor se veja compensada do dano moral sofrido.

No que tange ao dano material, este não restou comprovado. Não há provas de que a conduta da reclamada tenha resultado prejuízo material efetivo ao autor.

Em depoimento pessoal prestado à fl. 732, afirmou o autor: "o depoente conseguiu uma nova colocação no

"O entendimento acerca do dano moral tem passado por evolução epistemológica, deixando-se a perspectiva patrimonialista tradicional para uma acepção existencial na qual a medida de compreensão passa a ser a dignidade da pessoa humana."

mercado uma semana após desligar-se da empresa".

Não provou o reclamante a alegação de que o valor pactuado na nova contratação, inferior à remuneração auferida na ré, tenha decorrido da falta de formação em curso superior.

Assim, não merece reparos a r. sentença de origem.

A reclamada, no recurso de revista, alega que a conclusão do Tribunal Regional está fundada em depoimentos de testemunhas suspeitas. Alega que ainda que existisse a prática, não há elementos para a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, porquanto não houve comprovação de culpa, denexo causal. Afirma que o dano moral exige demonstração de prejuízos - em concreto-. Reputa violados os arts. 818 da CLT, 333, I, do CPC, 927 do Código Civil, 5º, V e X, da Constituição Federal.

O entendimento acerca do dano moral tem passado por evolução epistemológica, deixando-se a perspectiva patrimonialista tradicional para uma acepção existencial na qual a medida de compreensão passa a ser a dignidade da pessoa humana.

Judith Martins-Costa, no artigo - Os Danos à Pessoa No Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação-, RT-789, julho 2001, pp. 24-25, aborda com maestria a questão:

Por este caminho opera-se um câmbio semântico específico, verifica-se a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, vai designar não apenas o -ser da pessoa-, mas a -humanidade da pessoa-. Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o -sujeito capaz juridicamente- nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, -a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras, é ela que permite o reconhecimento de uma pertença (appartenance) a um 'gênero': o gênero humano. A mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade desta pertença: -Se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm

esta mesma qualidade de dignidade no 'plano' da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser-.

Por isso, mais do que uma -vazia expressão-, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido vista como um princípio estruturante da ordem constitucional - apontando-se-lhe inclusive um valor -refundante- da inteira disciplina privada -, significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o -valor fonte- que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

Nesse sentido, leciona Maria Celina Bodin de Moraes, in -Danos à Pessoa Humana - Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais-, 1ª ed., 3ª Tiragem, Editora Renovar, Rio de Janeiro, pp. 130-132:

Qual seria, então, o objeto do dano moral? Como reconduzir-se aqui a um conceito jurídico, sem cair na armadilha que o tema enseja? Como já foi ressaltado, afirmar que o dano moral é -dor, vexame, humilhação, ou constrangimento- é semelhante a dar-lhe o epíteto de -mal evidente-. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de danos injustos, ou melhor, de danos a situações merecedoras da tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis.

Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos -dor-, -espanto-, -emoção-, -vergonha-, -aflição espiritual-, -desgosto-, -injúria física ou moral-, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva

extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.

Recentemente, afirmou-se que o -dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade-. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um -direito subjetivo à dignidade-, como foi sugerido, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.

No caso, foi comprovado que a ré adotava como política a proibição dos empregados da área comercial de estudar. Destacou-se que, apesar de ter ocorrido alteração da referida política, a extrapolação do poder diretivo foi devidamente evidenciada.

Conforme excerto transcrito, a Corte regional afirmou ter sido comprovada a conduta ilícita, isto é, a proibição imposta pela reclamada, aos empregados da área comercial, impedindo-os de realizar quaisquer cursos ou atividades educacionais. Incidência objetiva da Súmula nº 126 desta Corte a impedir enquadramento de forma diversa.

O direito à educação é reconhecido como direito universal, sendo fundamental à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Reiterando a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, constatada a violação ao princípio da dignidade humana do trabalhador, consubstanciada na vedação ao exercício de seu

direito à educação, a direito à reparação dos danos morais é apenas consequência. Intactos os dispositivos apontados como violados.

Não conheço.

1.7 - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ARBITRAMENTO

Conforme excerto extraído na análise do tema -Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral - Vedação ao Direito a Educação-, a Corte regional manteve a decisão da Vara do Trabalho na qual foi arbitrada a indenização no importe de R\$ 50.000,00, porquanto atendidos os requisitos de reparação do reclamante e punição ao agente causador do dano.

Insurge-se a recorrente em face do montante da condenação que lhe foi imposta por dano moral, afirmando serem valores extremamente vultosos e não refletem a realidade social e econômica. Reputa violados os arts. 5º, V, da Constituição Federal e 884 do Código Civil. Traz arestos a cotejo.

No arbitramento do quantum indenizatório, critério predominante de fixação de indenização estabelecido no direito brasileiro, deve ser observado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, segundo o qual se considera tanto a capacidade financeira do ofensor quanto a da vítima, assim como as circunstâncias do caso concreto, gravidade e potencialidade social do dano, sua repercussão social, intensidade do sofrimento e do desgaste.

Há situações em que a indenização decorrente de responsabilidade civil não deve se restringir a reparar integralmente o dano já consumado, mas também de impedir a realização de novos danos, de inibir a repetição de conduta que implique em danos.

O objetivo da condenação, nesses casos, além de reparação é dar um caráter exemplar para que a conduta, cuja ofensividade social é alta, não seja reiterada pelo causador do dano, ou por terceiros.

Nesse sentido, importa trazer a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade, em -Dano Moral e Indenização Punitiva - Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro, 1ª Ed., Forense, pp. 241-:

A consolidação da idéia de que a responsabilidade civil desempenha um papel profilático, de preservação ou evitação do dano, tem aberto espaço, principalmente no campo da proteção dos direitos da personalidade, para o estabelecimento de sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, com a finalidade de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos, violadores daqueles direitos especialmente caros ao homem.

A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza.

Neste mesmo sentido, o Ministro Walmir Oliveira da Costa, em seu -Dano Moral nas Relações Laborais, 1999, Juruá, pp. 122-, assim dispõe acerca da função do dano moral:

Em nossa opinião, a reparação por danos morais reveste-se de dupla função: reparatória e punitiva.

a. a função reparatória tem como finalidade oferecer compensação ao lesado e, assim, atenuar o seu sofrimento, recaindo em montante razoável do patrimônio do ofensor, de tal modo que ele não persista na conduta ilícita.

b. a função punitiva consiste em aplicar uma sanção ao lesante, visando coibir ou inibir atentados ou investidas contra direitos personalíssimos de outrem, razão de funcionar como penalidade de natureza pedagógica. Serve de advertência para que o ofensor não reincida na prática de atos lesivos à personalidade alheia e de exemplo à sociedade que, em suas relações, deve pautar-se por conduta ética e de respeito mútuo no

campo das relações jurídicas e sociais.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, no artigo -Usos e Abusos da Função Punitiva - punitive damages e o Direito brasileiro-, R. CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar.2005, pp. 21, aborda a questão da retomada da pena privada no direito brasileiro, invocando escólio de Paolo Gallo:

As razões para a volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao quantum efetivamente sofrido, segundo os cálculos advindos da Teoria da Diferença pela qual o dano resulta da diminuição do patrimônio, consistindo na diferença entre o valor atual do patrimônio, consistindo na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo (na verdade, condicionante do conceito jurídico de dano), conquanto apropriada para o comum dos casos, no dano patrimonial, é inadequada e mesmo inservível - para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critérios unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das situações. Em alguns casos, afirma Araken de Assis, de acordo com o valor médio das indenizações nos casos de morte e lesão física, é mais compensador financeiramente matar do que mutilar. Agregue-se a isso a tendência de retratação Direito Penal, que, segundo estudiosos, deve ser limitado às ofensas mais graves à ordem social, abrindo, então, espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil.

Em outros sistemas filiados à tradição romanística, o debate também está aberto. Paolo Gallo, autor de excelente monografia sobre o tema, elenca quatro hipóteses aptas a serem sancionadas com a pena privada no direito contemporâneo: (1) casos de responsabilidade civil -sem dano-, isto é, sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto setor

das lesões aos direitos da personalidade; (2) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; (3) hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos; (4) os chamados -crimes de bagatela-

Desta via, em face de tais preceitos, revela-se adequada e razoável a condenação imposta. Não se revelam as violações apontadas, sendo certo que os arestos trazidos a cotejo tratam de situações distintas, nas quais não se percebem idênticos fatos, aptos a configurar divergência jurisprudencial.

Não conheço.

[...]

ISTO POSTO

A C O R D A M os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto aos temas -Negativa de Prestação Jurisdicional - Decisão Proferida pela Vara do Trabalho-, -Negativa de Prestação Jurisdicional-, -Promoções - Reajuste Estabelecido em Norma Coletiva-, -Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral - Vedação ao Direito a Educação-, -Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral - Arbitramento- e -Litigância de Má-Fé-. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto aos temas -Auxílio-Moradia - Prescrição- e -Gratificações Anuais - Prescrição-, por contrariedade à Súmula nº 294 do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para pronunciar prescritas as pretensões relativas ao auxílio-moradia e à integração das gratificações anuais na remuneração. Mantido o valor da condenação.

Brasília, 7 de Agosto de 2012.

Ministro Vieira de Mello Filho
Relator

Acórdãos

Ministra Kátia Magalhães Arruda



Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado no DEJT 21/09/2012, Relatora a Ministra Kátia Magalhães Arruda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL/EXISTENCIAL DECORRENTE DE PAGAMENTO PARCIAL DE HORAS EXTRAS. Nega-se provimento a agravo de instrumento pelo qual o recorrente não consegue infirmar os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-XXXX-28.2010.5.04.0411, em que é Agravante (autor) e Agravado (réu).

[...]

MÉRITO

O Tribunal Regional, juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (art. 682, IX, da CLT), denegou-lhe seguimento, adotando, com relação ao tema, os seguintes fundamentos (fls. 574/576):

"PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS PROCESSUAIS / NULIDADE / NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL/ RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/ EMPREGADO / INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Alegação (ões):

- violação do(s) art(s). 1º, III e IV, 5º, X,XXXV e LV, 6º, 7º, XIII, e.93, IX da CF.
- violação do(s) art(s): 832 e 897-A da CLT; 458 e 535 do CPC, 149 do CP.

- divergência jurisprudencial.

A Turma absolveu o reclamado da condenação ao pagamento de indenização por dano moral por entender que

'...Constitui dano moral o evento apto a produzir efeitos na órbita interna do ser humano, causando-lhe dor, tristeza ou qualquer outro sentimento capaz de lhe afetar o lado psicológico, sem qualquer repercussão de caráter econômico. São, pois, lesões sofridas pelas pessoas, em certos aspectos de sua personalidade, que atingem somente a esfera íntima, e valorativa, pois a dor e a angústia são apenas formas pelas quais o dano moral se exterioriza. E por se tratar de evento cujas consequências se revelam unicamente no âmbito da intimidade da pessoa, a dificuldade quanto à caracterização do dano moral se situa justamente em sua comprovação. Isso porque, não basta a demonstração do fato constitutivo do alegado dano. Deve o lesado comprovar, de forma cabal e inequívoca a ocorrência efetiva dos efeitos danosos. Além do mais a imputação do dano moral está ligada à ação culposa ou dolosa do agente no caso, do reclamado a intenção de prejudicar, imputando-se a responsabilidade civil somente quando configurada a hipótese do artigo 186 do Código Civil. Não é o que se verifica no caso em tela pois o não cumprimento da legislação trabalhista, decorrente da prestação de jornada, em horário extraordinário, enseja apenas pagamento das verbas próprias: com juros e correção monetária o que restou deferido nos autos do processo nº 01.78600-60.2008.5.04.0411, não repercutindo em ofensa a honra, à imagem ou à sua dignidade profissional asseguradas pelos incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal, capaz de justificar a condenação do empregador ao pagamento da indenização por dano moral. Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso do reclamado no tópico, para absolvê-lo da condenação ao pagamento de danos morais.'

Negou provimento aos embargos de declaração:

"O embargante sustenta existir omissão no acórdão, uma vez que a Turma Julgadora não analisou o pedido à luz dos fundamentos trazidos na petição inicial e no recurso. Reprisa a alegação de violação de direitos previstos na Constituição Federal, saúde, lazer, vida privada, dignidade e valor social do trabalho, citando os arts. 1º, II, III e IV,

6º e 7º, XIII da CF/88 e art. 149 do Código Penal, os quais pretende ver prequestionados. Alega que cumpria extensa jornada de trabalho, durante os últimos cinco anos e meio do contrato de trabalho, o que privou-o do convívio social e de sua família, razão porque postula a condenação do reclamado ao pagamento de danos existenciais. Cabem embargos de declaração quando há, no julgado, omissão, contradição, obscuridade, ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, nos termos dos arts. 769 e 897-A, ambos da CLT, c/c o art. 535 do CPC, vícios esses inexistentes no aresto embargado. Note-se que, em relação aos danos morais, o acórdão prolatado é claro na exposição dos seus fundamentos (fl. 252v-253): (...) Em conformidade com o "livre convencimento motivado", o qual se aplica no Direito Processual Civil e no Direito Processual do Trabalho, o Juiz não está obrigado a refutar todos os argumentos expendidos pelas partes, podendo formar seu convencimento, sendo despiciendo que emita um juízo de valor sobre cada uma dos argumentos suscitados pelas partes. O que pretende o reclamante, via embargos de declaração, é a rediscussão do mérito, o que desafia recurso próprio. Por fim, consideram-se prequestionados os dispositivos legais invocados pelo embargante, na forma da OJ nº 118 da SDI-I do TST, verbis: PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este. Nega-se provimento aos embargos de declaração." (Relatora: Maria Madalena Telesca).

Em relação à arguição de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, não há como receber o recurso. As questões suscitadas foram enfrentadas pelo Tribunal, que adotou tese explícita a respeito, não verificada afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, art. 458 do CPC e art. 832 da CLT. Dispensa análise a alegação de violação aos demais dispositivos invocados, na esteira do entendimento traçado na Orientação Jurisprudencial 115 da SDI-I do TST.

Quanto à questão de fundo, não constato violação aos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Reprodução de aresto que provém de órgão julgador não mencionado na alínea "a" do art. 896 da CLT não serve para confronto de teses.

CONCLUSÃO

Nego seguimento."

Na minuta do agravo de instrumento (fls. 586/608), o agravante não conseguiu infirmar os fundamentos que embasaram o não seguimento do recurso de revista, os quais, pelo seu acerto, adoto como razões de decidir.

Vale acrescentar que o reclamante argumenta que não recebeu o pagamento das horas extras durante o contrato, "mas somente em Juízo e, mesmo assim, apenas parte delas", o que ensejaria o pagamento de indenização por dano existencial.

Conforme decidiu o TRT, "*o não cumprimento da legislação trabalhista, decorrente da prestação de jornada, em horário extraordinário, enseja apenas pagamento das verbas próprias: com juros e correção monetária o que restou deferido nos autos do processo nº 01.xxxxx-60.2008.5.04.0411*", e não cabe, nesta fase recursal, debate acerca do pagamento parcial das horas extras, analisado em outro processo, para daí deferir indenização por dano existencial.

Pelo exposto, mantenho o despacho agravado e nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

A C O R D A M os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 19 de Setembro de 2012.

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
Ministra Relatora

Ementa

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO.

1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, “consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.” (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações.

Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese

dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

(TST-RR - xxx-76.2011.5.24.0002. 1ª Turma. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Publicação em 28/06/2013.)

Sentenças

Juiz Bráulio Gabriel Gusmão

Sentença da 4ª Vara do Trabalho de Curitiba - PR, publicada no DJ 27/06/2013, Juiz Bráulio Gabriel Gusmão.

[...]

Dano moral individual

A questão de origem comum que fundamenta a pretensão é a alegação de que a Primeira Ré impôs o trabalho em supressão ao repouso semanal remunerado, cujo resultado foi o afastamento de cada trabalhar de seu convívio familiar e no constrangimento pela imposição de escalas ilegais.

A existência de trabalho em tais condições perdurou até antes da celebração do acordo nos autos do processo nº 000xxxx-64.2011.5.09.0004 (ou xxxxx-2011-004-09-03) e não é controvertida.

A decisão que ali concedeu antecipação dos efeitos da tutela tem o seguinte teor (fl. 539):

Vistos, etc.

O Sindicato Autor, na condição de representante dos empregados do Primeiro Réu, pretende a concessão dos efeitos da tutela antecipada, com objetivo de obter ordem que determine ao empregador que se abstenha de impor jornada de trabalho irregular aos seus empregados.

No caso, a jornada de trabalho considerada irregular é aquela praticada em finais de semana (sábados e domingos).

Inicialmente, a pretensão liminar não foi acolhida, porque não existiam elementos concretos que a justificassem,

entretanto, após a oportunidade do contraditório e do conjunto probatório, outra deve ser a decisão.

O primeiro aspecto a ser observado é que a jornada normal de trabalho dos empregados do primeiro Réu é de 8h, de segunda a sexta-feira, conforme controles de jornada juntados com a defesa. Neste sentido, também os documentos de fls. 360 e seguintes, que indicam o trabalho em final de semana sendo realizado sempre em regime de plantão ou extraordinário.

Assim, prevalece a previsão contida em convenção coletiva da categoria, juntada com a petição inicial (fls. 63 e seguintes).

Observo que os acordos coletivos de trabalho apresentados com a defesa do primeiro Réu nada informam sobre o horário de trabalho e neles não há qualquer disposição que possa sugerir a incidência da ideia de conglobamento dos instrumentos normativos (fls. 314).

O segundo aspecto é a total ausência de pacto para imposição ou realização do trabalho em tais condições, bem como a violação de outra norma quando tal ocorreu.

Neste sentido, o artigo 59 da CLT, pois as disposições do contrato de trabalho tipo formalizado, além de genéricas, não autorizam compreensão da possibilidade do trabalho em finais de semana (ex. fl. 56, cláusula segunda). Ainda, a regra do artigo 67 da CLT, que impõe restrições para o trabalho em domingos. A jurisprudência, igualmente, tem entendido ser absolutamente necessário formalizar critérios a este respeito, conforme demonstra Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

O direito a uma jornada de trabalho decente e com regras claras para sua fixação é amplamente assegurado ao trabalhador e deve ser visto sob o aspecto da melhoria da sua condição social, conforme clara dedução do texto da Constituição da República (Art. 7º, XIII).

O primeiro Réu não age neste sentido, pois impõe regime de escala de trabalho em finais de semana sem critérios objetivos, em ofensa ao texto legal e à própria Constituição.

Vale dizer, não há regra que autorize tal prática de maneira reiterada.

Isso posto, considero presentes os elementos que autorizam a concessão da tutela antecipada, pois a permanência por mais tempo desta situação causará prejuízos aos trabalhadores que não possuirão condições de organizar suas próprias vidas, em prejuízo às outras dimensões de seu cotidiano, tais como família, lazer, saúde, educação, igualmente dignos e protegidos pelo mesmo texto constitucional.

Assim, enquanto não sobrevier qualquer critério formal, fruto de negociação entre o empregador e trabalhadores, para fixação das condições de cumprimento da jornada de trabalho em finais de semana, considerados o sábado e o domingo, o primeiro Réu, (...), não deve exigir trabalho de seus empregados em tais dias e sequer adotar sistema de escala para tanto.

O não cumprimento desta determinação implicará na imposição de multa no importe de R\$ 1.000,00 por dia, para cada trabalhador cujo trabalho for exigido nas condições informadas.

Expeça-se mandado para cumprimento desta decisão.

Sem prejuízo desta ordem, a Secretaria deve retirar o processo da pauta de julgamento e designar data para audiência visando nova tentativa de conciliação entre as partes, com urgência.

Intimem-se.

BRÁULIO GABRIEL GUSMÃO
Juiz do Trabalho

Em 25/05/2012.
(grifei!).

"A remuneração dos dias trabalhados em supressão ao descanso semanal resolve apenas o aspecto econômico do problema, mas não tem a eficácia de reparar o prejuízo sofrido nas outras dimensões da vida do trabalhador com vistas à garantia da sua própria dignidade."

Como já mencionado em tópico anterior, não servirá a presente demanda para analisar a situação peculiar de cada contrato individual de trabalho, de modo a ser indagado quando e em quais condições ocorreu o trabalho em supressão ao repouso semanal remunerado.

Todavia, não é incontroverso que todos os empregados da Primeira Ré, integrantes da categoria profissional do Sindicato Autor, estiveram sujeitos a tal condição em algum momento da relação jurídica, sem a devida observância das regras previstas para tanto.

A respeito do descanso semanal, DELGADO² é taxativo ao dizer que se trata de "um direito trabalhista imperativo".

Em virtude de suas finalidades pessoais - que o vinculam a objetivos de medicina e segurança do trabalho - e de suas finalidades comunitárias, que o colocam como instrumento essencial à integração familiar, social e política do trabalho, será sempre devida a fruição efetiva do repouso semanal (arts. 1º e 6º, Lei n. 605).

A remuneração dos dias trabalhados em supressão ao descanso semanal resolve apenas o aspecto econômico do problema, mas não tem a eficácia de reparar o prejuízo sofrido nas outras dimensões da vida do trabalhador com vistas à garantia da sua própria dignidade. A dignidade da pessoa humana é um bem tutelado pelo Estado (art. 1º, III, da Constituição da República) e sua violação é passível de reparação independentemente do dano material que também possa ser identificado.

De acordo com MORAES³, o dano moral não exige lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima para sua configuração, mas "a violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação". Quanto à prova do dano, a autora aponta que "o entendimento atual pacificou-se no sentido de ser o dano moral *in re ipsa*, independentemente de comprovação do prejuízo sofrido".

Ainda, em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a hipótese de reparação de dano moral tipificado como existencial ou dano à existência da pessoa, pois a consequência foi impedir o desenvolvimento de uma vida de relações sociais e familiares.

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (RR - 727-76.2011.5.24.0002 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento:

19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/06/2013).

Nesse sentido, cabível a pretensão de indenização para reparação do dano extrapatrimonial que decorreu da imposição de trabalho em supressão do descanso semanal remunerado, no período apontado.

A indenização, nesse caso, deve alcançar cada um dos empregados da Primeira Ré, independentemente das ocasiões de trabalho em tais condições, pois é incontroverso que tal ocorreu, em maior ou menor intensidade.

MORAES⁴ também aponta que o arbitramento da indenização resultante do dano moral deve considerar a extensão do dano (art. 944, do CCB) e, nesse sentido, sua magnitude em relação à pessoa da vítima, duração e repercussão.

A jurisprudência desse tribunal tem fixado como valores mínimos para reparação de danos morais montantes entre R\$ 3.000,00 e R\$ 10.000,00, embora não aponte critérios objetivos para atingi-los. A partir dessa constatação, a base de cálculo para fixação do dano moral, devido a cada um dos empregados da Primeira Ré e integrantes da categoria profissional do Sindicato Autor, considerará o equivalente a quatro salários mínimos atuais (R\$ 2.712,00) e sobre ela serão aplicados os elementos objetivos a seguir apontados:

a. quanto à magnitude do dano em relação à vítima, considero ter sido pequena, pois afetou apenas parcialmente os aspectos da vida pessoal de cada empregado e a supressão dos descansos não se mostraram intensas ou em frequência que implicasse sua total supressão. Fixo em uma vez o valor básico indicado: R\$ 2.712,00;

b. quanto à duração do dano, considero ter sido média, pois perdurou mais de um ano, até a atuação sindical em Juízo para coibir tal prática por parte da Primeira Ré. Fixo em cinco vezes o valor básico indicado: R\$ 13.560,00;

c. quanto à repercussão social do dano, considero ter sido média, pois alcançou o universo familiar e social dos empregados, a cada vez que era exigido seu trabalho em dias de descanso. Fixo em cinco vezes o valor básico indicado: R\$ 13.560,00.

Assim, a indenização alcança o valor de R\$ 29.832,00 para

cada empregado da Primeira Ré, integrante da categoria profissional do Sindicato Autor.

Os critérios de incidência da atualização monetária e juros devem considerar o entendimento da Súmula 439 do TST. Diante da natureza jurídica desta parcela, não é devida a contribuição previdenciária e o imposto de renda.

Defiro nestes termos.

[...]

Dispositivo

Rejeito as preliminares arguidas.

Julgo extinto o processo sem resolução do mérito quanto à pretensão de horas extras decorrentes do excesso diário, semanal ou do trabalho em domingos e feriados que já não tenham sido remuneradas ou compensadas.

No mérito, acolho parcialmente o pedido do Sindicato Autor para condenar solidariamente os Réus no cumprimento das obrigações deferidas nos termos da fundamentação, integrante deste dispositivo para todos os fins de direito.

[...] Cumpra-se.

Custas pelos réus, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 500.000,00, no importe de R\$ 10.000,00.

Intimem-se as partes.

Curitiba, 28 de junho de 2013

Bráulio Gabriel Gusmão
Juiz Titular de Vara do Trabalho

1 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1278-1280.

2 Op. cit. p. 874.

3 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-333.

4 MORAES, op. cit. p. 331

5 MORAES, op. cit. p. 263.

Sentenças

Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera

Sentença da 19ª Vara do Trabalho de Curitiba - Pr, publicada em 13/05/2013, Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera.

[...]

05 – DANO EXISTENCIAL

Ao argumento de que sua extensa jornada de trabalho frustrou seu projeto de vida de estudar e abrir seu próprio negócio, bem como culminou no término de seu matrimônio, com a privação do convívio diário com sua filha, requer o autor uma indenização por dano existencial, espécie de dano moral.

A ré refuta a pretensão.

Entendo que o autor não comprovou suas alegações.

Quanto ao fim de seu casamento, a testemunha ouvida a seu convite não soube informar o motivo.

No que se refere à grave frustração de seus projetos, nada comprova a respeito e, na entrevista de desligamento, disse que até tinha interesse em abrir um negócio próprio, em sua cidade natal.

Observo que neste aspecto o reclamante confirmou a declaração (item 19 do depoimento).

Ou seja, não foi a extensa jornada que o impedia de abrir um negócio, mas a própria permanência nesta cidade, como se pode inferir da declaração.

Lembro que os fatos que ocasionam o dano moral devem ser robustamente provados, além de especificamente narrados, o que não ocorreu no presente caso, haja vista que, do contrário, estaremos dando ensanchas à indústria do dano moral.

ASSIM, REJEITO O PEDIDO.

(...)

III – DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, nos autos da ação trabalhista em que litigam (autor) e (ré), **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a reclamatória, nos termos da fundamentação que passa a integrar este dispositivo, para:

[...]

b) **REJEITAR** os demais pedidos.

[...]

Cientes as partes.

Cumpra-se no prazo legal.

Nada mais.

Tatiane Raquel Bastos Buquera
Juíza do Trabalho

Direito Comparado

Tribunal da Relação do Porto - Portugal

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Relator o Magistrado Ferreira da Costa, datado de 08/02/2010.

I - Tendo o Estado – C1..... – admitido uma auxiliar de limpeza, por contrato de trabalho a termo, ao abrigo do disposto no art. 11º -A do DL n.º 184/89, de 2 de Junho, aditado pelo art. 2º da Lei 25/98, de 26 de Maio, usou uma modalidade especial de emprego na Administração Pública, dentro das várias legalmente taxadas.

II - Tal modalidade especial é regulada pelo regime jurídico do contrato individual de trabalho, pelo que o contrato de trabalho a termo está sujeito aos respectivos requisitos, nomeadamente, justificação do termo e número limitado de renovações, sob pena de se converter em contrato por tempo indeterminado.

III - Não tendo sido aposto qualquer termo justificativo e tendo sido objecto de mais de uma dezena de renovações, o contrato a termo converteu-se em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

IV - Tendo o contrato sido executado durante mais de 7 anos, durante os quais a trabalhadora se limitou a cumprir o que lhe for ordenado, a postura do R., determinando a sua cessação de forma unilateral e imotivada, traduz abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium.

V - Tendo o contrato sido executado durante mais de 7 anos de forma pacífica, ininterrupta e pública, a auxiliar de limpeza deixou de ser um agente putativo, de facto e passou a ser um agente de direito, como se nenhuma irregularidade tivesse sido praticada aquando da celebração, execução

e cessação do contrato, por se ter verificado uma espécie de usucapião.

VI - Verificado o abuso de direito, a usucapião e/ou a cessação do contrato de trabalho por tempo indeterminado sem apuramento de justa causa em processo disciplinar, a atitude do réu traduz um despedimento ilícito, com as legais consequências.

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

B..... deduziu em 2009-02-10 a presente acção declarativa, emergente de contrato individual de trabalho, com processo comum, contra o Estado Português [Ministério da Administração Interna/Polícia de Segurança Pública], representado pela Exm.^a Magistrada do Ministério Público, pedindo que se:

I – Reconheça que a relação laboral existente entre as partes configura um contrato de trabalho por tempo indeterminado e que o despedimento da A. é ilícito e

II – Condene o R. a pagar à A.:

1) - A indemnização de antiguidade, conforme opção feita pelo requerimento de fls. 54, a fixar em 45 dias de retribuição base por cada ano de antiguidade ou fracção;

2) - A sanção pecuniária compulsória de € 200,00 por cada dia em que o R. se abstenha de reintegrar a A., a partir do trânsito em julgado da sentença;

3) - As retribuições vencidas desde o trigésimo dia anterior à data da propositura da acção até ao trânsito em julgado da sentença;

4) - A quantia de € 3.000,00, a título de danos não patrimoniais e

5) - Juros de mora sobre as quantias acima referidas, à taxa legal, desde a citação até efectivo e integral pagamento.

Alega a A., para tanto e em síntese, que foi admitida ao serviço do R., com início em 2000-10-09, mediante contrato de trabalho a termo certo, por 181 dias, renovável, para sob as suas ordens, direcção e fiscalização, exercer a actividade profissional de auxiliar de limpeza na C....., com o horário de 4 horas por dia de 2.^a a 6.^a Feira e de 3 horas ao sábado, mediante retribuição mensal que se fixou em € 243,80 desde Janeiro de 2008 e cumprindo ordens

e instruções dos superiores hierárquicos, bem como o horário de trabalho referido, fixado pelo R.

Mais alega que o contrato de trabalho deve ser considerado sem termo dadas as renovações ocorridas e a ausência de termo justificativo.

Alega também que foi ilicitamente despedida com efeitos reportados a 2008-02-19 conforme carta datada de 2007-12-19, pois a cessação do contrato ocorreu por iniciativa do R. e sem justa causa apurada em processo disciplinar.

Alega por último que a invocada caducidade do contrato configura abuso de direito e que o despedimento lhe causou danos não patrimoniais, que descreve.

Contestou o R., por excepção, alegando que o contrato de trabalho celebrado entre as partes, mesmo tendo por objecto a limpeza de instalações, nunca se poderia converter em contrato por tempo indeterminado, sendo inconstitucional o entendimento oposto, atento o disposto no Art.º 47.º, n.º 2 da CRP e, quanto ao mais, contestou por impugnação.

A A. respondeu à contestação.

Procedeu-se a julgamento sem gravação da prova pessoal, tendo o Tribunal a quo, pelo despacho de fls. 56 a 59, assentado os factos considerados provados, sem reclamações – cfr. fls. 60.

Proferida sentença, o Tribunal a quo:

I – Reconheceu que a relação laboral existente entre as partes configura um contrato de trabalho por tempo indeterminado e decretou a ilicitude do despedimento e

II – Condenou o R. a pagar à A.:

1) - A indemnização correspondente a 45 dias de retribuição base por cada ano de antiguidade ou fracção;

2) - As retribuições vencidas desde 2009-01-10 até ao trânsito em julgado da sentença, no montante mensal de € 254,40, acrescido de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, em igual montante;

3) - A quantia de € 1.000,00, a título de danos não patrimoniais e

4) - Juros de mora sobre as quantias acima referidas, à taxa de 4%, desde a citação até efectivo e integral pagamento, a que acrescerão juros à taxa de 5% desde o trânsito em julgado da sentença até integral pagamento, a título de sanção pecuniária compulsória, destinando-se esta, em partes iguais, para a A. e para o Estado.

Inconformado com o assim decidido, veio o R. interpôr recurso de apelação, pedindo a revogação da sentença e tendo formulado, a final, as seguintes conclusões:

1- Do próprio contrato celebrado entre as partes consta que o mesmo é um contrato a prazo, sem possibilidade de se transformar em contrato efectivo nem confere direito a qualquer tipo de indemnização.

2- Estas condições eram e são impostas pelo DL. 427/89, de 7 de Dezembro e legislação que se lhe seguiu relativamente à contratação pelo Estado de pessoas não previstas pelos quadros mas que temporariamente lhe são necessárias.

3- E de acordo com o texto inequívoco do contrato e face ao previsto no art. 18º do DL 427/89 na redacção conferida pelo DL 218/98 e Lei 23/2004, de 22 de Junho, aplicável retroactivamente ao contrato em causa, não pode concluir-se que a comunicação junta como doc. Nº 3 da p.i. traduz um despedimento ilícito mas tão somente uma decisão de não renovação do contrato, o que não confere mesmo no âmbito do direito laboral a uma indemnização por despedimento ilícito.

4- A assim não se entender a indemnização arbitrada, correspondente ao máximo admissível no Código do Trabalho, é manifestamente inadequada.

5- Quer por os danos sofridos não terem advindo propriamente da comunicação de não renovação do contrato mas das próprias condições em que o mesmo foi celebrado, tendo a autora necessariamente consciência de que o mesmo não era efectivo nem

teria direito a qualquer indemnização quando o mesmo cessasse.

6- Quer porque o réu actuou em obediência a uma obrigação legal que lhe era imposta sobre pena de violar a própria C.R.P.

7- Pelo que não se lhe pode imputar a responsabilidade pelo ressarcimento de danos nos termos previstos nos art.s 562º e 563º do Código Civil.

A A. apresentou a sua contra-alegação, pedindo que se negue provimento ao recurso do R.

Por seu turno a A., inconformada com o decidido na sentença, no que respeita ao montante da indemnização arbitrada por danos não patrimoniais, veio interpôr recurso, pedindo a sua fixação na quantia de € 3.000,00 e tendo formulado, a final, as seguintes conclusões:

A. - A Autora foi admitida ao serviço do Réu mediante contrato de trabalho a termo certo, celebrado no dia 03 de Agosto de 2000.

B.- Mais de 7 anos depois, em 19 de Dezembro de 2007, o Réu rescindiu o contrato que celebrara com a Autora, cessando estas funções em 19 de Fevereiro de 2008.

C.- A Autora, ao fim de tantos anos ao serviço do Réu, sem qualquer reparo ao seu trabalho, estava convencida que o contrato se tornara definitivo.

D.- A Autora ficou e sente-se vexada na sua dignidade e brio profissional, o que a traz cada vez mais triste e amargurada.

E.- O Tribunal recorrido entendeu que 1.000,00 €, ressarciam a Autora desses danos.

F.- É sabido que a quantia de 1.000,00 €, arbitrada a título de danos morais, indemniza hoje casos de muito simples ofensas, v. g., injúria ou difamação simples, ofensa à integridade física simples ou

por negligência.

G- O direito ao trabalho é um direito constitucionalmente consagrado, por uma lei fundamental, aprovada no Órgão de Soberania, a Assembleia da República.

H.- Um Órgão de Soberania aprovar o reconhecimento constitucional de um direito fundamental e vir depois outro Órgão de Soberania, o Governo, "brincar" com os particulares aos contratos de trabalho, como é o caso dos autos, é motivo para se reconhecer ao lesado grave dano moral sofrido.

I.- A gravidade da situação em que o Estado colocou a ora recorrente, bem merece a atribuição de uma indemnização condigna por tão grave dano causado.

J.- O trabalho, as tarefas que a Autora fazia e fez durante largos anos, não deixou de existir, sendo agora feito por outras pessoas.

L.- O Tribunal recorrido reconhece e transcrevemos:

"Trata-se de uma actuação absolutamente ilegal e abusiva, não podendo deixar de ser entendida como uma forma de pressão sobre a Autora com vista a obrigá-la a aceitar a sua desvinculação como trabalhadora a tempo indeterminado por contra de outrem e levá-la a prescindir dos direitos adquiridos durante todo o tempo em que trabalhou subordinadamente para o Réu.

"Assim, outro comportamento poderia e deveria ter sido adoptado pelo Réu com vista à pretendida cessação do vínculo contratual que mantinha com a Autora, até porque a mesma estava já convencida de que o contrato se tornara definitivo."

"A descrita conduta do Réu para com esta sua trabalhadora evidencia, pois, uma elevada ilicitude."

M.- O Tribunal recorrido, com base no comportamento do Réu - O Estado - e especialmente tendo em conta as consequências

que dessa actuação resultaram para a Autora/recorrente, tinha a obrigação de arbitrar uma indemnização como a peticionada de 3.000,00 €.

N.- A sentença recorrida violou o disposto nos artºs 436º, 437º e 439º do Cód. do Trabalho e artºs 73º e segts. do Cód. Proc. de Trabalho.

O R. apresentou a sua contra-alegação, afirmando sinteticamente que a A. não tem direito a qualquer indemnização por danos morais.

Recebidos os recursos, elaborado o projecto de acórdão e entregues as respectivas cópias aos Exm.ºs Juízes Desembargadores Adjuntos[1], foram colhidos os vistos legais.

Cumprе decidir.

São os seguintes os factos dados como provados pelo Tribunal *a quo*:

1. A Autora foi admitida ao serviço do Réu mediante contrato de trabalho a termo certo, celebrado no dia 03 de Agosto de 2000, com início no dia 09/10/2000, pelo período de 181 dias, sucessivamente prorrogado por iguais períodos, excepto se fosse comunicado, por escrito, por qualquer dos outorgantes, com antecedência mínima de trinta dias, a intenção de o não renovar;

2. Para sob as suas ordens, fiscalização e direcção, desempenhar as funções inerentes à categoria profissional de auxiliar de limpeza, nas instalações e equipamentos da C....., sito no, nº ., comarca de Braga;

3. Com o horário de 4 horas por dia, de 2ª a 6ª feira e 3 horas ao sábado, num total de 23 horas semanais, mediante o salário/hora, na altura da celebração do contrato, de 393\$00/1,96 €, salário que, desde Janeiro de 2008, era de € 254,40/mês ilíquidos, acrescido do montante de € 76,57 de subsidio de alimentação;

4. A Autora, no âmbito das suas funções ao serviço do Réu, procedia à limpeza dos gabinetes das instalações da C1....., dos corredores, dos quartos, das casas de banho e outras divisões, despejava o cesto dos papeis e cinzeiros e fazia uso de instrumentos de trabalho, tais como vassouras, baldes, esfregonas, panos e detergentes fornecidos pela entidade empregadora, ora Réu.

5. No dia a dia, os superiores hierárquicos emitiam ordens à Autora no sentido de efectuar estas ou aquelas tarefas, procedendo à fiscalização da execução das mesmas.

6. A Autora sempre esteve sujeita às ordens e orientação do Réu, obrigada a executar os serviços que lhe eram dados e acatando as instruções que aquele lhe dava, através dos seus superiores hierárquicos.

7. À Autora foi atribuído o número de matrícula e sempre foram efectuados pelo Réu os competentes descontos para a Segurança Social e I.R.S., correspondentes ao trabalho desenvolvido pela Autora ao seu serviço.

8. No passado dia 19 de Dezembro de 2007, a Autora foi notificada pelo Réu do seguinte:

“A C1..... celebrou contrato a termo certo com V^a Exc^a em 03 de Agosto de 2000, para prestar serviços de manutenção e de limpeza das instalações e equipamentos da C.....

Pela Resolução de Conselho de Ministros nº 97/2002, publicada no Diário da Republica - 1^a Série - B, nº 115 de 18 de Maio de 2002, o seu contrato de trabalho caducou no final do respectivo prazo de vigência, sem possibilidade de renovação.”

Não obstante V^a Exc^a continuou a prestar serviço a esta instituição, sendo que legalmente está prevista a responsabilidade civil, disciplinar e financeira para funcionários e agentes que não ponham termo à prestação de serviço na situação de V^a Exc^a.

Nestes termos, no âmbito da competência delegada e ao abrigo do artº 134º do CPA, notifico V^a Exc^a que deixará de prestar serviço na C1..... decorridos que sejam sessenta dias após a recepção da presente notificação”.

9. Por via da supra referida comunicação, a Autora cessou as suas funções ao serviço do Réu, em 19.02.08.

10. A Autora, ao fim de tantos anos ao serviço do Réu, sem qualquer reparo ao seu trabalho, estava convencida que o contrato se tornara definitivo.

11. A Autora ficou e sente-se vexada na sua dignidade e brio profissional, o que a traz cada vez mais triste e amargurada, o que foi agravado pelo facto de ter tido necessidade de abandonar a casa onde residia, por falta de condições económicas.

Está também provado o seguinte facto:

12. Do contrato referido em 1. consta, nomeadamente:

“Considerando a necessidade de proceder à manutenção e limpeza das instalações e equipamentos...”;

“Nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 11.º-A do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, introduzido pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, é celebrado o presente contrato de trabalho a termo certo...” e

“Cláusula 4.ª, n.º 2: Considerando a natureza dos serviços a prestar pelo segundo outorgante, o presente contrato não se converte, em caso algum, em contrato sem termo e pode ser feito cessar a todo o tempo, por qualquer dos outorgantes, mediante aviso prévio de 30 dias, não havendo lugar ao pagamento de qualquer indemnização.”.

Fundamentação.

Sendo pelas conclusões do recurso que se delimita o respectivo objecto[2], como decorre do disposto nos Art.ºs 684.º, n.º 3 e 685.º-A, n.º 1, ambos do Cód. Proc. Civil, na redacção que lhe foi dada pelo diploma referido na nota (1), ex vi do disposto no Art.º 87.º, n.º 1 do Cód. Proc. do Trabalho de 2000, salvo tratando-se de matérias de conhecimento oficioso de que o Tribunal ad quem pode conhecer por sua iniciativa, são cinco as questões a decidir nesta apelação, a saber:

A) – No recurso de apelação do R.:

I – Inconvertibilidade do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado.

II – Abuso de direito.

III – Usucapião.

IV – Indemnização de antiguidade.

B) – No recurso de apelação da A.:

V – Danos não patrimoniais.

A 1.ª questão.

Trata-se de saber, no recurso de apelação do R., se o contrato de trabalho a termo, celebrado entre o R. e a A., não se converteu em contrato por tempo indeterminado.

Na verdade, entende o R. que apesar do objecto do contrato, serviços de limpeza das instalações da C1....., ele está sujeito ao regime jurídico de emprego da administração pública, pelo que a conversão em contrato por tempo indeterminado não é legalmente admissível.

Vejamos.

Tendo o contrato dos autos sido celebrado em 2000 e cessado em 2008, vigorava ao tempo da celebração o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o qual estabeleceu princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública, bem como o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, o qual veio definir o regime jurídico de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública, Central, Regional, institutos públicos e outros serviços. Posteriormente, veio a ser publicada a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que tem por objecto a definição do regime jurídico do contrato de trabalho nas pessoas colectivas públicas, conforme dispõe o seu Art.º 1.º, n.º 1.

Celebrado em 2000 o contrato dos autos, é pela lei que então vigorava que se afere da questão da respectiva regularidade, ou não, uma vez que as condições de validade são reguladas pela lei antiga, isto é, pela lei então vigente, como decorre do disposto no Art.º 12.º, n.º 2, 1.ª parte do Cód. Civil e no Art.º 8.º, n.º 1, in fine, da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Cód. do Trabalho de 2003 e para onde remetem os Art.ºs 2.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

Assim, aqui nos conduzindo as regras de aplicação da lei no tempo, podemos concluir que nesta sede é aplicável o regime constante do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

Destes diplomas decorre que a relação jurídica de emprego na Administração Pública se constitui por nomeação e por contrato de pessoal e este, por seu turno, apenas pode revestir as modalidades de contrato administrativo de provimento e de contrato de trabalho a termo certo, como dispõem os seus Art.ºs, respectivamente, 5.º a 9.º do primeiro e 3.º e 14.º do segundo.

Acontece, porém, que pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, seu Art.º 2.º, foi aditado ao Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o seguinte:

Artigo 11.º-A

Contratação de pessoal sob o regime do contrato individual de trabalho

1 — As actividades de limpeza nos serviços e organismos da Administração Pública podem ser asseguradas através da contratação de serviços com empresas.

2 — O pessoal que integra o grupo de pessoal auxiliar pode ser contratado sob o regime do contrato individual de trabalho, quando a duração semanal do trabalho não exceder dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública, sendo obrigatoriamente inscrito no regime geral de segurança social, salvo se já estiver inscrito na Caixa Geral de Aposentações.

Acresce que, conforme decorre do disposto no Art.º 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 259/98, de 18 de Agosto, o período normal de trabalho semanal na Administração Pública é de 35 horas.

Creemos que do aditamento do referido Art.º 11.º-A resulta claramente a intenção do legislador de criar uma nova modalidade de emprego com pessoas colectivas públicas, no figurino do contrato individual de trabalho, seja a termo ou por tempo indeterminado, mas sujeito ao regime jurídico geral, que ao tempo da celebração do contrato dos autos era o regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, vulgo LCCT.

Na verdade, para o pessoal auxiliar com período de trabalho semanal igual ou inferior a 2/3 de 35 horas, estabeleceu o legislador uma modalidade nova de emprego na Administração Pública, regulada pelo referido regime geral. De facto, se esse não fosse o escopo do legislador, em vez de se reportar ao regime do contrato individual de trabalho, teria referido apenas o contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que o contrato de trabalho a termo já constituía uma modalidade de contrato no Estado desde a redacção originária do diploma em análise. Daí que se nos afigure que houve a intenção de criar uma modalidade especial de contrato para acudir a necessidades específicas, como são os serviços de limpeza de instalações, prestados por pessoal auxiliar, em período de trabalho igual ou inferior a 2/3 do período normal de trabalho semanal, 35

horas. Embora se trate de processo legiferante ínvio, o que se afirma com o devido respeito, pois se cria uma modalidade especial de prestação de trabalho no Estado com uma regulamentação que, para além de ser geral, é de natureza privada, cremos que esta é a interpretação razoável que cabe à norma resultante do aditamento do Art.º 11.º-A ao referido diploma.

Ora, sendo aplicável in casu a LCCT, ao contrato dos autos deveria ter sido nele aposto o respectivo motivo justificativo, as concretas necessidades temporárias a satisfazer, bem como ter sido observado o número máximo de renovações, sob pena de ser considerado como celebrado por tempo indeterminado, como resulta do disposto nos seus Art.ºs 42.º, n.ºs 1, alínea e) e 3 e 47.º. Porém, vindo provado que o contrato foi executado por mais de 7 anos, portanto, com mais de uma dezena de renovações e não se tendo provado que o motivo justificativo consistia na satisfação de necessidades temporárias do R., é forçoso concluir no sentido de que o contrato de trabalho dos autos, celebrado a termo certo, se converteu em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Nem se diga que a tal conclusão obsta o disposto no Art.º 18.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho, segundo o qual “O contrato de trabalho a termo certo a que se refere o presente diploma não se converte, em caso algum, em contrato sem termo”, uma vez que tal proibição se dirige apenas ao contrato de trabalho a termo previsto no Art.º 14.º, n.º 1, alínea b) do primeiro diploma, não se aplicando, a nosso ver, à modalidade especial criada pelo Art.º 11.º-A do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

Daí que seja irrelevante o constante do n.º 2 da cláusula 4.ª do contrato, referido no ponto 12. da lista dos factos provados, acima transcrita, pois viola o disposto nos Art.ºs 42.º, n.ºs 1, alínea e) e 3 e 47.º, ambos da LCCT, sendo certo que esta consagrou um regime jurídico imperativo, insusceptível de ser afastado por vontade das partes, como estabelece o seu Art.º 2.º, n.º 1.

Assim sendo, o comportamento do R., quando decidiu pôr fim ao contrato dos autos, praticou um despedimento que, face à falta de apuramento de justa causa em procedimento disciplinar, é ilícito.

Improcede, destarte, a 1.ª questão.

A 2.ª questão.

Trata-se de saber se in casu não se verifica a figura do abuso do direito por parte do R.

Na verdade, entende o R. que não agiu com abuso do direito, porquanto foi clausulado que o contrato não se converteria em contrato de trabalho sem termo e que a sua cessação não conferia direito a indemnização.

Vejamos.

Dispõe o Cód. Civil:

ARTIGO 334º

(Abuso do direito)

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Como se tem entendido, a figura do abuso do direito visa impedir actuações não razoáveis, imponderadas e, na responsabilidade contratual, exige que as partes, na execução do contrato, se conduzam pelo princípio da boa fé, cumprindo e estimulando o cumprimento por banda da parte contrária. O abuso do direito visa também funcionar como válvula de escape do sistema, de forma que naquelas situações em que a aplicação de uma norma conduza a resultados não razoáveis relativamente aos valores vigentes na ordem jurídica, se possa impedir o seu funcionamento: na verdade, nestes casos, se o legislador tivesse previsto o resultado a que a norma conduziu, ter-se-ia absterido de a editar, dados os clamorosos resultados em que a sua aplicação desaguou.

De igual modo, são abarcados também pela figura do abuso do direito aqueles casos em que um sujeito adopta determinada conduta baseada no direito, mas simultaneamente adopta outra conduta, contraditória com a primeira, reveladora de que a invocação e aplicação da lei visou valores não condizentes com os estabelecidos pela ordem jurídica, vulgarmente designado como *venire contra factum proprium*[3].

Acresce que constituindo o abuso do direito o exercício desproporcionado de um direito subjectivo, que arranca da previsão

de uma norma jurídica, mas cujo exercício provoca um resultado não desejado pela ordem jurídica no seu todo, em termos clamorosos e desequilibrados, o abuso desemboca numa situação não prevista pelo legislador, em termos tais que, se a tivesse previsto, não teria editado a norma. Daí que a concepção adoptada entre nós para o abuso seja a objectiva, pelo que se torna desnecessário a invocação e prova da consciência e intenção de exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, embora seja de atender aos elementos subjectivos do comportamento do exercente aquando da formulação do juízo de valor global acerca da existência do abuso.

Por último, cumpre referir que, sendo o abuso de direito uma válvula de escape do sistema para que da aplicação do direito não resultem injustiças clamorosas, desfasadas da realidade material subjacente, a matéria pode ser conhecida ex officio[4], tamanha é a preocupação com a prática da justiça material, tão cara ao direito laboral. Na verdade, se há ramo do direito onde o instituto cobre toda a sua razão de ser, parece que se pode afirmar que o direito do trabalho é daqueles em que a figura se assemelha à cereja no cimo do bolo.

In casu, as partes invocaram o abuso de direito, logo nos articulados, embora a figura pudesse ser conhecida oficiosamente, como se referiu.

Vistos os factos provados, afigura-nos que o contrato dos autos é facilmente qualificável como de trabalho. Na verdade, o acordo das partes foi feito por escrito, verifica-se a subordinação jurídica e económica e toda uma séria de factos índice que nos permitem concluir que as partes celebraram um contrato de trabalho, atenta a definição constante do Art.º 1.º do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 1969-11-24, do Art.º 1152.º do Cód. Civil e do Art.º 10.º do Cód. do Trabalho de 2003, diploma este vigente na data em que o R. fez cessar os contratos de trabalho.

Por outro lado, como se referiu na questão anterior, celebrado a termo certo, por 180 dias, renovável, o contrato de trabalho dos autos, sujeito à regulamentação do contrato individual de trabalho, acabou por se converter em contrato por tempo indeterminado, apesar da declaração das partes em sentido contrário, dada a imperatividade do regime e a verificação de inexistência de termo

justificativo e de se ter ultrapassado mais de uma dezena de vezes o número de renovações legalmente admissível – duas.

A execução do contrato, dados os factos provados, ocorreu com normalidade, no cumprimento das prestações de cada uma das partes, a A. exercendo as funções de auxiliar de limpeza, em obediência às ordens recebidas dos seus superiores hierárquicos, não havendo notícia de qualquer processo disciplinar; o R., por seu turno, atribuindo número de matrícula à A., procedendo aos descontos para a segurança social e IRS. e dirigindo a actividade desta.

A cessação do contrato ocorreu em 2008-02-19, mediante carta que o R. endereçou à A. e cujo conteúdo se encontra transcrito no ponto 8.º da lista dos factos dados como provados.

Face a este contexto fáctico, cremos poder afirmar que a A. celebrou e executou o contrato, agindo de boa fé.

Já o R., tendo actuado do modo correspectivo no que à execução do contrato concerne, não agiu de boa fé no que respeita à celebração e cessação do mesmo.

Não podendo ignorar que tendo admitido a A. ao abrigo do disposto no Art.º 11.º-A do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o contrato a termo estava sujeito à disciplina da LCCT e, não a tendo observado, se verificou a conversão do contrato de trabalho a termo em contrato de trabalho por tempo indeterminado, equivalendo a carta de cessação do contrato a um despedimento ilícito, nem por isso deixou de enviar tal carta quando lhe conveio, apesar de saber que só podia proceder ao despedimento da A. se ocorresse justa causa, apurada em processo disciplinar. Só que o fez quando, decorridos mais de 7 anos de execução do contrato, já se havia radicado na A. o sentimento de que tinha um emprego estável. Decretada unilateral e imotivadamente a cessação de tal vínculo, violou a confiança legítima criada pela A. acerca da sua situação profissional, sem que esta em nada tenha contribuído para a decisão tomada.

Cremos que a cessação do contrato de trabalho da A. excedeu de forma clamorosa os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social e económico desse direito, pois o R., operando a cessação do vínculo de forma imotivada e unilateral, quando a A. estava convencida que o contrato se tornara definitivo, como vem provado sob o n.º 10. da respectiva lista, supra, face à

sua execução durante mais de 7 anos, age em abuso de direito, descartando-se do vínculo celebrado, cujas consequências nefastas só sobre a A. recaiu, apesar de esta se ter limitado sempre a cumprir as ordens que lhe foram dadas, seja aquando da celebração do contrato, seja aquando da sua execução seja, por último, aquando da sua cessação. Trata-se manifestamente de abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*.

Tal atitude do R., fazendo cessar o contrato de trabalho, de forma unilateral e imotivada, ao fim de tanto tempo de execução, é desproporcional, pois conduz a resultados que desequilibram de forma injusta a posição de cada uma das partes, descartando-se o R. do vínculo quando foi ele quem determinou a forma da celebração e da cessação do contrato e colocando a A. sem trabalho quando esta se limitou a cumprir o que lhe foi ordenado pelo R. e durante mais de 7 anos. O direito não pode, a nosso ver, consentir com tamanha desproporção de comportamentos e suportar as respectivas consequências.

Temos, assim, para nós que o R. agiu sem direito, antijuridicamente, declarando a cessação do contrato sem invocação de justa causa apurada em processo disciplinar, o que conduz à ilicitude do despedimento, com as legais consequências.

A 3.ª questão.

Consiste ela em saber se se verifica uma espécie de usucapião da situação da A.

Celebrado o contrato dos autos, sendo empregador o R. Estado, o comportamento deste, quando contrata, pode ser analisado como acto administrativo. Aliás, não será por mero acaso que na carta que o R. fez entregar à A., declarando a cessação do contrato, como vem provado sob o n.º 8. da respectiva lista, supra, o fez no uso de competência delegada e ao abrigo do art.º 134.º do CPA, que dispõe:

1 – O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade.

2 – A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.

3 – O disposto nos números anteriores não prejudica a

possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.

Daqui decorre que a lei [o disposto no n.º 3], apesar da invalidade do acto de admissão – ou de manutenção ao serviço, depois de se terem operado as duas renovações legalmente possíveis do contrato – de um agente, não o deixa de considerar como tal, apenas o classifica como agente de facto ou putativo, quando o qualificaria como agente de direito se o acto administrativo de nomeação/’admissão’ [ou de manutenção ao serviço] não estivesse inquinado de qualquer vício.

Impõe-se, porém, que o agente tenha exercido as funções administrativas [ab initio ou depois de ocorridas as 2 renovações do contrato] durante um longo período de tempo e de modo pacífico, contínuo e público, de modo a criar expectativas de durabilidade do vínculo entre o Estado e o agente e também na relação com terceiros.

Tratar-se-ia de uma espécie de usucapião, cujo prazo, devendo corresponder ao da usucapião de bens móveis, deveria ser de 10 anos, entendendo outros que bastaria um período temporal superior a 3 anos[5].

De qualquer modo, decorrido o prazo devido e revestindo-se o exercício de funções das características apontadas, portanto, sem oposição de ninguém, ininterruptamente e à vista de toda a gente, os agentes de facto, admitidos [ou mantidos em funções] mediante acto administrativo nulo ou inexistente, tornavam-se agentes de direito.

Para tanto, importaria, mais do que o concurso e do regular acto de nomeação/’admissão’, que se verificasse caso a caso a existência de factos índice que, globalmente considerados, apontassem no sentido da constituição e existência da relação de emprego.

Para Marcello Caetano, haveria que atender, neste juízo global, à negligência revelada na conservação, por parte dos superiores do funcionário, dessa situação irregular, aos serviços prestados pelo agente de facto, à boa fé deste e à importância do vício que inquinou a nomeação/’admissão’[6] [ou a manutenção].

Para outros, haveria que considerar a inserção fáctica na organização administrativa, a subordinação hierárquica, a duração (de facto) do vínculo, bem como a ordenação da actividade dos indivíduos a fins institucionais[7].

Creemos que, embora se possa considerar excepcional a figura desta espécie de usucapião, a verdade é que ela poderá constituir um meio de solucionar situações de facto que, de outro modo, se traduziram em algo de aberrante, como sucedeu in casu.

Dando preferência ao princípio da materialidade subjacente, afastando o vício derivado da inobservância dos pressupostos legais do contrato a termo, pretende-se verificar caso a caso, atendendo aos factos índice elegíveis, se a situação de facto do agente putativo merece a protecção do direito, uma vez que até à declaração da cessação do contrato o vínculo sempre teve uma execução, ainda que aparentemente, normal.

Ora, como se viu na questão anterior, não foram as irregularidades ocorridas aquando da celebração, execução e cessação do contrato, mas exclusivamente imputáveis ao R., nenhuma questão se teria suscitado. Realmente, admitida a A. para o desempenho de certa função, foi cumprido o programa contratual, não havendo notícia de qualquer incumprimento no que respeita às prestações das partes: a A. prestou o seu trabalho de limpeza das instalações do C....., o R. pagou a retribuição acordada, procedeu aos descontos para a segurança social e IRS. e tudo isto decorreu durante mais de 7 anos, ininterruptamente, sem oposição de ninguém e à vista de toda a gente.

Creemos, destarte, que o exercício da função de auxiliar de limpeza durante este período temporal, sem notícia de qualquer interrupção ou oposição e sempre obedecendo às ordens emanadas dos superiores hierárquicos e executando a limpeza no referido C....., traduz uma situação de facto, que criou na A. a confiança de que o vínculo perduraria no tempo, ou, inclusive, que era legal.

Daí que se nos afigure que se deva considerar que a A., embora admitida e mantida ao serviço irregularmente, do ponto de vista dos requisitos do contrato de trabalho a termo regulado na LCCT, acabou por desempenhar funções durante mais de 7 anos como se regular fosse o vínculo, pelo que deve o mesmo ser considerado como tal, *ab initio*, como se tivesse adquirido o direito ao lugar por usucapião.

‘E nem se diga, salvo o devido respeito, que a conclusão a que se chegou ofende o disposto no Art.º 47º, nº 2 da C.R.P. Com efeito, quando no referido artigo se fala que todos têm direito de acesso à função pública “em condições de igualdade e liberdade, em regra, por via de concurso”, tal não significa que a única via de acesso seja o concurso (nosso sublinhado). Acresce que em bom rigor não está em causa o acesso “à função pública” mas antes a existência de um contrato de trabalho por tempo indeterminado...’, como se refere no Acórdão desta Relação do Porto de 2008-01-28[8].

Em síntese, tendo a A. adquirido por usucapião o direito ao lugar, tal significa que foi ilicitamente despedida no âmbito de um contrato de trabalho – ex vi da conversão legal – por tempo indeterminado, pelo que devem ser extraídas as correspondentes consequências legais, como se referiu na questão anterior.

A 4.ª questão.

Reporta-se à indemnização de antiguidade.

O Tribunal a quo fixou a indemnização atendendo a 45 dias de retribuição base por cada ano de antiguidade ou fracção, quando o R., ora apelante, entende que se deve atender apenas ao mínimo, ou seja, 15 dias.

Vejamos, então, qual o seu montante.

São pertinentes as seguintes normas do Cód. do Trabalho:

Artigo 439º

Indemnização em substituição da reintegração

1 — Em substituição da reintegração pode o trabalhador optar por uma indemnização, cabendo ao tribunal fixar o montante, entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude decorrente do disposto no artigo 429º.

2 — Para efeitos do número anterior, o tribunal deve atender a todo o tempo decorrido desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial.

3 — A indemnização prevista no nº 1 não pode ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades.

Artigo 429º

Princípio geral

Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes e em legislação especial, qualquer tipo de despedimento é ilícito:

- a) Se não tiver sido precedido do respectivo procedimento;
- b) Se se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso;
- c) Se forem declarados improcedentes os motivos justificativos invocados para o despedimento.

Ficando para oportuna liquidação a determinação do concreto número de anuidades a ter em conta, em função da antiguidade contada desde a data de admissão da A. até ao trânsito em julgado da decisão, importa neste momento – apenas – decidir acerca da graduação do número de dias de retribuição a atender por cada ano de antiguidade ou fracção, uma vez que a moldura legal se encontra fixada entre 15 e 45 dias, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude decorrente do disposto no artigo 429º, ora transcrito.

Quanto ao critério da retribuição, entendem uns que ele não constitui verdadeiramente nenhuma indicação, sendo irrelevante enquanto tal, enquanto outros opinam no sentido de que ela deve ser tomada na razão inversa da sua grandeza, isto é, quanto menor for a retribuição auferida pelo trabalhador, maior deve ser o número de dias a atender no cálculo da indemnização e quanto maior for a retribuição auferida, menor deverá ser o número de dias a graduar entre os 15 e 45, de modo que um trabalhador que aufera uma retribuição próxima do nível do salário mínimo deverá ser contemplado com uma indemnização calculada com base num número de dias perto do máximo. Cremos que esta segunda interpretação, a de dar relevo ao montante da retribuição auferida, deverá ser a seguida, pois algum sentido há-de ter o critério, sendo certo que na interpretação das normas sempre teremos de atender à presunção constante do Art.º 9.º do Cód. Civil.

Quanto ao critério da ilicitude teremos de convir que a situação não melhora significativamente. Na verdade, dizer-se que a indemnização se fixa de acordo com o grau da ilicitude do despedimento e remeter-nos para as 3 hipóteses em que ele se pode compaginar – ausência de procedimento disciplinar,

invocação de motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos e improcedência da justa causa – representando algo mais que o critério da retribuição, não é completamente esclarecedor. De qualquer modo, embora haja quem refira que tais hipóteses são mais causas da ilicitude do que elementos para determinar o respectivo grau, tem-se entendido que será mais grave um despedimento fundado em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos do que outro por falta ou vício do procedimento disciplinar, que a um despedimento declarado ilícito por inexistência ou improcedência da justa causa deverá corresponder uma indemnização graduada a meio da moldura legal ou que deve ser graduada pelo máximo do número de dias a indemnização correspondente a um despedimento em que o empregador, consciente disso mesmo, invocou motivos falsos para sustentar a sua decisão rescisória[9].

Aliás, entendem – de lege ferenda – outros autores que, apesar dos referidos critérios da retribuição e do grau de ilicitude, a outros se poderia atender, como sejam a idade, as habilitações e a experiência e o currículo profissionais[10].

Seja como for, certo é que na determinação do montante da indemnização de antiguidade há que atender ao critério da retribuição auferida pelo trabalhador e ao grau de ilicitude do despedimento, como se referiu.

Analisando os factos provados, verificamos que a remuneração base mensal da A. ascendia a € 254,40 pela prestação de 4 horas diárias de trabalho de 2.^a a 6.^a Feira e de 3 horas ao sábado e que foi despedida sem precedência de processo disciplinar. Na verdade, a decisão de cessação do contrato, nas circunstâncias em que ocorreu, corresponde a um despedimento ilícito por ausência de justa causa apurada em processo disciplinar, como se referiu anteriormente.

Considerando o critério da retribuição, uma vez que a retribuição base auferida é de montante aproximado do salário mínimo nacional, então vigente, atendendo à retribuição que corresponderia a um horário semanal completo, deverá a indemnização ser fixada atendendo a um número de dias inferior ao limite máximo da moldura legal, que é de 45. Já considerando o critério da ilicitude do despedimento, resultando ela da ausência de procedimento disciplinar, temos que nos afastar daquele limite máximo, pois ele está reservado para as situações mais gravosas,

como sejam os despedimentos com invocação de motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos ou com invocação de factos, não provados, que integrem crimes, por exemplo.

Ponderando os factos provados, elencáveis de acordo com os referidos critérios legais vigentes, entendemos ser de fixar a indemnização de antiguidade atendendo a 35 dias de retribuição base, o que equivale à quantia de € 296,80 por cada ano de antiguidade ou fracção, a liquidar oportunamente.

Nesta conformidade, procede parcialmente a 4.^a questão.

A 5.^a questão.

Trata-se de saber, agora na apelação da A., se a indemnização por danos não patrimoniais deve ser elevada de € 1.000,00, conforme fixada na sentença, para € 3.000,00, como pretende a ora recorrente.

Vejamos.

Transitou em julgado a parte da sentença que estabeleceu o direito da A. a indemnização por danos não patrimoniais, discutindo-se agora apenas qual o seu montante.

Dispõe, adrede, o Art.º 496.º do Cód. Civil, na parte que aqui interessa, o seguinte:

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º...”

Por seu turno, estabelece o Art.º 494.º do mesmo diploma, o seguinte:

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Ora, tem-se entendido que o dano não patrimonial, expressão mais correcta do que dano moral, uma vez que aquela expressão tem um âmbito mais lato, podendo nela abarcar o chamado dano

"A Autora ficou e sente-se vexada na sua dignidade e brio profissional, o que a traz cada vez mais triste e amargurada, o que foi agravado pelo facto de ter tido necessidade de abandonar a casa onde residia, por falta de condições económicas."

patrimonial indirecto, se analisa num prejuízo causado na pessoa do lesado, podendo ser físico ou psíquico, por exemplo, dores de qualquer destes dois foros, sofrimentos morais, prejuízos na vida de relação, analisando-os outros autores em três grupos, a saber: dano moral subjectivo, dano biológico e dano existencial, este mais ligado à vida de relação, nomeadamente, familiar.

Tal dano, para ser juridicamente relevante e, portanto, ressarcível, deve ser grave, correspondente a uma situação cujo grau seja acima da média, por contraposição aos meros e anódinos incómodos da vida corrente, de forma que fosse exigível ao lesante comportamento diverso do empreendido. Tal valoração impõe a adopção de um critério objectivo, comum à generalidade das pessoas, que sirva de padrão para apreciar o grau de gravidade do dano, desprendido de sensibilidades exageradas ou requintadas, embora reportado ao dano concreto. Tal apreciação exige, assim, o recurso a um método de valoração em que quem aprecie o prejuízo se distancie o suficiente do caso de forma que no resultado final não entre a subjectividade do lesado.

Acresce que o dano não patrimonial, no caso de despedimento ilícito, deve resultar do comportamento do empregador, como sua consequência directa e necessária, isto é, entre o dano e o despedimento ilícito deve existir um nexo de causalidade. Daí que não sejam ressarcíveis os danos não patrimoniais ocorridos ocasionalmente ou coevos do despedimento, mas sem qualquer relação causal com ele.

Por outro lado, dada a natureza do dano não patrimonial, enquanto tal, a sua reparação não pode ser levada a cabo através da reconstituição natural da situação que existiria se o despedimento não tivesse sido decretado, pois uma dor sofrida não pode ser retirada, por exemplo. Mas, mesmo a reconstituição por equivalente, mediante o pagamento de determinada quantia, não é compagiável com o dano sofrido, pois estamos perante valores de natureza diferente: a perda de "profissionalidade" derivada da não ocupação efectiva consequente a um despedimento ilícito, não é avaliável, pelo menos directamente, em dinheiro. Assim, a ressarcibilidade do dano desta espécie efectua-se através de, mais do que de uma indemnização, de uma compensação, tendente a, na medida do humanamente possível, que o lesado se restabeleça da contrariedade, derivada do dano não patrimonial, com alguma

satisfação que a quantia entregue pelo lesante possa proporcionar na aquisição de bens, por exemplo.

Noutra vertente, dever-se-á recorrer a juízos de equidade, fundados na justa ponderação, equilíbrio, bom senso e experiência de vida, nomeadamente, sendo de atender à gravidade do dano e suas consequências, à culpa do lesante, bem como à situação económica de ambas as partes, sem esquecer as demais circunstâncias do caso, o que bem revela que a indemnização por danos não patrimoniais tem natureza mista, por um lado, de compensação pois visa mais satisfazer o lesado do que reconstituir o statu quo ante e, por outro, de pena privada, uma vez que o montante deve ser fixado em função da culpa do agente.

Deve referir-se, por último, que é ao trabalhador despedido ilicitamente que compete alegar e provar os factos correspondentes ao dano não patrimonial, sua extensão e nexos de causalidade entre ele e o despedimento ilícito, como decorre das regras gerais, atento o disposto no Art.º 342.º, n.º 1 do Cód. Civil[11].

In casu, mostram-se provados os seguintes factos, pertinentes:

9. Por via da supra referida comunicação, a Autora cessou as suas funções ao serviço do Réu, em 19.02.08.

10. A Autora, ao fim de tantos anos ao serviço do Réu, sem qualquer reparo ao seu trabalho, estava convencida que o contrato se tornara definitivo.

11. A Autora ficou e sente-se vexada na sua dignidade e brio profissional, o que a traz cada vez mais triste e amargurada, o que foi agravado pelo facto de ter tido necessidade de abandonar a casa onde residia, por falta de condições económicas.

Desta matéria de facto resulta que a A. sofreu as consequências normais de um despedimento ilícito, causando-lhe danos a nível da sua carreira profissional e a nível pessoal e económico. No entanto, para além das contrariedades e prejuízos considerados normais, o facto assente sob o n.º 11 adquire uma gravidade acima da média, pois ter de abandonar a casa onde residia, por falta de condições económicas não é uma consequência corrente de um despedimento ilícito. Cremos, no entanto, que tirando esse facto, a gravidade do dano não atingiu foros de extrema gravidade, apesar de o despedimento ter sido imotivado.

Em síntese, entendemos que o Tribunal a quo, estabelecendo o montante da indemnização em € 1.000,00, formulou um adequado juízo de equidade sobre a matéria, devendo a sentença ser confirmada nesta parte.

Improcede, assim, a apelação da A.

Em síntese, a sentença deve ser parcialmente revogada e substituída pelo presente acórdão em que se reduz o montante da indemnização de antiguidade de 45 para 35 dias, o que equivale à quantia de € 296,80 por cada ano de antiguidade ou fracção, no mais sendo de confirmar a sentença.

Decisão.

Termos em que se acorda em:

a) Conceder parcial provimento à apelação do R., nessa medida revogando a sentença recorrida, que se substitui pelo presente acórdão em que se reduz a indemnização de antiguidade de 45 para 35 dias, o que equivale à quantia de € 296,80 por cada ano de antiguidade ou fracção;

b) Negar provimento à apelação da A. e

c) Confirmar a sentença, quanto ao mais.

Custas por A. e R., na proporção do respectivo decaímento, sem prejuízo do que se encontrar decidido em sede do incidente do apoio judiciário.

Porto, 2010-02-08

Manuel Joaquim Ferreira da Costa

António José Fernandes Isidoro

Paula Alexandra Pinheiro Gaspar Leal Sotto Mayor de Carvalho
(Voto a decisão, conforme declaração anexa)

[1] Atento o disposto no Art.º 707.º, n.º 2 do CPC, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, ex vi do

disposto nos Art.ºs 11.º, n.º 1 – a contrario sensu – e 12.º, n.º 1, ambos deste diploma.

[2] Cfr. Alberto dos Reis, in Código de Processo Civil Anotado, volume V, reimpressão, 1981, págs. 308 a 310 e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1986-07-25 e de 1986-10-14, in Boletim do Ministério da Justiça, respectivamente, n.º 359, págs. 522 a 531 e n.º 360, págs. 526 a 532.

[3] Cfr. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, in DA BOA FÉ NO DIREITO CIVIL, Almedina, 2.ª reimpressão, 2001, que citando Weber a págs. 742, refere: A locução venire contra factum proprium traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.

[4] Cfr. João de Matos Antunes Varela, in Das Obrigações em Geral, 2.ª edição, volume I, 1973, págs. 422 a 424, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, in Código Civil anotado, 3.ª edição, volume I, 1982, págs. 296 a 298 e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1978-03-02 e de 1980-03-26, in Boletim do Ministério da Justiça, respectivamente, n.º 275, págs. 214 a 219 e n.º 295, págs. 426 a 433.

[5] Cfr. José Manuel Santos Botelho, Américo Pires Esteves, José Cândido de Pinho, in Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado, 5.ª edição, 2002, anotação ao artigo 134.º, págs. 830-836, nomeadamente, pág. 832 e os Autores citados nas duas notas ss.

[6] Cfr. Marcello Caetano, in Manual de Direito Administrativo, vol. II, 9.ª reimpressão da 10.ª edição, 2008, págs. 641-648, nomeadamente, pág. 645.

[7] Cfr. Ana Fernanda Neves, in Relação Jurídica de Emprego Público, págs. 98 e ss., nomeadamente, pág. 108.

[8] Processo 0716046, in www.dgsi.pt.

[9] Cfr. Pedro Romano Martinez, in Direito do Trabalho, 2.ª edição, pág. 984, António Monteiro Fernandes, in Direito do Trabalho, 12.ª edição, pág. 562 a 565, Albino Mendes Baptista, in Estudos sobre o Código do Trabalho, 2004, págs. 135 a 138, João Leal Amado, in Algumas Notas sobre o Regime do Despedimento Contra Legem no Código do Trabalho, VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, 2004, págs. 292 e 293, Maria do Rosário Palma Ramalho, in Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 2006, págs. 853 a 859 e o Acórdão da Relação de Lisboa de 2005-03-16, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XXX-2005, Tomo II, págs. 146 a 148.

[10] Cfr. Pedro Furtado Martins, in *Consequências do Despedimento Ilícito: Indemnização/Reintegração*, Código do Trabalho, Alguns Aspectos Cruciais, Principia, 2003, págs. 49 e segs., nomeadamente, pág. 59 e Albino Mendes Baptista, in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2004, págs. 138 e 139.

[11] Cfr. António Menezes Cordeiro, in *Manual de Direito do Trabalho*, 1991, págs. 845 e 846, João de Matos Antunes Varela, in *Das Obrigações em Geral*, 2.^a edição, volume I, 1973, págs. 481 a 489, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, in *Código Civil Anotado*, volume I, 3.^a edição, 1982, págs. 473 a 475, Júlio Manuel Vieira Gomes, in *Direito do Trabalho*, volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, 2007, págs. 1035 a 1037 e *Acção de impugnação de despedimento. Reforma. Indemnização de antiguidade*, *Questões Laborais*, 2002, n.º 19, págs. 96 e segs., em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001-05-16, João Leal Amado, in *Contrato de Trabalho*, 2009, págs. 398 a 400, Pedro Romano Martinez, in *Direito do Trabalho*, 2005, págs. 973 a 975, Pedro Furtado Martins, in *Cessação do Contrato de Trabalho*, 1999, pág. 159, Maria do Rosário Palma Ramalho, in *Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 2006, págs. 856 e 857 e Maria João M. Pinto de Matos, in *Indemnização por Danos “Morais” na Responsabilidade Contratual Laboral*, *Prontuário da Legislação do Trabalho*, Actualização n.º 41, de 16.09.92 a 31.12.92, págs. 19 a 20 verso.

Cfr., na jurisprudência, para além dos citados nos AA. supra, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1998-12-02, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 482, págs. 123 a 128, de 2007-05-24, Processo 07A1187, de 2007-07-05, Processo 07S043, de 2009-03-04, Processo 08S3699, de 2009-03-12, Processo 08B2972, de 2009-04-23, Processo 292/04.6TBVNC.S1 e de 2009-05-19, Processo 298/06.0TBSJM.S1, estes in www.dgsi.pt.

Voto a decisão, entendendo, por um lado, que o conhecimento das 2.^a (“Abuso de direito”) e 3.^a (“Usucapião”) questões fica prejudicado face à solução dada à 1.^a questão e, por outro, tendo em conta a posição sufragada, então como relatora, no acórdão de 16.03.09 proferido no Proc. 7551/08 (in www.dgsi.pt).

Porto, 08.02.10

Paula Alexandra Pinheiro Gaspar Leal Sotto Mayor de Carvalho

Direito Comparado

Tribunal da Relação do Porto - Portugal

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Relator o Magistrado Ferreira da Costa, datado de 17/06/2013.

I – Tendo o trabalhador sido prescindido pelo empregador em 2009-06-29, ato equivalente a despedimento sem precedência de procedimento disciplinar, os créditos daquele estão sujeitos ao prazo prescricional previsto no Art.º 337.º, n.º 1, do CT2009.

II – A figura da caducidade existe apenas para aquele conjunto de casos a que for aplicável o processo especial previsto nos Art.ºs 98.º-B ss. do CPT2010, ex vi do disposto no Art.º 387.º, n.º 2 do CT2009, pois para as ações de impugnação da licitude do despedimento, em que este não tenha sido comunicado pelo empregador ao trabalhador, por escrito, o sistema do CT2009 recuou à disciplina da LCT .

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

B..... deduziu em 2008-01-16 contra C....., S.A. a presente ação declarativa, emergente de contrato individual de trabalho, com processo comum, pedindo a condenação desta a reconhecer a existência de um contrato de trabalho celebrado com aquela desde janeiro de 2003, a integrá-la nos seus quadros como produtora de Nível de Desenvolvimento 1B, a pagar-lhe as quantias de €4.754,84 de diferenças salariais e de € 24.667,10 por férias não gozadas, subsídios de férias e de Natal não pagos, acrescida de juros moratórios à taxa anual de 4% desde a citação, bem como a pagar-lhe a quantia de € 5.000,00 por danos morais, para além de remunerações vincendas.

Alegou a A. que esteve ao serviço da R. desde 25 de novembro de 2003, exercendo funções de produção, sobretudo nos

programas, D.... e, após 2007, E.... e que apesar da R. sempre lhe ter dado a assinar contratos denominados de prestação de serviços, pago um valor por cada dia de trabalho e exigido recibos verdes, a A. trabalhava sob as ordens de responsáveis da empresa, em locais e horários estabelecidos por esta e não inferiores a 8 horas por dia e 40 por semana, com equipamentos da mesma, de modo idêntico ao dos trabalhadores do quadro de pessoal, pelo que o contrato existente entre as partes deve ser qualificado como de trabalho, sendo reconhecido à A. o direito à categoria, vencimento, férias, subsídios de férias e de Natal, conforme pedido.

Contestou a R., por impugnação e, por exceção, alegou que entre as partes apenas existiu um contrato de prestação de serviços, na medida em que a A. se limitava a dar assistência à produção de certos programas, ora de emissão diária ora ocasional, que a sua intervenção findava com o fim do programa para que era chamada, que os honorários eram por dia de trabalho, que a R. se limitava a indicar à A. os objetivos que pretendia, deixando-a livre quanto à forma de execução, que não havia controlo de assiduidade, que entre cada contrato havia intervalos de dias (2 a 15) e que a A. gozou dias de descanso em número não inferior ao dos trabalhadores efetivos, pelo que esta apenas tem direito aos honorários, que já lhe foram pagos, não lhe sendo aplicável o Acordo de Empresa [AE].

Foi apresentado articulado de resposta.

Proferido despacho saneador tabelar, foi dispensada a condensação do processo.

Na sessão da audiência de discussão e julgamento de 2010-11-24 a R. apresentou – a fls. 704 a 705 – um articulado superveniente, alegando que tendo o contrato cessado em 2009-06-29 e para a hipótese de se vir a entender que tal contrato é de trabalho e que a A. foi ilicitamente despedida, então verificar-se-ia a prescrição dos correspondentes créditos.

A A. respondeu a tal requerimento, expendendo o entendimento de que ele não é admissível, encontrando-se já assegurado o princípio do contraditório.

Pelo despacho de fls. 708 e 709, proferido em 2010-12-06, foi admitido "... o articulado superveniente apresentado pela R., considerando-se sujeito a discussão, na audiência de julgamento, o

seguinte facto:

«No dia 19 de junho de 2009, a Ré comunicou à Autora que ‘uma vez terminado o programa E.... e por indicações superiores se irá proceder a uma redução de colaboradores para o projeto das manhãs – F... -, razão pela qual se prescinde da colaboração de V.^a Ex.^a a partir do dia 29 de junho de 2009’ – cfr. documento entregue à A. junto a fls. 606 e que aqui se dá por inteiramente reproduzido». ...”

A R. apresentou requerimento pronunciando-se acerca da resposta ao articulado superveniente.

A R. reclamou da seleção da matéria de facto alegada no articulado superveniente, considerando que deveriam ter sido igualmente selecionados os factos vertidos nos pontos 8 a 13 do referido articulado, tendo o Tribunal a quo proferido adrede o seguinte despacho [cfr. fls. 874]:

“Os factos 8 a 13 do articulado superveniente deduzido pela R. são meramente instrumentais ou acessórios relativamente ao facto essencial cuja submissão a discussão e julgamento foi admitida pelo despacho de 6/12/2010.

Comotal não se julga de atender a reclamação da R. de 20/12/2010.

Notifique.”

Em 2011-04-08 deduziu a A. articulado superveniente, alegando pretender a ampliação do pedido e da causa de pedir, tendo formulado a final os seguintes pedidos:

a) Declaração de ilicitude do despedimento da A., por não ter sido precedido do respetivo procedimento, com as legais consequências, nos termos do Art.º 381.º, alínea c) do Cód. do Trabalho;

b) Reintegração no seu posto de trabalho, nos termos dos Art.ºs 331.º, n.º 4 e 389.º, n.º 1 alínea b) do Cód. do Trabalho e

c) Indemnização da A. pela R. em todas as quantias que aquela deixou de auferir, designadamente o valor do salário correspondente à categoria profissional de produtora de Nível de Desenvolvimento 1 B, com as sucessivas atualizações e até trânsito em julgado da decisão do Tribunal, cujo cômputo global se relega para liquidação de sentença, Art.º 390.º, n.º 1 do Cód. do Trabalho.

A R. respondeu a tal articulado, alegando que ele é inadmissível, por extemporâneo e, sem prescindir, considerou que a ser qualificável como de trabalho o contrato dos autos e como despedimento a cessação do mesmo, os direitos daí derivados encontram-se prescritos, como havia referidos no seu anterior articulado.

Pelo despacho de fls. 727 e 728 foi o articulado superveniente da A., deduzido em 2011-04-08, admitido, na sua totalidade.

No final da audiência, pelo Mandatário da A. foi declarado que a sua constituinte reduz o pedido correspondente à categoria de produtora para o correspondente à categoria de assistente de programas, com as legais consequências, redução a que a R. não se opôs e que foi deferida pelo Tribunal a quo – cfr. fls. 743 e 744.

Procedeu-se a julgamento com gravação da prova pessoal e pelo despacho de fls. 745 ss. o Tribunal a quo respondeu à BI, com a explanação da respetiva fundamentação, sem reclamações conhecidas.

Proferida sentença, o Tribunal a quo condenou a R. [sic]:

” - a reconhecer a Autora como sua trabalhadora subordinada no âmbito de um contrato de trabalho efetivo com início em 25 de janeiro de 2003;

- a reconhecer a ilicitude do despedimento da Autora em 29 de junho de 2009;

- a reintegrar a Autora nos seus quadros, como Assistente de Programas, no Nível de Desenvolvimento I B, e com a retribuição correspondente a essa categoria e nível no Acordo de Empresa;

- a pagar à Autora as retribuições mensais, retribuições de férias e subsídios de férias e de Natal, correspondentes a essa categoria e nível vencidos desde a propositura da ação (em janeiro de 2008) e vincendos até à efetiva reintegração, descontadas as quantias que já tenham sido pagas a título de honorários por prestação de serviços desde a propositura da ação até ao despedimento em junho de 2009, tudo a liquidar em execução de sentença;

- a pagar à Autora a quantia global de 17.741,56 euros por férias, subsídios de férias e de Natal já vencidos até à propositura da ação;

- a pagar à Autora uma indemnização de 2.000 euros por danos

não patrimoniais;

- e a pagar, sobre as quantias já vencidas e líquidas, juros de mora, à taxa legal, desde a citação até integral pagamento.”

Inconformada com o assim decidido, veio a R. interpôr recurso de apelação, pedindo a revogação da sentença, tendo formulado, a final, as seguintes conclusões:

I. O objeto da presente ação, quando deu entrada em juízo em janeiro de 2008, traduzido na respetiva causa de pedir e pedido formulados pela Recorrida, consistia no reconhecimento da relação contratual que na altura existia entre as partes como sendo uma relação laboral, afirmando e pugnando a Recorrente pela existência de uma relação de prestação de serviços.

II. Entre o momento em que foi designada a audiência de discussão e julgamento nos presentes autos (em março de 2009) e o seu início (setembro de 2009), a Recorrente fez cessar em junho de 2009 a relação contratual que até então manteve com a Recorrida, prescindindo expressamente dos serviços por esta prestados - conforme resulta do facto n.º 61 da Factualidade dada por provada.

III. Em novembro de 2010, a Recorrente deduziu articulado superveniente, nos termos do qual, para a eventualidade de se reconhecer a existência de uma relação laboral, alegou e invocou que tal relação tinha terminado por sua iniciativa em junho de 2009 e o decurso do prazo (de prescrição) de um ano desde esse momento em virtude de a Recorrida nada ter invocado ou reclamado relativamente a tal cessação, concluindo, assim, que todo e qualquer direito que da cessação da relação contratual pudesse advir à Recorrida se encontrava extinto por prescrição, nos termos do previsto no n.º 1 do artigo 38.º da LCT (e correspondentes normas previstas no n.º 1 do artigo 381.º do Código do Trabalho de 2003 e no n.º 1 do artigo 337.º do Código do Trabalho de 2009).

IV. O referido articulado superveniente, admitido por despacho de 06 de dezembro de 2010, considerou sujeito a discussão, na audiência de julgamento, o facto que a final veio a ser dado por integralmente assente sob o n.º 61 da factualidade apurada, tendo a Recorrente reclamado da insuficiência da seleção da matéria

efetuada, reclamação essa que à cautela se mantém, considerando que os factos vertidos nos pontos 8 a 13 de tal articulado devem ser aditados à factualidade assente por expressamente aceites e reconhecidos pela Recorrida.

V. Em Abril de 2011, veio a Recorrida (alterar e) ampliar o pedido e a causa de pedir, alegando e invocando que a cessação da relação ocorrida em junho de 2009 por iniciativa da Recorrente configurou um despedimento ilícito, tendo petitionado a declaração de tal ilicitude, a reintegração nos quadros da Recorrente e a condenação desta nas retribuições que deixou de auferir desde a cessação (nos termos dos artigos 381.º, n.º 1 390.º, n.º do Código do Trabalho), ampliando ainda o pedido de indemnização por danos morais decorrentes de tal cessação ilícita.

VI. Em resposta a este articulado, pronunciou-se a Recorrente invocando a exceção de prescrição dos pedidos formulados pela Recorrida, conforme alegado em sede de articulado superveniente apresentado em novembro de 2010, pois a ter existido uma relação laboral, esta cessou em 29 de junho de 2009, tendo a Recorrida apenas invocado e impugnado o suposto despedimento a 8 de abril de 2011, isto é, decorrido mais de um ano e nove meses desde a data da cessação.

VII. A Sentença proferida pelo Tribunal "a quo", reconhecendo a existência de uma relação laboral entre as partes e a ocorrência de um despedimento ilícito, ao julgar improcedente a exceção de prescrição invocada pela Recorrente, quer em novembro de 2010, quer em sede de (alteração) e ampliação do pedido formulado pela Recorrida, fez uma errada interpretação e apreciação das correspondentes normas de Direito aplicáveis.

VIII. Impunha e impõe-se decisão diversa da proferida, no sentido de se reconhecer que ocorreu efetivamente a prescrição dos direitos da Recorrida decorrentes da cessação do seu contrato por força do decurso do prazo prescricional de um ano, dado que desde esse momento - vide facto n.º 61 da Factualidade Apurada - e até novembro de 2010, a Recorrida nada invocou a esse respeito, somente o vindo a fazer e a peticionar os correspondentes direitos em abril de 2011, tendo a Recorrente novamente invocado a prescrição de tais direitos.

IX. Desde logo, cumpre notar que a questão inicialmente submetida à apreciação do Tribunal "a quo", tal como resulta da causa de pedir e dos pedidos formulados na petição inicial e, por sua vez, da contestação apresentada pela Recorrente, consistia em saber se a relação contratual existente entre as partes configurava uma relação laboral ou de prestação de serviços (e ainda se os serviços prestados pela Recorrida se enquadravam na categoria de Produtora, questão esta que a final a recorrida acabou por desistir).

X. Com efeito, todos os pedidos formulados pela Recorrida na petição inicial estavam apenas e diretamente relacionados com as referidas pretensões (reconhecimento de uma relação laboral e exercício de funções de produtora), tendo a Recorrente contestado tais pedidos afirmando, em primeira linha, uma relação da prestação de serviços e à cautela impugnado o exercício de funções de Produtora e os correspondentes salários e créditos peticionados.

XI. A cessação da relação contratual promovida por iniciativa da Recorrente em junho de 2009 foi, naturalmente, do perfeito conhecimento da Recorrida, tendo tal cessação ocorrido antes até do início do julgamento dos presentes autos.

XII. É doutrinária e jurisprudencialmente pacífico que ao caso dos presentes autos é inteiramente aplicável o prazo de prescrição de um ano previsto quer no n.º 1 do artigo 38.º da LCT, quer no n.º 1 do artigo 381.º do Código do Trabalho de 2003 e no n.º 1 do artigo 337.º do Código do Trabalho de 2009, sendo quanto a nós aplicável o regime da LCT por força da data de início da relação entre as partes - janeiro de 2003.

XIII. Assim sendo, incumbia à Recorrida, a fim de se fazer valer dos respetivos direitos decorrentes da cessação do contrato promovida pela Recorrente, alegar e invocar tal situação como sendo um despedimento ilícito dentro do prazo de um ano a contar da cessação do contrato.

XIV. Ao não ter assim atuado, somente o vindo fazer em abril de 2011, isto é, um ano e nove meses depois, é forçoso concluir-se que ocorreu a prescrição dos direitos decorrentes da cessação do seu contrato, tal como, aliás, a Recorrente já havia invocado em

novembro de 2010, bem como em sede de resposta à (alteração e) ampliação do pedido.

XV. Tanto mais que, quando foi invocada a cessação do contrato por iniciativa da Recorrente ocorrida em junho de 2009, o que passou a estar em causa foi a qualificação de tal cessação como sendo um despedimento ilícito e da eventual prescrição dos correspondentes direitos, isto é, tratou-se de uma nova questão submetida à apreciação do Tribunal "a quo", diferente daquela inicialmente submetida.

XVI. O entendimento plasmado pelo Tribunal "a quo" padece de vários vícios interpretativos, pois ao julgar procedente o pedido de integração inicialmente formulado como um pedido de reintegração por via do despedimento, desconsidera por completo que tais pedidos decorrem de factos jurídicos diferentes entre si, não sendo de forma alguma o último decorrente do primeiro, mas sim uma alteração deste.

XVII. Isto é, o pedido de integração formulado pela Recorrida alicerçava-se na existência de um contrato de trabalho, enquanto que o pedido de reintegração se alicerçou na cessação ilícita desse contrato, sendo totalmente diferentes os momentos da génese e formação de cada um, havendo, pois, que atender e considerar cada um desses momentos de forma isolada entre si.

XVIII. A procedência do pedido de reintegração da Recorrida e conseqüente improcedência da exceção de prescrição, com base no facto de aquela não ter optado por alterar o pedido para indemnização por antiguidade, não faz qualquer sentido, pois esta opção somente se traduz num direito a ser exercido em substituição da reintegração, apenas existindo se este último existir e decorrendo ambos do mesmo facto: despedimento ilícito.

XIX. A interpretação seguida pelo Tribunal "a quo" no sentido de que a Recorrida "peticiona desde o início um pedido correspondente ao pedido principal de uma ação de impugnação de despedimento" e que não deixou de "ampliar o pedido no sentido de ser expressamente declarada a ilicitude do seu despedimento e condenada a R. à sua reintegração no posto de trabalho", carece em absoluto de fundamento, pois trata-se de pedidos materialmente

diferentes entre si e cuja procedência tem efeitos jurídicos iguais e naturalmente diferentes.

XX. O mesmo se diga da consideração vertida na sentença posta em crise, no sentido de que "ao manter a presente ação contra a R., depois de dispensada/despedita por ela, a A. está a expressar claramente intenção de exercer o seu direito à reintegração", pois a ser assim, nem a Recorrida teria de invocar o que quer que fosse, nem o Tribunal "a quo" teria de se pronunciar sobre se ocorreu um despedimento ou não.

XXI. O errado raciocínio seguido pelo Tribunal "a quo" torna-se ainda mais patente e notório a propósito das retribuições devidas desde o despedimento, indo ao ponto de não só extravasar o pedido de retribuições vincendas vertido na petição inicial, como formulando um juízo sobre um facto inexistente na altura em que a ação foi proposta.

XXII. É, pois forçoso concluir-se que os direitos da Recorrida decorrentes da cessação ilícita do contrato de trabalho reconhecido pela Sentença ocorrida em junho de 2009 se encontram extintos por prescrição, em virtude de a Recorrida não ter invocado e reclamado tais direitos no prazo de um ano a contar da referida cessação, impondo-se nessa medida a revogação da sentença proferida na parte em que julgou improcedente a exceção da prescrição deduzida pela Recorrente, proferindo-se decisão que, julgando tal exceção procedente, altere a condenação proferida.

XXIII. A sentença proferida violou, assim a norma do artigo 38.º da LCT (e/ou as demais que doutamente se considerem aplicáveis à presente situação em função da questão ora suscitada).

XXIV. Em todo e qualquer caso, sempre se dirá que os pretensos danos sofridos pela Recorrida não revestem uma gravidade que mereçam a tutela do direito, sendo a condenação a este título proferida infundada e excessiva, devendo ser revogada por violação do disposto no artigo 496.º, n.º 1 do Código Civil.

A A. apresentou a sua contra-alegação ao recurso interposto pela R., tendo formulado, a final, as seguintes conclusões:

A - A douta sentença recorrida deve manter-se, pois consubstancia uma solução que consagra a justa e rigorosa interpretação e aplicação ao caso sub judice das normas e princípios jurídicos competentes.

B - Dá-se por reproduzido o relato histórico da evolução dos autos apresentado pela Recorrente nos pontos 1 a 12 das suas Alegações de Recurso sob a epígrafe "Fundamentos".

C - A Recorrente JAMAIS reconheceu a existência de um contrato de trabalho subordinado entre esta e a Recorrida.

D - A Recorrente continua a defender a existência de um contrato de prestação de serviços - vd ponto 16 das Alegações da Recorrente.

E - Cinge o objeto do presente recurso à apreciação de uma prescrição no âmbito de uma relação laboral que nunca reconheceu, nem aceitou.

F - A dispensa unilateral pela Recorrente face à relação laboral efetivamente existente entre as partes, corresponde a um despedimento e a um despedimento que é de reputar ilícito, pois que não fundamentado em qualquer causa justificativa à face do Código do Trabalho ou operado mediante qualquer dos procedimentos legalmente admitidos para a entidade empregadora por termo a um contrato de trabalho - cfr. art. 381º e ss do Código do Trabalho.

G - Em conformidade e porque a Recorrida não optou por alterar o pedido inicial para um pedido de indemnização por antiguidade, nos termos do art. 391º do Cód. Trabalho, é de julgar procedente o pedido de integração como um pedido de reintegração.

H - Aliás, esta alteração de pedido não deixou de ser requerida pela Recorrente a fls. 712 e ss, tendo sido admitida por despacho de fls 727 e ss. Tanto basta para julgar improcedente a exceção de prescrição - por pretensão decurso do prazo a que alude o art. 337º do Cód. do Trabalho.

I - A Recorrida peticiona desde o início um pedido correspondente ao pedido principal de uma ação de impugnação de despedimento e não deixou de ampliar o pedido no sentido de ser expressamente declarada a ilicitude do seu despedimento e condenada a Recorrente à sua reintegração no posto de trabalho (vd. fls 716).

J - Ao manter a presente ação contra a Recorrente depois de dispensada/despedita por ela, a Recorrida está a expressar claramente intenção de exercer o seu direito à reintegração, sendo certo que a prescrição se interrompe com a citação ou a notificação, por via judicial, de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente a intenção de exercer o direito, seja qual for o tipo de processo - cfr.

art. 323º, nº 1 do Cód. Civil."

K - A Recorrida, por força do pedido de integração nos quadros da Recorrente que deduziu logo com a propositura da ação, fez interromper a contagem de um qualquer prazo de prescrição.

L - Antes de se iniciar qualquer prazo de prescrição a este respeito, já este estava prejudicado por força do pedido formulado ab initio pela Recorrida.

M - Terá a Recorrida também direito, nos termos do art. 390º do Cód. Trabalho a receber da Recorrente as retribuições que lhe seriam devidas e tenha deixado de auferir desde o despedimento (29.06.2009) até ao trânsito em julgado da decisão.

N - Este pedido apenas não foi inicialmente formulado por não ter ainda, ao tempo da propositura da ação, havido uma dispensa definitiva por parte da Recorrente, sendo que, de todo o modo, não deixava nem deixa de estar inerente ou compreendido no conjunto de pedidos formulados pela Recorrida até porque esta não deixava de peticionar as remunerações vincendas (sob a al. e).

O - Esse é, um dos principais efeitos úteis da ação, pelo que não poderíamos deixar de a ele atender; tanto mais que não deixou de constar da ampliação do pedido admitida nos autos (vd. fls. 716).

P - Na ação dos presentes autos, a Recorrida pugna pelo reconhecimento do vínculo contratual com a Recorrente e a consequente integração nos quadros da empresa.

Q - A Recorrente veio alegar, e agora recorrer, quanto aos efeitos de uma comunicação de junho de 2009, onde mais uma vez reconhece que nunca admitiu a existência de um contrato de trabalho.

R - A Recorrente não pretendeu alegar o facto pela sua consequência direta no objeto dos presentes autos, mas sim nas por si pretendidas consequências jurídicas extintivas do mesmo, para o caso de uma eventual procedência da ação.

S - Soçobrando um dos requisitos onde se estribaria a sua junção bem como do requerimento que assessora, não respeitando a facto essencial para a decisão do mérito da causa, (Ac. STJ, 24/10/95: CJ/STJ, 111, 78º).

T - Na verdade, a Recorrente pretendeu, e pretende agora insistindo, vir (hipoteticamente) a fazer uso de um direito (a prescrição) baseado numa realidade jurídica (contrato de trabalho) que não reconheceu nem, tampouco, aceita.

U - Pretende prevalecer-se, das vantagens da inexistência de um

vínculo laboral e, por outro, das vantagens que da existência desse vínculo lhe possam advir.

V - Os direitos supostamente prescritos que a Recorrente refere e alega, sempre estariam protegidos pela existência da presente ação.

X - A Recorrente ao invocar a prescrição, atuou com manifesto abuso de direito, excedendo manifestamente os limites impostos pela bona fides em flagrante contradição com uma sua conduta anterior.

W - "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costume ou pelo fim social ou económico desse direito." - art. 334º do C.C.

Y - "o exercício de um direito só poderá ser ilegítimo quando houver manifesto abuso, ou seja, quando o direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça, traduzindo uma clamorosa ofensa ao sentimento jurídico socialmente dominante." - vd Pires de Lima e Antunes Varela, in "Código Civil anotado, vol. I, pág. 299.

Z - Um dos comportamentos que tem sido apontado como variante do abuso de direito, por violação manifestamente excessiva dos limites impostos pelo princípio basilar da boa fé, é o denominado "venire contra factum proprium", podendo definir-se como o exercício de uma posição jurídica contrária ao comportamento anteriormente assumido pelo exercente.

AA - "Se o trabalhador alega a existência de créditos emergentes de um contrato de trabalho e a ré nega a existência de tal contrato não é possível invocar a prescrição daqueles créditos (...)" in CJ, AC de 07/02/96, RL, I, pág.125.

BB - "Logo na conclusão inicial pretende a apelante que esta Relação julgue procedente a exceção de prescrição(...). Se a ora apelante nega - como sempre vem negando - a existência de um contrato de trabalho entre si a Autora - entendendo tratar-se de contrato de prestação de serviços - não se vê como é que, coerentemente, pode pretender acharem-se prescritos créditos da apelada resultantes daquela primeira espécie de contrato, se não reconhece previamente a anterior manutenção entre eles de uma relação de trabalho remunerada e subordinada".

CC - A jurisprudência citada é absolutamente aplicável aos presentes autos.

DD - As Alegações da Recorrente não são mais do que a repetição

do mesmo, ao longo das páginas, mas ditas de outra forma, formulando ficções e suposições que em nada assentam no que resulta dos autos.

EE - O pedido de integração, e/ou o pedido de reintegração, têm em si mesmos subjacentes sempre o mesmo pressuposto - a existência de uma relação de trabalho subordinado.

FF - Ainda que se conceda que o pedido de reintegração pressupõe um despedimento, este só existe se previamente estivermos no âmbito e natureza de uma relação de natureza laboral.

GG - O que a Recorrida sempre pugnou nos presentes autos foi pelo reconhecimento, antes de tudo o mais, da existência de uma relação de trabalho subordinado entre si e a Recorrente.

HH - A génese dos autos em crise é a existência ou não de uma relação de trabalho subordinado - sem a verificação deste, nenhuma das questões levantadas, se coloca.

II - A Recorrente, ao longo das suas Alegações, não estriba a sua tese em qualquer suporte legal ou jurisprudencial.

JJ - A Recorrente pretende o melhor de dois mundos - por um lado a não existência de um contrato de trabalho, mas sim uma prestação de serviços.

KK - Foi ao abrigo deste regime contratual que a Recorrente dispensou definitivamente a Recorrida.

LL - E por outro lado, pretende que, vindo o Tribunal a reconhecer a verificação da relação laboral, a dispensa dos serviços prestados pela Recorrida se "converta" num putativo "despedimento".

MM - É por demais evidente que, nem o Tribunal de 1ª Instância, nem o Venerando Tribunal da Relação do Porto, poderão dar cobertura a tão falacioso embuste.

NN - A pretensão da Recorrente tem necessariamente de improceder, mantendo-se a decisão recorrida.

O Exm.º Sr. Procurador-Geral Adjunto, nesta Relação, emitiu douto parecer no sentido de que o recurso deve proceder, pelo menos no que respeita à questão da prescrição e danos morais.

Recebido o recurso, elaborado o projeto de acórdão e entregues as respetivas cópias aos Exm.ºs Juizes Desembargadores Adjuntos[1], foram colhidos os vistos legais.

Cumpra decidir.

São os seguintes os factos dados como provados pelo Tribunal a quo:

1 - A A., licenciada em Ciências da Comunicação, intervindo na organização e coordenação dos meios necessários à produção de programas, sob a orientação de um coordenador.

2 - A R., facto público e notório, é por todos conhecida, como uma sociedade anónima de capitais públicos, que se dedica à radiodifusão televisiva.

3 - Em 25 de janeiro de 2003, após entrevistas com o Subdiretor de Produção e Programas, G..... e com a Chefe de Departamento de Produção e Programas, H....., a A. foi convidada pela R., a fim de integrar a equipa de produção do novo programa "D....", exibido na R., diariamente.

4 - No âmbito programa "D....", a A. intervinha nas fases de pré-produção e produção, efetuando a requisição de imagens, o pré-alinhamento (Doc. n.º 1), a pesquisa da informação necessária sobre os temas e convidados do aludido programa de entretenimento, o convite das pessoas a entrevistar, a marcação de viagem e alojamento destas (Doc. n.º 2).

5 - Até inícios de 2005, acresceram à A. funções ao nível da produção de exteriores do programa "D....", ajudando a A. em tarefas de coordenação das equipas de meios técnicos (unidades de meios móveis, operador de câmara e assistente), bem como de requisição dos instrumentos necessários ao Departamento de Operações, designadamente meios de transporte, serviços de caracterização e cabeleireiro.

6 - Nessa medida, a A. procedia à marcação dos horários de satélite (cfr. pedido de marcação de satélite junto sob o Doc. n.º 3 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido), ao convite dos entrevistados, à marcação de viagens e alojamento, à requisição dos meios humanos e técnicos necessários à realização dos exteriores, sendo responsável pela obtenção das licenças e autorizações para as filmagens a variadíssimas entidades, designadamente à Polícia de Segurança Pública, Câmaras Municipais e Capitánias (cfr. pedidos de autorização para filmagens junto sob o Doc. n.º 4 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido).

7 - Durante o mês de junho de 2003, a A. analisou, ainda, as audiências diárias dos programas "D...." e "E....", estabelecendo

a relação entre convidados e audiências, elaborando gráficos e relatórios diários, mensais e semanais - cfr. mapas de audiências juntos sob o Doc. n.º 5 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido.

8 - Em junho de 2007, ainda antes da última emissão, via delegação do Porto, do mencionado programa "D.....", a R. integrou a A. na produção do programa "E.....", tendo esta como principais funções as de pesquisa de conteúdos, elaboração dos pré-alinhamentos (cfr. Doc. n.º 6 junto e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais), e organização de meios humanos/técnicos.

9 - Em setembro de 2007, fruto da reestruturação na direção de produção e direção de programas da R., a A. ficou na dependência da Subdireção de Produção Executiva Norte, tendo como seus superiores hierárquicos, entre outros, l.....

10 - A A. tratava, por vezes, de adiantamentos para despesas, conforme resulta do talão junto sob o Doc. n.º 7 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

11 - O trabalho desenvolvido pela A. para a R. não se esgotou nos programas "D....." e, depois, do "E.....", já que, ao longo de todos estes anos, a A. colaborou na produção de diversos programas para a R., tais como:

- Especiais "D.....", em Newark (06/2004), Genebra (12/2005), Paris (03/2006 e 07/2007) e Luxemburgo (06/2007);

- Prémios Talento (07/2007);

- Especial Dia das Avós (2003 a 2006);

- Hora da Esperança (05/2004);

- Porto de Partida - Porto de Chegada (2005 e 2006);

- Ca(u)sa do Artista (outubro de 2006);

- Especial Portugal/Espanha;

- A Mudança da Estação.

12 - Por interesses da R., pretendeu esta, desde 25 de janeiro de 2003 até ao presente momento, dar à colaboração da A. a aparência de um contrato de prestação de serviços.

13 - Assim e com a aceitação da A., ambas as partes outorgaram um designado e inicial "Contrato de Prestação Individual de Serviços", apresentado pela R. e assinado por ambas as partes e, depois deste, uma sucessão de iguais documentos, de que foram

juntas cópias possíveis como Doc. n.º 8, cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

14 - A a R. propôs à A., como forma única de remunerar o seu trabalho, um pagamento por cada dia de trabalho efetivamente prestado, sendo, até 2005, na quantia diária de 50,00€ e de 2005 até à presente data, na quantia diária de 65,00€.

15 - As despesas com transportes públicos e quilometragem seriam pagas pela R., bem como as refeições e alojamento fora do local de residência.

16 - A R. sempre forneceu à A. os equipamentos utilizados no desempenho das suas funções e assegurou a manutenção dos mesmos, através dos seus serviços técnicos.

17 - A A. realizou sempre o trabalho com zelo e diligência, comparecendo ao serviço com assiduidade e pontualidade, respeitando e tratando com urbanidade os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e demais pessoas que com a R. se relacionam, desenvolvendo a sua atividade em exclusivo para a R..

18 - A prestação de trabalho por parte da A. tem vindo a ser feita com carácter regular, permanente e exclusivo, como bem se vê pela multiplicidade e sucessão de contratos outorgados pelas partes desde janeiro de 2003.

19 - O horário de trabalho da A. estava definido em função dos horários e necessidades dos programas, não sendo geralmente inferior a 8 horas diárias, nem a 40 horas semanais.

20 - Em momento algum, foi a A. destinatária de tratamento desigual em relação aos demais trabalhadores efetivos da R.

21 - Nunca foi advertida que as circulares e regulamentos internos lhe não eram também dirigidos, mas tão só aos trabalhadores do quadro da R.

22 - No que respeita aos recibos de remuneração da A., a R. exige-lhe a forma dos designados "recibos verdes", o que implica que a A. esteja inscrita na respetiva Repartição de Finanças como "trabalhador independente" para obter as respetivas cadernetas - cfr. Doc. n.º 9 junto e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais. Se assim não fosse, não lhe seria paga qualquer quantia retributiva.

23 - Como se pode analisar através dos duplicados dos intitulados "contratos de prestação individual de serviços" e dos recibos verdes, a A. auferiu da R. as seguintes remunerações anuais:

- em 2003 a quantia de 11.225,00€;
- em 2004 a quantia de 12.900,00€;
- em 2005 a quantia de 15.625,00€;
- em 2006 a quantia de 15.889,25€ e
- Em 2007 (até 10/2007) a quantia de 12.772,50€.

24 - Tais rendimentos anuais constam de declarações emitidas pela R. para efeitos de I.R.S. - retenção na fonte - cfr. declarações de retenção na fonte emitidas pela R. e juntas sob o Doc. n.º 10, cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

25 - A R. sempre procedeu a retenções de I.R.S. nas remunerações da A. - cfr. Doc.s n.ºs 9 e 10.

26 - A A. nunca recebeu quaisquer remunerações a título de férias, subsídio de férias e subsídio de Natal.

27 - Os tempos de trabalho da A. dependiam dos interesses, fins e objetivos da R.

28 - A R. fiscalizava e coordenava o trabalho da A., através da Subdireção de Meios de Produção Norte - Departamento de Operações Porto.

29 - Concretamente, a A. recebia ordens, diretivas e instruções dos Coordenadores dos Programas e dos Diretores de Departamento, todos ao serviço da R. e superiores hierárquicos da A.

30 - Personalizando a escala hierárquica, refira-se que, até junho de 2007, a A. respondia perante as Coordenadoras do Programa, J..... e K....., as quais aprovavam as sugestões programáticas da A., a Chefe de Departamento de Produção e Programas, H....., Subdiretor de Produção e Programas, L.... e Diretor de Programas, M.....

31 - A partir de setembro de 2007, a A. passou a depender da Direção de Produção, em concreto da Subdireção de Produção Executiva Norte, a quem reporta a sua atividade, cujo Chefe de Departamento de Produção Executiva é I....., o Diretor-Adjunto de Produção G..... e o Diretor de Meios de Produção N.....

32 - A A. fazia parte da estrutura organizativa da R., o que resulta não só da sua sujeição a uma escala hierárquica, mas também pelo facto de a A. manter reuniões periódicas e regulares, semanais e/ou mensais, com os diretores e chefes e inclusivamente com a Direção de Programas - cfr. convocatória dirigida à A. junta sob o Doc. n.º 11 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

33 - A A. tinha um endereço de correio electrónico no servidor de domínio da R. – B...@C...pt.

34 - A A. contactava, igualmente como se fosse funcionária da R., com inúmeras pessoas e entidades - cfr. correspondência e convites que se juntam sob o Doc. n.º 12 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

35 - A A. emitia autorizações de entradas de pessoal estranho - convidados para os programas que produz - nas instalações da R., na delegação do Porto - cfr. autorizações juntas sob o Doc. n.º 13 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido.

36 - A A. coordenava a atividade que desenvolve no programa "E...." com os restantes intervenientes, impondo-se a articulação de todos os temas desse programa.

37 - A A., na execução da sua prestação, era coadjuvada e trabalhava diretamente com outros trabalhadores assalariados da R., designadamente produtores, operadores e trabalhadores que lhe fornecem os meios requisitados - cfr. requisições juntas sob o Doc. n.º 14 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido.

38 - Os dias em que a A. trabalhava é a R. quem os determinava, o local de trabalho era também determinado pela R., o meio como a A. se deslocava para fora do local normal de trabalho (as instalações da R.), quando tal se mostrava necessário, é a R. quem decidia.

39 - Foi reduzido a escrito um mapa de horário de trabalho, em dezembro de 2007, elaborado pela R. e comunicado à A. (para além de outros), do qual resulta que a prestação da A. é efetuada a tempo completo, todos os dias da semana - cfr. mapa de horário junto sob o Doc. n.º 15 (fls. 153 e 154) e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

40 - É a R. quem determina o local de trabalho onde deve ser realizada a atividade profissional da A., obviamente tendo como parâmetro o programa a efetuar.

41 - Local de trabalho esse, que pode ser nas instalações da R., em Vila Nova de Gaia, como no exterior, o que aconteceu inúmeras vezes.

42 - A A. tinha um posto de trabalho nas instalações da R., com uma secretária própria, um armário onde arquivava os dossiers, um computador, um telefone fixo com número de extensão telefónica próprio.

43 - Não obstante as férias da A. jamais terem sido pagas pela R., aquela acordava com os serviços da R. a marcação de períodos de

férias.

44 - Em 2005 a R. deu à A. a indicação de que esta gozasse o seu período de férias durante a pausa do programa "D.....".

45 - Nas deslocações em serviço que a A. efetua, as marcações das viagens e alojamentos são efetuadas e pagas pela R., auferindo a A., de igual modo, valores determinados por refeição, atualmente na ordem dos 15,00€ ou, em deslocações ao estrangeiro, dos 30,00€.

46 - A A., sempre que efetuava deslocações, fazia-o com viaturas da R. sem auferir, no entanto, o abono por deslocação em serviço previsto no Acordo Coletivo de Trabalho da R.

47 - Todo o equipamento e suporte técnico utilizado pela A. é propriedade da R., ou de terceiros contratado por esta e segundo os critérios da mesma,

48 - Todos os trabalhos desenvolvidos pela A. são consideradas pela R. como propriedade sua.

49 - A A. recebeu uma carta de agradecimento do Conselho de Administração da R., em março de 2007, pelo trabalho que desenvolveu por altura das comemorações dos 50 anos da R.T.P. - cfr. carta de agradecimento junta sob o Doc. n.º 16 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

50 - No ano de 2006, a A. atingiu a remuneração média mensal de € 1.324,10.

51 - Antes da presente ação, a A. tentou, junto da R., que esta a reconhecesse como efetiva trabalhadora e não mera "colaboradora em regime de recibo verde" - cfr. reclamações efetuadas, ao Diretor de Programas, em 03/11/2006 e em 19/12/2006, juntas sob o Doc. n.º 19 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

52 - A situação precária em que a R. colocou a A. e que perdura há mais de cinco anos é um fator destabilizador da vida desta.

53 - A A., não obstante possuir formação superior e ser possuidora de conhecimentos técnicos especializados, verdade é que, contando com a sua idade e a situação atual do mercado de trabalho, receia enfrentar dificuldades em arranjar semelhante emprego.

54 - A insegurança económica provocada pelo comportamento da R., ao dispensar a A., dificulta-lhe a realização de projetos como, por exemplo, comprar casa ou ter filhos.

55 - Os serviços prestados pela A. à R. consistiam em tarefas de assistência à produção de programas.

56 - A assiduidade da A. não estava sujeita ao controlo de assiduidade realizado aos funcionários do quadro.

57 - Entre o termo apostado em cada um dos contratos de prestação de serviços e o início apostado no seguinte mediavam, por vezes, 2 ou mais dias.

58 - Os valores dos honorários diários pagos numa prestação de serviços são geralmente superiores aos vencimentos pagos numa prestação laboral.

59 - A A. teve, em cada ano, dias de descanso em número não determinado.

60 - A R. emitiu o documento que consta de fls. 399 e 400, no qual, em dezembro de 2007, se propunha integrar a A. com a categoria de assistente de programas, 4 anos de antiguidade, ND 1A e com as prestações retributivas aí indicadas.

61 - No dia 19 de junho de 2009, a R. comunicou à A. que "uma vez terminado o programa E..... e por indicações superiores se irá proceder a uma redução de colaboradores para o projeto das manhãs - F..... -, razão pela qual se prescinde da colaboração de Vs. Exa. a partir do dia 29 de junho de 2009", conforme documento entregue à A. e junto a fls. 706, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

62 - Com a sua dispensa pela R. em junho de 2009 agravou-se o estado de tristeza e desânimo da A.

63 - Os seus projetos de vida, inclusive de ser mãe, têm sido protelados por causa da precaridade profissional em que a R. a colocou.

64 - Desde a sua entrada na empresa, sempre a A. tivera a expectativa de ser integrada nos quadros de pessoal.

Fundamentação.

Sendo pelas conclusões do recurso que se delimita o respetivo objeto[2], como decorre das disposições conjugadas dos Art.ºs 684.º, n.º 3 e 685.º-A, n.º 1 do Cód. Proc. Civil, na redação que lhe foi dada pelo diploma referido na nota (1), ex vi do disposto no Art.º 87.º, n.º 1 do Cód. Proc. do Trabalho[3], salvo tratando-se de matérias de conhecimento oficioso de que o Tribunal ad quem pode conhecer por sua iniciativa, são quatro as questões a decidir nesta apelação, a saber:

I – Alteração da matéria de facto

II – Prescrição

III – Danos morais e

IV – Abuso do direito.

Matéria de facto.

A 1.ª questão.

Trata-se de saber se deve ser alterada a matéria de facto.

Na verdade, a R. discorda da decisão proferida sobre a matéria de facto, nomeadamente, de não se ter dado como provados os factos alegados nos artigos 8 a 11 do seu articulado superveniente, como já anteriormente havia reclamado, sem sucesso, como se referiu no antecedente relatório.

Vejamos.

Dispõe o Art.º 685.º-B[4], n.ºs 1 e 2 do Cód. Proc. Civil, o seguinte:

1 — Quando se impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;

b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida.

Por outro lado, do mesmo diploma, dispõe o Art.º 712.º, n.º 1:

1 — A decisão do tribunal de 1.ª instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pela Relação:

a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 685.º-B, a decisão com base neles proferida;

b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insuscetível de ser destruída por quaisquer outras provas;

c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

In casu, a recorrente, ora R., indicou quais os factos que pretende ver aditados à lista dos factos dados como provados e que são os seguintes pontos do articulado superveniente, por ela apresentado:

8. Apesar do programa “E....” ter reiniciado as suas emissões em meados de setembro de 2009, a verdade é que,

9. Desde a data mencionada na comunicação entregue à Autora – 29 de junho de 2009 – a Ré não voltou a solicitar os serviços daquela.

10. Por sua vez, desde a referida data, não mais a Autora voltou, de todo, a prestar serviços e/ou a colaborar com a Ré,

11. Assim como não mais a Autora compareceu nas instalações da Ré,

12. Bem como, não mais a Autora interpelou, comunicou, endereçou ou dirigiu qualquer comunicação, fosse de que natureza fosse, à Ré.

13. A Autora deixou, pois, de colaborar com a Ré no dia 28 de junho de 2009, data em que prestou serviços a esta pela última vez.

Ora, como se referiu no antecedente relatório, na sessão da audiência de discussão e julgamento de 2010-11-24 a R. apresentou – a fls. 704 a 705 – um articulado superveniente, alegando que tendo o contrato cessado em 2009-06-29 e para a hipótese de se vir a entender que tal contrato é de trabalho e que a A. foi ilicitamente despedida, então verificar-se-ia a prescrição dos correspondentes créditos.

A A. respondeu a tal requerimento, expendendo o entendimento de que ele não é admissível, encontrando-se já assegurado o princípio do contraditório.

Pelo despacho de fls. 708 e 709, proferido em 2010-12-06, foi admitido “... o articulado superveniente apresentado pela R., considerando-se sujeito a discussão, na audiência de julgamento, o seguinte facto:

«No dia 19 de junho de 2009, a Ré comunicou à Autora que ‘uma vez terminado o programa E.... e por indicações superiores se irá proceder a uma redução de colaboradores para o projeto das manhãs – F.... -, razão pela qual se prescinde da colaboração de V.ª

Ex.^a a partir do dia 29 de junho de 2009' – cfr. documento entregue à A. junto a fls. 606 e que aqui se dá por inteiramente reproduzido». ...”

A R. reclamou da seleção da matéria de facto alegada no articulado superveniente, considerando que deveriam ter sido igualmente selecionados os factos vertidos nos pontos 8 a 13 do referido articulado, tendo o Tribunal a quo proferido adrede o seguinte despacho [cfr. fls. 874]:

“Os factos 8 a 13 do articulado superveniente deduzido pela R. são meramente instrumentais ou acessórios relativamente ao facto essencial cuja submissão a discussão e julgamento foi admitida pelo despacho de 6/12/2010.

Como tal não se julga de atender a reclamação da R. de 20/12/2010. Notifique.”

O facto selecionado, acima transcrito, veio a ser dado como provado, constando da respetiva lista, supra, sob o n.º 61.

Analisando o facto selecionado e dado como provado e os factos alegados nos artigos 8 a 13 do articulado superveniente, que ora também se transcreveram, verificamos que o primeiro é um facto essencial para a decisão da questão de saber se ocorreu, ou não, a alegada prescrição dos créditos da A. Na verdade, se se vier a concluir que o contrato dos autos é de trabalho e que a cessação foi efetuada mediante despedimento ilícito, importa determinar – dada a tese da R. – a data em que este ocorre, atento o disposto no Art.º 381.º do CT2003.

Porém, sendo o despedimento um negócio jurídico unilateral e recetício que se consuma com a receção, pelo trabalhador, da comunicação do empregador, os factos alegados sob os n.ºs 8 a 13 do articulado superveniente são desnecessários para a apreciação e decisão da exceção de prescrição dos créditos reclamados em consequência do mesmo despedimento, pois tudo o que tenha ocorrido depois de 2009-06-29 nenhuma influência terá - relativamente ao despedimento -, pois tudo o que tenha ocorrido posteriormente apenas poderá respeitar a um novo contrato, pois o anterior foi – irreversivelmente – extinto na apontada data.

Daí que o aditamento pretendido, para além de desnecessário, sempre traduziria um ato inútil, que a lei proíbe, atento o disposto

no Art.º 137.º do CPC.

Improcede, assim, a conclusão IV do recurso.

O Direito.

A 2.ª questão.

Trata-se de saber se ocorreu a prescrição dos créditos reclamados pela A. em consequência do despedimento.

Na verdade, no seu articulado superveniente e na resposta ao articulado superveniente da A., veio a R. deduzir a exceção de prescrição dos créditos daquela, para a hipótese de se vir a qualificar o contrato dos autos como de trabalho e de considerar como despedimento ilícito a cessação do mesmo. Tendo o Tribunal a quo assim considerado, condenando a R. nos direitos respetivos, reintegração na empresa e retribuições vencidas e vincendas, importa determinar se a prescrição se verifica.

Vejamos o que a propósito se referiu em situação semelhante[5]:

“...Dispõe o Art.º 381.º, n.º 1 do CT2003 que “Todos os créditos resultantes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, pertencentes ao empregador ou ao trabalhador, extinguem-se por prescrição, decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho.”

Tal norma acompanhou de muito perto o disposto no Art.º 38.º, n.º 1 da LCT[6], que reproduziu, tendo extirpado do texto apenas a referência aos créditos provenientes do exercício de profissões liberais.

No domínio da aplicação do direito anterior ao CT2003, entendia-se que o legislador pretendeu, partindo da realidade específica que é o contrato de trabalho, criar um regime especial de prescrição dos créditos laborais. Correspondendo estes a prestações de natureza próxima dos alimentos[7], protegidos por normas de interesse e ordem públicos, o legislador terá querido possibilitar o exercício dos direitos dentro de um prazo certo mas, contrariamente ao que ocorre no direito civil[8], a decorrer depois de ter terminado o estado de subordinação jurídica que o contrato de trabalho supõe. Na verdade, sendo o contrato de trabalho intuitu personae, o trabalhador exerce a sua atividade sob as ordens, direção e fiscalização do empregador, apenas sendo restituído a um estado

de completa liberdade com a cessação do vínculo, isto é, só nesse momento podendo decidir – livremente – acionar o empregador, sem receio de ver perigar o contrato de trabalho, com a consequente perda da correspondente retribuição, muitas vezes seu – e da família – único rendimento.

Assim, o prazo de prescrição de um ano inicia-se, não com o conhecimento do direito, mas no dia seguinte àquele em que o contrato cessar.

Porém, irreleva a forma de cessação do contrato de trabalho, sendo indistinto que a iniciativa tenha sido do empregador ou do trabalhador ou que qualquer deles tenha agido legal ou ilegalmente, ou, como preferem outros, independentemente da causa que lhe deu origem, pois o que importa é que o vínculo tenha cessado, ainda que de facto[9].

Tal entendimento, face à identidade dos textos legais em causa, mantém-se no domínio da aplicação dos CT2003 e do CT2009[10].

Tal posicionamento não foi aceite por todos, nomeadamente, no que respeita às ações de impugnação de despedimento ilícito, uma vez que nestas situações estaria em causa essencialmente o direito ao emprego e não propriamente direitos de crédito, pelo que não seria de aplicar a figura da prescrição, pois o que verdadeiramente está em causa é a caducidade do direito de acionar o empregador. Aliás, a data a atender não será aquela em que ocorre a cessação de facto do contrato de trabalho, pois tal realidade não pode existir face ao direito, mas aquela em que se verifica o despedimento, pois no caso de despedimento ilícito o contrato apenas cessa na data do trânsito em julgado da decisão, caso o trabalhador opte pela indemnização de antiguidade pois, pedindo a reintegração, o contrato não chega sequer a cessar, em termos jurídicos, mas apenas teve um período de inexecução.

Seja como for, certo é que a figura da prescrição, prevista no Art.º 38.º da LCT, desde sempre se revelou inadequada para regular as situações decorrentes de despedimento ilícito, *rectius*, desde o Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho, que criou esta forma de cessação do contrato, embora se viesse entendendo – sobretudo ao nível da jurisprudência – que ela abarcava todos e quaisquer direitos[11].

Pensa-se que foi devido a estas críticas da doutrina que o CT2003, no seu Art.º 435.º, n.º 2, passou a dispôr, na parte que ora interessa considerar:

“A ação de impugnação [de despedimento ilícito] tem de ser intentada no prazo de um ano a contar da data do despedimento ...”

Entretanto, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2007-02-07[12], veio a entender-se que

“O artigo 435º, n.º 2, do Código do Trabalho, ao estabelecer um prazo de caducidade para a ação de impugnação de despedimento, abrange todos os efeitos da ilicitude e exclui, quanto a eles, a aplicação do prazo prescricional do artigo 381º, n.º 1, do mesmo diploma, que se reporta apenas aos créditos que decorrem da prestação do trabalho ou que passaram a ser imediatamente exigíveis por força da cessação ou violação do contrato.”[13]

Na verdade, nada referindo a lei quanto à natureza do prazo do seu Art.º 435.º, n.º 2 do CT2003, temos de entender que se trata de um prazo de caducidade, atento o disposto no Art.º 298.º, n.º 2 do Cód. Civil. Por outro lado, embora o prazo seja igual ao estabelecido no Art.º 381.º, n.º 1 do CT2003[14], o certo é que cada uma destas normas estabelece regimes bem diversificados.

Embora a prescrição se reporte a créditos derivados do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação e a caducidade se refira à propositura da ação de impugnação do despedimento ilícito, esta cobre os direitos emergentes do mesmo despedimento ilícito, como sejam a respetiva declaração de ilicitude, a reintegração no posto de trabalho, as retribuições intercalares e a indemnização por despedimento, *rectius*, todos os danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do despedimento ilícito, atento o disposto nos Art.ºs 436.º a 439.º, ambos do CT2003, enquanto a prescrição abrange os créditos restantes, que o acórdão referido elenca em pormenor.

Por outro lado, o prazo de prescrição inicia a sua contagem no dia seguinte ao da cessação do contrato de trabalho e interrompe-se com a citação ou noutras circunstâncias especiais, enquanto o prazo da caducidade se inicia na data do despedimento e não se interrompe nem suspende, como tudo se vê do disposto nos Art.ºs

381.º, n.º 1 e 435.º, n.º 2, ambos do CT2003 e 323.º, n.º 1[15] e 328.º, estes do Cód. Civil.[16] ...”

No entanto, aprovado o CT2009, a situação voltou a ser alterada.

Repare-se no que a propósito se referiu no Acórdão desta Relação de 2010-06-28[17]:

“A figura da caducidade mantém-se para a impugnação do despedimento, embora o prazo seja reduzido para 60 dias, mas só para aquele conjunto de casos a que for aplicável o processo especial previsto nos Art.ºs 98.º-B ss. do CPT2010[18], ex vi do disposto no Art.º 387.º, n.º 2 do CT2009, pois para as ações de impugnação da licitude do despedimento, em que este não tenha sido comunicado pelo empregador ao trabalhador, por escrito, o sistema recuou à LCT, isto é, a figura que cabe ao caso é a prescrição e o prazo a atender é de 1 ano. Basta ler o proémio do Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de outubro, que aprovou o CPT2010:

“Todas as demais situações continuam a seguir a forma de processo comum e ficam abrangidas pelo regime de prescrição previsto no n.º 1 do artigo 337.º do CT[19]” [de 2009].”

In casu, a R. invocou a prescrição dos créditos da A., decorrentes do despedimento ilícito, para a hipótese de vir a ser entendido que o contrato dos autos é qualificável como contrato de trabalho, como aconteceu. Ora, sendo tal figura aplicável aos créditos reclamados pela A., vejamos se ela se verifica na presente situação.

Decorre da sentença - o que não foi objeto de recurso - que o contrato celebrado entre as partes é de trabalho. Tendo o contrato terminado em 2009-06-29, por ato da R., sem precedência de procedimento disciplinar e tendo a A. deduzido o seu articulado superveniente em 2011-04-08, tudo se passa como se a A. tivesse sido ilicitamente despedida na primeira data e tivesse intentado a ação de impugnação de despedimento na segunda data. Na verdade, sendo inassimilável a integração nos quadros da empresa

e a reintegração na empresa, bem como o pedido de diferenças salariais e o pedido de retribuições vencidas e vincendas, pois a integração e as diferenças têm como causa de pedir um contrato de trabalho em execução e a reintegração e as retribuições vencidas têm como causa de pedir a cessação do contrato de trabalho, a ação proposta não pode produzir os efeitos da interrupção da prescrição, pois nela não foram alegados os factos relativos ao despedimento ilícito nem formulados os consequentes pedidos. Na prática, quanto ao despedimento ilícito, tudo se passa como se a ação não tivesse sido intentada, como efetivamente aconteceu, surgindo o articulado superveniente decorrido mais de um ano sobre a data do despedimento, o que determina a prescrição dos direitos respetivos, atento o disposto no Art.º 337.º, n.º 1 do CT2009, a saber: a reintegração na empresa, as retribuições vencidas desde o despedimento e os danos não patrimoniais derivados do mesmo despedimento.

Procedem, destarte, as conclusões V a XXIII da apelação.

Tal conclusão determina a revogação da sentença mo que concerne às alíneas a) e b) do respetivo dispositivo, sendo a alínea c) alterada nos seguintes termos:

c) Indemnização da A. pela R. em todas as quantias que aquela deixou de auferir, designadamente o valor do salário correspondente à categoria profissional de produtora de Nível de Desenvolvimento 1 B, com as sucessivas atualizações até 2009-06-29, data do despedimento, cujo cômputo global se relega para oportuna liquidação.

A 3.ª questão.

Trata-se de saber se a A. não tem direito à indemnização por danos morais, fixada na sentença em € 2.000,00, como a R. pretende na conclusão XXIV da sua apelação, do seguinte teor:

XXIV. (...) os pretensos danos sofridos pela Recorrida não revestem uma gravidade que mereçam a tutela do direito, sendo a condenação a este título proferida infundada e excessiva, devendo ser revogada por violação do disposto no artigo 496.º, n.º 1 do Código Civil.

Vejamos.

Em primeiro lugar, convém ter em consideração que os danos morais derivados do despedimento não podem ser contemplados, dada a prescrição de créditos declarada na questão anterior, pelo que nesta sede apenas serão tidos em conta os danos não patrimoniais cujo pedido foi formulado na petição inicial.

Dispõe o Art.º 496.º do Cód. Civil, na parte que aqui interessa considerar, o seguinte:

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º..."

Por seu turno, estabelece o Art.º 494.º do mesmo diploma, o seguinte:

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Ora, tem-se entendido que o dano não patrimonial, expressão mais correta do que dano moral, uma vez que aquela expressão tem um âmbito mais lato, podendo nela abarcar o chamado dano patrimonial indireto, se analisa num prejuízo causado na pessoa do lesado, podendo ser físico ou psíquico, por exemplo, dores de qualquer destes dois foros, sofrimentos morais, prejuízos na vida de relação, analisando-os outros autores em três grupos, a saber: dano moral subjetivo, dano biológico e dano existencial, este mais ligado à vida de relação, nomeadamente, familiar.

Tal dano, para ser juridicamente relevante e, portanto, ressarcível, deve ser grave, correspondente a uma situação cujo grau seja acima da média, por contraposição aos meros e anódinos incómodos da vida corrente, de forma que fosse exigível ao lesante comportamento diverso do empreendido. Tal valoração impõe a adoção de um critério objetivo, comum à generalidade das pessoas, que sirva de padrão para apreciar o grau de gravidade do dano, desprendido de sensibilidades exageradas ou requintadas, embora reportado ao dano concreto. Tal apreciação exige, assim, o recurso

"Tendo a R. criado à A. em 2007 a expectativa de vir a ser integrada nos quadros de pessoal da empresa, podendo vir a adquirir o direito a uma situação jurídica que não se encontrava clarificada entre as partes, e não tendo sido concretizado tal desiderato, tal situação impediu a realização de projetos pessoais da A., nomeadamente, de ser mãe, durante os vários anos em que foi executado o contrato de trabalho existente entre as partes."

a um método de valoração em que quem aprecie o prejuízo se distancie o suficiente do caso concreto de forma que no resultado final não entre a subjetividade do lesado.

Por outro lado, dada a natureza do dano não patrimonial, enquanto tal, a sua reparação não pode ser levada a cabo através da reconstituição natural da situação que existiria se o dano não tivesse ocorrido, pois uma dor sofrida não pode ser retirada, por exemplo. Mas, mesmo a reconstituição por equivalente, mediante o pagamento de determinada quantia, não é compagável com o dano sofrido, pois estamos perante valores de natureza diferente. Assim, a ressarcibilidade do dano desta espécie efetua-se através de, mais do que de uma indemnização, de uma compensação, tendente a, na medida do humanamente possível, que o lesado se restabeleça da contrariedade, derivada do dano não patrimonial, com alguma satisfação que a quantia entregue pelo lesante possa proporcionar na aquisição de bens, por exemplo.

Noutra vertente, dever-se-á recorrer a juízos de equidade, fundados na justa ponderação, equilíbrio, bom senso e experiência de vida, nomeadamente, sendo de atender à gravidade do dano e suas consequências, à culpa do lesante, bem como à situação económica de ambas as partes, sem esquecer as demais circunstâncias do caso, o que bem revela que a indemnização por danos não patrimoniais tem natureza mista, por um lado, de compensação pois visa mais satisfazer o lesado do que reconstituir o statu quo ante e, por outro, de pena privada, uma vez que o montante deve ser fixado em função da culpa do agente.

Deve referir-se, por último, que é ao trabalhador que compete alegar e provar os factos correspondentes ao dano não patrimonial, sua extensão e nexos de causalidade, como decorre das regras gerais, atento o disposto no Art.º 342.º, n.º 1 do Cód. Civil[20].

In casu, vêm adrede provados os seguintes factos:

51 - Antes da presente ação, a A. tentou, junto da R., que esta a reconhecesse como efetiva trabalhadora e não mera "colaboradora em regime de recibo verde" - cfr. reclamações efetuadas, ao Diretor de Programas, em 03/11/2006 e em 19/12/2006, juntas sob o Doc. n.º 19 e cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

52 - A situação precária em que a R. colocou a A. e que perdura há mais de cinco anos é um fator destabilizador da vida desta.

60 - A R. emitiu o documento que consta de fls. 399 e 400, no qual, em dezembro de 2007, se propunha integrar a A. com a categoria de assistente de programas, 4 anos de antiguidade, ND 1A e com as prestações retributivas aí indicadas.

63 - Os seus projetos de vida, inclusive de ser mãe, têm sido protelados por causa da precaridade profissional em que a R. a colocou.

64 - Desde a sua entrada na empresa, sempre a A. tivera a expectativa de ser integrada nos quadros de pessoal.

Ora, atentos os danos morais provados, excluídos os derivados do despedimento, dada a prescrição, cremos que à A. deve ser reconhecido o direito a uma compensação, a tal título.

Tendo a R. criado à A. em 2007 a expectativa de vir a ser integrada nos quadros de pessoal da empresa, podendo vir a adquirir o direito a uma situação jurídica que não se encontrava clarificada entre as partes, e não tendo sido concretizado tal desiderato, tal situação impediu a realização de projetos pessoais da A., nomeadamente, de ser mãe, durante os vários anos em que foi executado o contrato de trabalho existente entre as partes. Por isso, a frustração do projeto de vida que a A. pretendia concretizar em função da sua integração nos quadros da R., determinou que os danos morais sofridos tenham adquirido grau de gravidade que merece a tutela do direito. Por outro lado, dada a conhecida posição económica da A. e a dimensão e capacidade da R., ao par do grau de gravidade dos factos dados como provados e ora transcritos de novo, cremos que a compensação por danos não patrimoniais deve ser reduzida para € 1.000,00, sendo a sentença alterada em conformidade.

Procede parcialmente, por isso, a conclusão XXIV da apelação.

A 4.ª questão.

Trata-se de saber, atenta a conclusão X da contra-alegação da A., se a R. agiu em abuso do direito quando invocou a prescrição dos direitos reclamados por aquela.

Vejamos.

Dispõe o Cód. Civil:

ARTIGO 334º

(Abuso do direito)

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Como se tem entendido, a figura do abuso do direito visa impedir atuações não razoáveis, imponderadas, na responsabilidade contratual, exige que as partes, na execução do contrato, se conduzam pelo princípio da boa fé, cumprindo e estimulando o cumprimento por banda da parte contrária. O abuso do direito visa também funcionar como válvula de escape do sistema, de forma que naquelas situações em que a aplicação de uma norma conduza a resultados não razoáveis relativamente aos valores vigentes na ordem jurídica, se possa impedir o seu funcionamento: na verdade, nestes casos, se o legislador tivesse previsto o resultado a que a norma conduziu, ter-se-ia absterido de a editar, dados os clamorosos resultados em que a sua aplicação desaguou.

De igual modo, são abarcados também pela figura do abuso do direito aqueles casos em que um sujeito adota determinada conduta baseada no direito, mas simultaneamente adota outra conduta, contraditória com a primeira, reveladora de que a invocação e aplicação da lei visou valores não condizentes com os estabelecidos pela ordem jurídica, vulgarmente designado como *venire contra factum proprium*[21].

Daí que também se venha entendendo que "...o abuso de direito é uma forma de antijuricidade ou ilicitude. As consequências, portanto, do comportamento abusivo têm de ser as mesmas de qualquer atuação sem direito, de todo o ato (ou omissão) ilícito"[22].

Acresce que constituindo o abuso do direito o exercício desproporcionado de um direito subjetivo, que arranca da previsão de uma norma jurídica, mas cujo exercício provoca um resultado não desejado pela ordem jurídica no seu todo, em termos clamorosos e desequilibrados, o abuso desemboca numa situação não prevista pelo legislador, em termos tais que, se a tivesse previsto, não teria

editado a norma. Daí que a conceção adotada entre nós para o abuso seja a objetiva, pelo que se torna desnecessário a invocação e prova da consciência e intenção de exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, embora seja de atender aos elementos subjetivos do comportamento do exercente aquando da formulação do juízo de valor global acerca da existência do abuso.[23]

In casu, entende a A. que a R. agiu em abuso do direito pois, a seu ver, não reconhecendo esta a existência de um contrato de trabalho entre as partes, antes o qualificando de prestação de serviços, não podia lançar mão de figura apenas aplicável ao contrato de trabalho, como é a prescrição de créditos.

Como resulta dos autos, a R. invocou a referida exceção perentória para a hipótese de se vir a qualificar o contrato como de trabalho. Se tal hipótese se verificasse, a situação da R. agravava-se, uma vez que os direitos decorrentes do contrato de trabalho são em maior número, pelo que a primeira linha de defesa da R. consistiu em afirmar a existência de um contrato de prestação de serviços. No entanto, provando-se que o contrato era de trabalho, invocou a prescrição, como outro meio legal de defesa.

Cremos, assim, que em cada um dos momentos a R. exerceu um direito seu, em termos normais, tal como um autor pode formular um pedido secundário para a hipótese de sucumbir quanto ao pedido principal que tenha deduzido. Enveredar pelo entendimento da A. levaria à negação de uma linha de defesa, como é a invocação do contrato de prestação de serviços, o que não se nos afigura correto. Daí que entendamos que a R., invocando a prescrição, agiu normalmente em termos jurídicos, como quando o réu alega factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sem que o A. possa afirmar que foram ultrapassados os limites impostos pela ordem jurídica. Por outro lado, entendemos que a conduta da R., invocando a prescrição, não é contraditória com a alegação do contrato de prestação de serviços, pois se limitou a utilizar os meios de defesa que possuía, em termos de normalidade, não se podendo afirmar que é exagerado, do ponto de vista do direito, o resultado a que se chegou.

Improcede, assim, a conclusão X da contra-alegação de recurso da A.

Decisão.

Termos em que se acorda em conceder parcial provimento à apelação, assim revogando a sentença que se substitui pelo presente acórdão em que se condena a R. a pagar à A.:

1 - As quantias que esta deixou de auferir, designadamente o valor do salário correspondente à categoria profissional de produtora de Nível de Desenvolvimento 1 B, com as sucessivas atualizações, até 2009-06-29, cujo cômputo global se relega para oportuna liquidação e

2 – A quantia de € 1.000,00, a título de compensação por danos não patrimoniais.

Custas por A. e R. na proporção de, respetivamente, 4/5 e 1/5.

Porto, 2013-06-17

Ferreira da Costa

Paula Leal de Carvalho

Maria José Costa Pinto

[1] Atento o disposto no Art.º 707.º, n.º 2 do CPC, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, ex vi do disposto nos Art.ºs 11.º, n.º 1 – a contrario sensu – e 12.º, n.º 1, ambos deste diploma.

[2] Cfr. Alberto dos Reis, in Código de Processo Civil Anotado, volume V, reimpressão, 1981, págs. 308 a 310 e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1986-07-25 e de 1986-10-14, in Boletim do Ministério da Justiça, respetivamente, n.º 359, págs. 522 a 531 e n.º 360, págs. 526 a 532.

[3] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro.

[4] Nova numeração do artigo – anterior 690.º-A – introduzida pelo diploma referido na nota (1) e aplicável in casu.

[5] Nesta questão seguimos de perto o Acórdão desta Relação do Porto de 2011-06-13, processo 1453/08.4TTPRT.P1, in www.dgsi.pt.

[6] Abreviatura de Lei do Contrato de Trabalho, vulgo do regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 1969-11-24.

[7] Cfr. Manuel A. Domingues de Andrade, in Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol II, 1960 ou 3.ª Reimpressão, 1972, pág. 452, em qualquer delas.

[8] No direito civil, o termo inicial do prazo de prescrição ocorre na data em que o lesado

toma conhecimento do direito que lhe cabe pois, como dispõe o Art.º 498.º, n.º 1 do Cód. Civil, o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete... [itálico e sublinhado nossos].

[9] Cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1982-07-23, 1991-04-03 e 1998-01-14, in Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs e págs., respetivamente, 319/237-244, 406/433-436 e 473/278-285 e o Acórdão do Tribunal Constitucional de 1994-01-26, Acórdão n.º 140/94, Processo n.º 332/91, in DIÁRIO DA REPÚBLICA, II SÉRIE, de 1995-01-06.

[10] Cfr. Pedro Romano Martinez e outros, in Código do Trabalho Anotado, 2003, pág. 562.

[11] Cfr., por todos, João Leal Amado, in A PROTEÇÃO DO SALÁRIO, Almedina, 1993, págs. 195 e segs., nota 38.

[12] In www.dgsi.pt/stj, Revista de Direito e de Estudos Sociais, julho-dezembro de 2007, N.ºs 3-4, págs. 177 ss., e Trabalho & Segurança Social, março de 2007, págs. 16 ss.

[13] Cfr., em comentário a tal aresto, João Leal Amado, in Impugnação judicial de despedimento e reclamação de créditos laborais: o mesmo prazo?, Questões Laborais, n.º 30, julho-dezembro de 2007, págs. 251 a 254, Pedro Furtado Martins, in Comentário ao, referido em texto, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2007-02-07, Revista de Direito e de Estudos Sociais, julho-dezembro de 2007, N.ºs 3-4, págs. 189 a 195 e Maria Adelaide Domingos, in Notas ao, referido em texto, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2007-02-07, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, N.º 73, janeiro-abril de 2006, págs. 77 a 81.

[14] O Cód. do Trabalho revisto estabelece, agora, o prazo de 60 dias, atento o consignado no seu Art.º 387.º, n.º 2, conforme já se vinha defendendo no Livro Branco das Relações Laborais, pontos 4.2, 8.4 e 8.5.

[15] Que dispõe: A prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, seja qual for o processo a que o ato pertence e ainda que o tribunal seja incompetente.

[16] Neste ponto e até este passo, seguimos de perto o Acórdão desta Relação do Porto de 2009-07-06, processo 406/08.7TTMAI.P1, in www.dgsi.pt.

[17] Processo 199/09.0TTBRG-A.P1, in www.dgsi.pt.

[18] Abreviatura do Cód. Proc. do Trabalho aprovado pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de outubro.

[19] Corresponde ao Art.º 381.º do CT2003 e ao Art.º 38.º da LCT.

[20] Cfr. António Menezes Cordeiro, in *Manual de Direito do Trabalho*, 1991, págs. 845 e 846, João de Matos Antunes Varela, in *Das Obrigações em Geral*, 2.ª edição, volume I, 1973, págs. 481 a 489, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, in *Código Civil Anotado*, volume I, 3.ª edição, 1982, págs. 473 a 475, Júlio Manuel Vieira Gomes, in *Direito do Trabalho*, volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, 2007, págs. 1035 a 1037 e *Ação de impugnação de despedimento. Reforma. Indemnização de antiguidade*, *Questões Laborais*, 2002, n.º 19, págs. 96 e segs., em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2001-05-16, João Leal Amado, in *Contrato de Trabalho*, 2009, págs. 398 a 400, Pedro Romano Martinez, in *Direito do Trabalho*, 2005, págs. 973 a 975, Pedro

Furtado Martins, in *Cessação do Contrato de Trabalho*, 1999, pág. 159, Maria do Rosário Palma Ramalho, in *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2006, págs. 856 e 857 e Maria João M. Pinto de Matos, in *Indemnização por Danos “Morais” na Responsabilidade Contratual Laboral*, *Prontuário da Legislação do Trabalho, Atualização n.º 41*, de 16.09.92 a 31.12.92, págs. 19 a 20 verso.

Cfr., na jurisprudência, para além dos citados nos AA. supra, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1998-12-02, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 482, págs. 123 a 128, de 2007-05-24, Processo 07A1187, de 2007-07-05, Processo 07S043, de 2009-03-04, Processo 08S3699, de 2009-03-12, Processo 08B2972, de 2009-04-23, Processo 292/04.6TB-VNC.S1 e de 2009-05-19, Processo 298/06.0TBSJM.S1, estes in www.dgsi.pt.

[21] Cfr. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, in *DA BOA FÉ NO DIREITO CIVIL*, Almedina, 2.ª reimpressão, 2001, que citando Weber a págs. 742, refere: A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.

[22] Cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, in *Do Abuso de Direito, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, 2006, pág. 76.

[23] Neste passo seguimos, de algum modo, o Acórdão desta Relação do Porto de 2010-04-26, Processo 98/09.6TTVNF.P1, in www.dgsi.pt.

Sinopses

Larissa Renata Kloss



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

A advogada Flaviana Rampazzo Soares é Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Sua dissertação "Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana" deu origem ao presente livro, que traz o enfoque teórico e prático acerca do tema por meio do direito brasileiro e estrangeiro.

De forma introdutória, a autora trata da evolução da responsabilidade civil, da reparação patrimonial à extrapatrimonial, e da tutela da personalidade, tanto no direito estrangeiro quanto no pátrio. A ênfase ao dano extrapatrimonial é dada de acordo com a evolução do instituto, revelando a importância de diferenciá-lo do dano moral, a fim de abranger todos os interesses imateriais das pessoas.

Partindo essencialmente do direito italiano, conceitua dano existencial como lesão, total ou parcial, permanente ou temporária, ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, na "alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um 'ter que agir de outra forma' ou em um 'não poder mais fazer como antes', suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa". Doravante este conceito, aborda os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e *alterum non laedere* ou *neminem laedere*, norteadores do dano existencial e da responsabilidade civil. Registra os fundamentos da responsabilidade civil pelo dano existencial na Constituição Federal brasileira de 1988 e apresenta posicionamentos desfavoráveis à reparação deste tipo de lesão, contraditando-os. Exemplifica o dano existencial em diversas situações nas searas do direito civil, de família, ambiental e do trabalho. Neste último, cita como dano existencial o trabalho degradante ou análogo ao de escravo, pela coação do empregado a realizar tarefas em condições

subumanas, obstando uma rotina digna no trabalho e fora dele, e a lesão por esforços repetitivos (L.E.R), que além do dano à saúde, impede a pessoa de realizar tanto atividades profissionais habituais quanto tarefas do cotidiano. Apresenta a jurisprudência italiana e, também, brasileira sobre o tema, ressaltando que a escassez de decisões sobre dano existencial no direito pátrio se deve ao fato deste ainda ser identificado como dano moral.

No quarto capítulo, a autora diferencia o dano existencial de outros danos: dano moral puro, dano à identidade da pessoa, dano à vida privada, dano à intimidade, dano à imagem, dano à integridade intelectual, dano à honra, dano à saúde e dano derivado da morte. Com peculiaridades próprias, o dano existencial se diferencia dos demais por tratar de alterações nocivas à vida cotidiana da pessoa, por afrontar a rotina e a expressão de atividades existenciais.

Trata sobre o modelo indenizatório no quinto capítulo da obra, inicialmente de forma geral, quanto às espécies, fundamentos e formas da fixação da indenização da responsabilidade civil, e depois especificamente no que tange ao dano existencial, em que devem ser analisadas as atividades que foram comprometidas e o grau de comprometimento. Traz, ainda, propostas do direito italiano e australiano para tabular e classificar as perdas imateriais.

No sexto capítulo, são abordados os seguintes aspectos processuais do dano existencial: legitimação ativa para atuação em juízo, pedido, ônus da prova e prazo prescricional para ajuizamento da ação. Quanto ao ônus probatório, destaca-se a necessidade de comprovação do dano pela parte lesada, demonstrando a cessação ou modificação prejudicial do cotidiano e as alterações específicas ligadas à condição de vida da vítima.

Conclui pela crescente valorização da pessoa humana e pela importância em diferenciar o dano existencial de outros danos imateriais, tendo em vista as características específicas de cada um, embora não descarte a possibilidade de ocorrência concomitante ou superveniente de duas ou mais espécies. Destaca que o dano existencial é espécie de dano imaterial, previsto, ainda que indiretamente, nos artigos 1º, 3º e 5º, X da CF, cuja demonstração, comprovação e fixação da indenização são específicas desta forma de lesão e reforçam sua autonomia em relação a outros danos extrapatrimoniais.

Súmulas do TST

Nº 392

DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

(ex-OJ nº 327 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003)

Nº 439

DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

Bibliografia



A Biblioteca do TRT informa o material disponível no acervo para pesquisa.

BIBLIOGRAFIA DANO EXISTENCIAL

Artigos

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial: breves considerações). Revista LTr-Legislação do Trabalho. São Paulo, v.73, n.1, ex.1, p.26-29, jan. 2009.p

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; **ALVARENGA**, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o Direito do Trabalho. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Porto Alegre, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexões sobre os gritos de guerra adotados pelas empresas e as demandas indenizatórias neles baseadas. Justiça do trabalho. São Paulo, v. 28, n. 332, p. 46-58, ago. 2011

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial decorrente de violações à jornada de trabalho. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 143, p. 737-740, dez. 2012.

FROTA, Hidemberg Alves da; **BIÃO**, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 106, n. 411, p. 97-131, set./out. 2010.

_____. O fundamento filosófico do dano existencial Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, v. 25, n. 20, cd. 3, p. 711-717, 2ª quin./out. 2011.

_____. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no Direito do Trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013.



Envie sua contribuição (sentenças, acórdãos ou artigos) para
o e-mail escolajudicial@trt9.jus.br