

O CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA DO JUIZ HEIDEGGER

THE EXISTENTIAL DAMAGE CONCEPT IN BRAZILIAN LABOR JUSTICE: THE HERMENEUTIC CONTRIBUTION OF JUDGE HEIDEGGER

Heraldo Elias Montarroyos*

RESUMO: O objetivo desse estudo é conhecer o potencial hermenêutico do conceito de danos existenciais na Justiça do Trabalho brasileira, incluindo um juiz hipotético denominado Heidegger nos processos judiciais e sentenças trabalhistas que usam esse conceito doutrinário. Como resultado desse laboratório de pesquisa constatou-se que a argumentação jurídica dos danos existenciais pode apresentar três possibilidades hermenêuticas, onde o juiz Heidegger se destaca particularmente evitando o objetivismo e o subjetivismo metodológicos.

ABSTRACT: The objective of this study is to know the hermeneutic potential of the concept of existential damages in the Brazilian Labor Court, including a hypothetical judge named Heidegger in the judicial processes and labor sentences that use this doctrinal concept. As a result of this research laboratory, it was found that the legal argumentation of existential damages may present three hermeneutical possibilities, where Judge Heidegger stands out particularly avoiding methodological objectivism and subjectivism.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Existenciais. Existencialismo Jurídico. Oportunidades Perdidas. Dignidade Humana.

KEYWORDS: Existential Damages. Legal Existentialism. Lost Opportunities. Human Dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Metodologia. 2 A Emergência do Juiz Heidegger no Poder Judiciário. 3 Oportunidades Perdidas. 4 Existencialismo Judiciário. 5 Nem Objetivismo, nem Subjetivismo. 6 A Sentença do Juiz Heidegger. Conclusão. Referências.

321

INTRODUÇÃO

Esse estudo pretende investigar até onde vai o potencial de aplicação do conceito de danos existenciais na área trabalhista, usando a hermenêutica de um juiz ideal que hipoteticamente participaria no processo judicial realizando a conciliação do Direito com a Ética existencialista. A pergunta que se pretende responder nesse estudo é até onde poderia ser aplicado o conceito de danos existenciais numa sentença da Justiça do Trabalho se um juiz denominado Heidegger entrasse em ação? A resposta considera que a sentença judicial apresentaria uma estrutura lógica de raciocínio baseada substancialmente na ideologia do existencialismo jurídico, conciliando, no entanto, os métodos subjetivistas e objetivistas do conhecimento, o que na prática resultaria na presença real ou empírica do juiz Heidegger.

Conceitualmente, o dano existencial impossibilita o empregado melhorar a sua história pessoal no Mundo, compartilhando hábitos, reflexões, aspirações, atividades e laços afetivos

* Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA).



com outras pessoas fora do local de trabalho. Diferentemente do dano moral que traz repercussão *psicológica* na vítima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.), o dano existencial provoca alterações *sociológicas* nocivas à existência social e afetiva da pessoa, impossibilitando, por exemplo, que ela cuide de suas responsabilidades públicas e domésticas ou interaja com familiares e amigos (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

O dano existencial é uma espécie de dano imaterial e viola o direito da personalidade devido à conduta patronal ilícita em duas situações específicas que funcionam como parâmetros fundamentais de caracterização desse problema no cotidiano:

- *Primeiro, quando o patrão proporciona conscientemente ou não maiores dificuldades para o empregado executar livremente o seu projeto de vida social e profissional fora do horário de trabalho.*
- *Segundo, quando o patrão impõe conscientemente ou não uma rotina que dificulta o empregado de desenvolver outras formas de relações sociais e afetivas fora do ambiente de trabalho (cf. SOARES, 2009).*

A primeira espécie de prejuízo, o “dano ao projeto de vida” que pode ser social, espiritual e profissional, impede o empregado de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus planos pessoais que supostamente promoveriam o seu progresso existencial, o que não ocorre devido à vinculação abusiva do empregado ao ambiente e ritmo de trabalho dominante. Na segunda espécie de dano imaterial, que traz impacto negativo na “vida de relações” ou na vivência da pessoa fora do horário contratado, a vítima não consegue se relacionar e conviver dignamente com a sua família e comunidade, realizando, por exemplo, atividades lúdicas, afetivas, ou de descanso, pois há um excesso de carga horária e condições indignas de produção impostas pelo patrão que diminuem a capacidade de socialização do trabalhador (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013; FROTA; BIÃO, 2010; FROTA, 2010).

1 METODOLOGIA

A estrutura lógica de raciocínio do juiz Heidegger apresenta várias categorias hermenêuticas interligadas: ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e contexto espacial-temporal.

Acompanhando o modelo delimitado pelo especialista LLOYD (1995), a ontologia se refere aos pressupostos fundamentais ou essenciais da investigação, caracterizando a identidade filosófica e dogmática de determinada unidade epistêmica, ou conceito doutrinário do Direito, etc. A metodologia, por sua vez, reúne métodos e técnicas que orientam a forma como serão colhidos os dados empíricos ou mesmo bibliográficos durante a execução do projeto de pesquisa ou formulação da sentença judicial, etc. Finalmente, a teoria é dotada de vários enunciados universais e particulares que representam a visão de mundo de determinada unidade epistêmica, explicando ou reinterpretando os dados empíricos disponibilizados pelo pesquisador ou então pelo conceito de danos existenciais, etc.

Sobre esse modelo, MONTARROYOS (2010) acrescentou três categorias auxiliares: axiologia, práxis e contexto, tendo em vista suprir a necessidade específica das Ciências Humanas e das Ciências Jurídicas no sentido de acompanhar a complexidade do conhecimento social. A axiologia, segundo MONTARROYOS (2010), define os valores, desvalores e contra valores da investigação, afirmando que o conhecimento jurídico não é neutro. A práxis, por sua vez, representa os modelos de solução de problemas, sendo, portanto, uma categoria de natureza utilitarista e pragmática. Por último, a categoria do contexto indica o tempo histórico e o espaço social do objeto de estudo, nesse caso, compreende o cotidiano do conceito de danos existenciais.

Para construir o juiz hipotético desse estudo serão utilizadas algumas proposições elementares da obra “Ser e tempo” (vol. 1), do filósofo HEIDEGGER (1993), com a missão de interpretar o conceito de danos existenciais na Justiça do Trabalho brasileira embasado na teoria do existencialismo jurídico.

A construção de um juiz ideal não é novidade nas Ciências Humanas. DWORKIN (2007) em sua obra “O império do Direito” criou a figura de um juiz dotado de perfeita integridade profissional e constitucional chamado Hércules, que sendo um tipo ideal serviria para avaliar o grau de distanciamento da realidade dos Tribunais em relação aos princípios da

constitucionalidade, principalmente enfrentando os adversários convencionalistas e pragmatistas.

Ao analisar a importância do juiz Hércules, MONTARROYOS (2012) destacou a contribuição metodológica do tipo ideal nos termos propostos por Weber, em sua obra “Ética protestante e o espírito do Capitalismo”. Segundo Weber, o tipo ideal é uma hipótese exagerada da realidade e tem como função heurística observar aspectos discretos do cotidiano, outras vezes, pode ser capaz de propor alguma diretiva destinada à melhoria da qualidade dos fenômenos sociais na direção do parâmetro idealizado.

Especificamente sobre o juiz Hércules, DWORKIN (apud MONTARROYOS, 2012, s.p.) considerou que:

Hércules é um juiz fictício paciente, íntegro, bem informado; conta com tempo infinito à sua disposição; é cheio de sabedoria; seu estilo de trabalho é metódico, reflexivo, criterioso, perspicaz e repleto de virtudes. Entretanto, quando observamos o cotidiano dificilmente encontramos o juiz Hércules presente no Poder Judiciário. Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade formam o direito constitucional que ele aplica. Não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive a suas caracterizações iniciais do direito. Servimo-nos de Hércules para fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos com o direito.

324

Ampliando a utilidade metodológica do tipo ideal, o economista BUCHANAN (1993) aplicou a hipótese do homem econômico de Adam Smith, justificando que essa figura artificial poderia não só descrever pela semelhança ou analogia a conduta racional dos cidadãos sob determinados pré-requisitos, mas também projetar impactos virtuais nas instituições jurídicas e políticas, revelando por conseguinte possíveis custos e benefícios que afetam o agente racional quando interage hipoteticamente com as estruturas institucionais. Na teoria da escolha racional buchiana, a pergunta fundamental é sobre o que faz mudar o desempenho ideal das instituições? A resposta se volta diretamente para o comportamento estratégico dos agentes racionais que utilizam e subutilizam certas normas e estruturas administrativas (cf. ALBUQUERQUE; MONTARROYOS, 2014).

Recentemente, MONTARROYOS (2015) também elaborou um juiz ideal denominado Hart com a intenção de prever a lógica de argumentação jurídica de um juiz perfeitamente

positivista, baseado em Kelsen, Hart e Bobbio. Desenvolvendo essa estratégia heurística, MONTARROYOS (2015) concluiu que o juiz Hart aplicaria uma fórmula de raciocínio composta por uma ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e contexto espacial-temporal. Sinteticamente, mostrou o referido autor que o juiz Hart tem como ontologia o dogma da legalidade. Mas na prática, sua metodologia é convencionalista. Sua axiologia reporta-se, por sua vez, ao ideal da segurança institucional, por isso refuta o ceticismo (onde *cada cabeça é uma sentença*) e o dogmatismo frio da Lei (que não atende ao caso concreto), valorizando por conseguinte a tradição hermenêutica do Tribunal onde ele atua, copiando o estilo hermenêutico e tradição corrente de sua comunidade judiciária.

Sendo conservador e estrategista o juiz Hart não deseja que sua sentença seja anulada ou então revogada pelos colegas do Judiciário; como resultado, ele se apega ao convencionalismo da comunidade judiciária e desenvolve o grau zero do poder discricionário que tem direito natural de usar. Deixa de lado, portanto, qualquer iniciativa de criação pessoal dentro da Lei quando se encontra perante casos difíceis envolvendo lacunas e antinomias.

Do ponto de vista teórico, o juiz Hart se preocupa com a *norma concreta* ou mais especificamente com as regras e interpretações convencionadas na instituição onde trabalha. Do ponto de vista prático, por sua vez, enfrentando problemas e propondo soluções, o juiz Hart adota soluções que estão previstas na Lei, buscando transformar os fatos em proposições jurídicas “puras”.

O juiz Hart é normativista. Ele não se preocupa, nem fica sensibilizado ou se incomoda com os fatos humanos apresentados no processo. A sua preocupação é com o discurso normativo imperfeito ou duvidoso que chega à sua mesa representando fatos humanos em litígio sobre os quais acredita que deve alcançar a justiça formal fazendo a aplicação de uma metodologia legalista e convencionalista.

Finalizando, explicou MONTARROYOS (2015), o discurso do juiz Hart reflete dois contextos integrados: o ordenamento jurídico nacional e a comunidade judiciária. A visualização desse duplo contexto assume a forma de uma pirâmide normativa, onde as regras ou Leis são invocadas e articuladas implícita ou explicitamente numa relação de superioridade-inferioridade normativa. Entretanto, o modo de subir essa pirâmide vai ser ditado pela convenção hermenêutica fixada na prática pela instituição judiciária onde esse juiz trabalha.

Em suma: a construção de um juiz ideal proporciona um parâmetro capaz de descrever a realidade ou então de especular resultados ideais ou, ainda, permite realizar prognósticos, servindo como hipótese de trabalho através da qual visualizamos possíveis impactos dentro e fora do ordenamento jurídico.

Especificamente, o resultado especulativo promovido pelo juiz Heidegger deve ampliar os debates nacionais sobre o tema dos danos existenciais, propondo uma terceira via metodológica que não é destacada claramente pelos especialistas brasileiros até então. Ou seja, através dessa hipótese de trabalho poderemos conhecer didaticamente as duas variações extremas do conceito de danos existenciais e apresentar como alternativa uma fórmula capaz de fortalecer a hermenêutica desse conceito doutrinário no Judiciário, maximizando a contribuição do existencialismo jurídico.

2 A EMERGÊNCIA DO JUIZ HEIDEGGER NO PODER JUDICIÁRIO

O próprio conceito de danos existenciais pressupõe a participação mínima de um juiz existencialista no Poder Judiciário; por esse motivo, acreditamos na hipótese inicial de que o juiz Heidegger é *espelho e resposta máxima ao conceito de danos existenciais*.

Sua filosofia existencialista parte da premissa ontológica de que o essencial do ser humano é o direito de existir ou de “estar-no-Mundo”; portanto, a preocupação analítica desse juiz ideal focaliza a qualidade da presença do ser humano na Sociedade, relacionando-se com outras pessoas e executando projetos intelectuais que poderão possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade.

Reforçando essa ontologia, contribui um trecho do filósofo HEIDEGGER (1993, p.40) ao afirmar que:

[...] a presença possui um primado múltiplo frente a todos os outros entes: o primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência.

O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a presença é em si mesma “ontológica”.

[...] A presença tem por conseguinte, um terceiro primado que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias.

Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.

Para fundamentar a sua analítica existencialista, o juiz Heidegger utilizaria os métodos da fenomenologia e hermenêutica. A análise da presença do indivíduo no Mundo usando esses dois métodos orientaria o desafio do juiz em conhecer a realidade existencial do ser humano, incluindo aspectos valorativos e sociológicos do Direito. Entretanto:

Na construção da presença não se deve aplicar, de maneira dogmática, uma ideia qualquer de ser e realidade por mais “evidente” que seja. Nem se deve impor à presença “categorias” delineadas por aquela ideia, ao contrário, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar a sua cotidianidade.

Não se deve extrair estruturas ocasionais e acidentais, mas sim estruturas essenciais. Essenciais são as estruturas que se mantêm ontologicamente determinantes em todo modo de ser da presença. Como referência à constituição fundamental da cotidianidade da presença, poder-se-á então alcançar um esclarecimento preparatório do ser desse ente [a presença] (HEIDEGGER, 1993, p. 44).

O juiz Heidegger incluiria no debate fenomenológico e contextualizador a categoria tempo, pois através dessa categoria se projeta o sentido do ser da pessoa com suas respectivas virtudes e defeitos ao longo de suas múltiplas vivências na Sociedade.

327

Na opinião do juiz ideal e concordando com o filósofo HEIDEGGER (1993, p. 45):

[...] deve-se mostrar que o tempo é o ponto de partida do qual a presença sempre compreende e interpreta implicitamente o ser.

Por isso, deve-se mostrar e esclarecer, de modo genuíno, o tempo como horizonte de toda compreensão e interpretação do ser.

Para que isso se evidencie, torna-se necessária uma explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão do ser a partir da temporalidade, como ser da presença, que se perfaz no movimento de compreensão do ser.

No todo dessa tarefa inclui-se a exigência de se delimitar e distinguir a compreensão do tempo.

Para o juiz Heidegger é necessário tornar transparente a existência da presença humana, bem como o sentido da existencialidade, no sentido de conhecer a historicidade e avaliar o sentido dos fatos históricos apresentados pela biografia da pessoa (cf. HEIDEGGER, 1993, p. 49). É pelo passado do indivíduo que registramos encaminhamentos, questões, respostas e fracassos, ligados necessariamente ao modo de ser da presença (HEIDEGGER, 1993, p. 47). Pela tradição, especificamente, “a presença se compreende a si mesma”, pois a tradição antecede os passos do presente. “A tradição abre e regula as possibilidades do seu ser” (HEIDEGGER, 1993, p. 48). Entretanto, por apresentar esse poder diretivo na vida das pessoas, há o risco de que a tradição possa causar um bloqueio para o livre desenvolvimento

da presença humana, retirando-lhe “a capacidade de se guiar, de escolher e de questionar a si mesma” (HEIDEGGER, 1993, p. 48).

Segundo o filósofo Hiedegger, a tradição faz parte dos manuais que orientam as condutas e a rotina social; por esse motivo, para se obter a transparência da história de vida do indivíduo:

É necessário que se abale a rigidez e o endurecimento de uma tradição petrificada e que se removam os entulhos acumulados. Entendemos essa tarefa como destruição do acervo da ontologia, legado pela tradição. Deve-se efetuar essa destruição, seguindo-se o fio condutor da questão do ser até se chegar às experiências originárias [relativas ao problema atual] (HEIDEGGER, 1993, p. 51).

O essencial no pensamento do juiz Heidegger é a dignidade da pessoa humana que tem o direito de existir plenamente ou de “estar-no-Mundo”; sendo assim, esse juiz consideraria que o trabalhador precisa dispor de tempo para usufruir e praticar seus direitos fundamentais. O juiz Heidegger protegeria também o direito que todo ser humano tem ao desenvolvimento integral de sua personalidade, visando à melhoria de seus atributos físicos, psicológicos, profissionais, sociais, espirituais, que dizem respeito à felicidade e à própria razão de ser da pessoa humana.

A metodologia de interpretação desse juiz empregaria os métodos hermenêutico e fenomenológico colocando em debate, fato, norma e valor; coincidindo, nesse ponto, com a “Teoria tridimensional do Direito” do jurista brasileiro Miguel REALE (1999), que integrou pela dialética da complementariedade essas três variáveis da realidade.

Entretanto, no momento de utilizar a metodologia hermenêutica, o juiz Heidegger admitiria que:

[O conceito de danos existenciais] deve ser enfrentado pelo Judiciário Trabalhista com a necessária prudência, sob pena de banalização de tão importante instrumento de tutela, apto, em razão de sua natureza, e desde que adequadamente interpretado, à preservação da normalidade do cotidiano do trabalhador. Incumbe, portanto, ao magistrado agir com ponderação, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, e aquelas previstas de lei, de molde a aferir a real corporificação do dano existencial, e achando-se este presente, fixar quantia que concomitantemente desestime a reincidência e compense a privação sofrida pelo trabalhador vítima do dano existencial, sem onerar excessivamente o ofensor e sem enriquecer a vítima, atendendo, assim, aos fins da responsabilidade civil (LORA, 2013).

A axiologia ou sistema de valores da sentença do juiz Heidegger procuraria equilibrar a liberdade dos contratantes com a eficiência da empresa e a responsabilidade social do patrão. Nesse sentido, o empregado como qualquer pessoa humana deve ter o direito de usufruir de sua liberdade de ação, de pensamento e de manifestação de habilidades diversas que vão além dos imperativos laborais. O princípio da eficiência deve ser levado também em consideração na balança da Justiça de modo que a indenização e a multa a serem aplicadas em decorrência dos danos existenciais não prejudiquem a vitalidade ou eficiência da empresa. Por sua vez, a responsabilidade humana e social do patrão pressupõe que ele deve ter controle sobre a qualidade de vida do seu empregado dentro do local e horário de trabalho, de tal forma que esse trabalhador não seja impedido de buscar o seu progresso familiar, social e intelectual devido ao excesso ilegal de carga horária ou devido às transferências geográficas frequentes e abusivas para outras cidades que não permitem, por exemplo, que esse mesmo empregado prossiga regularmente seus estudos numa Faculdade ou mantenha firme os laços afetivos com seus filhos, cônjuge e familiares em geral. Além do prejuízo psicossocial do empregado, que vive *enclausurado* no local de trabalho, concluiria o juiz Heidegger que o aumento abusivo das horas extras e a dependência do trabalhador ao sistema patronal afeta o seu desenvolvimento profissional no sentido mais amplo, inviabilizando uma série de oportunidades que poderiam facilitar a evolução de sua personalidade fora do ambiente e horário de trabalho. Na avaliação do juiz Heidegger, evitar esse tipo de problema social não é tarefa fácil, pois:

Os períodos de descanso [...] não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações muito mais graves de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Outro desafio encontrado pelo juiz Heidegger no cotidiano se refere à chamada “sociedade do conhecimento”, que ao contrário da sociedade baseada no modelo fordista-taylorista, desenvolve, agora, relações de trabalho sem controle objetivado do tempo relativo à produção (por exemplo: horário de trabalho indefinido e ausência de registros eletrônicos de entrada e saída do trabalhador, etc.), o que acarreta um processo de naturalização do trabalho



para certos tipos de empregos ou atividades que não conseguem mais discernir o *espaço-tempo laboral* do *espaço-tempo público* e do *espaço-tempo-doméstico*. Nesse tipo contemporâneo de mais valia absoluta, conforme a terminologia de Marx e Engels, o empregado fica condicionado ao poder do sistema capitalista do padrão 24 horas por dia (ARAÚJO, 2011). Diante desse fato, o juiz Heidegger avaliaria que as empresas devem adotar uma política humanizada como medida preventiva para não cometerem essa grave violação do direito humano do trabalhador, de não poder existir plenamente no Mundo; devendo o patrão assumir a sua responsabilidade existencialista, evitando o excesso de horas de produção e serviço, ainda que seja vantajosa economicamente essa alternativa para o empregado, pois tal fato viola o direito de qualquer ser humano de *cuidar de si e dos outros*.

A sentença do juiz Heidegger acreditaria que pode existir uma *empresa humana que tenha responsabilidade existencialista sobre seus empregados*. Nessa perspectiva, o juiz Heidegger consideraria que *tempo não é dinheiro*, contrariando a afirmação clássica do americano Benjamin Franklin. Para ele, diferentemente, *tempo é dignidade*. Além disso, o juiz Heidegger avaliaria que a indenização é um instrumento pedagógico para que outros casos não aconteçam, portanto, pelo critério da proporcionalidade, a condenação deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante; mas ao mesmo tempo não se desprezaria a função simbólica e educativa da indenização. Desse modo, para surtir algum efeito pedagógico e monetário, o valor fixado pela sentença deve causar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, preservando-se, no entanto, a integridade econômica da mesma.

Elaborando a sua decisão, o juiz Heidegger levaria em consideração os seguintes parâmetros:

- *A injustiça do dano*. Pois somente o dano injusto pode ser considerado ilícito.
- *Mais a situação presente do trabalhador*.
- *Mais os atos realizados no passado* que causaram danos ao projeto de vida pessoal e social do trabalhador.
- *Mais a situação futura* que a pessoa poderá vivenciar negativamente depois da ocorrência dos fatos ilícitos.

- Mais a *razoabilidade do projeto de vida*. Quer dizer: o trabalhador precisa demonstrar que a sua conduta no passado demonstrava boa disposição para realizar certos projetos e relações sociais que foram finalmente prejudicados pelo patrão (BEBBER, 2009).

A sentença do juiz Heidegger se preocuparia com a abertura da empresa humana para o Mundo, refutando o paradigma do homem-máquina em favor de uma concepção humanista afetiva e participativa na família e comunidade. Na contextualização das ideias desse juiz, envolvendo o tempo histórico e o espaço social, teria prioridade o Mundo moderno, onde a pessoa tem direito de estar presente, desfrutando o direito social e humano de existir e de progredir dentro e fora do local de trabalho. De acordo com a análise existencialista de FROTA; BIÃO (2011, s.p.):

O projeto de vida espelha, em outros termos, as relações do ser com a sua ambiência e seu lugar sociocultural (*mundo circundante*), as relações que estabelece, seja em casa, junto aos familiares, seja nos espaços sociais (*mundo humano*), e a relação perante si mesmo (*mundo próprio*). Assim, compartilhando-se o cotidiano, as experiências, os projetos e os objetivos comuns no respectivo contexto sociocultural, o indivíduo é chamado a construir, de forma *realista*, sua própria história vivencial. portanto, mesmo diante de uma sociedade permeada de individualismo, de valores utilitaristas e de exacerbado hedonismo, é preciso observar que toda *projeção de futuro* em derredor do projeto de vida traz consigo a *presença dos outros* e da *construção* que essa presença pode gerar para *o ser em movimento*, que se define e é definido pelos outros, e, sensível a esse olhar cambiante de outrem para si e a novos aprendizados e circunstâncias, sente-se impelida a se reinventar de tempos em tempos (*vir-a-ser*).

331

3 OPORTUNIDADES PERDIDAS

A decisão autoritária do patrão em privilegiar o princípio da eficiência desrespeitando o princípio da liberdade da pessoa humana (como é o caso extremo do *trabalho análogo ao do escravo*) determina que o empregado escolha alguma alternativa imediata: ou concorde ou discorde dessa conduta patronal. Se não concordar, o risco de perder o emprego ou de sofrer retaliações é alto. Se concordar, internaliza, injustamente, dois *custos de oportunidade*, que são os prejuízos ao projeto de vida e às relações sociais.

Nesse processo de tomada de decisão, contribui o conceito de *custo de oportunidade*, segundo o economista e filósofo BUCHANAN (1993), indicando que toda escolha pessoal implica necessariamente sacrifício, corte ou abdicção de algum prazer ou bem-estar que se

fariam presentes em outras alternativas disponíveis, mas que são descartadas por apresentarem um alto custo monetário ou institucional na avaliação do sujeito envolvido.

Na Ciência Econômica, o *custo de oportunidade* é um custo subjetivo ou psicológico experimentado por aquele que toma determinada decisão sacrificando alguma alternativa principal para ficar com outra secundária.

As escolhas causam impacto não apenas sobre o decisor, mas também sobre a qualidade de vida da comunidade ou parte dela, trazendo malefícios nas relações cotidianas conhecidos como *externalidades negativas* ou males públicos que podem ser de alcance individual e social (BUCHANAN, 1993).

Na conceituação do economista BUCHANAN (1993, p. 74):

No contexto de pós-escolha ou de escolha influenciada pelo custo, comparativamente, as oportunidades perdidas são aquelas que poderiam ter sido desfrutadas na medida em que se reflitam nos prejuízos em utilidade ou nos sacrifícios experimentados. Poderá haver uma diferença psicológica importante nos prejuízos em utilidades que envolvem o custo que influencia a escolha e o que é por ela influenciado. No momento da própria escolha, o custo será a avaliação do indivíduo que escolhe em relação aos prazeres esperados a que deve renunciar após ter efetivado o seu compromisso; o custo também será aquilo que o indivíduo poderá evitar se escolher uma outra opção. Neste contexto, o custo deve ser e permanecer um evento puramente mental. A utilidade para o indivíduo que faz a escolha somente estará reduzida na medida em que seja funcionalmente dependente da utilidade esperada nos períodos de pós-decisão.

332

Da mesma forma, o juiz Heidegger avaliaria racionalmente que o *custo de oportunidade* representa *oportunidades perdidas* que o trabalhador sofreu ou sofrerá por causa dos efeitos de sua escolha *inautêntica* contaminada na ocasião pelo medo de perder o emprego.

Concordando com esse conceito, o juiz Heidegger reconheceria o fato de que:

[Pela] senda da *inautenticidade*, [a pessoa] se desvencilha do *ônus de decidir*, por meio da *má-fé* de delegar a outrem (*verbi gratia*, cônjuge ou companheiro (a), família, círculo de amigos próximos, colegas de trabalho, partido político, autoridade eclesiástica ou formadores de opinião da mídia) [o poder de fazer] a escolha. Trata-se de um ensejo à *crystalização*: repete o indivíduo comportamentos sociais (por vezes, patológicos) que conflitam com os anseios de sua alma, ao ceder, diria William J. Richardson, “à sedução de *ser-em* com a multidão”, e se perder em meio aos projetos existenciais alheios e às escolhas que os demais fazem em seu lugar e para si. Da *inautenticidade* surge o mecanismo de autopunição psicológica consubstanciado no *sentimento de culpa* (FROTA; BIÃO, 2010, s.p.).

Ao contrário da *vida inautêntica*, quando se garante uma *vida autêntica* para o trabalhador aparecem aspectos louváveis na visão do juiz Heidegger, pois:

[O indivíduo] tem a necessidade de se projetar “para fora de si mesmo para poder encontrar seu próprio significado” ao perseguir “metas transcendent”, à proporção que “procura realizar seu projeto de vida” no bojo da “eterna superação de si mesmo”, percurso em que, dentro de sua dimensão histórica, econômica, social, cultural e axiológica, e diante do leque de possibilidades que se apresentam no cotidiano, o ser humano se vê obrigado a realizar escolhas, *autênticas* (“frutos da autocompreensão”, em linha de coerência consigo mesmo, ao assumir que as próprias escolhas são frutos da sua liberdade e responsabilidade) ou pautadas pela *má-fé* (caso repila “a sua liberdade de escolha e a sua responsabilidade” e, em consequência, negue “a possibilidade de escolher livremente o seu futuro” (FROTA; BIÃO, 2010, s.p).

4 EXISTENCIALISMO JUDICIÁRIO

Atualmente, o debate judiciário se divide entre o objetivismo e o subjetivismo metodológicos. De um lado, defende-se a materialidade da comprovação dos danos existenciais; de outro lado, defende-se a presunção dos danos que não se configuram em provas materiais, mas na descoberta da essência do fato delituoso, ou seja, na visualização da relação do excesso de carga horária com o direito de “estar-no-Mundo”.

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), encontra-se o julgamento do Recurso de Revista nos autos do processo n. 154-80.2013.5.04.0016, 4ª Turma, com a relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, que teve o seguinte direcionamento: “RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO À JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS”. Nesse julgamento, considerou-se que:

- a) 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.
- b) O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.
- c) 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”.
- d) A sobre jornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja *demonstração inequívoca* [grifo nosso] do comprometimento da vida de relação.
- e) A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou por apenas nove meses. Não se afigura

razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado.

f) Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em (*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 lhe exigiu labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações (apud FERREIRA, 2016).

Segundo os juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), o fato de *haver jornadas excessivas por si só aponta a presença dos danos existenciais*. Por outro lado, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) julgando caso recente considerou que as jornadas de trabalho excessivas e habituais exigidas pelo empregador *não geram automaticamente indenização por dano existencial*. Para que este se configure, o *trabalhador precisa provar que as horas extras de serviço comprometeram de forma grave e irremediável o seu projeto de vida*. Esse foi o entendimento firmado pela ao dar provimento ao Recurso de Revista por divergência jurisprudencial que absolveu a WMS Supermercados do Brasil a pagar indenização por dano existencial a uma ex-funcionária. No caso, a mulher moveu ação contra a empresa pedindo indenização por dano existencial. Ela afirmou que tinha dois tipos de jornadas diárias, que se alternavam: em um dia, trabalhava 15 horas (das 6h às 21h), no dia seguinte, seis horas (das 12h às 18h). Além disso, a empregada disse que só tinha duas folgas por mês. Anteriormente, o juízo de primeira instância deferiu o pedido da mulher reclamante e o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) confirmou a sentença e condenou o supermercado a pagar indenização de R\$ 8,1 mil à sua ex-empregada. De acordo com o TRT-4, “a exigência de jornada excessiva, inclusive em dias destinados ao repouso semanal e em feriados, fere a dignidade do empregado, tolhendo o seu direito ao descanso, invadindo sua privacidade, prejudicando o seu lazer e o seu convívio familiar”. Além disso, *o Tribunal entendeu que o dano é presumido, não precisando ser provado*. Mas o Ministro João Oreste Dalazen, relator do caso no TST, discordou dessa interpretação regional. *Segundo ele, a trabalhadora não comprovou que seu projeto de vida foi prejudicado pelo tempo que passava em serviço*. Para Dalazen, o fato de que sua jornada de trabalho não era

sempre de 15 horas e de que seu contrato de trabalho durou apenas nove meses *não autoriza presumir* a ocorrência do dano existencial. Para fortalecer o seu argumento, o relator citou diversos precedentes do TST que consideram que extensas jornadas de trabalho não geram, por si só, indenização por danos morais. O mesmo magistrado afirmou também que o dano existencial devido ao excesso de serviço só ocorre quando a pessoa fica muito tempo à disposição do empregador que acaba prejudicando de forma irreversível suas relações com familiares e amigos, seu descanso, seus *hobbies* e seus sonhos. Com isso, Dalazen votou pelo provimento ao Recurso de Revista para excluir da condenação da WMS Supermercados no pagamento da indenização por dano existencial à trabalhadora. A maioria dos ministros da 4ª turma do TST seguiu o seu entendimento (RODAS, 2015).

5 NEM OBJETIVISMO, NEM SUBJETIVISMO

No ordenamento jurídico brasileiro não existe no momento uma norma específica sobre os danos existenciais. Por essa razão, a maioria dos juízes que são adeptos desse conceito têm geralmente praticado, por livre escolha, em vários tribunais brasileiros, o *integralismo constitucional* aplicando a *interpretação extensiva* das Leis no sentido de preencher a lacuna formal e substancial diagnosticada em relação a essa demanda do cotidiano envolvendo patrão-empregado. Na interpretação extensiva são ampliadas as normas gerais existentes na direção do caso concreto sem perder de vista os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal. Porém, conforme visto anteriormente, uma das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) rejeitou uma decisão do Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, ressaltando que há necessidade de provas contendo documentos e testemunhas para o bem da segurança jurídica e da Justiça formal.

Esse debate hermenêutico que se desenrola nos Tribunais e na bibliografia nacional também é objeto de crítica do juiz Heidegger. Em sua visão, deve ser evitado o intuicionismo, porque existe a legalidade delimitando direitos e deveres, através dos manuais jurídicos que orientam idealmente os processos decisórios. Por outro lado, o extremo oposto, o objetivismo, isoladamente, também deve ser rejeitado, porque faz acreditar que os registros materiais e testemunhais seriam os elementos decisivos para se provar a ocorrência dos danos existenciais, o que do ponto de vista existencialista resulta numa *interpretação restritiva* desse conceito; em ambos os casos.

Entre esses dois extremos, que apesar de tudo são minimamente favoráveis ao olhar existencialista do conceito de danos existenciais, encontra-se uma terceira via, sintetizadora do intuicionismo com o objetivismo, equilibrando a *evidência* das provas materiais com a presunção do dano que ganha corpo e alma através da reflexão fenomenológica e hermenêutica do juiz que mergulha na essência do fato denunciado e, sobretudo, na *vivência* da parte reclamante, a vítima.

- a) *O passado é representado pelos registros materiais e memória das testemunhas que relembram os delitos cometidos no local e horário de trabalho.*
- b) *O presente traz a evidência dos danos e a frustração existencial da pessoa com a vivência traumatizada pelos danos existenciais.*
- c) *O futuro prevê as reais e virtuais sequelas dos danos existenciais a partir do contexto concreto e história de vida da vítima que são visualizadas por meio da intuição e sensibilidade do juiz.*

336

Para o juiz Heidegger concluir em grau máximo de análise que houve algum dano existencial é necessário incluir materialmente não apenas o *nexo causal* entre a ocorrência ilícita do passado e a conseqüente situação traumática do empregado hoje.

O juiz Heidegger consideraria por meio de sua intuição pessoal, e usando a sua compreensão humanista, que a reclamação e os registros materiais e testemunhais referentes ao dano ganham melhor entendimento com a dialética promovida entre o passado, o presente e o futuro, projetando-se os *nexos virtuais* entre a realidade dos fatos e o fracasso do projeto de vida e das vivências pessoais que poderiam ter sido experimentados em outra situação ideal pelo empregado, caso não tivesse ocorrido a interferência injusta do patrão. Portanto, o juiz Heidegger avaliaria as perdas salariais e materiais que a vítima sofreu ou vai arcar economicamente em curto, médio ou longo prazo em conjunto com as sequelas existenciais que ficarão gravadas por muito tempo na vida social e particular desse mesmo trabalhador, desenvolvendo-se aqui o poder intuitivo no terreno da Constitucionalidade e nos limites do conceito de danos existenciais.

Em um extremo metodológico, o objetivismo se detém na objetividade das coisas. Segundo o epistemologista HESSEN (2000, p. 70), é o objeto quem determina o sujeito nesse modo de produção do conhecimento. O sujeito deve ser um tradutor da mensagem implícita

ou explícita do objeto, “pois [o objeto] apresenta uma estrutura totalmente definida que será reconstruída pela consciência do cognoscente”.

Em harmonia com o modelo objetivista, encontra-se o realismo crítico que se baseia nas informações e experiências compreensíveis por uma metodologia igual ou semelhante à Física e às Ciências Naturais, sintetizando o saber em termos materiais, quantitativos e fatuais.

O realismo crítico faz uma diferença fundamental entre percepções e representações. “[...] nas percepções lidamos com objetos que podem ser percebidos por diversos sujeitos, enquanto os conteúdos das representações são perceptíveis para o sujeito que as possui” (HESSEN, 2000, p. 79). Nesse sentido, HESSEN (2000, p. 78) apresentou o seguinte exemplo: “se mostro a pena que está em minha mão a uma outra pessoa, a pena será percebida por uma multiplicidade de sujeitos; quando pelo contrário, “recordo-me de uma paisagem, que já vi, ou quando a represento na fantasia, o conteúdo dessa representação só está aí para mim”. Ou seja, as percepções seguem a objetividade do saber, enquanto as representações dependem do sujeito produtor das imagens ou desenho do objeto que poderão ser compartilhados por outros sujeitos desde que haja entre eles identidade de valores, de ideologias, de crenças, etc.

O mesmo analista destacou que o realismo crítico considera a independência das percepções com respeito à vontade. Quer dizer, “as representações eu posso provocar, modificar e fazer desaparecer segundo a minha vontade, mas com as percepções isso não é possível, porque os objetos existem realmente, independentemente do sujeito que os percebe” (HESSEN, 2000, p. 79).

Ainda na visão do realismo crítico, existe a independência dos objetos em relação às nossas percepções humanas, ou seja, “amanhã encontrarei a mesma escrivinha no mesmo lugar que estou deixando à noite” (HESSEN, 2000, p. 80). Além disso, fica evidente essa independência quando visitamos um determinado lugar e depois de um ano, percebemos uma série de mudanças, “sem que eu tenho feito absolutamente nada” (HESSEN, 2000, p. 80). Conseqüentemente, o realismo crítico entende que tudo depende da vivência e da experiência do sujeito sobre o objeto, entretanto, nesse caso, as coisas da realidade não dependem da nossa vontade e geralmente “resistem à nossa vontade” (HESSEN, 2000, p. 80).

Em outro extremo metodológico, no subjetivismo, o centro da gravidade do conhecimento está na subjetividade. Significa dizer que o sujeito tem o poder de modelar o



conhecimento ou representação que se refere à essência e à forma do objeto de estudo. Ou seja, todos os objetos são produtos do pensamento; são produções da consciência.

Em harmonia com esse método, e no grau extremo de subjetivismo, aparece o intuicionismo. Segundo o analista HESSEN (2000, p. 97) nesse caso conhecemos algo pelo “olhar” da consciência. Em outras palavras, o conhecimento é apreendido numa relação interna ou externa com o objeto real. Nessa modalidade, existem as intuições formal e material. Na modalidade formal, visualizamos a existência de alguma forma de relação entre as coisas (conflito, cooperação, interdependência, etc.). Na modalidade material, por sua vez, a intuição busca conhecer o conteúdo dessa relação pela via imaginativa e especulativa do sujeito. O conhecimento intuitivo depende, portanto, da estrutura psíquica do ser humano, dotado de três aspectos fundamentais: querer, pensar, sentir (HESSEN, 2000, p. 99). Em geral, pelo método da intuição alcançamos alguma visão de realidades invisíveis e indizíveis pelo senso comum e pela objetividade física e sensorial proveniente do contato que se tem com determinado objeto. Nesse sentido, HESSEN (2000, p. 107) citou o hermeneuta Dilthey, que afirmou que a intuição é algo irracional, “um entrar em contato emocional e volitivo com a realidade”. Dilthey também criticou os racionalistas e intelectualistas, dizendo que “nas veias do sujeito cognoscente não corre sangue, mas suco diluído da razão enquanto mera atividade mental” (apud HESSEN, 2000, p. 110). Preocupado com a totalidade do Homem, Dilthey afirmou, além disso, que devemos considerar o fato de que “o mesmo deseja, sente, representa; ou seja, existe uma multiplicidade de forças que devem ser apreendidas pelo pesquisador pela via da intuição, que não é acessível pela via do entendimento” (HESSEN, 2000, p.115).

338

De acordo com HESSEN (2000, p. 115), “o conteúdo interno, a verdadeira qualidade valorativa de disposições do espírito, como a justiça, a moderação e a pureza só podem ser imediatamente vivenciadas, só podem ser intuídas”. Portanto, para se visualizar questões éticas ou de valores, precisamos da intuição, admitiu categoricamente o referido autor.

HESSEN (2000, p. 107) também resgatou em seu estudo algumas ideias do fenomenologista Husserl, que afirmou que “onde existe intuição, ou seja, a visão da consciência, há também a possibilidade da ideação ou intuição da *essência correspondente*”.

Continuando a caracterização do método intuicionista, HESSEN (2000, p. 107) citou Scheler, que considerou ao lado da intuição racional de Husserl a intuição emocional. “Vendo nela [na intuição emocional] o órgão para o conhecimento dos valores”. Ou seja, segundo



Husserl, “os valores são apreendidos imediatamente por nosso espírito do mesmo modo que as cores são apreendidas pelos olhos” (HESSEN, 2000, p. 107). De outra forma, “para Scheler a intuição emocional gera um sentir intencional, que ilumina ou visualiza valores ocultos” (HESSEN, 2000, p. 107).

Especificamente em nosso modelo, o juiz Heidegger não adotaria o objetivismo e o intuicionismo de forma excludente. Sua conduta seria um espelho do raciocínio do filósofo Heidegger e nesse caso buscaria sintetizar esses dois extremos, concretamente, personalizando e humanizando o Direito positivo em relação ao caso concreto. O juiz Heidegger entende que o Direito positivo tem sua materialidade no papel, nos manuais, códigos e instituições. Mas é apenas um ideal materializado pela sociedade, pensado em abstrato, e baseado no critério da validade jurídica através do qual se pretende promover a justiça formal (cf. DUARTE; FONSECA, 2014). Ele sabe também que o Direito positivo é uma ordem normativa dotada de potencial coercibilidade. “Nesta conceituação, o Direito se apresenta no modo de ser da coisa, possuindo como substância ideal a ordem normativa e como propriedade ser esta ordem normativa dotada de coercibilidade” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.482). Consequentemente, “se o Direito, entendido como coisa ideal, é uma ordem normativa, esta ordem deve ser ordenada da mesma forma que a linguagem entendida como coisa, pois o ente ideal nada mais é do que linguagem. Ou seja, a ordem normativa é ordenada logicamente” (DUARTE; FONSECA, 2014, p. 482).

339

Considerando essas preliminares, a sentença do juiz Heidegger passa pelo formalismo, mas amplia os limites dos códigos; ou seja, contextualiza e resignifica a aplicação da Lei. Em sua metodologia de trabalho, portanto, “o Direito se mostra inseparável daquela aplicação particular dada na lida prática e, também, inseparável do conceito de justiça, que inclui todo o mundo circundante do Direito, mundo historicamente determinado” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.483). Reforçando esse argumento, temos a seguinte situação hipotética:

[...] se vivêssemos em uma época em que fosse permitida escravidão por dívida, em que essa prática fosse considerada justa, provavelmente o nosso homem que foi barrado na boate não usaria o argumento que usou no primeiro exemplo; provavelmente ele sairia correndo de pronto. O mundo circundante, agora, portanto, determina o que é e como deve ser usado o direito. A Ciência que estuda o direito neste modo de ser já não é a Lógica Jurídica, mas a Hermenêutica Jurídica (DUARTE; FONSECA, 2014, pag. 483).

A metodologia do juiz Heidegger parte da premissa de que:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto - lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre também aplicar. Se o direito possui o momento característico do modo de ser do homem, o estar livre para suas possibilidades, isso quer dizer que o direito, além do modo de ser da coisa e do modo de ser do para-quê, também se mostra - e propriamente se mostra - a partir da estrutura ontológica da cura (DUARTE; FONSECA, 2014, p. 484).

A filosofia de trabalho do juiz Heidegger é humanista: coloca as necessidades e potencialidades do Homem no centro de suas atenções, por isso o Direito é um objeto repensado e reconstruído no Mundo no sentido de elevar a dignidade da pessoa e da sociedade humana. Consequentemente, “[...] toda interpretação do Direito sempre se dá no modo da reinterpretação de sua história. A própria justiça, que é um conceito histórico, tem que ser compreendida como não determinada historicamente pelo seu mundo circundante, tem de ser entendida como livre” (DUARTE; FERREIRA, 2014, p. 486). Na visão do juiz Heidegger:

340

O conceito de justiça - está aberto em seu ser. A justiça se pergunta, a cada momento, pelo seu próprio ser. A cada decisão de um juiz, ou pedido de um advogado, ou mesmo em um contrato, o conceito de justiça tem que ser perguntado em seu ser. E isso não poderá nunca deixar de ser assim, porque isso não é uma propriedade de uma substância, mas uma estrutura ontológica, o direito sempre será assim, a justiça sempre estará em aberto. Isso não significa, devemos acentuar, liberalidade total, já vimos que o direito é livre, mas ele é sempre, ao mesmo tempo, inserido em um mundo; ele é sempre um já-ser-em. Sua liberdade, portanto, apesar de não ser determinada, é sempre fática, é sempre uma liberdade para possibilidades e estas, por sua vez, são sempre possibilidades historicamente e existencialmente dadas. Com essa concepção de direito, o fim do direito, a justiça, deixa de ser considerada um conceito pronto e acabado que estaria em algum lugar, seja no mundo das ideias, na linguagem, seja em uma razão transcendental, ou ainda, em um hipotético consenso universal (DUARTE; FERREIRA, 2014, p. 486).

Nessa concepção humanista de Justiça, o juiz Heidegger considera finalmente que:

A culpa de injustiça cai sobre o homem que a praticou, e não mais sobre a economia, a política, a história. Com essa compreensão de direito e de justiça não se pode mais dizer: - “Eu fiz porque estava na lei”. A única resposta possível agora é - “Eu fiz porque eu sou injusto” (DUARTE; FONSECA, 2014, p.488).

6 A Sentença do Juiz Heidegger

Na sentença relacionada ao processo n. 643-27.2014.5.08.0128, da 3ª Vara do Trabalho de Marabá, 8ª Região, o juiz indeferiu o pedido de adicionais de insalubridade e de periculosidade em razão de o laudo pericial legalmente exigido nessas situações não atestar ambiente de trabalho perigoso ou insalubre. Apesar dessa negativa, efetuou-se na sentença o equilíbrio metodológico entre o objetivismo e o intuicionismo no que se refere à busca do ressarcimento pelos danos existenciais.

De um lado, o juiz decidiu embasado nas provas materiais contundentes, que demonstraram a ausência do reclamante de seu ambiente familiar e social; ficando comprovado assim que o período contratual foi abusivo no horário de trabalho das 6:00h às 23:00h, de domingo a domingo, sem folga semanal, sem gozo integral da hora de refeição e sem haver o gozo integral de intervalo entre o fim e o início de outra jornada.

De outro lado, o juiz desenvolveu a sua intuição notando algo invisível, o nexo virtual, projetando as implicações existencialistas decorrentes da ausência do convívio familiar e social, destacando assim convicção de que a parte reclamante perdeu outras oportunidades afetivas e recreativas que comprometeram a sua integridade física e mental.

Verificou-se e intuiu-se, portanto, que a lesão alegada pela reclamante era plenamente coerente e razoável com o seu histórico pessoal, tendo ela conseguido provar até certo ponto que se afastou das relações familiares e sociais em virtude das tantas horas extras trabalhadas.

Houve a fixação da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título indenizatório, sem onerar o ofensor em demasia, levando-se em consideração o caráter pedagógico da indenização concentrado exclusivamente no critério da proporcionalidade. Nesse caso, os valores fixados não prejudicaram a saúde da empresa que possui legalmente função social importante junto à Sociedade.

Diante dessa manifestação, conclui-se que a decisão judicial trouxe equilíbrio à balança da Justiça, seja do ponto de vista formal e substancial, havendo nesse sentido uma decisão legítima que além das provas apresentadas que fundamentaram as causas e os efeitos da situação problemática considerou-se também a intuição do juiz no sentido de construir o nexo virtual entre o que aconteceu e o que deveria acontecer e o que pode resultar no futuro da parte reclamante.

Essas informações foram extraídas da pesquisa realizada na Justiça do Trabalho de Marabá, Estado do Pará, de autoria do acadêmico de Direito Adriano Guimarães de Oliveira, em Trabalho de Conclusão de Curso defendido em março de 2017, sob orientação do professor Heraldo Montarroyos, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA).

CONCLUSÃO

O juiz Heidegger foi projetado nesse estudo para responder virtualmente à seguinte questão: como seria uma sentença trabalhista no Poder Judiciário se um juiz ideal de personalidade existencialista pura entrasse em ação?

A resposta desse estudo considerou hipoteticamente que o juiz Heidegger usaria uma série de critérios, obedecendo a uma ordem lógica de raciocínio, visando julgar o caso concreto sempre na sua singularidade, evitando dois extremos que isoladamente subestimam a riqueza hermenêutica do conceito de danos existenciais.

Nem objetivismo, nem subjetivismo metodológicos, e sim, integracionismo ou síntese desses dois extremos caracterizariam, portanto, a visão de mundo do juiz Heidegger. Consequentemente, a sua sentença buscaria maximizar a hermenêutica do conceito de danos existenciais, conciliando a evidência das provas com a vivência dos fatos traumáticos na vida do trabalhador.

Pelo critério *ontológico*, o juiz Heidegger observaria dois parâmetros fundamentais: o prejuízo à vida de relações e ao projeto de vida do trabalhador. Idealmente, a pessoa deve “estar-no-Mundo”, mas infelizmente o dano existencial no Direito do Trabalho chamado de “dano à existência do trabalhador” impede que o mesmo se relacione e conviva em maior ou menor escala com a Família e Sociedade.

A *metodologia* aplicada com o objetivo de conhecer a realidade dos fatos ilícitos e ilegais desenvolveria a dialética entre a intuição e a objetividade do saber, equilibrando a sensibilidade embasada na presunção do dano com a objetividade ou materialidade das provas e depoimentos. Além do nexa causal, ligando a conduta anterior ao resultado ilícito, o juiz Heidegger focalizaria o *nexa virtual* entre a realidade e a idealidade do futuro sacrificada devido à interferência negativa do padrão, ficando aqui evidentes através da vivência do

trabalhador e da sensibilidade intuitiva do juiz as *oportunidades perdidas no passado, presente e futuro*.

Respeitando a legalidade, o juiz Heidegger com sua hermenêutica existencialista reinterpretaria as normas genéricas da Constituição federal brasileira (artigos 1, 5 e 6); do Código Civil brasileiro (artigos 12, 186 e 927); e da CLT (Legislação Trabalhista), procurando delimitar tecnicamente a reparação dos danos causados por ação ou omissão quando há violação aos direitos da personalidade, ou seja, ele estaria preocupado em personalizar a Lei para o caso concreto, pensando sempre na equidade e Justiça que se encontra dentro e fora do texto legal; nesse sentido produziria uma releitura humanista dos manuais jurídicos.

O juiz Heidegger procuraria personalizar a Lei e conferir abertura do Direito para o Mundo, resolvendo o caso concreto com justeza, combinando validade e efetividade da Lei. Em sua metodologia de observação dos fatos, aplicaria também o critério auxiliar da razoabilidade; quer dizer, o projeto de vida sacrificado pelo trabalhador deveria ser minimamente coerente com os meios adotados até então, em determinado período da história de vida da parte reclamante no processo.

Do ponto de vista *axiológico*, seriam invocados valores fundamentais, como liberdade do trabalhador; responsabilidade existencialista do patrão; eficiência da empresa do ponto de vista humano e constitucional; mais dignidade da pessoa e da sociedade humana. Seria possível, inclusive, que o juiz Heidegger condenasse a irresponsabilidade praticada pelo trabalhador sobre si próprio, quando induziu e convenceu o patrão a aumentar a sobrecarga de trabalho, pretendendo receber melhor salário, negando nesse caso o princípio fundamental do existencialismo, que é “cuidar de si”, com desprezo nessa situação da própria saúde física e mental, da liberdade pessoal e do direito inalienável de “estar-no-Mundo”.

Pelo critério *teórico*, o juiz Heidegger observaria a natureza conceitual do delito praticado, separando o dano moral do existencial. O primeiro tipo de dano representa lesões psicológicas e éticas, enquanto o dano existencial provoca consequências sociológicas que são visualizadas através das *oportunidades perdidas* no histórico existencialista de cada pessoa, fato esse problematizado em determinado contexto onde impera o princípio da eficiência cega e egoísta em detrimento da função social da empresa.

Pelo critério *prático de solução judicial do problema*, o juiz Heidegger recorreria à moderação e proporcionalidade; ou seja, pela moderação aristotélica, determinaria pagamento

de indenização em quantia que pretende desestimular a reincidência e compensar a privação sofrida pelo trabalhador, sem onerar excessivamente o ofensor e sem enriquecer a vítima. Especificamente, o critério da proporcionalidade avalia a gravidade do delito associada com a capacidade econômica da empresa. O resultado final dependerá da intuição do aplicador do Direito, pois não existe uma tabela monetária pronta, nacionalmente, à sua disposição.

Pelo critério *contextual*, por último, o juiz Heidegger admitiria que existem três modos de existência no Mundo: das coisas, do manual e do ser. No ordenamento jurídico existem coisas objetivas, leis, instituições, processos e provas materiais. Também no Direito funcionam manuais diversos estabelecendo e guiando oficialmente condutas e relações interpessoais e coletivas não exclusivamente pelo viés da coerção, como é o caso, virtuoso, da Constituição, ou do Código Civil ou da CLT ou dos Direitos Humanos Internacionais. Além disso, existem pessoas que devem ser livres em suas escolhas e têm direito e necessidade antropológica de “existir”.

Sendo um vigilante atento contra a alienação da pessoa humana, o juiz Heidegger reconhece que o sistema pode *coisificar as pessoas*, havendo o risco da massificação administrativa, cultural e econômica na sociedade moderna com o *fechamento* existencial ou enclausuramento do trabalhador na empresa, fato esse geralmente associado com a exclusão ou demissão daqueles que desobedecem ao pedido do patrão.

Contra esse problema, o juiz Heidegger transforma a sua sentença num manifesto político do Direito. Desse modo, o ideal do conceito de danos existenciais é reinterpretado no sentido de reafirmar o bem-estar e a saúde do trabalhador no Mundo, com dignidade, responsabilidade, liberdade, fraternidade e legalidade.

Concretamente, as sentenças dos juízes que adotam esse paradigma representam uma tentativa constitucional de se garantir a integridade existencial do trabalhador, assegurando-lhe o direito de “estar-no-Mundo, onde ele deve conviver dignamente com sua família e comunidade e construir a sua história de vida autêntica e particular, mas sempre com responsabilidade social e individual no sentido de cuidar de si e dos outros.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Andrei Cesário de Lima; MONTARROYOS, Heraldo Elias. Economia política constitucional: programa de pesquisa de James Buchanan e as tecnologias civis. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50563>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ARAÚJO, Emília Rodrigues. Política de tempos: elementos para uma abordagem sociológica. *Política & Trabalho: Revista de Ciências Sociais*, n. 34, p.19-40, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/download/12182/7047>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial: breves considerações). *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p.26-29, jan. 2009. In: FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2653, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BOUCINHAS Filho, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. Dano Existencial e o Direito do Trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 26-51, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/...html/ConstituicaoTextoAtualizado_EC84.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BUCHANAN, James. *Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica*. Tradução de Luiz Antonio Pedrosa Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

DUARTE, Francisco Carlos; FONSECA, Felipe Duarte Almeida Da. Fenomenologia hermenêutica: o Direito na visada de Ser e Tempo de Heidegger. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, mai./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Vanessa Rocha. O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3, n. 1, p. 97-116, jan./abr. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito Comparado. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVII, p. 229-242, 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27650.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Noções fundamentais sobre os danos existenciais. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 62-78, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1993.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Dano Existencial no Direito do Trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Paraná*, Curitiba, Escola Judicial, v. 2, n. 22, p. 10-25, 2013. Disponível em: <<https://www.ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

LLOYD, Christopher. *As estruturas da História*. 1. ed. Tradução de Maria Julia Goldwasser. Revisão de Ronaldo Vainfas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1995.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. O observatório judiciário de Ronald Dworkin. O império do Direito e o conceito de integridade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20850>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. A lógica da argumentação jurídica positiva: como é a sentença do juiz Hart? São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 950, p. 235-257, dez. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/106751/RTDoc%20%2016-8-31%203_56%20%28PM%29.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Inventário epistemológico das ideias neocontratualistas do economista James Buchanan: a racionalidade econômica e sua aplicabilidade microssocial. *Revista Direito e Humanidades*, Universidade de São Caetano do Sul, a. XI, n. 19, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/1093/898>. Acesso em: 16 jun. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. RO 105-14.2011.5.04.0241. Relator Des. José Felipe Ledur. 1ª Turma. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 03 jun. 2011. In: Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.lex.com.br/doutrina>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

RODAS, Sérgio. *Jornada de trabalho excessiva não gera automaticamente dano existencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/jornada-trabalho-excessiva-nao-gera-si-ano-existencial>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

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

Submissão: 23/03/2017
Aceito para Publicação: 14/07/2017

