



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISADORA COSTA CALDAS

**O DANO EXISTENCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO À LUZ DA
INDISSOCIABILIDADE DOS DANOS À PESSOA**

BRASÍLIA

2015

ISADORA COSTA CALDAS

**O DANO EXISTENCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO À LUZ DA
INDISSOCIABILIDADE DOS DANOS À PESSOA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA

2015

ISADORA COSTA CALDAS

**O DANO EXISTENCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO À LUZ DA
INDISSOCIABILIDADE DOS DANOS À PESSOA**

Monografia aprovada como requisito parcial
para a obtenção de grau de bacharela em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (FD/UnB).

Brasília-DF, 10 de julho de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Machado Lourenço Filho

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho

Prof.^a Msc. Lara Parreira de Faria Borges

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Valéria e Roberto, pela criação com base na igualdade, abertura e confiança. Ao papai, por me ensinar, por palavras e atitudes, a valorizar a individualidade do próximo, o trabalho humano e a honestidade. À mamãe, por desenhar o amor nas mais variadas formas e por me ensinar a ver a arte e a beleza onde elas são improváveis. Isso, sem dúvida, me ajudou a ver o Direito da forma como vejo hoje.

Agradeço aos meus irmãos, pelo companheirismo e pelas risadas diárias, e aos meus avós, pelo apoio e pelo carinho.

Agradeço, também, aos meus amigos de sempre e, em especial, aos que fiz ao longo da minha graduação, pelo aprendizado compartilhado e pelos inúmeros bons momentos, que guardarei sempre em minha memória.

Agradeço aos amigos do trabalho, por fazerem do meu dia-a-dia muito mais prazeroso e por me inspirarem a trabalhar em defesa dos trabalhadores com dedicação e apuro.

Por último, agradeço ao professor Paulo Blair, pela confiança depositada e pela enorme disposição para compartilhar seus vastos conhecimentos.

O que aprendi na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília exorbita em muito o conhecimento acadêmico. Levarei comigo excelentes lembranças e a missão de retribuir a oportunidade que me foi dada de estudar em um ambiente que valoriza a pluralidade e a justiça.

RESUMO

O dano existencial na Justiça do Trabalho à luz da indissociabilidade dos danos à pessoa

O presente trabalho analisa o surgimento da figura do dano existencial no Direito brasileiro, verificado a partir de uma maior valorização da esfera do ser humano referente ao seu projeto de vida e à sua vida de relações, como decorrência da busca pela reparação integral das ofensas à dignidade da pessoa humana. Examina-se, em especial, o dano existencial no Direito do Trabalho. Mediante uma análise jurisprudencial, observou-se que a discussão sobre a temática ainda é insuficiente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, abrindo margem a disparidades em relação aos requisitos para a reparação do dano. Além disso, percebe-se que os estudos doutrinários sobre o dano existencial ainda carecem de profundidade. A partir disso, propõe-se a tutela do dano existencial a partir de uma perspectiva holística e permanentemente aberta dos danos à pessoa, considerando-se as peculiaridades dos casos concretos, bem como o caráter subjetivo do dano em questão. Fundamenta-se essa orientação na tensão entre Direito e Justiça observada por Derrida e na teoria da integridade proposta por Dworkin.

Palavras-chave: Dano existencial. Projeto de vida. Vida de relações. Danos à pessoa. Danos imateriais. Danos extrapatrimoniais. Direito do Trabalho. Dignidade da pessoa humana. Reparação integral. Desconstrução do Direito. Teoria da integridade.

ABSTRACT

The existential damage in Brazilian Labor Law under the premise of the indissociability of immaterial damages

This work analyzes the emergence of the concept of existential damage in Brazilian Law, from the perspective of a greater valuation of individuals' life project and relationships, as a result of the pursuit of full compensation of violations to human dignity. The existential damage is examined, particularly, in Brazilian Labor Law. On the basis of a jurisprudential analysis, it was observed that the discussion on the subject is still insufficient in the context of the Brazilian Superior Labor Court, leaving room for disparities in relation to the requirements for damage reparation. In addition, doctrinal studies on existential damage still lack greater depth. Due to this situation, the existential damage must be observed from a permanently open and holistic perspective, together with other immaterial damages, considering the particularities of individual cases, and the subjective nature of the damage at issue. This suggestion is based on the tension between Law and Justice observed by Derrida and on the theory of Law as integrity proposed by Dworkin.

Keywords: Existential damage. Loss of amenities of life. Hedonic damage. Immaterial damage. Labor Law. Human dignity. Full compensation. Deconstruction of Law. Law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. SURGIMENTO DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL.....	12
1.1. ORIGEM NO DIREITO ITALIANO	12
1.2. RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.2.1. <i>Reparação integral dos danos causados à pessoa</i>	18
1.2.2. <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	20
1.3. CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL.....	23
1.4. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A INDEPENDÊNCIA DO DANO EXISTENCIAL FACE A OUTROS DANOS À PESSOA	26
2. RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE DANO MORAL E ADERÊNCIA DO DANO EXISTENCIAL: OS DANOS À PESSOA.....	36
2.1. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A RECONSTRUÇÃO DE SEUS INSTITUTOS COM FUNDAMENTO EM PRINCÍPIOS, À LUZ DA TENSÃO EXISTENTE ENTRE DIREITO E JUSTIÇA.....	37
2.2. A IMPOSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO FECHADO E INDEPENDENTE DE DANO EXISTENCIAL E A NECESSIDADE DE ABERTURA DO CONCEITO DE DANO À PESSOA	43
2.3. A NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E A INVIABILIDADE DE UMA SOLUÇÃO APLICÁVEL A TODOS OS CASOS	46
2.4. O CARÁTER SUBJETIVO DOS DANOS À PESSOA: COMPROVAÇÃO E REPARAÇÃO.....	48
2.4.1. <i>Comprovação do dano existencial</i>	48
2.4.2. <i>Reparação do dano existencial</i>	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A evolução da responsabilidade civil se deu como resultado de uma maior reflexão a respeito das consequências decorrentes da crescente complexidade das relações humanas, com a globalização e as influências do desenvolvimento da tecnologia¹. Os bônus dos avanços tecnológicos trouxeram também o ônus de uma maior chance de acidentes de trabalho e de maior gravidade e alcance das lesões². Em decorrência disso, houve uma maior conscientização a respeito da necessidade de manutenção da integridade da pessoa e da proteção dos interesses, tanto materiais quanto imateriais, do indivíduo. Além disso, o desenvolvimento econômico e a experiência decorrente da passagem de regimes ditatoriais pelo mundo tiveram como reflexo positivo a valorização da pessoa e de seus interesses³.

Conforme destaca Patrizia Ziviz,

O desenvolvimento econômico que na sociedade ocidental possibilitou, para uma larga parcela da população, um destaque nos níveis dos ganhos de subsistência e a diminuição do horário de trabalho, refletiu - a nível sociológico - na tendência difusa de uma valorização do indivíduo, o qual passa a ser visto como um sujeito voltado para um projeto de realizações pessoais que transcende a mera produção de um rendimento.⁴

Nesse contexto, passou-se a valorizar, além da integridade física e moral imediata do ser humano, também os seus planos e projetos de vida, bem como suas relações interpessoais, o que se compreende no âmbito do Direito como a esfera existencial da pessoa.

No domínio do Direito do Trabalho, as violações a essa esfera do ser humano estão relacionadas, sobretudo, com o labor excessivo realizado de forma contínua, que priva o trabalhador de dispor de seu tempo livre da forma como melhor lhe parece, afetando seu projeto de vida ou seus laços afetivos. Se por um lado o trabalho é um direito social fundamental para a dignidade do indivíduo, por outro, quando inobservados seus necessários limites, acaba por se tornar um óbice à manutenção dessa dignidade.

Essa é uma percepção que boa parte da população trabalhadora do Brasil compartilha. Em pesquisa realizada em 2012 pelo IPEA, 39,5% dos entrevistados afirmaram que o tempo cotidianamente dedicado ao trabalho remunerado compromete a qualidade de

¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. p. 24

² *Ibidem*. p. 23

³ *Ibidem*. p. 26

⁴ ZIVIZ, Patrizia *apud* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 9

vida. As principais razões apontadas para esse prejuízo foram o fato de esse trabalho gerar cansaço e estresse (13,8%), comprometer as relações amorosas e a atenção à família (9,8%), causar prejuízo ao estudo, ao lazer e ao esporte (7,2%) e afetar negativamente as relações de amizade (5,8%)⁵.

Especialmente a partir de 2003, evidenciou-se uma sensível mudança no mercado de trabalho brasileiro, que passou por uma forte redução do desemprego e da informalidade, com a ampliação da sujeição das relações de trabalho às normas de proteção do trabalhador, bem como um crescimento do assalariamento e da remuneração do trabalho⁶.

Além disso, a redução constitucional da jornada de trabalho⁷ mostrou-se como, mais do que uma simples alteração na legislação, um significativo estímulo à conscientização sobre o tempo dispendido com labor e suas consequências.

Desde o início da década de 1990 houve uma diminuição no tempo gasto pelos brasileiros com trabalho, diminuição esta que se acentuou na década seguinte⁸. No entanto, as discussões acerca da indenização por dano à pessoa decorrente de jornada de trabalho extenuante, seja a título de dano moral ou de dano existencial, tiveram sensível crescimento apenas nos últimos anos.

Com efeito, o primeiro julgado em que consta a expressão “dano existencial” no Tribunal Superior do Trabalho é de 2008 e o termo consta apenas na transcrição do acórdão regional, pois o TST sequer o menciona autonomamente⁹.

Isso não quer dizer que os direitos ao projeto de vida e à vida de relação só começaram a ser tutelados no âmbito do TST a partir de 2008, mas somente que a expressão “dano existencial” apenas se difundiu recentemente. No entanto, entende-se que essa difusão

⁵ IPEA. *SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social: Trabalho e tempo livre*. 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120321_sips_tempolivre.pdf> p. 14

⁶ *Ibidem*. p. 41

⁷ A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a trazer a limitação semanal de 44 horas da jornada de trabalho. Anteriormente, apenas era prevista a limitação de 8 horas diárias.

⁸ IPEA. *op. cit.*, p. 5.

⁹ O Tribunal Regional constatou que “A indenização ora pleiteada tem caráter eminentemente extrapatrimonial, aquilo que a moderna doutrina civilista chama de dano existencial, pois envolve um dano aos bens jurídicos decorrentes da personalidade da pessoa: honra e integridade física. Além disso, segundo penso, o moral e o estético se confundem em um só, razão pela qual serão fixadas num único valor, conforme disposto abaixo. Pois bem, na fixação do quantum indenizatório, em se cuidando de danos morais, impossível a aferição matemática, já que a indenização, nesses casos, não possui finalidade de recomposição do patrimônio lesado, mas sim, o intuito compensatório e desestimulatório”. O TST manteve a decisão regional, sob o fundamento de que “Apesar de a indenização por danos morais e a indenização por danos estéticos se tratarem de direitos distintos, pois uma visa a compensar o empregado pelo sofrimento psicológico, enquanto a outra pela anomalia física, no caso dos autos, observa-se que a cumulação dessas duas indenizações não causou qualquer prejuízo ao reclamante, na medida em que o valor único que lhes foi atribuído (R\$ 200.000,00) pelo Eg. Tribunal Regional foi com a intenção de compensar o autor por ambos os danos sofridos”. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 105041-75.2006.5.08.0008. Data de Julgamento: 20/08/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 22/08/2008.

favorece as discussões sobre o tema, lançando luz sobre um aspecto que, embora não seja novidade, carecia, e ainda carece, de regulação.

A primeira decisão em que o próprio TST emprega a expressão dano existencial é de 2012, mas não chega a discutir o mérito da questão¹⁰.

O julgado que inaugurou a apreciação do mérito sobre o dano existencial foi proferido em 2013, ocasião em que a Primeira Turma do TST, sob relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann, entendeu por bem conhecer do recurso de revista interposto pelo reclamante, por violação do artigo 5º, X, da Constituição Federal, e, no mérito, deu-lhe provimento para “condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano ao patrimônio jurídico personalíssimo da reclamante”, em razão da não concessão de férias ao empregado durante o período de dez anos.

A ementa do referido acórdão faz referência tanto a dano moral, quanto a dano existencial e, como visto, a parte dispositiva do acórdão condena a reclamada a título de “dano ao patrimônio jurídico personalíssimo”. Consta, ainda, do acórdão, a conceituação do dano existencial, bem como referência aos elementos ensejadores da responsabilidade civil a esse título¹¹.

¹⁰ Extrai-se do acórdão: “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 01.78600-60.2008.5.04.0411’, 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.” Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 1204-28.2010.5.04.0411. Data de Julgamento: 19/09/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2012.

¹¹ 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,

Enquanto entre 2008 e 2013 o TST apreciou tão somente 8 casos em que havia alguma referência ao termo dano existencial, apenas em 2014 foram julgados 23 casos a esse título e somente no primeiro semestre de 2015, o TST proferiu 41 decisões¹² em que consta a expressão. Observa-se, portanto, um aumento exponencial de julgamentos sobre dano existencial.

Ao mesmo tempo, a amplitude de situações julgadas sob o título de dano existencial traz à luz o questionamento sobre a necessidade de uma melhor definição acerca de sua extensão.

Com efeito, embora o TST condene ou mantenha condenações ao pagamento de indenização por dano existencial, em sua grande maioria, nos casos de jornada extenuante¹³ ou, em menor medida, de não concessão de férias por longos períodos¹⁴, também já o fez nos casos de assalto sofrido pelo empregado no local de trabalho¹⁵, omissão empresarial de remunerar o empregado na vigência do contrato de trabalho, impedindo-o de perceber o benefício previdenciário¹⁶, e até mesmo inscrição indevida do nome do empregado no cadastro de inadimplentes¹⁷.

Haja vista as crescentes discussões acerca do dano existencial nos últimos anos, bem como sua ainda deficiente compreensão no Direito brasileiro, surge a necessidade de seu estudo mais aprofundado, de forma a garantir a efetivação da justiça nos casos que dizem respeito a essa matéria.

A discussão traz em seu bojo, ainda, questionamentos sobre a possibilidade de reconstrução do conceito de danos à pessoa, de modo a abarcar o que se entende por dano existencial.

No âmbito do Direito pátrio, assim como ainda ocorre em outros países, há uma forte desavença no que tange à independência, ou não, do dano existencial em face do dano moral. A controvérsia surge ao lado do questionamento sobre a real necessidade de construção de uma nova espécie de dano à pessoa, bem como sobre a legitimidade da criação do referido conceito pela doutrina e pela jurisprudência, sem tutela legal expressa.

no tema. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-727-76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013.

¹² Até 2 de julho de 2015.

¹³ E.g. AIRR-2081-23.2013.5.23.0026, RR - 154700-10.2010.5.23.0036, AIRR-1255-07.2011.5.04.0281, RR - 253-11.2013.5.04.0029, RR - 78-64.2012.5.04.0251, AIRR - 724-58.2011.5.04.0009.

¹⁴ E.g. AIRR-806-58.2011.5.15.0082, RR - 727-76.2011.5.24.0002.

¹⁵ Cf. AIRR-908-96.2013.5.08.0117

¹⁶ Cf. RR - 95200-88.2012.5.17.0010

¹⁷ Cf. RR - 1091-34.2010.5.15.0099

Ainda, examinam-se aspectos práticos atrelados à individualização e fechamento conceitual do dano existencial, como a possibilidade de sua comprovação e as diferentes formas de se buscar sua reparação.

Conforme se demonstrará, a desconstrução do Direito apresentada por Derrida, que evidencia a tensão entre Direito e Justiça, juntamente com a teoria da integridade proposta por Dworkin, fornecem a solução para esses problemas, atraindo à discussão a garantia de efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1. SURGIMENTO DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL

1.1. Origem no Direito Italiano

A figura do dano existencial surgiu na Itália no final do século passado, como resposta a um ordenamento jurídico insuficiente no que tange ao reconhecimento dos danos à pessoa e, portanto, deficiente na garantia da ampla efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não era observada a premissa da reparação integral.

Há não muito tempo, só se reconhecia na Itália os danos patrimoniais e os danos morais, compreendidos os primeiros como aqueles decorrentes de ação culposa ou dolosa, que acarretasse um prejuízo econômico para a vítima, fossem diretos, pela diminuição de seu patrimônio, fossem indiretos, pela redução de sua capacidade de exercer a atividade que lhe permitia auferir rendimentos.

Os danos morais, por sua vez, eram entendidos como os danos causados à esfera emocional do indivíduo, prescindíveis de repercussão patrimonial, e só eram passíveis de indenização quando decorrentes de conduta típica penal ou quando expressamente previstos em lei. Estes últimos apenas abrangiam as hipóteses de danos processuais, responsabilidade dos Magistrados (membros do Poder Judiciário e do Ministério Público) por dolo ou culpa grave no exercício da função, injusta detenção e violação das normas de tratamento de dados pessoais¹⁸.

Haja vista o reduzido reconhecimento dos danos à pessoa, tornou-se evidente, na Itália, a necessidade de ampliação da proteção da pessoa em face do dano injusto. Essa percepção se deu principalmente em razão da inexistência de previsão legal para a reparação de danos à pessoa decorrentes de ato ilícito civil¹⁹.

Em resposta a essa necessidade, no início da década de 1960, a doutrina italiana cunhou o conceito de dano à vida de relação (*danno alla vita di relazione*), como uma nova espécie de dano causado à pessoa, que compreende o dano ao relacionamento em sociedade e à convivência interpessoal, que atinge indiretamente a capacidade laborativa da vítima, compreendida como sua capacidade de obter rendimentos²⁰.

Em outras palavras, o dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, consiste na obstaculização, total ou parcial, do exercício de atividades cotidianas e recreativas, bem como o relacionamento com terceiros, fora do âmbito laboral, que provoca uma ofensa

¹⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. Almeida Neto. p. 20.

¹⁹ *Ibidem*, p. 21

²⁰ *Ibidem*, p. 21

física ou psíquica a uma pessoa, causando uma lesão intensa em seu estado de ânimo, de forma que reduz suas chances de progresso no trabalho, e mitiga indiretamente sua capacidade de obter rendimentos, gerando reflexo patrimonial negativo²¹.

No entanto, o dano à vida de relação não poderia ser considerado um dano à pessoa, uma vez que era uma exigência, para seu reconhecimento, além da evidência do sofrimento físico ou psíquico, também a prova de que, em razão do mesmo fato, o indivíduo sofrera uma diminuição na capacidade de obter rendimentos. Sendo assim, o dano à vida de relação consistia em um verdadeiro dano patrimonial²².

Como visto, o reflexo patrimonial negativo é fundamental para a caracterização do dano à vida de relação, pois, se for puramente moral, não há que se falar em dano à vida de relação e portanto não enseja indenização a esse título. No entanto, embora se trate de um dano material, é evidente que a valorização do aspecto pessoal do indivíduo já demonstra um avanço no sentido da garantia da reparação integral e da valorização da pessoa humana.

Com efeito, a ideia do dano à vida de relação já partia do pressuposto de que o homem precisa se relacionar em sociedade e praticar atividades recreativas para suportar as pressões externas do cotidiano, de modo a obter o bem-estar físico e psíquico necessários para continuar exercendo seu trabalho, bem como para aumentar suas chances de ascender a melhores postos e aumentar seus rendimentos²³.

Um considerável progresso no campo da responsabilidade civil se deu com a Sentença 184 de 1986 da Corte Constitucional Italiana, que reconheceu, independentemente de prova de existência de prejuízo patrimonial para o ofendido ou de sua origem em um crime, o direito de ressarcimento diante da ocorrência de dano à saúde da pessoa, ou, como se passou a chamar, de dano biológico. A decisão consagrou a possibilidade de ressarcimento por dano à pessoa, sem as prévias exigências de dano patrimonial, ocorrência de crime ou previsão legal expressa.

Os principais fundamentos da referida sentença se deram no sentido de que (i) o artigo 2.043 do Código Civil Italiano²⁴ é norma em branco, de modo que depende de outra para complementar seu sentido, além de ser preceito secundário; (ii) o artigo 32 da Constituição Federal Italiana, norma primária, que dispõe que “a República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade”, se integra ao artigo 2.043

²¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. Almeida Neto. p. 21

²² *Ibidem*. p. 22

²³ *Ibidem*. p. 21

²⁴ Art. 2.043 do Código Civil Italiano: “qualquer fato doloso ou culposo, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”. Cf. ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. 4 abr. 1942.

do Código Civil e orienta sua aplicação; (iii) o dano biológico não é um dano moral propriamente dito, mas sim um dano imaterial ou extrapatrimonial e “não constitui uma nova categoria de dano à pessoa, mas constitui sua própria essência; a inovação está na sua reparabilidade em qualquer caso e independentemente das consequências morais e patrimoniais que, da redução da capacidade laborativa, dele possam derivar”²⁵.

A sentença do dano biológico teve como principal inovação a afirmação de que o Código Civil Italiano, quando trata da reparação, não se refere unicamente a dano patrimonial, mas inclui todos os direitos e interesses da pessoa, entre os quais o direito à saúde, direito fundamental garantido pela Constituição da República. Assim, estava aberto o caminho para a tutela absoluta da dignidade da pessoa humana²⁶.

Das discussões em torno do dano à vida de relação originaram-se os contornos do dano existencial. A sentença da Corte Constitucional Italiana que reconheceu o direito ao ressarcimento por dano biológico, ao consagrar a possibilidade de indenização de dano extrapatrimonial diverso das hipóteses elencadas em lei, era o elemento que faltava para o surgimento da figura do dano existencial. Este despontou como uma ampliação do conceito de dano à vida de relação, com a particularidade de que seu reconhecimento prescinde de um prejuízo econômico para a vítima, conforme se passou a admitir na Sentença 184 da Corte Constitucional Italiana²⁷.

Nos anos seguintes, a Corte ampliou ainda mais os limites do entendimento esposado em sua Sentença 184, acolhendo postulações indenizatórias dentro do conceito de dano biológico, vida em relação, dano estético, dano psíquico, entre outros, inclusive concedendo indenização por cumulação de danos²⁸. A jurisprudência italiana, então, bem como a doutrina, cuidou de difundir que uma lesão a qualquer direito fundamental da pessoa, e não somente o direito à saúde, afronta a dignidade do ser humano, devendo, por isso, ser objeto de ampla tutela e de justa indenização²⁹. Partiu, para tanto, do princípio de que todo indivíduo tem o direito de viver com dignidade, mesmo que a turbação desse direito não resulte em déficit de sua capacidade laborativa ou de produzir rendimentos³⁰.

²⁵ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 24

²⁶ *Ibidem* p. 25

²⁷ *Ibidem* p. 22

²⁸ *Ibidem* p. 25

²⁹ *Ibidem* p. 26

³⁰ *Ibidem* p. 23

Nesse sentido, abriu-se margem à ideia de que a lesão aos direitos da personalidade configura um dano à existência da pessoa e deve integrar a responsabilidade civil, porque indispensável para a proteção da dignidade do ser humano.

Posteriormente, as Seções Unidas Civis da Corte de Cassação Italiana, mediante a Sentença 500 de 1999, admitiram a reparabilidade do dano causado a um interesse legítimo, com a demonstração de dois elementos da responsabilidade civil: a) injustiça do dano e b) lesão a uma posição constitucionalmente garantida³¹.

Finalmente, a Sentença 7.713 de 2000³² reconheceu o direito ao ressarcimento do dano existencial, como espécie de dano extrapatrimonial, ampliando ainda mais a garantia de reparação dos danos extrapatrimoniais, entabulada nas Sentenças 184 de 1986 da Corte Constitucional e 500 de 1999 da Corte de Cassação, e consagrando a ampliação da proteção da dignidade da pessoa humana³³.

1.2. Recepção no Direito Brasileiro

No Brasil, o conceito de dano existencial foi herdado da doutrina e da jurisprudência italianas e, assim como no caso italiano, as condições para a recepção do referido dano em nosso ordenamento surgiram progressivamente.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil no Brasil abrangia apenas os danos materiais, compreendidos como os danos emergentes e os lucros cessantes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, que era antes reconhecida apenas de forma excepcional, passou a ser admitida de forma ampla, ainda que sob a denominação de dano moral³⁴.

No final do século XX, doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a classificar o dano injusto indenizável em dano patrimonial e dano moral, estando sua distinção nos efeitos da lesão. À luz desse caráter dicotômico, compreende-se o dano patrimonial como aquele que atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata e o dano moral como aquele que causa abalo psicológico, emocional, aflição, dor íntima ou angústia. Posteriormente, foi acrescentada entre os danos indenizáveis a

³¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 28

³² Trata-se de caso em que a vítima ingressou com ação civil indenizatória contra o pai, pedindo ressarcimento pelos danos pessoais sofridos, sob o aspecto afetivo e econômico.

³³ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *op. cit.* p. 28

³⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 15

categoria de dano estético, que, por sua vez, pode ser classificado como dano patrimonial ou moral, a depender do fato de causar ou não prejuízo econômico ao ofendido³⁵.

A ideia da reparabilidade dos danos imateriais foi introduzida pela Constituição Federal de 1988, nos incisos V e X³⁶ de seu artigo 5º. O Código de Defesa do Consumidor, posteriormente, também reconheceu a reparabilidade dos danos morais, no artigo 6º, VI e VII³⁷. Em 1992, foi aprovada a Súmula 37 do STJ, que consagrou a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. O Código Civil de 1916, ao elencar o dano como elemento da responsabilidade civil, não fazia distinção sobre a espécie de dano causado. Além disso, o artigo 76 do mesmo Código³⁸ previa a possibilidade de se ajuizar ou contestar ação com fundamento em interesse moral, do que se pode extrair sua ressarcibilidade. Entretanto, somente o Código Civil de 2002 trouxe a previsão expressa de reparação por dano exclusivamente moral, em seus artigos 186 e 927³⁹.

Enquanto ainda se discutia na esfera do Direito Comum a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral, a CLT, desde sua promulgação, em 1943, já contemplava, de forma indireta, o dano moral e a possibilidade de sua reparação⁴⁰. Com efeito, seu artigo 483, alínea e⁴¹, prevê a rescisão contratual por falta grave patronal em decorrência da prática, pelo empregador ou seus prepostos, de atos contra a boa fama e a honra do trabalhador ou de pessoas de sua família. Além disso, as alíneas j e k do artigo 482

³⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 16

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; *In*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

³⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; *In*. BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União de 1990, Brasília, 12 set. 1990.

³⁸ Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. *In* BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

³⁹ 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. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *In* BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

⁴⁰ COSTA, Orlando Teixeira da. *apud* FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Danos ao trabalhador e necessidade de reparação. Jornal trabalhista consulex, Brasília, v. 31, n. 1548, p. 3-12, set. 2014. p. 4

⁴¹ Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...) e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; *In* BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

consolidado⁴², indicam a possibilidade de dispensa por justa causa quando o empregado praticar ato lesivo da honra ou da boa fama, no serviço, contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem, bem como quando cometer ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas contra o empregador e superiores hierárquicos, excetuando-se, também, os casos de legítima defesa, própria ou de outrem⁴³, respectivamente. A indenização por dano moral estava consubstanciada, portanto, no pagamento ou na desoneração do pagamento das verbas rescisórias.

Embora a CLT já tratasse da ressarcibilidade do dano moral e do assédio moral antes do advento da Constituição Federal de 1988, a leitura que era feita dos dispositivos mencionados direcionava apenas para a possibilidade de dispensa motivada de empregado ou de sua dispensa direta⁴⁴.

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tem *status* supralegal em nosso ordenamento jurídico, reconhece, em seus artigos 5º e 11⁴⁵, respectivamente, o direito à integridade pessoal, incluindo-se a integridade psíquica e moral, bem como o respeito à honra da pessoa e o reconhecimento de sua dignidade. A reparação, nos casos de violação desses direitos, tem sido garantida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem, inclusive, jurisprudência rica acerca do dano ao projeto de vida⁴⁶.

Aos poucos, foi-se consolidando a ideia da primazia da proteção da pessoa humana, acima da proteção ao seu patrimônio suscetível de valoração econômica. Consagrou-

⁴² Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. *In*: BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

⁴⁴ COSTA, Orlando Teixeira da. *apud* FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *op. cit.* p. 4

⁴⁵ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal - 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. *In*: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969.

⁴⁶ *E.g.* Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. Mexico. Sentença de 26 de novembro de 2010; Caso Cabrera Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentença de 3 de dezembro de 2001; Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

se, pois, o dano à pessoa como gênero de qualquer dano que possa afetar o ser humano em si mesmo⁴⁷.

A assimilação da dimensão existencial da pessoa humana e a valorização de sua existência digna vêm despertando a atenção dos operadores do Direito em relação aos reflexos nocivos dos entraves à execução do projeto de vida do indivíduo à sua integridade. Assim, passa-se a conferir mais palpabilidade à ideia de que

a existência humana se vincula não apenas à incolumidade física, à sobrevivência biológica, à automanutenção financeira e ao exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais como também à integridade psíquica e ao bem-estar psicológico da pessoa natural, bem assim ao direito do indivíduo de escolher e realizar atividades (inclusive de concretizar metas) que dão sentido à sua vida e, ao mesmo tempo, não atentam contra o ordenamento jurídico.⁴⁸

A recepção da ideia de dano existencial no Direito brasileiro está vinculada ao ideal da reparação integral, que permeia o instituto da responsabilidade civil, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos de nossa República Federativa.

1.2.1. Reparação integral dos danos causados à pessoa

Conforme mencionado, o Código Civil de 2002 positivou o princípio, já reconhecido anteriormente pela doutrina e pela jurisprudência, da reparação integral do dano.

A reparação integral (*restitutio in integrum*) consiste no conjunto de medidas jurídico-econômicas que fazem desaparecer, ou minimizam, os efeitos negativos das violações dos direitos e dos danos ocasionados⁴⁹.

Para se atingir a reparação integral, é necessário que se leve em consideração todo o dano ocasionado, incluindo-se os danos colaterais e os que de alguma maneira tenham relação com a violação. Além disso, a reparação integral deve compreender, além de todos os danos que tiverem sido pleiteados, também aqueles que não fizeram parte da demanda, mas que surgiram da violação de direitos denunciada⁵⁰.

⁴⁷ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 34

⁴⁸ 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, set./out. 2010. p. 99.

⁴⁹ CARRIÓN, Luis Cueva. Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrión, 2015. p. 36

⁵⁰ *Ibidem*. p. 38

Sob o mesmo prisma, a reparação integral pode estender-se, além da vítima direta ou indireta, a pessoas próximas de si⁵¹, e alcançar tanto seu passado quanto seu futuro, na medida em que no passado se produziu a violação a ser reparada e no futuro deve-se garantir a não-repetição da violação e o pleno gozo dos direitos afetados⁵².

Almeida Neto defende a concepção de indenização civil em sua mais ampla abrangência, sustentando o ideal da pronta e integral reparabilidade:

A tutela efetiva do homem contra os abusos do próprio homem e do Estado, o bem-estar da pessoa, o seu direito a uma existência tranquila e imune a abusos de terceiros, somente podem ser alcançados a partir do momento em que o conceito de indenização civil for considerado na sua mais ampla abrangência, ficando estreme de dúvidas que o dano injusto causado a qualquer bem, interesse ou direito, do ser humano, material ou imaterial, é intolerável e deve ser objeto de pronta e ampla reparação por conta do ofensor. A ideia da pronta e integral reparabilidade deve ser uma constante inflexível.⁵³

A reparação integral está prevista no artigo 944 do Código Civil⁵⁴, que determina que a indenização deve ser medida pela extensão do dano. O dispositivo em questão estabeleceu, portanto, que o elemento de cálculo da indenização ou de determinação da forma de reparação deve ser a extensão dos prejuízos sofridos pela vítima, e não a existência ou extensão de culpa ou dolo do agente, tampouco a situação econômica das partes envolvidas.

No entanto, o Código Civil instituiu algumas restrições à reparação integral, estando a principal delas no parágrafo único do próprio artigo 944, que dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”⁵⁵.

A possibilidade de indenização equitativa ali prevista confere poderes ao juiz para que escape à regra geral da reparação integral para, avaliando a situação particular, reduzir o valor da indenização caso haja desproporção entre a culpa e o dano, ou mesmo em outras hipóteses, como a consideração à situação econômica do ofensor ou do ofendido.

É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana tem fundamental importância para a reparação dos danos à pessoa e que sua aplicação tem influência mais

⁵¹ CARRIÓN, Luis Cueva. Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrión, 2015. p. 67

⁵² *Ibidem*. p. 37.

⁵³ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista sítense direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 8.

⁵⁴ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

⁵⁵ *Ibidem*.

evidente nestes do que nos danos materiais. Uma vez que o princípio é um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, III, da Constituição Federal, é necessário que se dê tratamento diverso à utilização da equidade nos casos em que se observa dano à pessoa.

Sendo assim, conforme defende Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, é necessário que o juiz limite a incidência da redução da indenização realizada sob o fundamento da equidade, quando, além de prejuízos puramente materiais, tenham ocorrido danos existenciais, e conclui que nos danos pessoais deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado, inadmitindo-se a redução equitativa, como medida de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁶.

1.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Os princípios da reparação integral e da dignidade da pessoa humana, pressupostos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, articulam-se na contribuição para a consolidação da tutela do dano existencial no Direito pátrio.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos de nossa República Federativa e consta expressamente no rol do artigo 1º, da Constituição Federal, em seu inciso III⁵⁷. A inserção do referido inciso consagrou a obrigatoriedade da proteção jurídica máxima à pessoa, contra qualquer espécie de ofensa, seja ela praticada pelo particular ou pelo próprio Estado⁵⁸.

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana são vigorosamente intrincados. Os princípios fundamentais e as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são o núcleo essencial de nossa Constituição Federal. A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais e direitos da personalidade⁵⁹.

⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. Out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em: 28. mai 2015.

⁵⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. In. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

⁵⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 11.

⁵⁹ ALMEIDA NETO *apud* LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 11

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção dos direitos fundamentais se dá no plano constitucional, como se observa do Título II da Carta Magna. Tais direitos compreendem núcleo mínimo assegurador da dignidade humana⁶⁰.

Conforme aponta Flaviana Rampazzo, a Corte Constitucional Italiana, ao introduzir a figura do dano existencial, materializou uma preocupação em reforçar que os valores da pessoa humana são constitucionalmente garantidos⁶¹.

Com efeito, a reparação do dano existencial não pode deixar de ser vista como um direito fundamental, pois, não obstante o Código Civil reporte-se, em seu Capítulo II, referente aos direitos da personalidade, expressamente a alguns direitos fundamentais, disso não decorre que os demais estariam fora de seu alcance de proteção. Os direitos ali dispostos não devem ser considerados taxativamente⁶².

De fato, os artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, que consagram a ressarcibilidade dos danos à pessoa, são o fundamento constitucional da reparação do dano existencial – compreendido como parte integrante dos danos à pessoa, que protege especialmente os direitos ao projeto de vida e à vida de relação.

O Código Civil também empresta amparo à indenização, consoante se extrai do disposto nos artigos 12, 186 e 927, que autorizam a reparabilidade de outros danos cometidos contra a pessoa, e não apenas do dano moral em sentido estrito. Ressalta-se que tais dispositivos são aplicáveis no âmbito laboral, em razão da previsão contida no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶³, que autoriza a aplicação subsidiária do Direito Comum ao Direito do Trabalho.

O reconhecimento da valorização do ser humano é um exercício progressivo e crescente, tanto no Brasil quanto no mundo, que nos últimos tempos propiciou um maior interesse pela tutela dos danos à pessoa, com a ampliação da proteção dos direitos por eles atingidos. Com esse movimento, passou-se a contemplar não apenas os danos morais em seu conceito estrito, mas também qualquer dano, com relevo jurídico, causado à pessoa e ao desenvolvimento de sua personalidade, entre eles o dano existencial⁶⁴.

⁶⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 15.

⁶¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 200.

⁶² ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *op. cit.* p. 9

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

⁶⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 20.

Na esfera do Direito do Trabalho, o vínculo entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana ganha relevância. No que tange às relações de trabalho, o direito a uma existência digna está condicionado à efetivação dos direitos trabalhistas.

A eficácia dos direitos dos trabalhadores corresponde à concretização dos direitos sociais preconizados em nossa Constituição Federal. Os direitos sociais, por sua vez, que se encontram sob o título dos direitos fundamentais em nossa Carta Magna, constituem exigência e materialização da dignidade da pessoa humana⁶⁵.

Conforme Lora, “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”⁶⁶.

Para Goldschmidt, o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visam 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 trabalhador⁶⁷. No mesmo sentido, lecionam Brod e Santos que a efetivação dos direitos fundamentais não se propõe a garantir a condição de vida mínima (sobrevivência), mas uma condição de vida saudável, com plenas condições existenciais⁶⁸.

No âmbito do Direito do Trabalho, a relação de subordinação e desigualdade tida entre as partes possui potencial significativo de dano à esfera da dignidade do indivíduo. Com efeito, há uma clara assimetria de poder na relação laboral, haja vista o poder diretivo assegurado ao empregador e a sujeição do empregado aos seus comandos. Essa relação de desigualdade pode, por vezes, propiciar uma exacerbação do poder de direção e disciplinar, afetando, dentre outros, os direitos da personalidade do trabalhador⁶⁹. Por essa razão, merece especial tutela o dano existencial na Justiça do Trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humano é, portanto, o principal fundamento constitucional para o acolhimento do dano existencial como parte de um conceito amplo de danos à pessoa no Direito brasileiro, inclusive na esfera do Direito do Trabalho.

⁶⁵ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 31, n. 368, ago. 2014. p. 65.

⁶⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *op. cit.* p. 13.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *apud* LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 13.

⁶⁸ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. *op. cit.* p. 68.

⁶⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *op. cit.* p. 14.

1.3. Conceito de dano existencial

O dano existencial consiste em subdivisão dos danos à pessoa⁷⁰ (comumente chamados de danos imateriais ou extrapatrimoniais) e trata da ofensa que incide no plano do desenvolvimento da personalidade humana. Por ser dano imaterial, prescinde de qualquer repercussão financeira ou econômica que possa decorrer do ato lesivo.

Resulta de fato que impõe à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas ou da execução de projetos cuja renúncia forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima⁷¹. Desse modo, acarreta ao ofendido, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir seu projeto de vida ou ainda a dificuldade de manter ou desenvolver sua vida de relação.

Entende-se por projeto de vida o caminho escolhido pela pessoa para seu desenvolvimento pessoal, seus objetivos futuros, na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras. Por vida de relação, por outro lado, compreende-se a convivência interpessoal, nos grupos e contextos da sociedade, de natureza pública ou privada, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social⁷².

O dano existencial não consiste em qualquer prejuízo ao projeto de vida ou à vida de relação, tampouco se reduz a um sentimento, mas diz respeito a um dano radical e profundo que compromete, em alguma medida, a própria essência do indivíduo⁷³. Deve ser relevante do ponto de vista jurídico, implicando uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Os casos mais comuns de dano existencial, ou ao menos os mais graves, são aqueles que

⁷⁰ A utilização da expressão “dano à pessoa” é defendida por Sessarego, pois “*En atención a las consecuencias derivadas del daño se pueden distinguir las que la mayoría de autores designan como ‘no patrimoniales’ o ‘extrapatrimoniales’ -y que nosotros, desde una óptica antropológica, preferimos aludir como ‘personales’- de aquellas otras consecuencias conocidas como ‘patrimoniales’ que nosotros, así mismo y por idéntica razón, optamos por nombrarlas como ‘no personales’ o ‘extrapersonales’*”. Cf. SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 21. mai 2015. p. 21.

⁷¹ 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, set./out. 2010. p. 118.

⁷² NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 78, n. 8, ago. 2014. p. 967.

⁷³ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 33.

atingem negativamente a integridade física e/ou psíquica da pessoa, mas não se limitam a esses⁷⁴.

Essa forma de dano decorre da violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que implica um não-fazer, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas⁷⁵ e impedindo que a pessoa natural continue a desenvolver uma atividade que lhe dá prazer e realização pessoal com vistas a um projeto de vida⁷⁶. Trata-se, pois, de uma lesão às relações que contribuem ao desenvolvimento normal da personalidade humana, abrangendo seus aspectos pessoal e social⁷⁷.

A Corte de Cassação Italiana, definiu o dano existencial, na Decisão 6.572 de 2006, proferida por suas Seções Unidas Civis, como

qualquer prejuízo que o ilícito (...) provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. (...) O dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.⁷⁸

Aproxima-se do *préjudice d'agrément* no Direito francês⁷⁹ e da *loss of amenities of life* (ou *loss of enjoyment of life*, ou ainda *hedonic damages*) no Direito inglês, estadunidense e australiano⁸⁰.

São elementos do dano existencial, além daqueles inerentes a qualquer dano em sentido jurídico, quais sejam, prejuízo, ato ilícito do agressor e nexos de causalidade entre o prejuízo e o ato ilícito, também que o dano seja relativo ao projeto de vida e/ou à vida de relações⁸¹.

⁷⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 209.

⁷⁵ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *op. cit.* p.

⁷⁶ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. *op. cit.* p.107.

⁷⁷ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. Justiça do trabalho, Porto Alegre, v. 31, n. 368, ago. 2014. p. 77.

⁷⁸ NASCIMENTO, Sônia Mascaró. *op. cit.* p. 967.

⁷⁹ A figura do *préjudice d'agrément* diz respeito às ofensas que privam a pessoa de gozar os prazeres da vida, ou o bem-estar que a existência proporciona, como a prática de esportes ou de uma atividade de lazer, abrangendo também o prejuízo juvenil ou o prejuízo sexual. Cf. SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

⁸⁰ A figura do *loss of amenities of life* refere-se às “consequências não econômicas da destruição ou diminuição, permanente ou temporária, de uma faculdade que priva a pessoa lesada de participar de atividades normais e apreciar a vida por completo”. Cf. COMANDÉ *apud* SOARES, *idem*, p. 49.

⁸¹ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 39.

O dano existencial no Direito do Trabalho decorre da conduta patronal que inviabiliza, total ou parcialmente, ao trabalhador, se relacionar com outras pessoas fora do ambiente de trabalho e conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, inclusive familiares, espirituais e religiosas, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico, ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão responsáveis pelo seu crescimento ou realização social e pessoal, ou mesmo profissional⁸². Isso ocorre, principalmente, quando o empregador impõe volume excessivo de trabalho ao empregado, sendo os casos mais graves de dano existencial no Direito do Trabalho aqueles relacionados à submissão do empregado à situação de escravidão ou análoga à de escravo, que afeta o indivíduo em diversas dimensões de sua existência, simultaneamente.

O ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livremente dispor de seu tempo, fazendo ou deixando de fazer o que deseja, ofendendo seus direitos à liberdade e à dignidade da pessoa humana⁸³.

No contexto do Tribunal Superior do Trabalho, destacam-se as definições de dano existencial oferecidas pela Ministra Maria de Assis Calsing e pelo Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Aquela caracteriza o dano existencial nas relações de trabalho e determina o que constitui a conduta lesiva, conforme os seguintes termos:

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas perpetradas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais.⁸⁴

O segundo, por sua vez, descreve os elementos do dano existencial e esclarece que a lesão dele decorrente implica violação dos direitos de personalidade da vítima, no seguinte sentido:

⁸² BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 38.

⁸³ *Ibidem*. p. 38.

⁸⁴ Conceito extraído de acórdãos proferidos pela 4ª Turma sob a relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing. Nesse sentido: TST - ARR-11513-67.2013.5.18.0103, TST - RR-1658-98.2011.5.03.0023, TST - RR-253-11.2013.5.04.0029, TST - RR-78-64.2012.5.04.0251, TST - ARR-566-70.2012.5.04.0234.

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 das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrui a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o seu projeto de vida, incide em violação do seu direito da personalidade, constituindo, assim, no chamado dano existencial.⁸⁵

O dano à existência do trabalhador acarreta violação aos direitos de sua personalidade, como o direito à integridade física, psíquica, intelectual, bem como direito à integração social, que acabam por afetar diretamente a restauração da energia do obreiro⁸⁶.

Não se deve confundir, entretanto, dano existencial com violações a preceitos trabalhistas que contemplam penalidade específica, sob pena de desvirtuar, e assim enfraquecer, o instituto⁸⁷. Ou seja, ainda que possa haver, por certo, dano existencial concomitantemente a outras violações a que se aplique penalidade específica, dessas violações não decorre necessariamente o dano existencial.

1.4. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a independência do dano existencial face a outros danos à pessoa

A independência do dano existencial em face do dano moral⁸⁸ e das demais modalidades de danos à pessoa não é uma compreensão pacífica no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias.

A Justiça do Trabalho frequentemente julga casos em que os fatos se enquadram em hipótese de dano existencial sob o título de dano moral. Existem, ainda, casos que se adequariam perfeitamente à categoria de danos morais e são julgados sob a designação de danos existenciais.

Há quem defenda que o termo “danos morais” possui um sentido amplo e um sentido estrito, compreendendo o primeiro todas as formas de danos à pessoa. Por outro lado, existe o entendimento de que os danos à pessoa não devem ser ramificados. Grande parte da

⁸⁵ Nesse sentido, acórdãos proferidos pela 1ª Turma do TST, sob relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann: TST - RR-154700-10.2010.5.23.0036, TST - AIRR-308-86.2012.5.03.0008, TST - RR-727-76.2011.5.24.0002

⁸⁶ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *op. cit.* p. 40.

⁸⁷ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Danos ao trabalhador e necessidade de reparação. *Jornal trabalhista consulex*, Brasília, v. 31, n. 1548, set. 2014. p. 7.

⁸⁸ O termo dano moral, quando não se faz referência a seu sentido amplo, deve ser aqui compreendido em seu sentido estrito.

doutrina especializada, entretanto, defende a individualização conceitual do dano existencial em relação aos demais danos à pessoa.

A jurisprudência italiana sobre o dano existencial, desde os primórdios, é permeada de indefinição e, por essa razão, mais recentemente, passou por um período de negação. Conforme já visto, no Direito Italiano a construção da ideia do dano existencial foi forçosa, uma vez que a taxatividade dos casos de impugnação por dano moral não permitia uma interpretação extensiva que englobasse outras formas de danos à pessoa que não aquelas expressamente previstas em lei.

Cunhado o conceito de dano existencial, as hipóteses de condenação a esse título, na Itália, foram se ampliando, até começarem a ser indenizados casos que não eram juridicamente relevantes a ponto de exigirem uma intervenção judicial⁸⁹.

A mais icônica decisão dos últimos tempos sobre o dano existencial, que reconhece a abrangência que se deu ao instituto e busca conter esse processo de expansão, é a Decisão 26.972/2008 da Corte de Cassação Italiana, em que suas Seções Unidas Civis decidiram ser inadequada a concessão de indenização a título de dano existencial, compreendido de forma autônoma⁹⁰.

À ocasião, a Corte decidiu que o dano extrapatrimonial é categoria geral não suscetível de subdivisões em subcategorias rotuladas, conforme os seguintes termos:

*il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata “danno esistenziale”, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione.*⁹¹

Extrai-se da referida decisão a busca por uma tutela conjunta dos danos à pessoa. A Sentença em questão, portanto, mais do que discutir o objeto imediato em relação

⁸⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 214.

⁹⁰ Trata-se de caso em que se buscava indenização por dano existencial em razão de uma atrofia do testículo esquerdo em decorrência de uma cirurgia de hérnia inguinal.

⁹¹ Decisão disponível em <http://www.percorsi.giuffre.it/psixsite/Archivio%20Giurisprudenza/Civile/Danno%20esistenziale1_doc_psix/C ass.%20civ.,%20Sez.%20Un.,%20Sent.%2011%20novembre%202008,%20n.%2026972.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

ao qual se pretendia a tutela jurídica, acabou por realizar uma verdadeira reconstrução do sistema completo relativo aos danos à pessoa⁹².

Conforme Soares, a Corte proferiu a decisão em questão como forma de barrar o alargamento desmedido dos pedidos de indenização por dano existencial, bem como eliminar divergências jurisprudenciais quanto ao sentido e alcance dos danos imateriais⁹³.

A sentença, embora tenha confirmado a bipartição do dano - em patrimonial e extrapatrimonial – trouxe duas novidades: adesão a uma tese antiexistencialista e negação da autonomia conceitual e até da própria figura do dano moral⁹⁴.

É importante ressaltar, entretanto, que embora diversos julgados tenham reproduzido o entendimento esposado na decisão de 2008, a jurisprudência italiana não a seguiu à risca⁹⁵. Com efeito, diversas decisões posteriores da própria Corte de Cassação falam expressamente em dano existencial⁹⁶. Ainda, em relação à autonomia do dano moral, numerosas decisões a confirmaram⁹⁷.

Uma parcial superação da reconstrução teórica dos danos à pessoa operada em 2008 se deu no início de 2014 com a sentença 1361, da Terceira Seção da Corte de Cassação. À ocasião, afirmou-se (i) que a categoria geral do dano extrapatrimonial se articula nas três esferas do dano moral, do dano biológico e do dano existencial; (ii) que o dano moral corresponde a um abalo do ânimo, sofrimento interior ou perturbação psíquica, bem como lesão da dignidade ou integridade moral, como máxima expressão da dignidade humana; (iii) que o dano existencial consiste na perturbação da existência, entendida como obstáculo à manutenção de hábitos, com alterações das escolhas de vida ou do modo de se relacionar com os outros no âmbito da vida de relações, dentro ou fora do núcleo familiar⁹⁸. A constituição tríade do dano extrapatrimonial, entretanto, se dá não como separação de diferentes categorias

⁹² MORLINI, Gianluigi. *Danno non patrimoniale e danno esistenziale*. Reggio Emilia, Italia: Ordine Avvocati Reggio Emilia, 2014. p. 14

⁹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 220

⁹⁴ MORLINI, Gianluigi. *Danno non patrimoniale e danno esistenziale*. Reggio Emilia, Italia: Ordine Avvocati Reggio Emilia, 2014. p. 16

⁹⁵ *Ibidem*. p. 19

⁹⁶ Cass. n. 7875/2009; Cass. Lav. n. 21223/2009; Cass. Sez. Un. n. 4063/2010; Cass. n. 10527/2011; Cass. n. 14402/2011; Cass. Pen. n. 19678/2009; Cass. n. 30668/2011; Cass. n. 2228/2012; Cass. n. 20292/2012; Cass. n. 22585/2013; Cass. n. 1361/2014.

⁹⁷ Cass. n. 29191/2008; Cass. n. 28407/2008; Cass. n. 28423/2008; Cass. n. 29191/2008; Cass. n. 379/2009; Cass. n. 479/2009;

Cass. Sez. Un. n. 557/2009; Cass. n. 4053/2009; Cass. n. 10864/2009; Cass. n. 11059/2009; Cass. n. 11701/2009; Cass. n. 13530/2009; Cass. n. 14551/2009; Cass. n. 16448/2009; Cass. n. 20949/2009;

Cass. n. 702/2010; Cass. n. 5770/2010; Cass. n. 9238/2011; Cass. n. 25222/2011; Cass. n. 2228/2012; Cass. n. 16041/2013; Cass. n. 22585/2013; Cass. n. 1361/2014.

⁹⁸ MORLINI, Gianluigi. *op. cit.* p. 21

do dano em si, mas sim como aspectos descritivos, embora ontologicamente diversos, da categoria única de dano extrapatrimonial⁹⁹.

Também podemos observar no Brasil vasta amplitude de entendimentos sobre o tema. Embora conceitualmente não haja grandes divergências sobre o que seria o dano existencial, a aplicação do conceito aos casos concretos gera considerável dissentimento.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, merece destaque a distinção feita pela Ministra Maria de Assis Calsing e pelo Ministro João Oreste Dalazen, respectivamente, entre dano moral e dano existencial:

O dano moral decorre de conduta ilícita do empregador que impõe à vítima determinada comoção que seria sentida por qualquer outra pessoa em iguais condições, atingindo os direitos da personalidade. Vale dizer, é o sofrimento íntimo que acomete o "homem médio", ou que é reconhecido pelo senso comum. No âmbito do Direito do Trabalho, a principal característica do dano moral é a ocorrência de violação da honra pessoal do trabalhador, não bastando a inobservância quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes do vínculo empregatício. O dano deve ser proveniente de situações vexatórias, em que o trabalhador se sinta humilhado, desrespeitado intimamente, em decorrência exclusivamente da prestação de serviços.

Já o dano existencial decorre da conduta patronal que impõe uma excessiva carga de trabalho de modo a impossibilitar 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 recomençar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Conclui-se, assim, que o dano existencial não decorre de uma conduta ilícita, mas de uma carga de trabalho excessiva por um período de tempo considerável e já o dano moral decorre de conduta ilícita do empregador proveniente de situações vexatórias.

(...)

(Processo: RR - 12685-47.2013.5.18.0102 Data de Julgamento: 15/04/2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015)¹⁰⁰

1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.

2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações.

⁹⁹ ORRÙ, Tiziana (coord.). Il danno e il suo risarcimento nel diritto del lavoro. Gruppo di studio: la consulenza tecnica e i meccanismi di liquidazione del danno. Roma, Itália. 26 mai. 2015. p. 6.

¹⁰⁰ Cf. No mesmo sentido: TST - AIRR - 2425-18.2012.5.15.0137

3. A sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação.

(...)

(Processo: RR - 154-80.2013.5.04.0016 Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015)

Embora tanto o dano moral quanto o dano existencial compreendam danos que causam à vítima um abalo psíquico e que independem de um aspecto econômico ou patrimonial – de modo que é irrelevante que importem em não auferimento de rendimentos, tampouco se têm por objeto lesão de bens ou interesses patrimoniais –, entende-se que o dano existencial não pode ser enquadrado no conceito clássico de dano moral. Com efeito, enquanto o dano moral é compreendido como um sentimento causado imediatamente por um fato determinado, o dano existencial afeta a vítima continuamente, na esfera de sua própria existência.

Patrizia Ziviz e Paolo Cendon, pioneiros na construção doutrinária do conceito de dano existencial, demonstram que essa forma de dano implica, à vítima, um “outro modo de reportar-se ao mundo exterior”. Assim, não se confunde com o dano moral pois não se trata de uma alteração negativa do ânimo, mas uma sequência de alterações que importam em um “fazer” ou “não fazer” de forma diferente¹⁰¹.

Pode-se observar que o conceito tradicional de dano moral possui um alcance reduzido. Almeida Neto afirma que o dano existencial, diferentemente do dano moral, corresponde a prejuízo de abrangência ilimitada, na medida em que qualquer privação, qualquer lesão a atividades existenciais pode ensejar o ressarcimento¹⁰². Conforme Brod e Santos, o dano existencial configura violação no modo de agir e existir do ser humano, o que constitui real afronta a todos os direitos humanos fundamentais¹⁰³. Sendo assim, o conceito de dano existencial admite que sejam reparados danos que, via de regra, não poderiam ser encaixados no conceito de dano moral ou de dano patrimonial.

Matteo Maccarone distingue dano moral de dano existencial no sentido de que o primeiro diz respeito ao sentir, à esfera emotiva e interior da pessoa, enquanto o segundo

¹⁰¹ CENDON, Paolo; Ziviz, Patrizia. *apud*. SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46

¹⁰² ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 41

¹⁰³ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. Justiça do trabalho, Porto Alegre, v. 31, n. 368, ago. 2014. p. 76

reputa a um fazer e não mais poder fazer, dever agir de outro modo, e compreende a esfera exterior da pessoa, o seu tempo e espaço¹⁰⁴.

No mesmo sentido, Brod e Santos defendem que o dano moral é lesão ao sentimento da pessoa e o dano existencial diz respeito às limitações impostas aos seus projetos de vida e ao seu cotidiano¹⁰⁵. Consoante descreve Almeida Neto, o dano moral é identificado habitualmente como

um sentimento de profunda prostração do ânimo, um abatimento do espírito, aflição, angústia e desgosto causados à pessoa pelo ato ilícito (...) evidencia-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido, no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações e constrangimento moral.

Desse modo, o autor conclui que o dano moral nada mais é do que a perturbação da psique do indivíduo, um abalo da normalidade psíquica, diferentemente do dano existencial, que afeta o modo de ser, moral e ético¹⁰⁶.

Boucintas Filho ensina que o dano moral é lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade e atinge a pessoa no seu âmago, lesionando sua esfera subjetiva, atingindo valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha. Sendo assim, conclui que a reparação do dano moral visa compensar, ainda que por prestação pecuniária, o desapareço psíquico representado pela violação do direito à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada. Distingue o dano moral, portanto, do dano existencial uma vez que este não diz respeito à esfera íntima do ofendido, mas corresponde a uma frustração ao projeto de vida que impede a realização pessoal¹⁰⁷.

Frota e Bião lecionam que enquanto os danos morais propriamente ditos dizem respeito à questão subjetiva do sentimento da vítima, do sofrimento psicológico de monta, o dano existencial é passível de constatação objetiva, pertinente ao cerceamento da liberdade do indivíduo de exercitar atividade relevante à sua satisfação pessoal como ser social, em que o

¹⁰⁴ MACCARONE, Matteo. *apud* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista síntese direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012. p. 41

¹⁰⁵ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. *op. cit.* p. 76.

¹⁰⁶ ALMEIDA NETO, *op. cit.* p. 30.

¹⁰⁷ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 47

cotidiano do indivíduo é prejudicado¹⁰⁸. Ressalta-se que pode haver cumulação entre danos imateriais, de modo que podem ocorrer concomitantemente o dano moral e o dano existencial¹⁰⁹.

Brod e Santos salientam que o dano existencial, muitas vezes, só será sentido pelo lesado em momento posterior e que o dano moral, por outro lado, prejudica o lesado, em geral, já no momento do ato danoso ou imediatamente a partir daquele ato¹¹⁰.

Outro argumento no sentido da distinção entre o dano moral e o dano existencial é o de que tanto a demonstração quanto a comprovação e fixação da indenização por dano existencial possuem características peculiares, diferentes dos demais danos imateriais, que reforçam sua autonomia¹¹¹.

Nesse viés, Boucinhas Filho pontua que, sendo o dano moral atinente a dimensão subjetiva, não exige prova do dano, sendo o ato e o fato em si suficientes, pois não há prova do sofrimento da pessoa. Por outro lado, afirma que o dano existencial é passível de constatação objetiva, portanto exige prova do dano¹¹².

Flaviana Soares, a autora brasileira que até o momento mais se aprofundou na questão do dano existencial, entende que este deve ser separado das demais espécies de dano à pessoa, pois, quando um instituto jurídico é identificável, convém que seja reconhecido e definido como tal, com autonomia, uma vez que “conhecer e saber distinguir as espécies de danos imateriais é muito importante para ser possível indenizar adequadamente aquelas pessoas que realmente experimentam esses tipos de danos”. A autora critica a Decisão 26.972/2008 da Corte de Cassação Italiana e afirma que ao tentar barrar a proliferação das demandas indenizatórias por danos existenciais, aquele tribunal corre o risco de criar mais incertezas e imprecisões terminológicas a respeito do assunto, gerando mais polêmica¹¹³.

Franco Filho entende que dano moral é gênero, do qual dano existencial é espécie¹¹⁴. Nesse mesmo sentido defendem Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Andrade Junior que “a grande maioria desses novos danos podem (e devem) ser caracterizados como

¹⁰⁸ 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, set./out. 2010, p. 119.

¹⁰⁹ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *op. cit.* p. 48.

¹¹⁰ BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. Justiça do trabalho, Porto Alegre, v. 31, n. 368, ago. 2014. p. 76.

¹¹¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 226

¹¹² BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *op. cit.* p. 48.

¹¹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *op. cit.* p. 220.

¹¹⁴ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Danos ao trabalhador e necessidade de reparação. Jornal trabalhista consulex, Brasília, v. 31, n. 1548, set. 2014. p. 3.

dano moral”, por compreenderem que “se este tipo de dano é aquele que busca proteger a dignidade da pessoa humana em qualquer de seus âmbitos, a ofensa dirigida à cláusula geral de proteção à dignidade humana já caracterizará um dano merecedor de reparação, não havendo necessidade de criar novas adjetivações”¹¹⁵.

Cavaliere Filho enxerga uma dimensão ampla e uma estrita do dano moral, e afirma que este, de forma abrangente, corresponde a uma agressão a um bem ou atributo da personalidade, que abrange a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais, entre outros¹¹⁶.

Nessa perspectiva, compreende que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, uma vez que pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. O autor defende que esses sentimentos só ensejam reparação quando são consequências, mas não quando são causas de outros danos. Sob essa luz, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade¹¹⁷.

Flaviana Soares admite, entretanto, que é possível que o julgador opte por indenizar de forma global a pessoa lesada, genericamente “por todos os danos imateriais” experimentados em face de determinado evento lesivo, mas que não se exime de realizar a mesma atividade de fundamentação dos motivos que o levaram a chegar a essa conclusão. Por essa razão, a autora defende que o julgador acaba por apresentar quais são os fatos qualificados como danos imateriais ou, em última análise, como dano biológico, dano moral, dano à imagem, dano à honra etc. Assim, defende que não se pode negar ao julgador essa possibilidade de analisar de forma global, tal como sugerido pela decisão 26.972 da Corte de Cassação Italiana, mas que o julgador não conseguirá abstrair a avaliação do caso concreto e suas repercussões negativas aos interesses juridicamente relevantes da pessoa, tanto na identificação dos danos quanto na fixação da indenização¹¹⁸.

¹¹⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos. *apud* FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Danos ao trabalhador e necessidade de reparação. *Jornal trabalhista consulex*, Brasília, v. 31, n. 1548, set. 2014. p.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 90.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 89.

¹¹⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012, p. 226.

Afirma que o relevante é que, na quantificação dos danos imateriais, sejam considerados todos esses danos, ainda que a indenização seja unitária, independente da “etiqueta” que se possa dar aos diversos componentes do dano à pessoa¹¹⁹.

A autora adverte, entretanto, que da escolha de tratar do enquadramento do dano ou da determinação da indenização, de forma global ou discriminada, advirão reflexos processuais, principalmente ligados aos institutos da coisa julgada e da prescrição¹²⁰.

Embora Flaviana Soares defenda a independência conceitual do dano existencial, entende-se que a conceituação de qualquer instituto jurídico que seja abre margens à discussão e, também por essa razão, entende-se que a compreensão do dano existencial como parte codependente de uma figura maior, denominada de dano à pessoa, é mais adequada para que a discussão sobre o dano existencial não se reduza à sua conceituação, mas que se junte às demais espécies de danos à pessoa para que o Juiz verifique, em conjunto, a existência de danos à dignidade da pessoa humana e a amplitude de seus efeitos.

Nesse sentido, Sônia Mascaro Nascimento entende ser mais consentâneo com as regras da teoria geral do Direito a caracterização do dano existencial como espécie do gênero dano moral, porque o dano moral é lesão à dignidade do indivíduo. Especificamente no que tange ao dano existencial no Direito do Trabalho, a autora entende que ele viola “o direito de personalidade do trabalhador, sua pessoa, seu íntimo e seu sentimento (...) inequivocamente viola também a dignidade humana”¹²¹. Conclui, então, que dano existencial é espécie do dano moral. Esse entendimento encontra suporte no artigo 186 do Código Civil, que trata de dano moral *latu sensu*.

Fernandez Sessarego, em sentido semelhante, defende que todos os danos imateriais devem ser tutelados sob o título de danos à pessoa, embora rejeite a ideia de um conceito estrito e um conceito amplo de dano moral, pois, a seu entender, a divisão de um conceito restrito e um amplo deu lugar a frequentes e desnecessárias confusões¹²².

A partir disso, defende a utilização ampla do termo “danos à pessoa”, que compreende todas as subdivisões dos danos imateriais, que, conforme ressalta, vem sendo

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 221.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 226.

¹²¹ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 78, n. 8, ago. 2014, p. 966.

¹²² SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 21. mai 2015. p. 16

utilizado por um importante setor da doutrina¹²³. O autor adverte, em relação ao dano moral, o que pode também ser compreendido como uma advertência em relação ao dano existencial, assim como a qualquer outra subdivisão do que denomina dano à pessoa:

el continuar otorgando autonomía conceptual al daño “moral” supondría y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano. Por el contrario, dada la unidad del ser humano, todos los daños que se le ocasionen deberían sistemáticamente incorporarse, para el efecto de su reparación, dentro de la genérica noción de daño a la persona. Así lo exige la naturaleza misma del ser humano y el único y común fundamento que los conecta esencialmente, como es el ser humano en sí mismo.

(...)

El principio de “non laedere” cubre, por consiguiente al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, por ende, de modo integral y preventivo. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como algunos autores sostienen fundándose en esta realidad, existe un sólo derecho de la persona que se sustenta en su propia dignidad de ser libre y temporal y en el consiguiente deber de los demás de respetar esta peculiar condición.¹²⁴

É importante ressaltar, entretanto, que a tutela do dano existencial não é negada por esses autores. Em verdade, o que propõem é uma integração da proteção aos direitos ofendidos por essa modalidade de dano às demais formas de danos à pessoa. Assim, admitem a insuficiência do conceito de dano moral anteriormente utilizado, mas não a criação de um conceito à parte daquele de dano moral, mas sim que o integre, reconstruindo-o.

Iturraspe, que também defende que a noção de dano moral integra uma noção mais ampla de dano à pessoa, bem define esse novo movimento, ao sustentar que

la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral” e que “el centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias.¹²⁵

Como visto, a doutrina está dividida, basicamente, entre aqueles que compreendem o dano moral e o dano existencial como autônomos entre si, os que enxergam o dano moral como uma categoria, em que estaria inserida o dano existencial e, por fim, aqueles

¹²³ *Ibidem*, p. 10

¹²⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 21. mai 2015. p. 10

¹²⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. *apud* SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 21. mai 2015, p. 11

que defendem a compreensão conjunta dos danos à pessoa, que englobaria o dano moral e o dano existencial, além das outras espécies de danos imateriais.

Aqui entende-se que todas as faces dos danos à pessoa devem ser bem compreendidas, sob pena de um julgamento incompleto, que acabe por não satisfazer a reparação integral prevista no artigo 944 do Código Civil¹²⁶. No entanto, compreende-se que não é necessário que para isso se utilizem conceitos diversos de dano dentro daquele mais amplo de danos à pessoa.

2. RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE DANO MORAL E ADERÊNCIA DO DANO EXISTENCIAL: OS DANOS À PESSOA

Como visto, o conceito de dano existencial foi criado pela doutrina e pelos tribunais, que perceberam a insuficiência das modalidades de danos imateriais já consolidadas para abarcar todas as situações em que houvesse dano à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, por não haver previsão legal expressa de indenização por dano existencial, passou-se a questionar, além da real necessidade da individualização desse tipo de dano face a uma modalidade de compreenderia todos os danos imateriais, se seria essa criação fruto de ativismo judicial.

Entende-se que, não obstante a indenização por dano existencial não esteja prescrita expressamente em lei, sua aplicação é plenamente compatível com os princípios e normas constitucionais e legais pátrias. Desse modo, a inserção da tutela ampla dos danos à pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a reconstrução do conceito de dano moral, inserindo-se nele o dano existencial, é não só possível, como necessário para se garantir a efetividade dos princípios constitucionais que protegem a pessoa humana contra os danos a ela causados. Destaca-se, nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da reparação integral, que garante efetividade ao primeiro.

Luís Roberto Barroso, distingue ativismo judicial de judicialização e explica que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”¹²⁷.

¹²⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Cf. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. n. 4. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2015. p. 3.

O ativismo judicial, sob essa luz, diz respeito a uma atitude proativa do Poder Judiciário, enquanto no caso da judicialização, o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer. Ou seja, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria¹²⁸.

Percebe-se, portanto, que uma postura mais ativa por parte do Judiciário nem sempre corresponde a uma extrapolação de sua competência, mas pode resultar da necessidade intrínseca dos direitos fundamentais de serem reiteradamente repensados. No caso dos danos à pessoa, essa necessidade é mais evidente, haja vista a subjetividade envolvida e a impossibilidade de criação de parâmetros fixos para a solução desse tipo de conflito.

2.1. O Direito como integridade e a reconstrução de seus institutos com fundamento em princípios, à luz da tensão existente entre Direito e Justiça

A compreensão dos danos à pessoa depende de uma percepção de contexto – de seu tempo histórico e da sociedade em que se inserem – de modo que seu conceito deve ser mantido aberto e preenchido jurisprudencialmente, conforme a evolução da sociedade¹²⁹.

O § 2º do artigo 5º de nossa Constituição Federal aponta que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, nossa Carta Magna formaliza o caráter aberto e não taxativo dos direitos fundamentais nela previstos.

Conforme leciona Menelick de Carvalho Netto, a abertura dos direitos fundamentais não é só uma característica, mas sim um pressuposto de sua existência. Assim, a Constituição deve “se apresentar como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”, sendo que essas aquisições correspondem a, mais do que um alargamento do rol de direitos, uma verdadeira redefinição dos conceitos já existentes,

¹²⁸ Para Barroso, temos como primeira causa da judicialização a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, com a recuperação das garantias da magistratura, de modo que o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. Ao lado da redemocratização, houve uma constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Esse processo foi potencializado com a Constituição de 1988, que é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *idem*. p. 3.

¹²⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. A reparação de danos imateriais como direito fundamental. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 134

requerendo uma nova leitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais¹³⁰.

Portanto, a abertura dos direitos fundamentais prevista no dispositivo em questão é uma necessidade do constitucionalismo contemporâneo, pois “a atual doutrina do Direito é unânime em requerer que o Direito em geral e, em especial, o Direito Constitucional sejam uma efetividade viva, isto é, que se traduzem na vivência cotidiana de todos nós”¹³¹. Por isso, o atual desafio à compreensão dos direitos fundamentais é tomá-los como algo permanentemente aberto e ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação de cidadania¹³².

Essa abertura, de acordo com Dworkin, deve ser preenchida por intermédio dos princípios. Tendo em vista que a integridade assume a ambição de ser uma comunidade de princípios e que a interpretação legal deve ser holística e coerente¹³³, o juiz deve interpretar as normas a partir de princípios¹³⁴.

De fato, a integridade no Direito insta, em síntese, que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio e não de conciliação, estratégia ou acordo político; que o juiz deve demonstrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional (afirmação vertical); e que um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do Direito que aparentemente não sejam análogas (afirmação horizontal)¹³⁵.

O princípio da integridade orienta os juízes a identificar direitos e deveres legais como criação de uma comunidade personificada¹³⁶, feita a partir de uma concepção coerente dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal¹³⁷, bem como a aplicar

¹³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 154

¹³¹ *Ibidem*. p. 141

¹³² CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 145.

¹³³ DWORKIN, Ronald. The Concept of Unenumerated Rights: Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, Estados Unidos, n. 59, 1992. p. 390.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 291

¹³⁵ *Idem*. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 204

¹³⁶ *Idem*. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 271

¹³⁷ *Ibidem*, p. 291

esses princípios nos novos casos que surgirem. Desse modo, as proposições jurídicas são verdadeiras quando constam ou derivam desses princípios¹³⁸.

Por compreender o Direito como uma comunidade de princípios, Dworkin afirma que a distinção entre o que está expressamente citado na Constituição e o que não está é irrelevante, pois a Carta Maior¹³⁹ “consiste em princípios amplos e abstratos de moral política, e a correta aplicação desses princípios depende de percepção moral, não de regras linguísticas”¹⁴⁰.

Desse modo, embora os direitos, individualmente considerados, atingidos pelos danos à pessoa – e aqui se faz referência especial aos direitos ao projeto de vida e à vida de relação, acometidos pelo dano existencial – possam ser compreendidos por parte da doutrina, a que Dworkin chama de revisionista, entre aqueles chamados de direitos não enumerados, o autor repudia essa classificação originada na distinção entre direitos enumerados e direitos não enumerados, compreendida como a divisão dos direitos entre os mencionados e os não mencionados no texto constitucional¹⁴¹.

Isso porque, para o autor, uma decisão tomada com base em princípios não é menos legítima ou não possui menos força do que uma decisão tomada com base em normas legais, compreendidas como direitos enumerados.

Sendo assim, Dworkin rejeita o revisionismo, o convencionalismo e o pragmatismo¹⁴², e afirma que a integridade se distingue em face dessas teorias pois, enquanto elas se oferecem como interpretações, o Direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo¹⁴³.

Com efeito, a integridade é tanto o produto da interpretação da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. Por isso, não acaba em uma interpretação realizada com

¹³⁸ *Ibidem*, p. 272

¹³⁹ Dworkin se refere, no caso, à Declaração de Direitos e Garantias americana.

¹⁴⁰ *Idem*. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 181

¹⁴¹ Dworkin chama de revisionistas e originalistas aqueles que defendem que a interpretação da Constituição deve ser feita a partir da linguagem utilizada, para buscar o que os redatores originais da Constituição pretendiam que significasse. Cf. DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p.184

¹⁴² Dworkin chama de convencionalista a teoria que defende que os juízes devem somente aplicar o direito, compreendido como as regras jurídicas dispostas em convenções, e não modificá-lo. Assim, não existe um direito anterior às normas e fora das convenções. O revisionismo, próximo do convencionalismo, busca a interpretação das regras a partir da ideia da real intenção do legislador ao elaborá-las. O pragmatismo, por outro lado, defende que o juiz profira uma decisão judicial no sentido que for melhor para a comunidade como um todo. Com base nesse objetivo, o pragmatismo permite que se altere uma regra. Busca, portanto a melhor regra para o futuro, sem necessariamente considerar o passado. Cf. O Império do Direito. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 272

sucesso, mas continua interpretando o mesmo material¹⁴⁴. Desse modo, os juízes são ao mesmo tempo autores e críticos do Direito, na medida em que introduzem acréscimos na tradição que interpretam¹⁴⁵. A decisão de um juiz, portanto, deve ser resultado de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte às construções jurídicas anteriores e as justifique, até onde isso seja possível¹⁴⁶.

Diferentemente do Poder Legislativo, que não precisa demonstrar que os cidadãos já têm um direito moral a indenização por danos em circunstâncias específicas, para então justificar uma lei que contemple a indenização por danos em tais circunstâncias, o Judiciário não tem a mesma liberdade que os legisladores quando elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente. Enquanto os legisladores podem tomar decisões com base em política, os juízes apenas devem fazê-lo com fundamento em princípios, embora na prática nem sempre assim procedam¹⁴⁷.

A diferença entre argumentos fundados em política e argumentos fundados em princípio é que os primeiros justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Ou seja, são destinados a estabelecer objetivos coletivos. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. São, portanto, destinados a estabelecer um direito individual. Enquanto os princípios são proposições que descrevem direitos, as políticas são proposições que descrevem objetivos¹⁴⁸.

Os princípios têm atuação mais expressiva nas questões judiciais difíceis, desempenhando um papel substancial na fundamentação das decisões a respeito dos direitos e obrigações jurídicos particulares. Evidentemente que os casos eivados de maior subjetividade, como aqueles que dizem respeito à aferição de dano na esfera pessoal do indivíduo, enquadram-se entre esses casos em que os princípios atuam mais expressivamente. Os tribunais utilizam-se de princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra e, depois que o caso é decidido, pode-se dizer que essa decisão passa a representar uma regra particular, que inexistia antes da decisão do caso¹⁴⁹.

A distinção elementar entre princípios jurídicos e regras jurídicas é a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis ou não em face de um caso concreto¹⁵⁰.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 273

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 275

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 286

¹⁴⁷ DWORNIK, Ronald. O Império do Direito. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 292

¹⁴⁸ DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. pp. 129 e 141

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 46

¹⁵⁰ *Ibidem*. p. 39

Os princípios, por outro lado, não apresentam consequências jurídicas automáticas a partir de determinadas condições, mesmo aqueles princípios que mais se assemelham às regras¹⁵¹.

Para que um juiz tenha permissão para mudar uma regra jurídica em vigor, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio, de modo que o princípio justifica a modificação¹⁵².

Sendo assim, os juízes não são legisladores delegados e não estão legislando quando vão além de regras preexistentes e decisões políticas já tomadas. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com outra¹⁵³.

Diante disso, sob o prisma da teoria da integridade, o juiz, ao se deparar com uma questão em que percebe ter havido uma ofensa à esfera pessoal do indivíduo, mas que não se enquadra no conceito tradicional de dano moral, que pressupõe a ocorrência de um sofrimento à vítima, deve interpretar a lei de acordo com um conjunto coerente de princípios e regras.

A reconstrução do conceito legal de dano moral se justifica, pois, pela existência de princípios que dão especial relevo à esfera pessoal humana e, em decorrência da garantia de proteção daí oriunda, que garantem a completa reparação dos danos causados a ela.

Derrida compartilha da visão de que não basta a aplicação da lei preexistente para se atingir a justiça, até porque considera impossível atingi-la plenamente. Considera necessária, pois, sua reiterada revisão, para que se aproxime ao máximo desse ideal de justiça. Desse modo, Derrida demonstra que existe uma verdadeira tensão entre Direito e Justiça, e prevê a possibilidade de uma Justiça ou de uma lei que não apenas exceda o Direito, mas também que o contradiga, ou até mesmo que não tenha qualquer relação com ele¹⁵⁴.

Fazendo referência a Motaigue, Derrida afirma que a lei tem força não por ser justa, mas exatamente por ser lei, por ter força. Chama isso de fundamento místico de sua

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 40

¹⁵² *Ibidem*. p. 59

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 137

¹⁵⁴ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 8

autoridade¹⁵⁵. No mesmo sentido, explica que o Direito apenas é Direito porque tem força, e não por sua pretensão de ser justo:

A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. (...) A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento.¹⁵⁶

Desse modo, antes de ser o que é, o Direito precisa que algo o conceda força para transformá-lo em Direito. Esse “algo” é o que se chama de força performativa do Direito, compreendida como uma força interpretadora, além de certo apelo à crença¹⁵⁷. Assim, o fato de o Direito não ser direito *a priori* justifica a necessidade de ser constantemente repensado.

Mediante essa concepção de Derrida de que o Direito deve ser sempre reinterpretado, pode se chegar à conclusão de que é necessário que se repense o conceito de danos morais tutelado em nossas leis e na Constituição, de modo que, acrescidas ao sentido estrito daquele, as demais formas de manifestação de dano, em especial o dano existencial, que é o mais abrangente dano à pessoa, sejam todos esses conceitos unidos para que possam ser compreendidos em sua interdependência.

Por outro lado, Derrida afirma que a justiça não se torna concreta, não se realiza, se não possuir força. Sendo assim, uma justiça impotente não é justiça no sentido jurídico. Por essa razão, afirma que é preciso colocar juntas a justiça e a força, pois é necessário que aquilo que é justo seja forte e que aquilo que é forte seja justo¹⁵⁸.

Assim como Derrida defende que se deve garantir força a algo que se considera justo e que se pretenda transformar em lei, é necessário que o dano existencial seja visto não só como uma construção de alguns doutrinadores, aplicada por alguns juízes, mas sim que seja reconhecido com a força normativa que deve ter, como parte de um amplo conceito de danos à pessoa, compreendidos em todos seus efeitos, com o objetivo de se garantir a justiça.

Desse modo, surgidas novas condições sociais que exigem um novo olhar sobre os danos às pessoas, devem ser reinterpretadas as normas vigentes, pois “cada avanço da politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar, os próprios fundamentos do Direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 21

¹⁵⁶ *Ibidem* p. 21

¹⁵⁷ *Ibidem* p. 24

¹⁵⁸ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 19

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 56

Visto que o juiz deve se orientar pelos princípios, é necessário destacar que o dano existencial, assim como os demais danos à pessoa, compreende uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que o princípio da dignidade humana é elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado Democrático de Direito, serve também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais¹⁶⁰.

Sendo assim, é certo que a concepção de dano existencial, como elemento da reconstrução do conceito legal de dano moral, deve ser observada também como resultado de uma exigência de um ordenamento jurídico que tem como pressuposto a valorização máxima do ser humano¹⁶¹.

2.2. A impossibilidade de elaboração de um conceito fechado e independente de dano existencial e a necessidade de abertura do conceito de dano à pessoa

O dano existencial, conforme já se antecipou, não é resultado de uma posição ativista do Judiciário, mas sim uma parte indissociável dos demais danos à pessoa, na qual se insere também o conceito clássico de dano moral. Dworkin admite que a compartimentalização dos institutos jurídicos não pode deixar de ser considerada pelas teorias interpretativas, uma vez que é uma característica comum da prática jurídica, que geralmente corresponde à opinião pública¹⁶².

Assim, afirma que a ramificação do Direito acaba por “promover a previsibilidade” e a protegê-lo “contra as inesperadas reinterpretações oficiais que alteram radicalmente vastas áreas do Direito”. Assimila, portanto essas divisões, pois

se as divisões do direito fazem sentido para as pessoas em geral, elas estimulam uma atitude de protesto que a integridade favorece, pois permitem que tanto as pessoas comuns quanto os juízes sob grande pressão interpretem o direito dentro de limites práticos que parecem naturais e intuitivos.¹⁶³

No entanto, embora compreenda a existência e a justificativa dessa compartimentalização, o Direito como integridade condena a subdivisão do Direito, pois

¹⁶⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. Revista síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 11

¹⁶¹ Cf. Ver tópico 1.2.2. – Princípio da dignidade da pessoa humana

¹⁶² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 301

¹⁶³ *Ibidem*. p. 301

vindica que os juízes interpretem a lei do modo mais coerente possível com as demais regras e princípios jurídicos, e avalia que esse objetivo seria mais facilmente alcançado se os limites acadêmicos fossem ignorados e se alguns segmentos do Direito fossem submetidos a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis uns com os outros¹⁶⁴.

Sob essa óptica, tendo em vista que os danos à pessoa recaem todos sobre a dignidade da pessoa humana e encontram guarida nas mesmas regras e princípios jurídicos, a apreciação da questão referente ao dano existencial deve levar em consideração todo o contexto dos danos à pessoa, de forma conjunta.

Não cabe ao julgador, portanto, analisar um caso que acredita dizer respeito apenas a dano existencial sem considerar a possibilidade da ocorrência de outros danos à pessoa. O dano existencial não tem existência autônoma em relação a eles, pois a esfera pessoal do indivíduo é uma só.

A doutrina que compreende o dano existencial como independente das demais formas de dano reconhece que o dano existencial pode se manifestar na forma de dano anexo – quando há acumulação de mais de um tipo de dano imaterial, causados por um mesmo evento – ou de dano reflexo, também chamado de dano “por ricochete” – quando um dano decorre de outro¹⁶⁵.

Embora a quantificação do dano, que resultará em sua indenização, possa ser realizada de forma independente em relação aos demais danos à pessoa, a aferição do dano, em si, não pode ser. Trata-se, portanto, de uma individualização que não pode ser feita desde o início, mas apenas em momento posterior à análise de todos os efeitos decorrentes do ato lesivo.

Se fixamo-nos ao conceito de dano existencial para então verificar se seus elementos constitutivos estão presentes, não estaremos garantindo a reparação integral.

Além disso, se o juiz olha para o problema e desconfia que ali existe um dano existencial e então passa a procurar os elementos que possibilitariam esse enquadramento no caso concreto, ao encontrá-los ele pode se dar por satisfeito, o que é exatamente o que se pretende evitar. O juiz pode se eximir de garantir a reparação integral ao iniciar sua análise a

¹⁶⁴ “Hércules admite essa maneira de explicar a questão da divisão do direito e elabora sua doutrina da prioridade local de acordo com ela. (...) Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem-sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação ou porque o conteúdo das divisões não mais reflete a opinião pública. As divisões do direito às vezes se tornam arbitrárias e isoladas da convicção popular, particularmente quando as regras centrais de uma área foram elaboradas em períodos distintos. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 302

¹⁶⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012, p. 224

partir do conceito jurídico e não do fato concreto, o que certamente não garantirá a efetivação da justiça.

Do mesmo modo, ao perceber que há mais de uma espécie de dano presente no caso concreto, não deve o intérprete do Direito considerar cada um desses danos à pessoa de forma estanque, em despreço aos demais. Os danos devem ser considerados reciprocamente, para que melhor se compreenda sua extensão e inclusive para que não haja dupla indenização.

Ou seja, os danos à pessoa devem ser apreciados de forma conjunta, pois o bem atingido por eles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é indivisível e, portanto, também deve ser sua reparação.

Observe-se que o que se defende a partir de uma visão ampla não é uma análise destituída de minúcia. De fato, o juiz deve buscar todos os diferentes efeitos que determinado ato possa ter causado sobre a esfera pessoal do indivíduo. Ou seja, a análise dos fatos deve ser feita de modo a especificar seus efeitos, mas sem jamais perder de vista o contexto geral. O que não se pode fazer, portanto, é compreender cada forma de dano à pessoa como resultado de uma experiência diferente decorrente do mesmo fato. Pelo contrário, essa experiência deve ser vista como o que realmente é – uma só – levados em consideração todos os seus aspectos, considerados reciprocamente.

Desse modo, não há violação da integridade do Direito caso o juiz considere que a matéria deve ser decidida em tópicos, o que pode considerar mais proveitoso inclusive para fins de garantir uma fundamentação mais compreensível para as partes interessadas e para demonstrar que todos os aspectos do dano foram apreciados.

Isso não se confunde, no entanto, com a ideia de que o dano existencial deve possuir autonomia conceitual e uma delimitação mais clara em relação a outras espécies de dano. Para que as diferentes espécies de danos possam ser analisadas de forma precisa, é necessário que seus conceitos nunca se fechem, que sejam articulados entre si e que sejam considerados *uns face aos outros*.

Dworkin inclusive recomenda uma análise pormenorizada das questões submetidas ao judiciário, desde que essa análise jamais seja feita de forma desagregada do contexto em que se insere¹⁶⁶.

Ainda, Derrida afasta a possibilidade de uma definição precisa sobre os moldes do dano existencial, de modo a se afastar a previsibilidade dos julgamentos atrelada tão somente a precedentes ao afirmar que “é por causa desse transbordamento do performativo,

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 273

por causa desse adiantamento sempre excessivo da interpretação, por causa dessa urgência e dessa precipitação estrutural da justiça que esta não tem horizonte de expectativa (reguladora ou messiânica)”¹⁶⁷.

Sendo assim, observa-se que a ideia proposta por Derrida justifica a reconstrução do sentido legal do dano moral, uma vez observada a insuficiência daquele em face de novas compreensões sobre os danos à pessoa e à reparação integral, bem como afasta a possibilidade de uma definição do que configura dano existencial de forma a gerar previsibilidade e julgamentos.

Desse modo, a ausência de contornos concretos do conceito de dano existencial, de fato, pode causar insegurança jurídica e deve continuar originando decisões não uniformes¹⁶⁸, mas “o ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade, pois somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história”¹⁶⁹.

2.3. A necessidade de consideração das peculiaridades do caso concreto e a inviabilidade de uma solução aplicável a todos os casos

Tendo em vista a necessidade de constante reflexão sobre o Direito, Derrida afirma que este é apenas o elemento de cálculo exigido pela justiça, que, embora exija que esse cálculo seja realizado para que se aproxime dela, é incalculável¹⁷⁰. Ressalta-se que, embora a justiça seja incalculável, ela manda calcular, por isso seu caráter inalcançável. O autor alerta que “esse excesso de justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de alibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados”¹⁷¹.

Isso é melhor percebido ao se considerar que enquanto uma regra tem forma geral, um ato de justiça é sempre voltado a uma singularidade¹⁷², ainda que tenha uma

¹⁶⁷ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 54

¹⁶⁸ Cf. Introdução

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 204

¹⁷⁰ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 30

¹⁷¹ Esse argumento afasta também a tese de que os danos morais não devem ser ressarcidos. Cf. DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 55.

¹⁷² DERRIDA, Jacques. *op. cit.* p. 31

pretensão de universalidade¹⁷³. Sendo assim, a simples aplicação de uma regra, sem sua reinterpretação, embora esteja em conformidade com o Direito, não é uma aplicação justa¹⁷⁴.

Portanto, para Derrida, o juiz deve “seguir a regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso”. Ou seja, a decisão deve estar de acordo com uma lei preexistente, mas, para ser justa, a interpretação do juiz deve ser reinventiva e não pode consistir apenas na “conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento”¹⁷⁵.

Derrida justifica essa necessidade lembrando-nos que

cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. Pelo menos, se ela a garante de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular; o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte¹⁷⁶.

Essa visão se coaduna com a teoria da integridade proposta por Dworkin. O autor afirma que, uma vez que cada caso é único, possui apenas uma resposta correta, que somente será adequada para aquele caso particular¹⁷⁷. Nesse sentido, o juiz tem como dever encontrar essa solução.

Desse modo, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa, pois, mesmo nos casos difíceis, o juiz tem a obrigação de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente¹⁷⁸.

Dworkin assume que encontrar essa solução não é tarefa simples, por isso chama de juiz Hércules aquele que leva em consideração todos os elementos necessários para chegar à correta solução da causa e, assim, realizar justiça. Para tanto, o autor entende que é necessário que o Direito seja interpretado levando-se em consideração sua totalidade e, como explicitado, seja revisto de acordo com princípios.

¹⁷³ *Ibidem.* p. 37

¹⁷⁴ *Ibidem.* p. 31

¹⁷⁵ *Ibidem.* p. 44

¹⁷⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 44

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 306

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 127

2.4. O caráter subjetivo dos danos à pessoa: comprovação e reparação

2.4.1. *Comprovação do dano existencial*

A compreensão dos danos à pessoa como uma unidade traz à luz também as questões referentes à sua comprovação e à sua reparação.

Como visto, uma parte expressiva da doutrina e da jurisprudência diferenciam o dano existencial em relação ao dano moral, entre outros fatores, por considerar o dano existencial como um dano objetivo, enquanto o dano moral é tido como um dano subjetivo. Em decorrência disso, seria necessária a comprovação do dano existencial, uma vez que objetivamente verificável, diferentemente do dano moral, que é aferido *in re ipsa*, ou seja, como simples decorrência dos fatos, uma vez que não há como se comprovar sentimentos.

A jurisprudência, entretanto, não é uniforme no que tange à prova do dano existencial. Embora tenha força o entendimento de que a vítima deve demonstrar o dano causado ao seu projeto de vida ou à sua vida de relação, há quem considere também que a prova é desnecessária em face da comprovação da ocorrência do fato, presumindo-se o dano.

No contexto do Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento majoritário é o de que o dano existencial deve ser comprovado pela vítima.

Nas palavras do Ministro João Oreste Dalazen, essa comprovação é necessária uma vez que

nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (workaholic), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo.

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

Por essa razão, conclui que

não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Processo: RR - 154-80.2013.5.04.0016 Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015

Ressalta-se que diversos acórdãos que tratam de dano existencial, embora consignem que a prova do dano é indispensável ao seu reconhecimento, acabam por julgar suficiente para a condenação o registro do acórdão regional no sentido de que o labor em jornada extenuante importou em dano existencial no caso concreto, mesmo quando o Tribunal de origem nada relata sobre a comprovação desse dano ou sobre os aspectos específicos do cotidiano da vítima que foram afetados. Desse modo, compreende-se que o TST, não obstante ressalte a necessidade de comprovação do dano, muitas vezes acolhe o pedido por presunção de que houve dano em decorrência da jornada extenuante¹⁸⁰.

De acordo com Cassano, a definição sobre a prova dos danos imateriais deve levar em consideração, antes de mais nada, sua natureza jurídica. Assim, deve-se aferir se o dano é um dano-evento ou um dano-consequência (também chamado de dano-prejuízo). Entende-se o dano-evento como aquele que decorre diretamente do fato lesivo. É o caso, por exemplo, de um acidente de trabalho em que o obreiro sofre amputação de um membro. A amputação é tida como um dano-evento. O dano-consequência, por outro lado, seria, por exemplo, a impossibilidade de o trabalhador continuar praticando atividade física que fazia parte de seu dia-a-dia antes da amputação.

Dessa forma, o autor defende que, se o prejuízo a que se reclama reparação for considerado dano-consequência, a vítima deve comprovar de que forma o fato lesivo lhe causou um dano. Se considerado dano-evento, deve provar apenas a ocorrência do fato lesivo propriamente dito¹⁸¹.

Usualmente, o dano existencial corresponde a um dano-consequência, de modo que para comprová-lo, deve-se demonstrar a alteração do cotidiano da vítima¹⁸². Muitas vezes, entretanto, a prova do dano é dispensável, quando as consequências do dano evidenciarem, segundo a experiência comum, prejuízos ao projeto de vida ou à vida de relação da vítima.

Especificamente em relação ao dano existencial na Justiça do Trabalho, Sonia Mascaro Nascimento afirma que é necessária a comprovação do dano e de seu nexo de causalidade com a conduta do agente, haja vista que a legislação já possui punições próprias para a não concessão de férias por longo período ou para a sobrecarga de horas extras para

¹⁸⁰ Cf. RR - 253-11.2013.5.04.0029, RR - 78-64.2012.5.04.0251, RR - 154700-10.2010.5.23.0036, AIRR - 99900-87.2013.5.13.0009

¹⁸¹ CASSANO, Giuseppe. *apud* LUTZKY, Daniela Courtes. A reparação de danos imateriais como direito fundamental. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p.143

¹⁸² CASSANO, Giuseppe. *apud* SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012, p. 213

além do limite legal de forma reiterada, por exemplo, que são os casos mais comuns de indenização por dano existencial na Justiça do Trabalho. Essas punições correspondem à multa administrativa, ao pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, ao pagamento em dobro das férias não concedidas, entre outras. Desse modo, nesses casos, seria imprescindível, de acordo com a autora, demonstrar que tais imposições implicaram algum dano ao projeto de vida ou à vida de relação¹⁸³.

Ainda no que tange aos danos causados pela conduta ilícita patronal, a jurisprudência do TST¹⁸⁴ tem entendido que a não concessão de férias de forma reiterada ou a exposição do trabalhador a jornadas de trabalho que em muito excedem o limite legal é o que

¹⁸³ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial requer prova de prejuízo e nexo de causalidade. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-18/sonia-mascaro-dano-existencial-requer-prova-prejuizo-nexo-causalidade>>

¹⁸⁴ Nesse sentido: TST - AIRR-2081-23.2013.5.23.0026, TST - RR-154700-10.2010.5.23.0036, TST - AIRR-1255-07.2011.5.04.0281, TST - RR-253-11.2013.5.04.0029, TST - RR-78-64.2012.5.04.0251.

Destaca-se: DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO EXCESSIVA DE HORAS EXTRAS. TRABALHADOR EXTERNO. 1. Na espécie, o e. TRT consignou que "não é a mera extrapolação da jornada legal que dá ensejo à reparação indenizatória, mas sim o cumprimento exorbitante de horas extras que acaba por privar o trabalhador do convívio social e familiar, além de causar-lhe estresse, pois tais jornadas extenuantes provocam grande desgaste físico para o organismo". Na sequência, concluiu "que diante da jornada demasiadamente extensa e desgastante a que era submetido o obreiro, das 06h às 21h, de segunda-feira a domingo, com dois intervalos intrajornada de 30 minutos e duas folgas por mês, resta sobejamente comprovada a repercussão danosa da atitude do empregador na vida profissional e social do trabalhador, de maneira que faz jus à respectiva indenização reparatória". 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), hipótese verificada no caso em exame. 3. Verifica-se, portanto, que a decisão regional, que defere o pedido de indenização por danos morais, não incorre em violação do art. 186 do CC. Mantida a referida indenização no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Arestos inespecíficos (Súmula 296, I, do TST).

(Processo: RR - 154700-10.2010.5.23.0036 Data de Julgamento: 29/04/2015, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. Caracteriza a violação do art. 11, § 1.º, da Lei n.º 1.060/1950, merece ser processado o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA LABORAL EXTENUANTE POR LONGO PERÍODO. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como um dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, e no âmbito de suas relações sociais. Verifica-se que, em especial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, por prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e as relações sociais. Na hipótese dos autos, o Regional registrou que foi reconhecido em outra ação judicial que o empregado foi submetido, por mais de 5 anos, a uma jornada extenuante de mais de 13 horas (das 7h às 21h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sábado, e das 7h às 16h, também com uma hora de intervalo intrajornada, em três domingos por mês e em metade dos feriados), o que importava em privações de suas atividades existenciais (na família, instrução, esporte, lazer, etc.), motivo pelo qual concluiu que houve efetivo dano existencial, pois no período o Autor tinha a vida limitada a alimentar-se, dormir e trabalhar. O único aresto transcrito para configurar a divergência jurisprudencial é inespecífico, nos termos da Súmula n.º 296, I, do TST, pois não se identifica com a hipótese fática delineada pelo Regional. Decisão mantida. (Processo: RR - 78-64.2012.5.04.0251 Data de Julgamento: 20/08/2014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014)

basta para a demonstração do prejuízo causado pelo dano existencial, desde que não se trate de um simples excesso de trabalho, mas sim de uma prática reiterada e com magnitude. Com efeito, se o empregado dispense todo seu tempo e energias com labor, por óbvio não lhe resta tempo para se dedicar aos seus projetos pessoais, atividades de lazer e convívio interpessoal fora do ambiente de trabalho.

Não se pode perder de vista, também, que no campo do Direito do Trabalho a relação havida entre as partes não é de igualdade, como no Direito Comum, mas sim de subordinação. Sendo assim, a esfera pessoal do empregado fica especialmente vulnerável ao poder de comando do empregador, nesses casos.

Além disso, embora eventualmente parte do dano causado à vítima de fato possa ser constatada objetivamente, não é possível se apurar o dano em sua completude de forma objetiva, por ser dano à pessoa, que afeta sua esfera existencial e, portanto, possui elevado grau de subjetividade. Por essa razão, pode tornar-se árdua a tarefa de comprovar o prejuízo sofrido.

Cueva Carrión defende que, por definição, o dano imaterial é subjetivo, de modo que aferir sua ocorrência não é tarefa simples. Por essa razão, muitas vezes se recorre à presunção de sua existência¹⁸⁵.

Torna-se especialmente difícil comprovar-se o nexo de causalidade no dano à vida de relação e o prejuízo no dano ao projeto de vida. Exemplificativamente, certamente não seria fácil para a vítima comprovar que sua jornada de trabalho extenuante, e não outro fator, foi a causa de um rompimento de laço afetivo, ou se não foi apenas uma concausa. Ainda, teria dificuldades em comprovar um dano a um projeto de vida aquele que o tenha planejado apenas em sua intimidade. Além disso, pode ser que um dano existencial não cause uma alteração no cotidiano do indivíduo, como é o caso de um empregado que sempre trabalhou em condições análogas à de escravidão. Certamente não se poderia afastar a existência do dano existencial nesse caso, que, inclusive, é o caso mais grave de dano existencial no âmbito do Direito do Trabalho.

Sendo assim, é necessário indagar se realmente seria possível a produção da prova do dano existencial e do nexo de causalidade, em face de cada caso concreto. Ainda, quando considerados os danos à pessoa como um todo, não se pode escapar às limitações impostas por seu grau de subjetividade, sendo certo que em alguns casos não há outra solução que não presumir-se esse dano. Por isso, a regra geral de que o dano existencial é

¹⁸⁵ CARRIÓN, Luis Cueva. Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrión, 2015. p. 27

objetivamente observável não parece adequada, mostrando-se necessária a verificação, em cada caso, da possibilidade de produção de provas.

2.4.2. Reparação do dano existencial

No que tange à reparação do dano existencial, é importante diferenciar, inicialmente, reparação ou ressarcimento de compensação. Enquanto a reparação representa o restabelecimento de uma situação anterior ao dano, a compensação se dá como medida paliativa¹⁸⁶.

No caso dos danos à pessoa, especialmente no que tange aos danos ao projeto de vida e à vida de relação, dificilmente será possível retornar ao estado anterior à ofensa praticada contra a vítima. Além disso, é impossível quantificar, em valores monetários, um dano imaterial, por sua própria natureza. Por isso, a compensação indenizatória apenas atenua o mal ocasionado pelo dano.

Não há como se definir um critério para a fixação do valor da indenização devida a título de dano à pessoa. Ao contrário das regras de fixação de indenização para os danos materiais, cujo valor monetário é facilmente aferível, a quantificação da indenização devida a título de danos imateriais implica avaliação de aspectos subjetivos, muitas vezes envolvendo presunções e tomando como base indícios¹⁸⁷.

Tendo em vista essa impossibilidade de quantificação, o Código Civil não editou nenhuma norma que definisse critérios de indenização ou valores mínimos e máximos de indenização, mantendo a orientação da reparação ou compensação mediante arbitramento.

Iturraspe ensina que os danos à pessoa podem ser avaliados de forma objetiva ou subjetiva. A avaliação objetiva é aquela que leva em consideração elementos genéricos como um padrão médio, dados estatísticos etc. e é realizada abstratamente. A avaliação subjetiva, por outro lado, leva em consideração o caso concreto e suas peculiaridades¹⁸⁸.

A análise subjetiva é, sem dúvida, aquela que mais se coaduna com a teoria da integridade. Ainda que não favoreça a previsibilidade e que, por isso, há quem diga que essa abertura abre margem à insegurança jurídica, é nessa abertura que se encontra a possibilidade de lidar com a tensão entre Direito e justiça. Por isso, ainda que haja discrepâncias entre as

¹⁸⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 117

¹⁸⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.124

¹⁸⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *apud* SOARES, Flaviana Rampazzo. *Idem*. p. 119

decisões judiciais que fixam valores de indenização por danos à pessoa, não se pode favorecer argumentos de eficiência judicial em detrimento da busca pela justiça em cada caso concreto¹⁸⁹.

A fixação de parâmetros para a compensação por danos à pessoa não favorece a busca pela justiça uma vez que a generalidade das normas não vislumbra as particularidades que necessariamente devem ser observadas para o atingimento dessa justiça¹⁹⁰. A subjetividade envolvida nas demandas relativas aos danos à pessoa não permite a fixação de parâmetros, até porque a noção de uma única resposta correta para cada caso está vinculada às suas peculiaridades¹⁹¹.

A incerteza decorrente da abertura das normas que tutelam a reparação dos danos à pessoa é justamente o que possibilita que “o lugar da justiça não seja ocupado em definitivo, permitindo a atenção às especificidades de cada caso e mantendo a abertura que se exige do sentido das normas”¹⁹².

Cueva Carrión entende que é impossível reparar os valores lesionados ou a dor causada por um ato ilícito ensejador de dano imaterial, pois este não é tangível, nem observável e não pode ser quantificado monetariamente. No entanto, salienta que essa intangibilidade não exime o violador de sua reparação integral.

Assim, orienta que para se determinar a reparação, deve-se considerar a pessoa afetada como um todo e levar em consideração, como parâmetros básicos, sua vocação, habilidades, seu potencial, suas expectativas originais, seus interesses, suas preferências, suas aspirações e os meios e os fins de que disponha para alcançar seu projeto de vida, pois, conforme afirma, são estes os elementos que permitem a uma pessoa construir determinadas expectativas e, sobre elas, elaborar seu projeto de vida e executá-lo¹⁹³.

Extrai-se da lição de Kant a mesma compreensão da impossibilidade de se quantificar um dano à dignidade da pessoa humana:

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. A quantificação dos danos morais como exemplo da tensão entre direito e justiça: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência. Caderno jurídico Escola Judicial Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Brasília, v. 3, n. 3, mai./jun. 2009. p. 14.

¹⁹⁰ *Ibidem*. p. 9

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 13

¹⁹² OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. A quantificação dos danos morais como exemplo da tensão entre direito e justiça: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência. Caderno Jurídico Escola Judicial Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Brasília, v. 3, n. 3, mai./jun. 2009. p. 15

¹⁹³ CARRIÓN, Luis Cueva. Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrión, 2015. p. 166

seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna.¹⁹⁴

Algumas formas de reparação são a compensação mediante indenização em dinheiro ou em bens quantificáveis monetariamente, a realização de atos ou obras de repercussão pública que reconheçam os direitos violados e os danos causados, a garantia oficial e o compromisso da não-repetição dos atos violadores, o reconhecimento da dignidade das vítimas e o consolo de seus parentes, a recuperação da memória das vítimas, entre outros¹⁹⁵.

É necessário que essas modalidades de reparação sejam mutuamente articuladas para se garantir a efetiva e integral reparação. Nesse sentido, Cueva Carrión afirma que o dano ao projeto de vida compreende aspectos materiais e imateriais da pessoa e que, portanto, para ressarcir-lo de forma integral, deve-se fixar não apenas uma reparação indenizatória, mas também adotar outras medidas de reparação¹⁹⁶. Sendo assim, embora a reparação integral do projeto de vida geralmente implique uma indenização, não pode se reduzir a esta, pois deve abranger prestações necessárias para cobrir o tempo de realização do projeto já estruturado e em execução¹⁹⁷.

O autor ressalta que

*El tratamiento de la reparación integral, por ser una materia muy delicada, debe partir, no de un mundo abstracto, sino desde la realidad vivida, sufrida y padecida por las víctimas, directas o indirectas; debe acercarse más a lo humano, a lo que le pasa o le ha pasado a la persona como persona humana y no como simple sujeto del derecho.*¹⁹⁸

Assim como não há – e não pode haver, sob pena de não atingimento da justiça – regras fixas para a determinação do valor de indenização de danos à pessoa, tampouco se pode definir, de forma alheia ao caso concreto, a melhor forma de reparação para todos os casos. Uma vez mais, tem-se que devem ser observadas as peculiaridades do caso para que se possa definir quais medidas reparatórias melhor garantem a efetividade da reparação integral em cada caso, individualmente considerado.

¹⁹⁴ KANT, Immanuel. *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 89

¹⁹⁵ CARRIÓN, Luis Cueva. *op. cit.* p. 29

¹⁹⁶ CARRIÓN, Luis Cueva. Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrión, 2015. p. 148.

¹⁹⁷ *Ibidem.* p. 166.

¹⁹⁸ *Ibidem.* P. 37

Embora a reparação integral tenha como objetivo ser total e cobrir todos os danos decorrentes do fato lesivo, a busca por parâmetros previamente determinados, por critérios jurisprudenciais definidos e por um sistema uniforme de reparação resultam, não raro, em uma reparação injusta e insuficiente. Além disso, a exigência de produção de provas do dano ou donexo causal em casos em que ela é impossível, ou possível apenas parcialmente, pode conduzir a uma reparação insatisfatória diante da magnitude dos danos.

Sendo assim, diante do caráter subjetivo dos danos à pessoa, é impossível determinar exigências probatórias e critérios de reparação ou compensação fixos, que impediriam a efetiva busca pelo atingimento da justiça no caso concreto.

CONCLUSÃO

A reconstrução do conceito legal de dano moral, de forma a abranger as demais esferas de manifestações dos danos à pessoa, entre as quais se insere o que se compreende por dano existencial, é medida que se impõe por nosso ordenamento jurídico, quando compreendido sob o ponto de vista da integridade.

De fato, a reconstrução dos conceitos jurídicos e institutos com fundamento em princípios, encontra abrigo, além da teoria da integridade formulada por Dworkin, também na tensão existente entre Direito e Justiça, elucidada por Derrida.

Como Direito e Justiça não são condição um do outro, já que o Direito é aquilo a que se confere força, ainda que não seja justo, e a Justiça nem sempre tem força jurídica para ser concretizada, percebe-se que o Direito deve ser constantemente reconstruído, a partir dos casos concretos que exijam um novo olhar, não previsto pelas regras jurídicas.

Tendo em vista o caráter subjetivo dos danos à pessoa, essa reconstrução não pode ter a pretensão de criar uma solução para todos os casos. Tampouco se deve valorizar a previsibilidade, sob o suposto título de segurança jurídica, em detrimento da busca pela solução correta para o caso. Em razão da grande variabilidade de resultados de julgamentos que têm como objeto o dano existencial, mostra-se tentadora a limitação do instituto. No entanto, essa limitação apenas pode se dar no sentido de se aferir o que é, dentro daquele conceito, juridicamente relevante e o que não é, mas nunca de fixar as situações por ele abrangidas.

Assim, como cada caso é diferente dos casos anteriormente julgados e tutelados juridicamente, pode ser que o Direito não abranja determinadas situações, o que não exime o julgador de buscar realizar Justiça naquele caso.

Disso decorre a impossibilidade de se elaborar um conceito estanque e independente de dano existencial, em face dos demais danos à pessoa. No mesmo sentido, é necessário que se mantenha a abertura do conceito de dano à pessoa, para que este venha a ser ressignificado concomitantemente com as permanentes evoluções sociais, de modo a abranger as novas situações daí surgidas.

Essa abertura, no entanto, não pode ser preenchida conforme for da conveniência do julgador, mas deve ser coerente com os princípios e as regras daquele ordenamento jurídico.

No que tange ao dano existencial, seu surgimento no Direito brasileiro se coaduna, sobretudo, com o princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, e sua reparação se justifica pelo ideal da reparação integral, fixado em nosso Código Civil. O mesmo fundamento se aplica à reconstrução ampliativa da tutela dos danos à pessoa.

Da interdependência dos danos à pessoa não resulta, entretanto, a desnecessidade do estudo do dano existencial. A força que o instituto vem adquirindo é fundamental para melhor se compreender as diversas dimensões dos danos à pessoa. Assim, judicialmente, o dano existencial deve ser compreendido não como o objeto independente de determinada demanda, mas sim como um elemento a ser aferido dentro de uma ideia mais ampla de danos à pessoa.

A contribuição do estudo do dano existencial para o Direito como um todo é atribuir relevância jurídica à esfera existencial da pessoa e ao sentido de sua vida, bem como parar de se pensar os danos à pessoa como necessariamente vinculados a um sofrimento imediato. As maiores ofensas à dignidade da pessoa humana não estão em fatos que, embora causem grande abalo emocional e possam gerar traumas, são pontuais. Estão, em verdade, naqueles fatos que alteram, contra a vontade da vítima, o curso de seu projeto de vida ou prejudicam seus relacionamentos, que são os elementos fundamentais de sua própria existência, ou o significado maior de sua vida.

No âmbito do Direito do Trabalho, a figura do dano existencial ganha destaque. O trabalho, sem dúvida alguma, confere dignidade ao ser humano e passa a integrar sua própria identidade. Ocorre que o trabalho pode, por vezes, ao invés de somar-se à identidade pessoal, anulá-la.

A partir da análise de julgados da Justiça do Trabalho, observa-se que isso ocorre principalmente quando o trabalhador é compelido a deixar à disposição do empregador o tempo que dedicaria a atividades extralaborais fundamentais ao seu pleno desenvolvimento individual. A relação de desigualdade que permeia a relação trabalhista, haja vista a submissão do empregado em face do empregador, acaba por limitar a liberdade de escolha daquele.

Haja vista a subjetividade dos danos à pessoa, a comprovação do dano existencial só pode ser exigida quando, de fato, for objetivamente aferível, sendo certo que nem sempre é. Embora doutrina e jurisprudência defendam, em massa, que o dano existencial deve ser sempre comprovado, muitas vezes apenas o fato pode ser comprovado, mas não o dano, em si, ou o nexo causal entre o dano e a conduta lesiva. Nesses casos, não há outra solução que não presumir a presença de tais elementos para que se possa proceder à reparação do dano.

Também a reparação do dano é afetada por seu caráter subjetivo. Em geral, os danos à pessoa podem ser apenas compensados. No que tange ao dano existencial, pode haver reparação quando se permitir a retomada da execução de um projeto de vida ou quando se possibilitar à vítima a retomada de sua vida de relação. Não obstante, isso nem sempre é possível.

Por certo, a reparação integral do dano não pode ser garantida mediante indenização. Quando se trata de dano à pessoa, as modalidades de reparação devem ser mutuamente articuladas para se garantir a efetiva e integral reparação.

Além disso, nos casos em que há compensação mediante pagamento, a indenização deve corresponder aos danos causados no caso concreto, e não a um padrão indenizatório extraído de casos semelhantes.

Por fim, reafirma-se a importância do estudo e da tutela dos danos causados ao aspecto existencial da pessoa, conjuntamente com os demais danos à pessoa, como forma de aprimorar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e garantir efetividade à reparação integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista síntese direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 80, p. 9-36, nov./dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. n. 4. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2015.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista síntese: trabalhista e previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BROD, Fernanda Pinheiro; SANTOS, Francine Daniele dos. Dano existencial nas relações de trabalho. *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 31, n. 368, p. 65-85, ago. 2014.

CAPPELARI, Récio Eduardo. *Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

CARRIÓN, Luis Cueva. *Reparación integral y daño al proyecto de vida: con especial referencia al COIP*. Quito, Equador: Ediciones Cueva Carrion, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. Capítulo 5, O drama constitucional; p. 165-206.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. The Concept of Unenumerated Rights: Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, Estados Unidos, n. 59, p. 381-432, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: "precificando" lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n. 12. p. 229-268. 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Danos ao trabalhador e necessidade de reparação. *Jornal trabalhista consulex*, Brasília, v. 31, n. 1548, p. 3-12, set. 2014.

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.

IPEA. *SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social: Trabalho e tempo livre*. 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120321_sips_tempolivre.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2015.

ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. 4 abr. 1942.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

MORLINI, Gianluigi. *Danno non patrimoniale e danno esistenziale*. Reggio Emilia, Italia: Ordine Avvocati Reggio Emilia, 2014.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 8, p. 965-972, ago. 2014

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. A quantificação dos danos morais como exemplo da tensão entre direito e justiça: o processo judicial como narrativa e os limites da experiência. *Caderno jurídico Escola Judicial Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região*. Brasília, v. 3, n. 3, p. 9-29, maio/jun. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), adotada em 22 de novembro de 1969.

ORRÙ, Tiziana (coord.). Il danno e il suo risarcimento nel diritto del lavoro. Gruppo di studio: la consulenza tecnica e i meccanismi di liquidazione del danno. Roma, Itália. 26 mai. 2015.

PASTORE, Eduardo. Dano existencial no trabalho. *Jornal trabalhista consulex*, Brasília, v. 30, n. 1493, p. 11, set. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais*. Out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em: 28. mai 2015.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *El daño al proyecto de vida*. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 21 mai 2015.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana*. 2007. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais". *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 197-227, set. 2012.

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

TAMPIERI, Maura. *L'evoluzione del danno esistenziale secondo gli orientamenti della giurisprudenza*. Bologna, Italia: Università degli Studi di Bologna, 2012.

Jurisprudência:

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 1204-28.2010.5.04.0411. Data de Julgamento: 19/09/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 21/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: ARR - 11513-67.2013.5.18.0103 Data de Julgamento: 27/05/2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 29/05/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 12685-47.2013.5.18.0102. Data de Julgamento: 15/04/2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 17/04/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 154700-10.2010.5.23.0036 Data de Julgamento: 29/04/2015, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 04/05/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 154-80.2013.5.04.0016 Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 31/03/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 78-64.2012.5.04.0251 Data de Julgamento: 20/08/2014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 14/11/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-727-76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma. Publicação: *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 28/06/2013.