

As inovações tecnológicas e o dano (in)existencial virtual

Fernanda dos Santos Nunes

Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-Graduada em Processo Civil e Direito Civil com ênfase no Processo Civil. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Amatra 12. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Esmafe. Mestranda em Educação. Pesquisadora de Direito do Trabalho na Universidade de Coimbra – Portugal e na Universidade de Burgos – Espanha. Autora de diversos artigos jurídicos. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Processo e Sindicalismo da PUCRS. Pesquisadora, Palestrante e Advogada.

Palavras-chave: Dano existencial. Jornada virtual. Dignidade humana.

Sumário: Introdução – **1** Dano (in)existencial à luz das inovações tecnológicas – **2** A jornada de trabalho virtual: reflexos no dano existencial, inovações, conceitos e sua caracterização – Considerações finais – Referências

Cada coisa tem o seu valor; ser humano, porém tem dignidade.

(Immanuel Kant)

Introdução

O presente artigo convida os caríssimos leitores a fazerem profundas análises sobre o tema exposto, para melhor reflexão e compreensão sobre o dano existencial e suas vertentes, suas características e definições, além de destacar a doutrina, a jurisprudência e a legislação sobre o assunto trabalhado.

Destaca-se a importância das inovações tecnológicas no atual cenário jurídico brasileiro, à luz da justiça laboralista e seus reflexos na vida do trabalhador brasileiro, além de se destacar uma possível e inovadora jornada de trabalho a qual intitulo *jornada de trabalho virtual*.

Assim, estamos diante de uma inovadora concepção dinâmica do direito e suas vertentes calcadas, como sempre, no princípio da dignidade humana, ou por vezes indignidade humana, a depender do contexto, conforme veremos no decorrer deste estudo.

1 Dano (in)existencial à luz das inovações tecnológicas

O cenário mundial vem demonstrando de forma fugaz e dinâmica as novidades tecnológicas e suas necessidades nos dias atuais, reflexos diretamente identificados no ordenamento jurídico brasileiro, cujo escopo salutar está nas consequências ao indivíduo e ao coletivo, em especial, os danos gerados por todas as tecnologias existentes.

A despeito da eventual possibilidade do dano existencial corroborado pelas inovações tecnológicas, Júlio César Bebbber associa o dano existencial a tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida. Para ele, o ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso, qualquer fato injusto que frustrasse esse destino, impedindo a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.¹

Nesta esteira ensina o magistrado do TRT15, Souto Maior:

Releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo.²

Ambos autores destacam que a era tecnológica, pelas facilidades da informação e da conexão com dados e com pessoas instantaneamente, é de grande relevância, de outro lado, também ressaltam, entre outras palavras, que o dano existencial pode ser gerado pela falta de respeito ao princípio da desconexão e pela afronta direta à qualidade de vida do indivíduo, caracterizando o meio ambiente existencial, cuja conexão está vinculada de forma integral com as atividades desempenhadas e de forma disfarçada, ou seja, escravizada pelo contato integral com as redes virtuais.

Ao dissertar sobre o dano existencial, Flaviana Rampazzo Soares conceitua-o como todo conhecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre sua existência.³

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

² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

Assim denota-se que o dano existencial se trata de uma espécie de dano imaterial, ou seja, lesiona a vítima, impossibilitando-a de executar, prosseguir ou reconstruir o seu projeto de vida, de modo parcial ou totalmente, além da imensa dificuldade de retomar a sua vida de relação, comparando-se com a situação anterior.

O dano existencial vem sendo progressivamente destacado e caracterizado nas relações sociais, pois antes tudo era compreendido como uma parte do dano moral, e, agora, esclarece-se a diferença das peculiaridades, afinal enquanto o dano moral é totalmente introspectivo e peculiar a cada indivíduo, o dano existencial é justamente o contrário, relaciona-se, também, ao coletivo, pois impede que a pessoa exista como ser social, retirando-lhe tanto as energias, através do seu tempo e exageradamente o destina exclusivamente para o trabalho.

Assim, o direito ao dano existencial destaca-se na esteira da dignidade íntima do obreiro nos casos dos trabalhadores que extrapolam suas atividades, de forma contínua e costumeira, através do labor extraordinário, muitas vezes sem o descanso intrajornada e permanecendo em plantão no trabalho, sem o repouso necessário para a própria higiene mental e física, direito este assegurado de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob outro prisma, temos ainda o direito existencial em suas facetas mais cruéis, no que diz respeito ao direito de existir/ser um humano, pois não são poucas as pessoas que pelo Brasil e pelo mundo são esquecidas, desamparadas, morrendo de fome, sem qualquer direito mínimo para sobrevivência ainda que tutelado pelas leis sociais.

Neste contexto o TST já se manifestou, esclarecendo o próprio conceito de dano existencial trazido pela doutrina:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despreciosa a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma *jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador*. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada

da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido.⁴

Assim, destaca-se que o dano existencial tem como elementos lesões de duas ordens: ao projeto de vida e à vida de relações. No plano do projeto de vida, a pessoa tem liberdade de escolhas voltadas à autorrealização, configurando lesões a existência de alterações substanciais, injustas e arbitrárias no caminho escolhido pela pessoa, no curso da vida, impedindo-a de obter suas aspirações e seguir suas vocações, provocando frustrações. Estas lesões podem ocorrer na dimensão familiar, afetiva, sexual, profissional, artística, desportiva, educacional, entre outras. Já no plano da vida de relações, as lesões são levadas a efeito em razão do prejuízo nos relacionamentos e experiências humanas, entre outras.

A própria Corte de Justiça rio-grandense já exemplificou o dano existencial, conforme demonstra-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DANOS EXISTENCIAIS. DANO POR RICOCHETE. DANO PRÓPRIO. Incontroversa a responsabilidade da ré pelo evento danoso, tendo em vista a coisa julgada formada nos autos da ação nº 001/10901042173, ajuizada previamente pela sogra do autor, vítima direta do defeito na prestação do serviço contratado. Danos morais por ricochete suficientemente demonstrados nos autos. *Danos existenciais igualmente caracterizados, tendo em vista a prova das consequências externas, na vida do autor, em razão da alteração de seus hábitos de vida e forma de se relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades.*⁵

Conforme claramente observado na doutrina, Facchini Neto define o dano existencial:

[...] 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. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através

⁴ BRASIL. TST, 2ª Turma. RR nº 10347420145150002. Rel. José Roberto Freire Pimenta, j. 4.11.2015. *DEJT*, 13 nov. 2015. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2016. Grifos nossos.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível. *Acórdão proferido Apelação Cível nº 70062439476*. Rel. Eugênio Facchini Neto, j. 4.2.2015. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 9 set. 2016. Grifos nossos.

da prova de escolhas de vida diversas daquela que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.⁶

2 A jornada de trabalho virtual: reflexos no dano existencial, inovações, conceitos e sua caracterização

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

Neste aspecto explica Amaro Alves de Almeida Neto:

[...] toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.⁷

O autor Márcio Batista de Oliveira também destaca a importância do resgate da dignidade humana nas relações laboralista e ensina:

[...] que a sua aplicação e eficácia traduz-se na garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois, além de esse direito assegurar o desenvolvimento cultural, pessoal e social do trabalhador, tem ainda por objetivo a melhoria da qualidade de vida do trabalhador,

⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 171-219.

⁷ 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.

o resguardo de sua incolumidade física, intimidade e privacidade fora do ambiente do trabalho.⁸

Nesta linha doutrinária, o dano existencial agora também pode ser interpretado como dano existencial virtual, tendo em vista as tecnologias servirem de respaldo para a possibilidade de impedir a desconexão do trabalhador e, assim, facilitar o contato imediato e contínuo por parte do superior hierárquico, o que pode estar afrontando os direitos assegurados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1, III da CF/88.

O que (des)caracteriza o dano moral existencial em relação ao meio ambiente tecnológico? A separação do mundo virtual e da conexão diária e integral da internet denota um grande perigo à saúde do trabalhador, que está sempre ligado ao trabalho, seja na sua própria residência, seja nas férias ao dar aquela espiadinha no *e-mail*, seja via WhatsApp, enfim, tudo que possa comprometer a desconexão ao labor e a higienização mental e física do trabalhador.

Ainda, neste contexto, temos exemplos dos trabalhadores bancários, que exercem cargos de gestão (art. 62, II, CLT) e são obrigados ao contato direto e integral com o trabalho, seja respondendo *e-mail* ou dando retorno via WhatsApp, por obrigação e cobrança do superior. Casos como estes têm servido como uma avalanche na Justiça trabalhista por violar os princípios constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana, conforme já tratado no presente estudo, refletindo os danos existenciais devido ao contato direto com os meios tecnológicos.

Aqui estamos diante de um meio ambiente digital desfavorável ao indivíduo, pois o direito à saúde (direito social constitucional, art. 6 da CF/88) é absurdamente violado em prol do trabalho e das exigências do mercado de trabalho.

Neste aspecto o sobreaviso vira um “tormento” na vida laboral. Assim ensina Carmen Camino, ao caracterizar o sobreaviso como

um estado de alerta, na iminência de ser, eventualmente chamado ao trabalho [...] em situação intermediária entre a disponibilidade efetiva para o trabalho (art. 4 da CLT) e o descomprometimento completo com suas obrigações contratuais (intervalos ou folgas).⁹

Assim podemos refletir sobre uma nova possibilidade de danos, os danos existenciais tecnológicos, pois apesar de a definição do instituto relatar inúmeras vezes

⁸ OLIVEIRA, Márcio Batista. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Orgs.). *Direitos humanos em um contexto de desigualdades*. São Paulo: Boreal, 2012. p. 182.

⁹ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 395.

a questão da exaustão das jornadas físicas, agora, por certo, estamos diante da jornada virtual.

Cabe destacar que o art. 244, §2º, da CLT,¹⁰ em consonância com a Súmula nº 428 do TST,¹¹ dispõe que para a caracterização do sobreaviso não é mais necessário que o trabalhador fique aguardando ordens do empregador em sua residência, até porque uma das características dos meios de telecomunicação é exatamente a fácil mobilidade, entre outros, reflexo do meio ambiente digital.

Assim, podemos concluir que a limitação de locomoção – antigamente exigida pela limitação do direito de livre disposição do tempo alheio à jornada, com a ampliação do poder de comando do empregador e o impedimento de o empregado usufruir do descanso livre – não mais é necessária devido ao contato direto e fácil ao meio virtual.

Neste contexto, como seria a jornada virtual laboralista? Destaca-se que já temos alguns institutos, atualmente regulados no ordenamento jurídico seguindo esta sistemática, qual seja, o teletrabalho (art. 6, parágrafo único da CLT), que pouco tempo atrás recebia aplicação analógica pela falta de legislação e de previsão da existência do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O que parece, diante do contexto, é isso estar ocorrendo igualmente com o caso em tela, tendo em vista a nova realidade digital e a dinâmica veloz que a legislação precisa ter para acompanhar as transformações decorrentes das invenções humanas, cuja finalidade está em evoluir e tornar a vida mais prática através da tecnologia.

Contudo, conforme demonstrado, percebe-se que a dinâmica tecnológica por vezes pode ser maléfica às condições humanas, desgastando o corpo humano, gerando a estafa do indivíduo pela falta de intervalos e de descansos necessários ao vigor humano, configurando exigência de excesso de energia do operário.

Nesta esteira, Christiana D'arc Damasceno explica a importância do direito à desconexão:

[...] É por meio, ainda, do direito ao lazer, que o trabalhador adquire o direito à desconexão. Tal direito relaciona-se com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho descritas na Constituição Federal quanto à limitação da jornada, ao direito

¹⁰ Art. 244 da CLT: “As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que falem à escala organizada. [...] §2º Considera-se de ‘sobreaviso’ o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de ‘sobreaviso’ será, no máximo, de 24 horas. As horas de ‘sobreaviso’, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 do salário normal”.

¹¹ Súmula nº 428 do TST: “I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso”.

ao descanso, às férias, e à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho (art. 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII, da CF), pois demonstram a preocupação com a incolumidade física e psíquica, bem como com a restauração da energia do trabalhador.¹²

Considerações finais

Assim, diante do contexto estudado percebemos que o direito ao dano existencial se relaciona diretamente com a dignidade íntima do trabalhador nos termos propostos pela Carta Republicana de 1988. Afinal, a jornada de trabalho excessiva de forma contínua e costumeira, através do labor extraordinário, reflete o dano existencial conforme já demonstrado através da doutrina e decisões expressas no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o meio ambiente digital favorável ao indivíduo é absurdamente violado em prol do trabalho e das exigências do mercado de trabalho, surgindo, nos termos explanados, a jornada virtual laboralista.

Em suma, reflexão efetiva e dinâmica sobre o assunto em tela tornea a continuidade e progressiva alteração dinâmica da sociedade, assim, cabendo aos estudiosos do direito buscar soluções cada vez mais eficazes para atender aos anseios de uma sociedade desafiadora, inovadora e, agora, tecnológica.

Referências

- 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.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível. *Acórdão proferido Apelação Cível nº 70062439476*. Rel. Eugênio Facchini Neto, j. 4.2.2015. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 9 set. 2016.
- BRASIL. TST, 2ª Turma. RR nº 10347420145150002. Rel. José Roberto Freire Pimenta, j. 4.11.2015. *DEJT*, 13 nov. 2015. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2016.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

¹² OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2012. p. 52.

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

OLIVEIRA, Márcio Batista. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Orgs.). *Direitos humanos em um contexto de desigualdades*. São Paulo: Boreal, 2012.

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

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NUNES, Fernanda dos Santos. As inovações tecnológicas e o dano (in)existencial virtual. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 119-127, abr./jun. 2017.
