



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

NÚBIA MOURA DOS SANTOS

DANO EXISTENCIAL DERIVADO DO EXCESSO DA JORNADA DE TRABALHO

Salvador
2018

NUBIA MOURA DOS SANTOS

**DANO EXISTENCIAL DERIVADO DO EXCESSO DE
JORNADA DE TRABALHO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e
Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de
Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2018

NÚBIA MOURA DOS SANTOS

**DANO EXISTENCIAL DERIVADO DO EXCESSO DE
JORNADA DE TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito e
Processo do Trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

Dedico o presente trabalho a Deus,
que jamais me abandonou e me deu
a força e coragem para continuar esta
jornada.

AGRADECIMENTOS

Dedico o presente trabalho a todos àqueles que me apoiaram durante esta longa jornada de estudos. Desde que cheguei do interior para esta capital, pude contar com o apoio de muitas pessoas que tornaram-se tão queridas em minha vida.

Agradeço, primeiramente, a Deus pela proteção diária. À minha família pelo apoio e preocupação no cumprimento da minha formação profissional, notadamente, à minha mãe que, em meio a todas as dificuldades, se mantém ao meu lado.

Aos amigos queridos, especialmente, à Dafne por ter me incentivado e apoiado para a realização deste curso de especialização em Direito.

Agradeço, também, com imenso carinho ao Professor Rodolfo Pamplona, por ter me confiado a monitoria da T06 da Pós-Graduação de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Ao professor, minha imensa gratidão e profunda admiração, pois, posso afirmar, que é uma das pessoas mais inteligentes e humana que já conheci em minha vida. À Pamplona todo meu respeito e carinho.

Por fim, agradeço ao meu sobrinho Arthur simplesmente pela sua existência.

Finalmente, renovo meus agradecimentos à Deus, pois sem Ele nada disso seria possível.

“Isso de ser exatamente o que se é
ainda vai nos levar além.” (LEMINSKI,
PAULO)

RESUMO

A importância do estudo do tema reside, na ausência de amparo legal no que diz respeito às novas modalidades de danos, especialmente o dano existencial, suscitando, desta forma, certa inquietação sobre o modo como o instituto vem sendo aplicado nos tribunais pátrios.

O presente trabalho torna-se relevante, na medida em que se demonstra a importância da individualização dos “novos danos” como forma de conferir maior expressividade e cuidado com a aplicação do instituto, especialmente, do dano, perseguindo, assim, a manutenção do equilíbrio na relação jurídica existente, entre empregador e empregado.

Para se atingir o objetivo da presente pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro, tratando da formação histórica do direito do trabalho no Brasil, discorrendo sobre jornada de trabalho, previsão constitucional e infra-constitucional, seus limites e importância da sua configuração.

No segundo capítulo foi feita uma abordagem sobre a responsabilidade civil e seu âmbito de aplicação com o objetivo de se alcançar melhor entendimento acerca do surgimento dos novos danos.

O terceiro capítulo, discorreu-se sobre o tema do trabalho em si, qual seja a aplicação do dano existencial derivado do excesso de labor nas relações de trabalho, explanando para tanto, em que consiste o instituto do dano existencial, como surgiu no direito do trabalho, o âmbito de aplicação, a ausência de amparo legal, a aplicação pelos tribunais pátrios. Para completar e dar sentido ao presente estudo, foi apontado, ainda, nesta seção, que o instituto do dano existencial, como modalidade específica constitui importante papel na configuração do referido instituto em detrimento do dano moral que parte de um ponto de vista geral, para assegurar o direito do empregado que trabalha de forma excessiva, por exigência do empregador e tem, assim, sua vida pessoal, de certo modo, usurpada.

Palavras chaves: Relação de emprego. Jornada de trabalho. Direito Sociais do Trabalhador. Dano Existencial. Excesso de Labor. Dano Moral. Novos danos.

LISTA DE ABREVIATURA

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	JORNADA DE TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.1	FORMAÇÃO HISTORICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	12
2.2	CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO.....	17
2.3	PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO DO TRABALHO	18
2.4	RELAÇÃO DE EMPREGO	21
2.5	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
2.5.1	Dignidade da Pessoa Humana.....	25
2.5.2	Direitos Sociais dos Trabalhadores	27
2.6	JORNADA DE TRABALHO	28
2.6.1	Limitação Constitucional	31
2.6.2	Legislação Infraconstitucional	34
3	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	36
3.1	CONCEITO	37
3.2	FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	38
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	39
3.4	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	41
3.4.1	Conduta Culposa	41
3.4.2	Nexo causal.....	43
3.4.3	Dano.....	44
3.5	ESPÉCIES DE DANO.....	45
3.5.1	Danos Clássicos	46
<i>3.5.1.1</i>	<i>Dano material.....</i>	<i>46</i>
<i>3.5.1.2</i>	<i>Dano moral.....</i>	<i>47</i>
3.5.2	Das novas adjectivações dos danos.....	48

3.6	DANO EXISTENCIAL	50
3.6.1	Conceito	50
3.6.2	Origem	51
3.6.3	Dano moral x Dano existencial	52
3.7	DANO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO	54
4	DANO EXISTENCIAL DERIVADO DO EXCESSO DE JORNADA DE TRABALHO.....	57
4.1	SUBORDINAÇÃO DO EMPREGADO AO EMPREGADOR	58
4.2	EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	59
4.2.1	Violação dos direitos da personalidade do trabalhador	60
4.3	ELEMENTOS INTRINSECOS DO DANO EXISTENCIAL	61
4.3.1	Projeto de vida	61
4.3.2	Vida de relações	62
4.4	DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	63
4.4.1	Violação ao projeto de vida pessoal do empregado.....	65
4.4.2	Critérios para a quantificação do dano existencial	67
4.6	POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	64
5	CONCLUSÃO.....	78
	REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado no presente trabalho discorre sobre uma análise da aplicação do instituto do dano existencial, como modalidade de novos danos, nas relações de trabalho, notadamente, nas situações em que se identifica, no caso concreto, excesso de labor pelo empregado por exigência do empregador.

A importância do estudo do tema reside, na ausência de amparo legal, no que diz respeito às novas modalidades de danos, especialmente o dano existencial, suscitando, desta forma, a necessidade de se analisar o modo como o instituto vem sendo aplicado nos tribunais pátrios.

O presente trabalho torna-se relevante, na medida em que se demonstra que os empregados que laboram de forma excessiva, possam ser indenizados através da identificação de uma modalidade específica de dano, perseguindo, assim, a manutenção do equilíbrio na relação jurídica existente, entre empregador e empregado.

Para se atingir o objetivo da presente pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro, tratando da jornada de trabalho na legislação brasileira, previsão constitucional e infra-constitucional, seus limites e importância da sua configuração.

No segundo capítulo foi feita uma abordagem sobre a responsabilidade civil, apresentando seu conceito, pressupostos, modalidades e espécies configuração do dano e desaguando nas novas modalidades de dano, notadamente o instituto do “dano existencial”, como nova modalidade de dano, tratando, portanto, da origem, conceito e aplicação no direito brasileiro bem como foi traçado um paralelo com o instituto do dano moral.

O terceiro capítulo, tratou sobre o tema do trabalho em si, qual seja a aplicação do dano existencial por excesso de labor nas relações de trabalho, explanando para tanto, em que consiste o instituto do dano existencial, como surgiu no direito do trabalho, o âmbito de aplicação, a ausência de amparo legal, a aplicação pelos tribunais pátrios, especialmente no âmbito do TST e para completar o sentido do presente estudo foi apontado, ainda, nesta seção, a importância da especialidade da modalidade do dano

existencial como medida que visa assegurar o direito à indenização do empregado que excede a jornada de trabalho com habitualidade.

Na construção deste trabalho, foi utilizada a metodologia jurídico-dogmática, fazendo-se uma ampla pesquisa bibliográfica, através de obras jurídicas sobre o tema, artigos específicos, revistas especializadas, e, ainda, análise da jurisprudência pátria, uma vez que o tema foi fruto de criação ocorrida no âmbito dos tribunais e que ainda não se encontra positivada no direito brasileiro.

2 JORNADA DE TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

No segundo capítulo serão abordados aspectos cruciais para o presente estudo, sobre o direito do trabalho e sua formação histórica, conceito e princípios. Tratar-se-á, ainda, sobre a jornada de trabalho na legislação brasileira, notadamente, o limite constitucional, como forma de assegurar os direitos da personalidade do empregado, bem como a previsão infraconstitucional da Consolidação das Leis Trabalhistas. E, ao final do capítulo, versará sobre a extrapolação habitual da jornada de trabalho e as suas consequências na vida do empregado.

O objetivo das considerações desta etapa do presente trabalho, tem por fim demonstrar que a extrapolação habitual dos limites da jornada de trabalho, pode trazer prejuízos patentes à vida do empregado. Sobretudo em razão do elemento subordinação, em que o empregado dispõe de sua força de trabalho em favor do empregador, acima dos limites legais a ponto de suprimir a esfera privada da vida do empregado.

2.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A formação de grupos sociais pela busca do mesmo fim mudou o cenário, onde o interesse individual cedeu espaço ao coletivo. Neste sentido, o trabalho sempre foi visto como fator de agregação social.

A história confirma esta asserção e demonstra que os indivíduos se agrupam em função do trabalho porque, baseados nele, objetivam a consecução da sua própria sobrevivência.

Pode-se afirmar que no Brasil, o Direito do Trabalho é resultado das ações sociais que antecederam a revolução industrial no século XIX. Ademais, cabe ressaltar que somente após o surgimento do trabalho livre (do ponto de vista jurídico) é que se formou a relação de emprego bem como o trabalho subordinado. Assim, tem-se que somente após a abolição da escravidão no Brasil em 1888 é que se pode discorrer acerca do

Direito do Trabalho Brasileiro.¹ Isto porque, por razão óbvia, as condições de trabalho escravo eram conflitantes com o direito do trabalho que se evoluiu ao longo do tempo.

A partir de então, passou-se a serem criadas diversas leis esparsas relacionadas ao direito dos trabalhadores, rurais e urbanos. Neste passo, o fim da primeira guerra mundial no ano de 1918 foi um marco histórico no surgimento de regras atinentes às questões trabalhistas vez que a criação do Tratado de Versalhes, gerou o surgimento da OIT – Organização Internacional do Trabalho com o objetivo de promover justiça social².

A OIT passou a ser a responsável por editar e aplicar as normas internacionais relacionadas aos direitos dos trabalhadores. Vale ressaltar, que o Brasil foi um dos países que ajudou na fundação da organização e que tem atuação regular desde a primeira reunião designada.³

Em 1934 foi promulgada a primeira Constituição, que tratou dos direitos trabalhistas e passou a garantir a igualdade salarial, liberdade sindical, estipulou o salário mínimo em todo o território brasileiro, trabalho das mulheres e infantil, jornada de oito horas diárias dentre outros direitos. A referida Carta Maior foi considerada um marco no desenvolvimento da história do direito constitucional ao garantir direitos sociais.⁴

Ressalta-se, ainda, que foi a Constituição Federal de 1934 criadora da Justiça do Trabalho, integrante do Poder Executivo. Também estava prevista na Constituição de 1937, mas só foi criada em 1939 por meio do Decreto nº 1.237 e regulamentada em 1940, por meio do Decreto nº 6.596 e instalada em 1941.⁵

Já em 1939 houve uma grande evolução na história do direito do trabalho com a sua regulamentação através do Decreto-Lei nº 1.237 de 01º de maio de 1939, a qual deu

¹ DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 111.

² HISTÓRIA DA OIT. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³ Ibid., loc.cit.

⁴ SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 55.

⁵ Em Busca da Legislação Trabalhista. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/institucional/memoria/historico.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

origem a uma legislação protecionista. Vale destacar, que o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil foi um reflexo das mudanças ocorridas em outros países, notadamente, quanto à proteção do trabalhador refletida pela carta encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII de 1891 que já transparecia uma preocupação com as condições de trabalho dos operários.

Durante a instalação da Justiça do Trabalho no Brasil, o mundo estava em plena Segunda Guerra Mundial e a ideologia defendida em outros lugares do mundo refletia no Brasil.

Durante o governo de Getúlio Vargas, marcado por intensa movimentação legislativa, adstritas ao direito do trabalho, com destaque à intensa intervenção Estatal, foi editada e passou a vigorar a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho por meio do decreto-lei nº 5.452 de 1943. Na verdade, a CLT foi uma reunião das leis esparsas até então em existentes naquele período.

Todavia, somente em 1946, com a promulgação da nova Constituição Federal é que a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário. A nova Carta Maior deixou para trás o corporativismo da constituição antecedente, passando a prever o descanso semanal remunerado, estabilidade, direito de greve dentre outros já previstos anteriormente.

Contados desde o ano de 1950 existe no Brasil uma representação da OIT através da qual, se busca realizar ações que traduzem os objetivos da referida organização internacional, relacionados à melhoria das condições de trabalho, emprego e proteção social tudo isso voltado para a proteção do “trabalho decente”. As atividades envolvem temas como trabalho infantil, trabalho escravo, tráfico de pessoas e igualdade de oportunidade entre todos, sobretudo, aos jovens e imigrantes⁶.

As normas trabalhistas vigentes à época foram mantidas pela Constituição Federal de 1967, porém com algumas modificações. Isto porque, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 repetiu a norma do art. 165 referente aos direitos trabalhistas. Posteriormente,

⁶ OIT NO BRASIL. Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁶ Ibid., loc.cit.

foram editadas novas leis atinentes ao direito do trabalho tais como, a lei dos empregados domésticos nº 5.859/72; lei que regulamenta o trabalho rural nº 5.889/73; Decreto-Lei que instituiu nova redação sobre as férias nº 1.535/77 dentre outras.

Finalmente, em 1988 foi promulgada nova constituição, a qual passou a tratar de todos os ramos do Direito, notadamente, o Direito do Trabalho⁷ com proteção dos direitos trabalhistas insertos nos arts. 7º ao 11. O referido tema foi incluído no Capítulo II, intitulado “Dos Direitos Sociais” e Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Essa nova ordem demonstra um viés inédito dos direitos trabalhistas que até então encontravam-se inseridos no capítulo da ordem econômica e social. Neste passo, o art. 7º⁸ passou a prever direitos individuais do trabalho. O art. 8º⁹ dispõe sobre os sindicatos e suas relações. O art. 9º traz normas sobre o tema da greve. O art. 10º¹⁰ determina a participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos e o art. 11¹¹ assegura o direito de eleição de representante nas empresas com mais duzentos empregados.

A constituição de 1988 revela o direito do trabalho passando por uma nova fase de transição, através da qual rompeu-se o cunho corporativista da Carta Maior anterior para ser apenas democrática. Houve uma forte influência capitalista na sua construção de onde surgiu a possibilidade de negociação autônoma para a sociedade civil em resposta às inúmeras manifestações na defesa da regulamentação das questões relacionadas ao direito do trabalho. A partir de então passou a ser possível a resolução de conflitos individuais e coletivos por órgão administrativo constituído por representante dos empregados e dos empregadores.

⁷ MARTINS. Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

⁸ Art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

⁹ Art. 8º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte;

¹⁰ Art. 10 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

¹¹ Art. 11 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Conclui-se, portanto, que o surgimento da Justiça do Trabalho decorreu da necessidade do Estado regular e interferir na atuação dos estabelecimentos patronais, sobretudo porque as greves trabalhistas quase sempre acabavam em desordem e violência.

Por este ângulo, a CF de 1988 expandiu, contundentemente, os direitos trabalhistas em observância aos direitos fundamentais da pessoa humana e tratando de forma igualitária os empregados e trabalhadores. Porém, como nem todo sistema consegue abarcar ou prever todas as situações possíveis a referida Carta Magna deixou a desejar em alguns campos.

A fim de sanar essas lacunas foi instituída a Emenda Constitucional nº 45 em dezembro de 2004¹², para alterar a constituição, notadamente, o inciso I do art. 114¹³ da CF de 1988 com a ampliação da competência limitada apenas para as relações de emprego para passar a abarcar também as todas as relações resultantes das relações de trabalho de forma irrestrita.

Em que pese as ações para suprimento das lacunas legais, atinentes ao direito do trabalho, falhas continuaram a existir. Neste passo, passou-se a discutir a necessidade de uma reforma trabalhista. Partindo dessas discussões, culminou que em 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.467 para alterar a CLT (Decreto-Lei nº 5.452 de 1943); a Lei nº 6.019 de 1974, Lei nº 8.36 de 1990 e Lei nº 8.212 de 1991 para adequar a legislação às novas relações de trabalho.

A referida Lei Ordinária, ao alterar a CLT implementou mudanças e que para o presente trabalho vale mencionar àquelas relacionadas à Jornada de Trabalho dispostas na Seção II art. 58 e seguintes. No que diz respeito à escala de 12x36 para todas as atividades desde que normatizada por meio de convenção coletiva. Referente a jornada parcial de trabalho, que antes da reforma a jornada máxima para o regime de trabalho

¹² EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

¹³ Art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

com jornada parcial era de 25 (vinte e cinco) horas por semana sem hora extra, passou a ter duas opções: ser de 30 (trinta) horas semanais sem horas extras ou 26 (vinte e seis) horas semanais com até 6 (seis) horas extras.

Referente ao intervalo de almoço, fixou-se que deverá ter no mínimo 30 minutos nos casos em que a jornada de trabalho for superior à 6 (seis) horas a ser fixada mediante convenção ou acordo coletivo.

No tocante ao banco de horas como alternativa ao pagamento de horas extras, que antes deveria ser estabelecido mediante acordo ou convenção coletiva passou a ser permitido por meio de acordo individual diretamente entre empregador e empregado.

Ainda, foi feita alteração quanto a utilização do tempo para execução de atividade particular, incluindo troca de uniforme, não integra a jornada de trabalho para cálculo de pagamento de hora extra.

2.2 CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO

A intervenção do Estado nas relações de Trabalho, justificou, a partir do século XIX, a criação de um conjunto de normas legais de caráter essencialmente protecionista denominadas de *legislação industrial* ou *operária*.¹⁴

Neste sentido, o Direito do Trabalho trata-se de ramo jurídico autônomo, o que significa dizer que possui características próprias que o distingue dos demais ramos do direito.

Assim, pode-se afirmar que na doutrina brasileira existem três correntes acerca da sua conceituação visto sob as seguintes perspectivas: “subjetiva ou pessoal”, segundo a qual se considera os sujeitos envolvidos na relação jurídica e a outra, “objetiva ou material”, que diz respeito aos conflitos advindos da própria relação jurídica¹⁵ e uma

¹⁴ MARTINEZ. Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

¹⁵ Ibid, p. 61.

corrente “mista” que define o direito do trabalho com uma relação que envolve pessoas e objetos.

Por este ângulo, sob uma perspectiva mais conservadora, o direito do trabalho, pode ser definido como o “conjunto de princípios e regras que regulam a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas delas emergentes”.¹⁶

Neste sentido, nas palavras de Maurício Godinho Delgado “O Direito do Trabalho é um ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve iniciar-se pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados”¹⁷.

Segundo Sérgio Pinto Martins, “O direito do trabalho é o conjunto de regras e princípios e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.”¹⁸

Observa-se, pois, que o conceito de direito do trabalho, de modo geral, possui como essência protecionista aos direitos do trabalhador, que visa assegurar condições de trabalho e sociais adequadas ao seu fim.

2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO DO TRABALHO

Primordialmente, é válido ressaltar que princípios e regras não se confundem. Ambos, desde que positivados, possuem força normativa. Assim, tem-se que os

¹⁶ MARTINEZ. Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

¹⁷ DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Elsevier/Método, 2015, p. 49.

¹⁸ MARTINS. Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

princípios preceituam diretrizes que visam o fortalecimento da própria justiça.

Por outro lado, as regras dizem respeito a uma hipótese fática e uma consequência jurídica imediata, porquanto deverá ser ou não aplicado ao caso fático. Desse modo, ocorrendo uma determinada situação, a regra deverá incidir sob o mecanismo da subsunção, de modo que em um eventual conflito sobre regras, somente um delas deverá prevalecer.

No direito do trabalho, os princípios ocupam um espaço primordial, até mesmo em razão de seu desenvolvimento histórico, tendendo para uma essência protecionista.

Desse modo, é que a CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas através de seu art. 8º determina, de forma taxativa, que o intérprete deverá recorrer aos princípios sempre as disposições legais ou contratuais forem omissas.¹⁹ Assim, é que os princípios no direito do trabalho devem servir de fonte complementar para assegurar os direitos sociais e do trabalho.

Neste sentido, o “princípio da proteção” traduz um dos pilares do direito do trabalho. Isto porque numa equivalência de igualdades entre o empregador e o empregado percebeu-se que o empregado encontra-se em situação de vulnerabilidade, se fazendo necessária assegurar a proteção do mesmo.

Assim é que, a variável do princípio da proteção, o “princípio in dubio pro operario” confere ao aplicador da lei que, na dúvida quanto à interpretação da norma a ser aplicada a determinado caso jurídico, deve prevalecer àquela que for mais favorável ao trabalhador, desde que não viole a lei.

Neste passo, o princípio da condição mais benéfica, determina que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho do empregado, ou mesmo constantes no regulamento da empresa, deverão prevalecer independentemente da superveniência de novas regras que venham a estabelecer um nível de proteção menor

¹⁹ Art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

que o estabelecido contratualmente.²⁰

No princípio da continuidade da relação de emprego, visa-se assegurar a relação de emprego o maior tempo de duração possível.²¹ Presume-se, desse modo, que o contrato tenha prazo indeterminado, como forma de assegurar a continuidade da relação de emprego.

A continuidade do emprego por outro lado, presume a ausência de interesse do empregado em rescindir o vínculo de emprego. Por tal razão, o princípio é interpretado no sentido de que o fim do vínculo contratual sempre se dará por iniciativa patronal sem justa causa em vez de se dar por iniciativa do empregado e com justa causa.

Esse raciocínio, caracterizado pela continuidade do vínculo de emprego, deu origem à edição do verbete sumular nº 212 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), nos seguintes termos:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (Res.14/1985, DJ, 19-9-1985).

Vê-se, portanto, que tal princípio visa fortalecer a continuidade da relação de emprego de modo a garantir a autonomia pessoa e subsistência do empregado.

Já o princípio da primazia da realidade, diz respeito a realidade dos fatos que deverá prevalecer sobre as cláusulas contratuais existentes na relação de emprego, ainda que estas estabeleçam o contrário.²² Esse princípio pode ser favorável ou desfavorável ao empregado, em razão da prevalência da realidade e não na simples presunção de veracidade dos fatos trazidos pelo empregado, ainda que este seja considerado a parte mais vulnerável na relação.

O princípio da indisponibilidade dos direitos ou da irrenunciabilidade dos direitos

²⁰ SARAIVA. Renato. *Direito do Trabalho (concursos públicos)*. 13. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 34.

²¹ MARTINEZ. Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

²² *Ibid.*, p. 116.

ainda sob uma perspectiva protecionista dispõe que não é dado ao empregado o direito de dispor os direitos trabalhistas, os quais são irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis. Ou seja, a renúncia dos direitos trabalhistas pelo empregado não possui valor jurídico algum.

Embora o princípio da razoabilidade não seja um princípio especificamente trabalhista, ele é aplicável constantemente nas relações de trabalho. Segundo tal princípio deverá prevalecer, na situação fática, um padrão de bom senso, tendo em vista que a razoabilidade é qualidade daquilo que esteja conforme a razão.

Por fim, infere-se, pois, que os princípios visam assegurar a melhor interpretação do direito onde não há disposições legais suficientes para dar as respostas necessárias nas demandas judiciais.

2.4 RELAÇÃO DE EMPREGO

A compreensão da configuração da relação de emprego torna-se essencial para o presente estudo, vez que a análise do dano existencial, na forma proposta pelo tema, decorre da conduta do empregador naquelas relações.

Desta feita, importa esclarecer que a identificação da relação de emprego decorre da existência simultânea de quatro elementos essenciais: a) pessoalidade; b) onerosidade; c) permanência ou não-eventualidade e d) subordinação.

O elemento pessoalidade diz respeito ao modo como o contrato é estabelecido. Sendo este *intuito personae* só pode ser executado pela pessoa contratada de modo que se executado por outra pessoa não um reconhecimento da relação de emprego e independe de manifestação de vontade do empregador.

A onerosidade diz respeito à contraprestação pela atividade desenvolvida. Sem este elemento não é possível caracterizar a relação de emprego vez que a sua ausência

configuraria trabalho voluntário.²³

A não-eventualidade ou permanência traduz uma idéia de habitualidade na prestação de labor. Para tanto, o trabalho deve ser prestado numa periodicidade plausível para que este elemento reste configurado.

Já o elemento subordinação trata da posição em que o empregado encontra-se em relação ao empregador. Esse elemento confere situação em que o empregado coloca a prestação do labor à disposição do empregador de acordo com as orientações recebidas. Trata-se de um estado, na relação contratual, assumido pelo empregado.

Feitas tais considerações sobre os elementos essenciais, deve-se ressaltar a existência de outros dois elementos, secundários mas que facilitam a verificação da existência de relação de emprego. São eles: a) continuidade e b) exclusividade.

A continuidade diz respeito ao exercício do labor não só com habitualidade mas como permanência levada em grau absoluto²⁴.

Quanto a exclusividade, há de se considerar que a sua identificação auxilia na avaliação da existência dos elementos essenciais como subordinação e pessoalidade na caracterização do vínculo empregatício.

Os elementos essenciais, acima mencionados, estão positivados no art. 3º da CLT, segundo o qual dispõe “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Portanto, é possível afirmar que uma relação de emprego estará caracterizada quando todos os requisitos acima mencionados, no que diz respeito aos elementos essenciais, estiverem presentes concomitantemente.

²³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6723/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-trabalho-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar 2018.

²⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade Civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6723/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-trabalho-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar 2018.

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, correspondem aos direitos básicos individuais, sociais, jurídicos e políticos com guarida na constituição federal de um país. Trata-se de propriedades inerentes ao ser humano, conectados essencialmente aos valores de liberdade e igualdade que fazem parte da existência em si mesma.

O estabelecimento desses direitos em cada país se desenvolveu de acordo com o contexto social, cultural e religioso de cada local. Desse modo, os direitos fundamentais podem divergir de nação para nação.

Em primeiro momento foram criados os direitos fundamentais de primeira dimensão quais sejam a liberdade e a igualdade. É possível afirmar que estes direitos são contemporâneos do liberalismo político em resposta ao regime absolutista monárquico e perseguem a proteção do homem, considerado individualmente, em face da ação abusiva do Estado. Tais direitos, visam garantir as liberdades públicas.

O modelo Fordista de produção desencadeou na relação de emprego caracterizada pelo trabalho prestado por pessoa física contendo os elementos onerosidade, subordinação, habitualidade e pessoalidade previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, sobre os quais se discorreu brevemente em tópico anterior.

Neste passo, a origem da relação de emprego sob o entendimento de Maurício Godinho Delgado²⁵:

Contudo, é a espécie mais importante de relação de trabalho existente no sistema econômico e social capitalista. Por meio de relação de emprego é que o novo sistema emergente no século XVIII na Europa - Inglaterra, em particular - descobriu uma modalidade de conexão específica dos trabalhadores às necessidades organizacionais e produtivas do capital, sem as peculiaridades restritivas de cunho econômico, social, tecnológico e cultural das modalidades anteriormente dominantes na experiência histórica (escravidão e servidão).

O modo de produção do modelo fordista exigia um ritmo cada vez mais acelerado

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. A Relação de Emprego e Relações de Trabalho - a retomada do expansionismo do Direito Trabalhista. In DELGADO, Maurício Godinho *et al* (Coords). *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 106.

pelo trabalhador o qual era submetido à jornadas, muitas vezes, extenuantes, em locais caracterizados pela insalubridade e periculosidade e sem a disponibilidade de quaisquer equipamentos de produção.

Diante de tais condições, o nível de insatisfação dos trabalhadores, notadamente, na Europa, atingiu seu ápice que culminou em inúmeras greves em países como Alemanha, França, Rússia, Itália, Inglaterra dentre outros.

Diante dos movimentos sociais, em crescente escala, surgiu, no século XX, o Estado Social de Direito, em que houve uma atuação positiva do Estado privilegiando o bem-estar social através de políticas sociais a fim de alcançar a igualdade por meio de um tratamento desigualmente formal.

Criou-se, assim, os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos à saúde, trabalho, educação, moradia, alimentação, lazer, segurança, dentre outros. Por meio dos referidos Direitos, o Estado iniciou uma atuação voltada para o cidadão tratando-se de direitos de essência prestativa. Desaguam nas denominadas liberdades sociais que culminou na liberdade de sindicalização, direito de greve, repouso semanal remunerado, defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, garantia de salário mínimo e férias, limitação da jornada laboral dentre outros.

Com a criação do Estado Democrático de Direito buscou-se a consolidação dos direitos fundamentais anteriormente tutelados. Nesta fase, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, os chamados direitos coletivos os quais abarcam: direito difuso, coletivo e individuais homogêneos.

No Brasil, a constituição federal de 1988 abriga os direitos fundamentais de todos os cidadãos sejam eles natos ou naturalizados e subdividem em três núcleos principais: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais e da nacionalidade; c) direitos políticos.

Por este ângulo, dentre os direitos fundamentais defendidos pela Carta Maior estão, à liberdade, vida, igualdade, saúde, segurança, educação, moradia, trabalho, lazer dentre tantos outros.

Os direitos fundamentais, estão inseridas no Título II da Constituição Federal de

1988 que discorre acerca dos direitos e garantias fundamentais. O capítulo I trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. O capítulo II, trata dos direitos sociais, os destacando como condição de verdadeiros valores fundamentais, de extrema importância para o presente estudo, o que pôs fim na discussão de que como antes se positivavam apenas no título da ordem econômica e social não se vinculava de forma direta aos direitos fundamentais²⁶. Já os capítulos III à V do referido título tratam da nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos respectivamente.

A importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho decorre do poder de subordinação do empregador sobre o empregado, vez que o referido elemento caracterizador da relação de emprego coloca em risco a aplicação desses direitos, caso manuseado de forma abusiva.

Os direitos trabalhistas previstos na constituição e consagrados como direitos fundamentais devem ser protegidos por meio de uma aplicação direta e imediata nas normas dos direitos fundamentais. Neste sentido, a Justiça do Trabalho diante de uma responsabilidade constitucional e política possui papel singular na efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.²⁷

2.5.1 Dignidade da Pessoa Humana

Definir o que é com precisão a dignidade da pessoa humana é tarefa indubitavelmente difícil de ser executada, vez que é muito ampla e subjetiva. Desse modo, não há como diante de uma determinada situação relacionada à humanidade e dizer que sob determinado ângulo ali reside a dignidade puramente.

Todavia, é possível definir uma série de aspectos que caracterizam a dignidade humana, quanto à valorização de sua existência e que podem ser compreendidos através

²⁶ CUNHA JUNIOR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2010, p. 619.

²⁷ ALMEIDA. Renato Rua de. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. Os Direitos Fundamentais, o Direito e o Processo do Trabalho*. Salvador. Juspodivm. 2010, p. 172.

dos acontecimentos no mundo envolvendo o tema.

É a partir do princípio da dignidade humana que decorre todos os outros direitos fundamentais. Pode-se dizer, que trata-se do alicerce como norma orientadora para a formação, interpretação e aplicação para os demais direitos.

Impõe-se reconhecer a magnitude do ser humano no centro de todos os sistemas jurídicos, considerando que as normas são redigidas para pessoas e para sua relação existencial proporcionando-lhe vida com dignidade²⁸.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em seu art. 1º, inciso III.²⁹ Pode-se afirmar que a dignidade humana é o valor máximo da ordem jurídica brasileira.³⁰ Desse modo, tem-se que a ordem jurídica não protege apenas o direito à vida, mas à uma vida digna.

Neste passo, vale dizer que dentre as condições ínfimas para uma vida saudável, estão compreendidos o bem-estar físico, mental e social. Desta feita, o ambiente de trabalho bem como a relação de trabalho entre empregador e empregado deve ser hígido e equilibrado a fim de para garantir vida digna ao trabalhador.

Tendo sido o referido princípio tutelado pela Carta Magna, isso impõe ao Estado um dever de tutela da afirmação da dignidade bem como a referida obrigação se estende aos particulares. Vale dizer que a constitucionalização do princípio fixa as balizas para atuação do Estado, tendo como objetivo prevenir a violação da dignidade da pessoa humana.

A não observância do referido princípio, impõe ao Estado o dever de ter como meta indispensável, a proteção, ascensão e efetivação da vida com dignidade para todos os trabalhadores. E, conseqüentemente confere ao Estado o dever de respeito e proteção,

²⁸ FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 8. ed Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010, p. 124.

²⁹ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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;

³⁰ FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 8. ed Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010, p. 125.

bem como a obrigação de agenciar diretrizes nos casos em que se demonstra obstáculos que impeçam as pessoas de terem uma vida digna conforme assegurado constitucionalmente.

O referido princípio, expressa um conjunto de valores humanizados e civilizados incorporados ao sistema jurídico brasileiro com reflexos multidisciplinares.³¹

Partindo dessa premissa, a aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de trabalho decorre do fato de que a própria vida depende do trabalho. Nesta ótica, o referido princípio deve ser aplicado no âmbito da relação laboral para além de preencher as lacunas da lei, proteger o trabalhador contra atos que atentem contra a sua probidade e dignidade, garantindo-lhe condições laborais dignas e profícuas.

2.5.2 Direitos Sociais dos Trabalhadores

Partindo de um contexto geral, após a segunda guerra Mundial instalou-se uma enorme crise de desigualdade social a partir da qual surgiram os direitos sociais.

Desse modo, os direitos sociais se manifestaram com legítimas condições de implementação da justiça social como pilar da sociedade, ou seja, é a maneira pela qual a sociedade perfilha direitos e deveres e determina a cisão dos resultados provenientes da cooperação social.

Essa organização confere aos indivíduos o poder de cobrar do Estado uma efetividade das condições fáticas que possibilitam o exercício dos direitos fundamentais viabilizando melhores condições de vida àqueles que não detém recursos materiais.

O direito do trabalho não se trata de mero direito subjetivo, de caráter essencialmente privado. É que antes, inserido no rol dos direitos fundamentais na CF de 1988, trata de direitos sociais, humanos e fundamentais, ressaltando que não afastam outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados. O mesmo vale dizer para os tratados internacionais em que o Brasil seja signatário conforme previsão do art. 5º,

³¹ Ibid., p. 127.

§ 2º³² da CF de 1988.

No contexto do direito brasileiro, tem-se que os direitos sociais, inseridos no capítulo II da Carta Magna, têm o condão de conceder o mínimo existencial para o exercício dos direitos individuais e políticos. Neste sentido, o art. 6º da constituição federal de 1988,³³ abarca os direitos sociais como educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Vale dizer, para que tais direitos possam ser usufruídos necessitam de prestações materiais que constituem seu objeto, vez que resguardam interesse e bens voltados para a realização da justiça social.

Por este ângulo, os direitos sociais dos trabalhadores encontram-se tutelados no art. 7º da Constituição de 1988, por meio dos incisos I ao XXXIV, dentre os quais, tem suma importância para o presente trabalho o inciso XIII³⁴ o qual dispõe sobre a duração do trabalho conforme se verá em seção específica.

O doutrinador Jorge Luiz Souto Maior, assevera que o direito social não é apenas uma norma específica por se tratar de norma transcendental, que impõe os valores de justiça social, solidariedade, amparo à dignidade humana, à sociedade, e portanto, a todo ordenamento jurídico.³⁵

Assim, a legislação infra-constitucional e até mesmo as convenções coletivas por integrarem o sistema jurídico devem observar os direitos sociais dos trabalhadores, protegendo-os, dada a sua vulnerabilidade diante do sistema capitalista.

Ademais, vale ressaltar que os direitos sociais como categoria dos direitos

³² § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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.

³³ Art. 6º da Constituição da República Federativa de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁴ Inciso XIII do Art. 7º da Constituição da República Federativa de 1988: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

³⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O dano social e sua reparação*. Revista LTr. São Paulo. 2007, p. 1316.

fundamentais estão insertos na CF de 1988 como cláusula pétrea.

Por fim, a proteção conferida ao trabalhador por meio da Carta Magna inserta no rol dos direitos sociais é o reflexo da desigualdade social a qual se busca minimizar e proteger a parte mais vulnerável das relações de trabalho qual seja o empregado, conferindo-lhe as garantias mínimas para uma vida digna.

2.6 JORNADA DE TRABALHO

Tema permanente das reivindicações trabalhistas, a duração do trabalho passou a ser discutida em vários lugares do mundo. Diante das necessidades e imposição do sistema capitalista, percebeu-se que estas iam de encontro com as necessidades humana, notadamente, do ponto de vista biológico.

Para os patronos, a disposição do tempo estava relacionada diretamente com a produtividade de modo que, quanto mais o pudesse dispor em desfavor do empregado mais lucrativo seria muito embora essa lógica tenha sido, tempos depois, reformulada.

Noutra seara, para o empregado, quanto menos dispusesse do seu tempo no labor, mais poderia se dedicar às atividades diversas do cotidiano bem como em razão da necessidade de período de descanso a fim de encontrar disposição para a jornada seguinte. Trata-se de uma questão biológica.

Durante a idade média nunca houve regulamentação de estabelecimento de jornada de trabalho. Já por volta do ano de 1800, após o advento da Revolução Industrial, na maioria dos países europeus a jornada de trabalho foi fixada entre 12 e 16 horas.

Em 1847, foi implementada na Inglaterra a jornada de trabalho com duração de 10 (dez) horas. No ano seguinte, em 1848, a França seguiu o mesmo período de jornada. Já na América do Norte foi diferente, começando pelos Estados Unidos, anos depois, já em 1868, foi fixada a jornada de trabalho com duração de 8 (oito) horas diárias, exclusivamente para o serviço público federal.

Ao longo do tempo, constatou-se que muitos países seguiram os norte-americanos

e passaram a adotar a jornada de trabalho de 8 (oito) horas.

Desse modo, em 1917, em outros locais do mundo deflagrou-se diversas greves com a reivindicação dos trabalhadores para reduzir e fixar em tempo menor, a jornada de trabalho para 8 (oito) horas diárias.

As relações de emprego evoluíram e as necessidades da limitação da jornada de trabalho, entraram em ampla discussão tendo em vista as necessidades pessoais e biológicas dos empregados, que passaram a ter a sua saúde afetada, em razão da exposição extenuante à jornada de trabalho.

Nesta senda, a discussão sobre a duração da jornada de trabalho não se atém, apenas, a uma regra prevista nos contratos de trabalho por meios das normas jurídicas do Direito do Trabalho. Vai além, tendo em vista, que trata, de forma concomitante, ao dever de observar as repercussões da jornada à saúde do empregado, educação bem como suas relações sociais e familiares.

O tema “duração do trabalho” não se atém, estritamente, à regra prevista nos contratos de trabalho por meios das normas jurídicas do Direito do Trabalho. Vai além, tendo em vista, que trata, de forma concomitante, ao dever de observação, por parte dos empregadores e do Estado, das repercussões da jornada à saúde do empregado, educação bem como suas relações sociais e familiares.

Admite-se como jornada de trabalho o tempo que o empregado dispõe, de forma habitual, ao empregador, para a realização das tarefas pelas quais fora contratado conforme preceitua o art.4º, da CLT³⁶.

Todavia, vale ressaltar, que se fez necessária a imposição de limite para a jornada de trabalho a fim de proteger os empregados da conduta abusiva de empregadores que pretendem dispor do tempo de trabalho de forma irrestrita, em detrimento da vida pessoal do empregado. Desse modo, evita-se jornadas exaustivas de trabalho observados os princípios da dignidade humana e da proteção ao trabalhador, ambos, próprios do Direito do Trabalho.

³⁶ Art. 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas: Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

A definição do tempo que o empregado deverá dispor ao seu empregador será estabelecida mediante contrato, escrito ou tácito, e que deverá, ser cumprido pelo empregado, observada a habitualidade.

O controle da jornada é realizado por meio da folha de ponto ou mesmo de controladores digitais como a biometria. Além disso, o período a disposição do empregador poderá ocorrer de maneira presencial, em casos em que há local certo, horário e forma de realização da atividade e não presencial quando estas características não estão exatamente definidas.

Ao definir a jornada de trabalho, o empregador deverá observar o direito à pausa e períodos de descanso observando a legislação infra e constitucional garantindo a proteção aos direitos fundamentais do empregado.

Ademais, a realização de horas extras enseja o direito do empregado de receber remuneração adicional desse tempo depreendido em favor do empregador que deverão ser pagas com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal, nos termos do §1º do art. 59³⁷ da CLT. Caso a hora excedente ocorra em dias de feriado ou descanso semanal o acréscimo será maior correspondendo a 100% sobre o salário-hora normal.

2.6.1 Limitação Constitucional

Constantes foram as lutas da classe operária, por meio da realização de greves pleiteando a redução e limitação da jornada de trabalho, comum na maioria dos países, de 10 (dez) horas diárias para 08 (oito) horas diárias. Isto porque, observou-se o impacto positivo dessa redução da jornada sobre a produtividade diante da redução dos chamados “custos sociais” das jornadas de trabalho extenuantes com importante atuação dos sindicatos nesta conquista.

Diante deste cenário foi aberto espaço para adoção da primeira Convenção

³⁷ § 1º do art. 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas: A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

Internacional do Trabalho em 1919, Convenção sobre as Horas de Trabalho que estabelecia o princípio da jornada coincidente à oito horas por dia e 48 horas por semana”.

Com esse ideal, a limitação do tempo disponibilizado na jornada de trabalho, brotou como uma conquista social de caráter mundial. Assim, com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que por meio da Convenção nº 01 de 1919 fixou como apropriada a jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e oito semanais.

No Brasil, em 1943 a CLT adotou esse entendimento de limitação da jornada de trabalho até 48 (quarenta e oito semanais). Mais tarde, a duração normal de trabalho passou a ser prevista na constituição de 1988 em seu art. 7º inciso XIII³⁸ em que se fixou o limite de oito horas diárias e 44 (quarenta e quatro horas) semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Esta é dimensão do que pode ser entendido como “trabalho normal”.

O limite imposto ao tempo depreendido na jornada de trabalho pelo empregado, tem como fundamentos os aspectos a) biológicos, referentes ao cansaço após à oitava hora laborada por dia; b) sociais, com respeito à proteção do tempo utilizado para o convívio familiar e de relacionamento com outras pessoas, bem como para educação e lazer; c) econômico, a fim de, igualmente, difundir entre maior número de pessoas as vagas de emprego disponíveis; d) humanos, com respeito à redução da taxa de acidentes de trabalho e exaustão que podem decorrer da relação de trabalho³⁹.

Em que pese a limitação constitucional da jornada de trabalho até 44 (quarenta e quatro horas) semanais é que, quando adotada no Brasil, essa visão já estava defasada em muitos outros países como Áustria, Canadá, China, Coreia do Sul, Equador, Croácia, Bulgária, Bahamas, Espanha, Estônia, Eslováquia, Eslovenia, Finlândia, Nigéria, Luxemburgo, Noruega, Madagascar, Mauritânia, Rússia, Senegal dentre outros que

³⁸ Art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

³⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.84.

passaram a adotar a limitação de 40 (quarenta) horas semanais⁴⁰.

Por este ângulo, constata-se que os trabalhadores brasileiros trabalham mais tempo do que os demais trabalhadores dos países ao redor do mundo. Acrescente-se, ainda, o fato de que os salários pagos no Brasil são menores que nos demais, o que faz com que a realização de horas extras habituais ocorram com mais frequência .⁴¹

Vale frisar que em que pese a limitação constitucional de 08 (oito) horas diárias, admite-se que a jornada inferior a oito horas diárias por meio de alteração contratual de forma a inserir tal “melhoria” conforme consta do caput do art. 7^o⁴² da Carta Magna, na vida do empregado. Tal alteração só poderá ser mantida caso haja a negociação coletiva nos casos em que a alteração da jornada implique em redução de salário.

Em que pese a limitação constitucional ser muito clara, o elemento caracterizador da relação de emprego, subordinação, revela um importante papel para que a determinação constitucional seja violada.

Isto porque, a subordinação, como pressuposto da relação de emprego, é o elemento que ganha maior proeminência. A palavra subordinação, por si só revela um fenômeno de vulnerabilidade do empregado.

Desse modo, pode-se inferir que sempre que o empregador necessite, em razão da própria atividade ou não, jornada de trabalho superior ao limite constitucional, o elemento subordinação faz com que o empregado se submeta a “vontade” do empregador.

A idéia de impor um limite à jornada de trabalho, tem como alicerce a proteção à saúde do trabalhador, a segurança do tempo de lazer, a convivência social e familiar, redução dos riscos de acidente de trabalho, dentre outras situações. Tratam-se, de direitos fundamentais que materializam o direito à vida com saúde e existência digna.

Não obstante a limitação constitucional, a própria CF de 1988 flexibiliza os limites

⁴⁰ ALVES. Amauri César. *Limite Constitucional de Jornada, dano existencial e trabalho escravo*. Ano 80. n. 09. São Paulo: LTr, set 2016, p. 1109.

⁴¹ Ibid., loc. Cit.

⁴² Art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

impostos quando, na parte final, do inciso XIII do art. 7º dispõe que “ facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.” Desse modo, tem-se que a flexibilização e acordo no que diz respeito à duração do trabalho é movida pelo princípio da adequação setorial negociada.⁴³

De acordo com o princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas previstas em convenção ou acordo coletivo de uma determinada categoria profissional, podem ter tratamento especial sobre as normas gerais desde que respeitados os critérios objetivos fixados. São dois os critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas coletivas instituem um modelo setorial de direitos superior ao padrão geral proveniente da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas coletivas transacionam setorialmente parte de direitos trabalhistas de indisponibilidade essencialmente relativa, mas não de indisponibilidade absoluta⁴⁴.

Por este ângulo, tem-se que os limites diário e semanal da jornada de trabalho devem, antes, observar as disposições constitucionais e legais que a regulam conforme o princípio da adequação setorial.

Entretanto, a violação das referidas normas acontece reiteradamente no Brasil tendo em vista o grande número de demandas ajuizadas perante o judiciário brasileiro, pleiteando o reconhecimento e pagamento de horas extras e mais recentemente indenização por dano existencial por excesso de labor.

2.4.1 Legislação Infraconstitucional

A alteração de jornada de trabalho que traga prejuízos para o empregado é vedada pela CLT, sob pena de nulidade da cláusula que viole tal garantia. É o que dispõe o art. 468⁴⁵, da referida norma legal.

⁴³ DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr. 2010, p. 800.

⁴⁴ Op. Cit., p. 801.

O doutrinador Renato Saraiva, preleciona que “o controle de jornada diária e semanal do obreiro pela norma positivada constitui em eficaz medida para reduzir, de forma considerável, a ocorrência de doenças ocupacionais, tendo a própria constituição impondo como direito fundamental dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, segurança e higiene”.⁴⁶

Nesta perspectiva, determinadas atividades, em razão da sua própria natureza, possuem jornadas especiais de trabalho, fixadas por meio de acordo ou convenção coletiva.

Isto porque, se fez necessário levar em consideração algumas peculiaridades de determinadas atividades, a exemplo dos bancários, telefonistas, radiologistas, músicos profissionais, marítimos, operadores cinematográficos dentre outros, em razão de interesse social. Isto porque determinadas atividades produzem maiores desgastes à saúde do trabalhador,⁴⁷ se fazendo necessário um tratamento diferenciado, a fim de assegurar a integridade física e psicológica do empregado.

Em que pese a limitação da jornada de trabalho, admite-se o regime de prorrogação e compensação da jornada de trabalho no direito brasileiro, por meio do art. 59 da CLT⁴⁸. Tal dispositivo prevê que a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, que não deve exceder de 2 horas, por meio de acordo escrito entre empregador e empregado ou, ainda, mediante contrato coletivo de trabalho.

Vê-se, portanto, que o empregado, deverá submeter-se à prestação de horas extraordinárias caso tenha anuído quanto a esta alteração por meio de acordo escrito (individual ou coletivo) que prevê a prorrogação das jornadas. Portanto, na ausência de documento escrito, é lícito ao empregado negar a prestação de sobrejornada, sem que haja nenhum tipo de sanção em razão da negativa, salvo os casos de necessidade

⁴⁵ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁴⁶ SARAIVA. Renato. *Direito do Trabalho (concursos públicos)*. 13 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 209.

⁴⁷ ABUD. Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo: Atlas, 2008, p.64.

⁴⁸ Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

imperiosa.

Todavia, é válido ressaltar que a ausência de previsão contratual escrita no que diz respeito a sobrejornada de trabalho, em razão do princípio da primazia da realidade, caso na prática se constate a realização de horas extras extraordinárias, ainda, assim o empregador não estará isento do pagamento correspondente as horas extras laboradas.

Ademais, vale tecer breves comentários, também, acerca da previsão legal em que o empregador poderá exigir do empregado a realização de horas extraordinárias por necessidade imperiosa. Tal previsão está contida no art. 61 da CLT⁴⁹ segundo o qual, o empregador poderá exigir do empregado que exceda o limite legal ou convenicionado de duração do trabalho, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

Assim, diante do dever de colaboração que o empregado deve ao empregador, bem como do elemento subordinação característico da relação de emprego, a negativa do empregado em auxiliar o empregador por motivo de necessidade imperiosa sob o argumento de inexistência de acordo prévio de prorrogação, poderá significar descaso com o emprego e infração ao dever de colaboração.

Resta claro, portanto, que a jornada de trabalho possui limites constitucional e infralegal, os quais deverão ser observados, ressalvadas as exceções de prorrogação e compensação de jornada desde que convenicionadas entre as partes bem como por necessidade imperiosa.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

O terceiro capítulo discorrerá sobre responsabilidade civil para melhor entendimento da configuração do dano existencial, sua origem e respaldo legal.

⁴⁹ Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convenicionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

Considerando que no entorno do tema há uma responsabilidade que confere o dever de uma pessoa indenizar outra, por ato ilícito cometido, necessário se faz a análise do instituto destacado neste capítulo.

No caso em estudo, é preciso entender os parâmetros utilizados pelo sistema brasileiro para a configuração do dever de reparação, como identificar essa necessidade e em que situações restará configurada a responsabilidade civil.

Com a presente disciplina se defenderá que o indivíduo, dentro de um contexto social, deverá responsabilizar-se pelos atos cometidos, notadamente, quando de seus atos se originar prejuízo a outra pessoa.

É preciso entender como o direito brasileiro abarca essa necessidade e o que se busca com a proteção daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade.

No presente caso, buscar-se-á compreender a relação entre empregador e empregado a fim de encontrar um equilíbrio da relação e proteção dos direitos fundamentais garantidos ao empregado nas relações de emprego, justificando-se, portanto, um prévio estudo da responsabilidade civil como pilar do dano existencial conforme se verá adiante.

3.1 CONCEITO

A responsabilidade civil está vinculada a violação de um dever originário que causa dano à outrem. Trata-se de uma obrigação de indenizar outra pessoa que sofreu alguma espécie de dano⁵⁰.

Pode-se dizer que trata de um conjunto de medidas a serem aplicadas com o fim de obrigar o causador do dano a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros decorrente de ato do próprio agente causador do dano⁵¹.

⁵⁰ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p.87.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

Na concepção de Sérgio Cavalieri Filho⁵² a responsabilidade civil trata de uma,

violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o dano”. Assinala ainda, que, esta violação é de um dever originário e faz surgir a responsabilidade, que é um dever jurídico sucessivo.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves⁵³, verifica-se a responsabilidade civil como “parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos”.

Desse modo, é possível afirmar que a responsabilidade civil se origina da necessidade de um comportamento ético para a sustentação da vida em sociedade. Traduz uma garantia, relativa, de que o ser humano possa conviver com seus semelhantes sem sofrer prejuízo de forma injusta e arbitrária ou que, ao menos, caso não seja possível, tenha a garantia de ser ressarcido por dano injusto provocado pela ação de outrem.

3.2 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Primeiramente, vale dizer, que o a idéia de reparação do dano desenvolveu-se no direito francês, por meio de norma positivada no art. 1.149 do Código Civil daquele país. Inicialmente, a referida previsão legal visou a reparação proveniente de obrigações contratuais inadimplidas abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, passando, ainda, a acolher a responsabilidade extracontratual como premissa essencial do ideal de justiça.

Ainda, na França, foi editada a Resolução nº 75-7 de 1975 em que restou

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil* 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62

regulamentada a reparação dos danos em situações de morte e lesão corporal, por meio da qual o Conselho Europeu estabeleceu, de forma expressa, que o indivíduo que sofreu uma lesão tem direito a uma reparação integral do dano, com o fim de aproximá-la o máximo possível da situação na qual estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido.

Na mesma linha de intelecção, o direito brasileiro recepcionou o princípio da reparação integral a fim de restabelecer, na medida do possível, o *status quo ante* do indivíduo que sofreu o dano. Neste sentido, o Código Civil de 1916, por meio do art. 1.059 dispôs que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”⁵⁴.

A recepção do citado princípio no direito pátrio, ficou ainda mais evidente com o advento da Constituição de 1988 ao positivar o princípio da dignidade humana como universal da República, inserto no inciso III do art. 1º da Carta Magna⁵⁵ que, de forma implícita, defende a reparação integral àquele que sofre um dano.

Não é demais dizer, ainda, que o Código Consumerista também trouxe a previsão legal do dever de reparação inserta no inciso VI do art. 6º da Lei Federal nº 8.078/90 ao garantir “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” trazendo a idéia de amenização de possíveis prejuízos sofridos pelo consumidor.

Para concluir, os diplomas os quais preveem o dever de reparação em caso de dano, o Código Civil Brasileiro de 2002 foi taxativo ao positivar no art. 944⁵⁶ que “a indenização se mede pela extensão do dano”.

Ultrapassada o estudo da origem do instituto da responsabilidade civil passa-se a discorrer sobre a sua função. Neste passo, é possível afirmar que a função da responsabilidade civil está intrinsecamente alinhada com a necessidade de restabelecer o equilíbrio, de situação anterior ao evento danoso, entre o causador do dano e a vítima.

⁵⁴ Art.1059 do Código Civil de 1916: As perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁵⁵ Art. 1º inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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: a dignidade da pessoa humana;

⁵⁶ Art. 944 do código Civil de 2002: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Este instituto visa restabelecer uma situação anterior ao dano causado como meio para reparar a vítima do ilícito causado. Este dano pode ser material ou moral.

O que se pretende com o instituto é uma aproximação, maior possível, da situação pretérita como forma de minimizar os danos sofridos pela vítima. É o que se chama de princípio *restituo in integrum*, através do qual visa repor a vítima a situação anterior.⁵⁷

Em que pese a busca pelo restabelecimento da situação anterior, em grande parte dos casos, tem-se que coincide com situação impossível. Neste sentido, o instituto visa reduzir forçosamente os prejuízos sofridos pela vítima para o alcance deste ideal, que sabe-se, de difícil concretização.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Conforme visto, a responsabilidade civil decorre da necessidade de responsabilizar uma pessoa por seus atos e reparar outra pessoa que sofreu prejuízo, através do dever de repará-lo.

Neste sentido, é preciso definir critérios para a configuração da responsabilidade civil e atingimento de seu fim. Tendo em vista que o elemento culpa é o baluarte principal da responsabilidade advinda da conduta humana que originará a necessidade de reparar o dano, entende a doutrina majoritária que o dever de reparação nasce da existência de culpa.

A partir desta presunção é que se origina a responsabilidade civil subjetiva em que a comprovação da culpa se faz indispensável para a configuração do dever de reparação.

Nesta concepção o agente do dano só terá o dever de indenizar se a vítima conseguisse comprovar a culpa. Contudo, essa concepção do dever de reparar não abarcava toda e qualquer situação, notadamente, em virtude da realidade diante da evolução tecnológica e crescimento da população, suas formas de consumo e das

⁵⁷ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

relações de emprego.

Diante desta realidade, em países como Itália e Bélgica principalmente na França sustentou-se uma responsabilidade, independente de culpa, que passou a ser chamada de responsabilidade objetiva, consubstanciada na chamada teoria do risco.

A referida teoria foi absorvida pela legislação brasileira em determinadas situações e abarcada, de forma ampla, pelo Código Civil de 2002 através dos art. 927⁵⁸ e art. 931⁵⁹. Desse modo, tem-se que no Brasil utiliza-se as duas vertentes da responsabilidade civil, a objetiva e a subjetiva.

Por responsabilidade subjetiva entende-se como àquela que reclama a existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. Destarte, a obrigação de reparar e o direito de ter ressarcido os prejuízos provenientes do dano, surgem apenas se comprovado o dolo ou a culpa daquele que cometeu o ato ilícito. Portanto, a vítima deverá comprovar a existência destes pressupostos, o dolo ou a culpa, sob pena de não obter ressarcimento algum.

Quanto à responsabilidade objetiva tem-se que esta independe da comprovação do dolo ou da culpa do causador do dano. Se faz necessário, neste tipo de responsabilidade, apenas o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que aquele não tenha agido com dolo ou culpa, deverá ressarcir a vítima com o fim de restabelecer uma situação anterior a configuração do dano.

3.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Trata-se dos elementos que configuram a responsabilidade civil. São os critérios, por meio dos quais se verifica a existência ou não da responsabilidade e conseqüentemente o dever de reparar.

É preciso ressaltar que não há, na doutrina brasileira, um consenso acerca da

⁵⁸ Art. 927 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵⁹ Art. 931 do Código Civil de 2002: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

exatidão dos pressupostos da responsabilidade civil. Entretanto, a doutrina majoritária se respalda na previsão do art. 186 do Código Civil de 2002⁶⁰, como alicerce para caracterizar os elementos essenciais para configuração da responsabilidade civil subjetiva.

Da análise do texto do dispositivo ante mencionado extrai-se os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal e; c) dano.

Nesse passo, se faz necessário discorrer sobre cada um dos elementos mencionados para a devida compreensão da configuração da responsabilidade civil subjetiva.

3.4.1 Conduta culposa

No que diz respeito à conduta culposa do agente, a qual, pode-se dizer, conduta humana, pode ser originada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. Entretanto, o preceito está fundado na conduta positiva, já que para haver a omissão, necessário se faz a existência de um dever de praticar determinado ato, bem como a comprovação de que a conduta não foi praticada e ainda que caso praticada poderia ter sido evitada⁶¹.

Desse modo, entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que se externa por meio de uma ação ou omissão fazendo nascer consequências jurídicas. A conduta deverá ser voluntária, ou seja, de livre alvitre. Não se traduz, entretanto, em intenção de causar o dano mas, tão somente, de ter consciência do próprio ato⁶².

Pode-se dizer, então, que a ação praticada pelo causador do dano é consciente, ou

⁶⁰ Art. 186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶¹ TARTUCE. Flávio. *Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 343.

⁶² GAGLIANO. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 74

seja, o agente tem noção que o seu ato pode causar prejuízo á outrem. Dessa constatação é que decorre o dever de reparação, através da qual se busca reduzir, tanto quanto possível, os prejuízos advindos da conduta do agente.

Mas não é só. A responsabilidade subjetiva não decorre apenas de uma conduta humana. É preciso apurar se a conduta é culpável. Se o autor da ação que causou danos à outra pessoa, poderia ter agido de modo diverso. Por este ângulo, tem-se que se o agente tinha capacidade de discernir o que estava fazendo e agiu de acordo com essa concepção, resta configurada, então, a imputabilidade. No momento que a conduta tenha se afastado daquilo que se é esperado, socialmente falando, se identifica, pois, a culpa⁶³.

A imputabilidade é, pois, um conjunto de condições pessoais que confere ao causador do dano o discernimento para responder pelas consequências de seu ato quando este for contrário ao dever. Assim, imputável é que aquele que poderia ter agido de outro modo, porém deixou de fazê-lo conscientemente. Para tanto, se faz imprescindível que o agente causador do dano disponha de maturidade e sanidade mental⁶⁴.

Por outro ângulo, há de se mencionar que no direito brasileiro a responsabilidade subjetiva decorre de ato próprio do agente, todavia pode encontrar guarida, ainda, em atos de terceiro, ou por fato de animal ou coisa, conforme previsão dos incisos I a V do art. 932⁶⁵ e art. 938⁶⁶ ambos do Código Civil de 2002.

Destarte, pode-se afirmar que a conduta humana é o primeiro elemento na configuração da responsabilidade civil subjetiva, podendo afirmar que o dever de

⁶³ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

⁶⁴ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Op Cit.*, p. 40.

⁶⁵ Art. 932 do código Civil de 2002: São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

⁶⁶ Art. 932 do código Civil de 2002: Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

reparação decorre, primacialmente, da ação consciente do causador do dano.

3.4.2 Nexo Causal

Este segundo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, pode-se dizer que é o sustentáculo que dá suporte a configuração do dano. Isto é, sem a sua identificação não é possível responsabilizar o agente causador do prejuízo pela sua conduta.

É por meio do exame da relação causal que é possível concluir quem foi o causador do dano. Até mesmo na configuração da responsabilidade civil objetiva se faz necessário identificar o nexos causal que associa o agente e o dano, sem o qual não se pode exigir a devida reparação.⁶⁷

O nexos de causalidade é um elemento não palpável que une a conduta e o dano. Assim sendo, as perdas e os danos não abarcam o que está fora do nexos causal⁶⁸.

Para explicar esse pressuposto, a doutrina assinala três teorias principais pesquisadas para esclarecer a imprescindibilidade do nexos de causalidade: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexos causal).

Segundo a teoria da equivalência das condições, também chamada de *sine qua non* todos os fatos contributivos do evento danoso dão origem à responsabilidade civil. Ressalte-se que essa teoria não foi adotada pelo direito brasileiro, pois amplia em demasia o nexos de causalidade.

A teoria da causalidade adequada decorre da identificação singular da causa que levou ao evento danoso. Logo, se várias condições concorreram para o resultado do dano, pela teoria nem todas serão causas, mas àquela que contribuiu de forma mais incisiva para o surgimento do dano, diferenciando, portanto, causa e condição, dentre os fatos que tiveram maior relevância.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.39.

⁶⁸ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

A problemática dessa teoria reside na dificuldade de identificar a condição mais adequada para o resultado danoso. Deste modo, a solução para a identificação do nexo causal deverá ser encontrada caso a caso, de acordo a realidade de cada situação, fazendo-se o uso do bom-senso e ponderação.

Quanto à teoria da causalidade direta ou imediata diz respeito à violação de direito por parte do credor ou terceiro, interrompe-se o nexo de causalidade. Consequentemente, restará configurada ausência de responsabilidade do suposto agente de onde se pode afirmar que o dever de indenizar decorre dos danos como efeitos cogentes da conduta do agente.

3.4.3 Dano

Conceitua-se o dano como uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza. O bem lesado pode se tratar de um bem patrimonial ou que coincida com os direitos da personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade dentre outros.

Nesta perspectiva, só existirá responsabilidade civil se houver um dano a ser remido. Este pressuposto encontra-se no cerne da obrigação de indenizar. Se a conduta humana não ensejar o dano não há que se falar em dever de ressarcir.

Decorre, portanto, que a consequência da conduta humana deve ensejar uma lesão patrimonial ou moral para que exista o dever de reparação. Ainda que a conduta seja culposa ou dolosa, se não houver dano não há obrigação a ser imposta ao suposto agente.

Conforme já mencionado alhures, o que se pretende com a responsabilidade civil subjetiva é compensar a vítima de um prejuízo causado por outrem de modo que, possa se aproximar o máximo possível da situação em que se encontrava anteriormente á ocorrência do dano.

Parte da doutrina⁶⁹, defende que o dano só existirá diante de determinados requisitos, quais sejam: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, atinente a uma pessoa; b) eficácia ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) causalidade, pois deverá existir uma ligação entre a falta e o dano causado; d) permanência do prejuízo no momento da reclamação do lesado, ou seja, o dano não pode já ter sido resolvido pelo responsável; e) legitimidade: a vítima deve ser titular do bem jurídico violado; f) inexistência de causas excludentes de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

Por outro ângulo, independentemente dos apontados requisitos propostos por Maria Helena Diniz, existirá dano sempre que houver lesão à um bem jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Esse dano deverá ser reparado pelo agente com o fim de amenizar o prejuízo sofrido pela vítima.

3.5 ESPÉCIES DE DANOS

Conforme já mencionado, o dano é o elemento central na configuração da responsabilidade civil, tanto objetiva quanto a subjetiva, sem o qual não há que se falar em responsabilidade.

Nesta senda, se faz necessário delinear as espécies de danos, partindo, em primeiro momento, de uma premissa tradicional. Pode-se afirmar que os danos estão divididos em duas espécies, dano patrimonial (material) e dano moral.

No entanto, existem outras modalidades de danos, os quais, a doutrina tem tratado como subespécies mas que tem gerado grandes discussões no meio acadêmico em razão da “criatividade” do intérprete e flexibilidade da jurisprudência⁷⁰.

Passa-se, neste momento, a discorrer sobre as espécies tradicionais.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

⁷⁰ CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

3.5.1 Danos clássicos

A doutrina adotou a classificação das espécies de responsabilidade civil em duas modalidades: a patrimonial (ou material) e a extrapatrimonial (ou moral). O critério da classificação encontra respaldo no tipo de bem jurídico violado pelo agente, causador do dano, se ele causa um prejuízo que interfere na ordem econômica do indivíduo ou se este atinge os direitos da personalidade assegurados constitucionalmente⁷¹.

3.5.1.1. Dano material

O dano material trata de lesão à bem que integre o patrimônio da vítima. Atinge o patrimônio corpóreo da pessoa natural, da pessoa jurídica bem como de ente despersonalizado⁷². Todavia, para o presente estudo terá relevância apenas o dano causado à pessoa natural.

O patrimônio atingido pode coincidir com bens corpóreos como casa, carro, terreno, objetos mas também a bens incorpóreos como direitos de crédito⁷³.

O fato é que o dano material implica em redução do patrimônio da vítima e está suscetível à avaliação pecuniária da qual se arbitrará o valor da indenização devida.

Outro aspecto do dano material é que este pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro. Não implica somente na redução dos bens materiais mas em impedir, também, o seu crescimento. Desta constatação, originou-se as subespécies de dano material, quais sejam, os danos emergentes e os lucros

⁷¹ Art 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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;

⁷² TARTUCE. Flávio. *Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 375.

⁷³ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

cessantes.

Como dano emergente, pode-se dizer que diz respeito ao que a vítima efetivamente perdeu. Desta feita, tem-se que houve uma redução no patrimônio da vítima decorrente do ato ilícito. Assim sendo, como o prejuízo é claro, não pairam maiores dificuldade em quantificar a extensão do dano.

Quanto ao lucro cessante é o dano material que atinge não somente o patrimônio presente mas também o futuro, corresponde ao que a vítima deixa de ganhar. Trata-se de uma frustração de expectativa de rendimento em redução ao patrimônio esperado.

Conforme visto, o dano material é de fácil percepção porquanto trata-se de prejuízo imediato e quantificável ao patrimônio da vítima.

3.5.1.2 Dano moral

Dano moral pode-se dizer espécie de dano imaterial que atinge os direitos da personalidade da vítima. Assim sendo, vale ressaltar que o aspecto indenizável do dano moral tornou-se pacífica a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

É que durante a elaboração do Código Civil de 1916 bem como na sua vigência, claramente, não se vislumbra a necessidade de proteger os direitos da personalidade vez que o direito à época tinha um viés individualista.

Passado esse momento histórico, os direitos da personalidade foram ganhando cada vez mais destaque até serem tutelados através das normas constitucionais, até então, vigentes. Houve uma acentuada evolução do tema que imergiu, também, por outros ramos do direito como Direito do Consumidor e Direito do Trabalho.

Há de se mencionar, ainda, que a Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Daí, poder-se dizer que no direito brasileiro, há um direito subjetivo constitucional à dignidade. Neste diapasão a Carta Magna conferiu ao instituto do dano moral uma nova feição porquanto a dignidade humana é o próprio alicerce de todos os valores morais. Constitui,

assim, o eixo de todos os direitos da personalidade.

Quanto à doutrina e jurisprudência pátrias há um entendimento de que o dano moral corresponde a violação a um dos direitos da personalidade inserto no art. 11 do Código Civil de 2002 como a violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama, à dignidade dentre outros.

Por não se tratar de bem palpável e/ou quantificável, na apreciação do pedido de indenização por dano moral, o papel do magistrado é analisar o caso concreto e verificar cautelosamente se determinada conduta ilícita, dolosa ou culposa, causou prejuízo moral a alguém, propiciando sofrimento psicológico que supere meros aborrecimentos da vida cotidiana a que todos estamos submetidos.

Em que pese tal entendimento, é preciso estar atento de que não é qualquer aborrecimento do dia a dia que implica a indenização por dano moral. É preciso encontrar um equilíbrio, para identificar o aborrecimento decorrente da conduta ilícita ao ponto de ferir um ou alguns de seus direitos da personalidade.

A minguada da verificação do aborrecimento da vítima e sua extensão, tem-se que um outro aspecto do dano moral que também merece atenção. Diz respeito a necessidade ou não de prova, podendo ser classificado de duas formas: a) dano moral subjetivo ou dano moral provado; b) dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*).

O dano moral subjetivo ou dano moral provado como o próprio nome diz, necessita de prova sob o ônus de quem o requer. Já o dano moral objetivo ou presumido - *in re ipsa* - é aquele que prescinde de prova.

3.5.2 Das novas adjetivações dos danos

O surgimento de novos interesses, passíveis de serem tutelados, gerou uma propagação das pretensões indenizatórias submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Neste ínterim, surgiu novo panorama histórico acerca dos danos. Como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, foram criadas novas adjetivações dos danos ressarcíveis.

Tem-se utilizado como termos, “novos danos” ou “novos tipos de danos” para designar as novas figuras de dano extrapatrimoniais. Entretanto, Anderson Schreiber⁷⁴, afirma que “a alusão a ‘tipos’ mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, vez que há uma tendência mundial, atualmente, em rejeitar a aplicação do princípio da tipicidade no que diz respeito à definição de danos ressarcíveis” .

Tal rejeição advém da impossibilidade de exaurir todas as espécies de danos ressarcíveis. A tentativa de denominar os mais variados danos imateriais, enseja o risco de não contemplar todas as hipóteses possíveis e desse modo se deixar de reparar um indivíduo lesado em razão da ausência dos critérios específicos para uma determinada lesão sofrida.

A expansão das novas adjetivações dos danos tem início no direito estrangeiro. Na jurisprudência Italiana, já se menciona de forma expressa, “dano à vida de relação”; “dano pela perda de concorrenciais”; “dano por redução de capacidade laboral genérica”.

Do mesmo modo, na França houve grande repercussão o chamado *Affaire Perruche*, através do qual a *Cour de Cassation* deferiu o pedido de indenização de um adolescente, em razão dos danos decorrentes do seu nascimento, vez que nasceu deficiente em razão de rubéola não detectada durante a gravidez de sua genitora, quando esta havia declarado, de forma expressa, o desejo de interromper a gestação caso fosse detectada a doença.

Nos Estados Unidos, adjetivou-se o chamado “dano emocional decorrente do fracasso desportivo” em um caso em que o treinador de um time juvenil de baseball, após perder todas as partidas da temporada, foi demandado pelo pai de um dos jogadores visando ser indenizado.

No Brasil, a recepção aos “novos danos” tem sido ampla, sendo possível já se falar nos danos mais diversos, como dano biológico, dano sexual, dano de férias arruinadas, dano-morte, dano estético, dano existencial dentre outros.

Conforme já demonstrado, em capítulo anterior, a dignidade da pessoa humana

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

ensejou a ampliação dos bens jurídicos dignos de serem tutelados e, por consequência, ampliou-se as hipóteses de danos aptos de serem ressarcidos.

Desse modo, visando a tutela da dignidade humana em todos os seus aspectos, a jurisprudência brasileira, seguindo a estrangeira, passa, atualmente, por um estímulo ao desenvolvimento de adjetivação dos danos. Todavia, é preciso ressaltar que o princípio da dignidade humana, possui diversos âmbitos, os quais, é impossível enumerar. Sendo assim, a tentativa de qualificar todas as espécies de danos em um rol taxativo é inútil.

3.6 DANO EXISTENCIAL

O dano existencial consiste em uma das espécies dos “novos danos” e que possuem extrema relevância do presente trabalho, pois, tratar-se-á de sua aplicação nos casos em que se extrapola a jornada de trabalho, visando uma reparação do empregado, vítima do dano.

3.6.1 Conceito

O dano existencial trata-se de uma espécie de dano extrapatrimonial que ocorre nas situações em que a esfera pessoal ou social do ser humano é atingida, alterando a sua qualidade de vida⁷⁵.

Na visão da doutrinadora Flaviana Rampazzo⁷⁶, o instituto trata,

De uma afetação negativa, que pode ser total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima

⁷⁵ SOBREIRA. Marcelo José de Araújo Bichara; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial – Uma violação à autonomia privada*. In: Revista de Direito Privado, vol. 72. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p.56.

⁷⁶ SOARES. Flaviana Rampazzo; **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.45.

do dano, normalmente, tinha incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir sua rotina.

Também conhecido como dano ao projeto de vida (perda da graça, do sentido), o dano existencial, pode ser percebido como toda e qualquer lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrando o projeto de vida que a pessoa escolheu para sua realização pessoal⁷⁷.

3.6.2 Origem

O instituto do Dano Existencial tem origem na doutrina italiana, todavia como ocorria, até outrora, no direito brasileiro, não existia com esta nomenclatura. Dentre os danos passíveis de indenização, estavam, apenas, o dano material e o dano moral.

Ocorre que, os doutrinadores e juristas italianos sentiram uma necessidade de conferir uma maior proteção às pessoas frente a um dano injusto. Assim, no início da década de 1950, criou-se um novo instituto intitulado de “dano à vida de relação” a ser reparado, podendo ser cumulado com eventual dano material decorrente do mesmo ato⁷⁸.

Isto porque, embora o ser humano seja reconhecido como o fim em si mesmo, não deve ser confundido como meio ou objeto para outros fins sob pena de ofensa à dignidade humana⁷⁹.

A fim de aclarar o novo dano criado pela doutrina italiana, é preciso olhar o ser humano sob a perspectiva de sua existência, sua vida em sociedade e como as suas

⁷⁷ BOUCINHAS FILHO, Jorge Calvalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano Existencial e o Direito do Trabalho*. In: *Legislação do Trabalho*. Ano 77. São Paulo: Revista LTr, abril/2013, p.451.

⁷⁸ SOARES. Flávia Rampazzo; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.41.

⁷⁹ SOBREIRA. Marcelo José de Araújo Bichara; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial – Uma violação à autonomia privada*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 72. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p.56.

experiências ao longo da vida tem a ver com as relações interpessoais de cada ser.

Desse modo, a coexistência entre os seres humanos é condição indispensável para a construção da vida em relação e identificação do ser humano no plano da existência.

No Brasil, o instituto do dano existencial passou a ser adotado no âmbito dos tribunais, antes mesmo da doutrina se posicionar quanto ao tema. A primeira decisão sobre dano existencial no direito brasileiro ocorreu no Tribunal Regional da 4ª Região.

3.6.1 Dano moral x dano existencial

O instituto do dano moral, já foi tratado em seção anterior neste capítulo sobre Responsabilidade Civil. Todavia, é de grande importância para melhor compreensão do tema abordado no presente trabalho, fazer um paralelo entre o dano moral e o dano existencial, a fim de captar semelhanças e diferenças entre os dois institutos.

A luz da Constituição em vigor, é possível conceituar o dano moral sob dois aspectos diferentes, quais sejam: *sentido amplo* e *sentido estrito*. No primeiro caso, o sentido estrito do dano moral diz respeito à violação do direito à dignidade, razão pela qual foi inserido no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988⁸⁰ a pela reparação do dano moral, considerando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

Por este ângulo, possíveis reações psicológicas da vítima não enseja necessariamente reparação por dano moral. Assim, a dor, humilhação, vexame, sofrimento pode existir sem violação da dignidade, bem como pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, humilhação, vexame, sofrimento.

Em sentido amplo dano moral é a violação de algum direito ou atributo da

⁸⁰ 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;

personalidade.⁸¹ Assim, considerando que os direitos da personalidade possui amplitude inalcançável, o dano moral em sentido amplo pode abranger as mais variadas ofensas à pessoa, senão todas, dentro dos limites social e individual, ainda que a dignidade não seja atingida.

Quanto ao dano existencial, conforme já mencionado alhures, é aquele que ocorre nas situações em que a esfera pessoal ou social do ser humano é atingida, alterando a sua qualidade de vida.

Vale dizer, pois, que ambos os danos, moral e existência, são espécies de dano extrapatrimonial, mas que, no entanto, tem recebido tratamentos diferenciados pela jurisprudência pátria.

Os tribunais brasileiros tem enfrentado os temas sob perspectivas distintas. O dano moral tem sido tratado como aquele que consiste na lesão sofrida pelo indivíduo no que diz respeito aos direitos da personalidade. Ou seja, envolve um aspecto não patrimonial que atinge a esfera íntima do indivíduo.

O dano existencial, por sua vez, além de não ter repercussão financeira ou econômica, tem sido tratado como aquele que não diz respeito à esfera íntima da vítima, como dor e sofrimento. O que se leva em consideração é que o dano existencial decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal da vítima.

Na visão de Flaviana Rampazzo Soares⁸², há uma clara distinção entre o dano moral e o dano existencial que “reside no fato de este ser essencialmente um sentir, e aquele um não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa.”

Neste ponto de vista, tem-se que o dano moral ocorre de forma simultânea ao ato ilícito enquanto que no dano existencial ocorre em momento posterior ao ato lesivo, tendo

⁸¹ CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

⁸² SOARES. Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.46.

em vista que o prejuízo sofrido é sentido dia a dia e detectável com o passar do tempo.

Quanto a situação da vítima envolve relação de emprego, a jurisprudência tem-se admitido falar em cumulação do dano moral e dano existencial, desde que provenientes do mesmo fato. Faz-se assim uma analogia à possibilidade de cumulação entre os danos moral e dano estético previsto no enunciado sumular nº 387 do Superior Tribunal de Justiça o qual prevê que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Ainda, afirma-se na doutrina que, “o reconhecimento do dano existencial ao lado do dano moral, revela-se imprescindível para a completa reparação do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa e para a proteção total do ser humano contra as ofensas aos seus direitos fundamentais.”⁸³

Diante das considerações acima trazidas, constata-se que na jurisprudência bem como na doutrina há um forte estímulo a nova adjetivação do dano existencial de modo que este não deva ser confundido com o dano moral.

Nada obstante, as diferenças e semelhanças entre os dois institutos na construção dos novos danos no direito brasileiro, há de revelar que o bem jurídico tutelado pelo dano existencial, bem como outras espécies dos “novos danos”, seria perfeitamente tutelado pelo instituto do dano moral, razão pela qual se discorda da atual construção jurisprudencial acerca do dano existencial que terá as razões esclarecidas no próximo capítulo do presente trabalho.

3.7 DANO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O Código Civil Brasileiro de 2002 reconhece, de forma positiva, a reparabilidade dos danos morais. É o que dispõe o art. 186 da citada norma legal:

⁸³ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo. v.6. Out./Dez., 2005, p. 68.

“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.”

Não é demais, ressaltar que a própria Constituição Federal tutela a reparabilidade por dano moral, quando assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” inserto no inciso V do art. 5º.

Do mesmo modo o faz, quando preceitua que “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”, conforme se infere do inciso X do art. 5º da Carta Magna.

Por este viés, tem-se que o dano moral consiste na lesão dos direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Feitas estas considerações, o presente tópico visa destacar a aplicação do dano moral no âmbito das relações de trabalho. Assim, é de extrema importância esclarecer que o dano moral não é um instituto do direito do trabalho e de nenhum dos outros ramos do direito, porque a sua aplicação está relacionadas apenas a reparação, independendo, portanto, do ramo do direito aplicável.

A aplicação do instituto do dano moral no direito do trabalho era muito discutida, antes da alteração ocorrida no art. 114 da Constituição Federal de 1988 por meio da emenda nº 45/2004 para dispor que “a Justiça do Trabalho é competente para julgar e processar as ações decorrentes de dano moral ou patrimonial do âmbito das relações de trabalho”.

Tal previsão foi de extrema importância para a tutela dos direitos da personalidade do empregado. Isto porque, caso o empregador não respeite os direitos fundamentais do empregado, àquele se torna passível de dever indenizar o empregado a título de danos morais como forma de puni-lo pelo ilícito praticado bem como reparar os danos sofridos

pelo trabalhador.

Desse modo, pode se enumerar diversas situações de dano moral decorrente da relação de emprego como: a) empregado que tem suas informações passadas pelo empregador à outras empresas no intuito de obstar o ex-empregado a conseguir outro emprego; b) empregado é caluniado ou difamado pelo empregador; c) empregado que presta habitualmente excesso de jornada de trabalho.

É válido, ainda, salientar que os Tribunais Regionais do Trabalho, têm proferido decisões em que o pedido de dano moral nas relações de trabalho são deferidos. Nesta perspectiva é válido trazer alguns julgados no âmbito do TRT da Primeira Região⁸⁴, sobre o tema:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS. VALOR DO DANO MORAL. No tocante ao valor da indenização, tem-se que este deve ser fixado considerando o grau de ofensa impingida à pessoa, medindo o abalo moral causado pelo dano e o sofrimento à honra subjetiva da pessoa. A sanção pecuniária tem por fim alcançar a ofensa sofrida, devendo-se adotar como parâmetro três elementos principais, quais sejam, a gravidade da lesão, a extensão e a repercussão do dano e as condições das partes. Deste modo, deve também ser levado em conta o caráter punitivo em relação ao empregador e compensatório ou reparatório em relação ao empregado, evitando-se que o valor fixado seja fonte de enriquecimento ilícito do trabalhador, mas também que não seja ínfimo a ponto de nada representar para o empregador, considerando sua capacidade de pagamento. O valor atribuído à indenização não pode significar enriquecimento de um ou a ruína do outro, devendo, apenas, reparar, com justiça, os danos sofridos pelo autor, bem como atender ao caráter punitivo e pedagógico da sanção ao réu. No caso em tela, merece reparo a sentença, para deferir o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (TRT-1 - RO: 00014304920125010022 RJ, Relator: Leonardo Dias Borges, Data de Julgamento: 04/11/2015, Décima Turma, Data de Publicação: 10/12/2015).

O julgado acima transcrito, trata-se um caso em que o empregado aduz ter sido exposto a situações absolutamente vexatórias perante os demais empregados e clientes da loja, em que o empregador o tratou por meio de termos pejorativos e desmoralizantes. Alegou ter sofrido abalo moral ao ver maculada sua honra, boa fama, imagens pessoal e

⁸⁴ TRABALHO. Tribunal Regional. TRT-RO- 00014304920125010022, Relator: Ministro Leonardo Dias Borges. Bra Rio Grande do Sul, RS, 10 de dezembro de 2015. Lex: jurisprudência do TRT da 1ª Região.

social.

Em um outro julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁸⁵, segue a seguinte ementa:

INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAL. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A instituição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de trabalhador, inclusive quanto à verificação da aptidão física do candidato para a função a ser desempenhada, está inserida no poder de gestão do empregador. Hipótese dos autos em que o conjunto probatório indica, todavia, ter adotado a reclamada conduta imprudente, conferindo ao reclamante a certeza da sua contratação, a qual, uma vez frustrada, resultou em inegáveis prejuízos de ordem material e moral ao trabalhador. Recurso do reclamante provido no aspecto para condenar a reclamada ao pagamento das indenizações respectivas.

Nesta decisão, também restou configurada a violação aos direitos da personalidade do autor que após ter procedido todos os atos necessários à sua contratação até mesmo pedir o desligamento do trabalho anterior a pedido da empresa que discorreu que a vaga era de ocupação imediata.

Da análise dos julgados acima colacionados infere-se que o instituto do dano moral tem sido utilizado para tutelar os direitos sociais do trabalhador, de acordo com o caso concreto, no âmbito dos tribunais brasileiros, tanto na fase pré-contratual quanto na fase contratual.

Em que pese a aplicação do referido instituto com o fim de reparar os danos sofridos na esfera trabalhista de forma generalizada, a concepção acerca dos novos danos, tem modificado esse cenário. Constata-se na atualidade, a necessidade de individualização das situações fáticas como forma de tutela específica as espécies de dano de onde decorre o surgimento dos chamados “novos danos” a exemplo do dano existencial objeto do presente estudo.

⁸⁵ TRABALHO. Tribunal Regional. TRT-RO- 0000805-55.2013.5.04.0811, 7ª Turma do TRT4, Relator: Ministro Alexandre Agra Belmonte. Rio Grande do Sul, RS, 06 de novembro de 2014. Lex: jurisprudência do TRT da 4ª Região.

4 DANO EXISTENCIAL DERIVADO DO EXCESSO DE JORNADA DE TRABALHO

O último capítulo do presente trabalho, visa demonstrar que o excesso da jornada de trabalho, de forma habitual, traz prejuízos para vida do empregado e que precisa ser reparados por meio de tutela específica. Neste sentido, se constatará que os tribunais pátrios tem se deparado com inúmeros pleitos de indenização por dano existencial, notadamente, nos tribunais do trabalho, em que se alega que o excesso de labor viola a um projeto de vida do empregado.

Com as novas adjetivações dos danos, passou-se a chamar de dano existencial quando a vítima tem seu “projeto de vida” frustrado e ainda tem violada a “vida de relação.”

Todavia, se objetiva demonstrar que a nova espécie de dano existencial, é mais uma das modalidades criadas pelos chamados “novos danos” para tutelar especificamente situação que interfira de modo negativo no desenvolvimento humano, sobretudo quando esta decorre da relação de emprego.

Visa tratar de forma singular a proteção do direito a um projeto de vida do indivíduo como forma de rechaçar toda e qualquer conduta que viole este direito, notadamente, no caso do presente estudo, em relação do empregador e empregado.

4.1 SUBORDINAÇÃO DO EMPREGADO AO EMPREGADOR

A Consolidação das Leis do Trabalho por meio do art. 3^o⁸⁶, conceitua empregado como àquele que presta serviços ao empregador de forma habitual, sob sua dependência

⁸⁶ Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

mediante salário o. Já o artigo 2^o⁸⁷ do mesmo diploma legal, retrata o empregador, como àquele que dirige a prestação pessoal de serviços do empregado.

Das referidas considerações, depreende-se que ambos os conceitos relativos tanto ao empregado quanto o empregador, adotam como característica essencial à configuração do vínculo de emprego a subordinação na relação de emprego.

Desta feita, é possível afirmar que a subordinação suscita o poder de comando do empregador em relação conduta do empregado diante da atividade a ser desenvolvida na relação de emprego enquanto durar o contrato.

Assim, essa relação entre empregador e empregado consiste em requisito essencial para a configuração da relação de emprego sem a qual esta não deve existir. Sob este ângulo, se considerar que o trabalho seja prestado por pessoa jurídica, ausente estará o requisito da pessoalidade que também não configura relação de emprego. Do mesmo modo, se não restar configurada a habitualidade.

Com efeito, os riscos da atividade devem ser assumidos pelo empregador com reflexos, inclusive, na esfera econômica e não do empregado o qual atua sob subordinação de maneira absoluta na relação de emprego⁸⁸.

Vê-se, portanto, que a relação entre empregador e empregado é pautada numa relação de sujeição às ordens patronais por força do contrato de trabalho de onde decorrem as situações em que o empregado pode ver tolhidos as suas realizações pessoais decorrentes da vida social e pessoal quando não atendidos os limites constitucionais e infra-legais dos direitos sociais do empregado, notadamente, no que diz respeito a jornada de trabalho.

4.2 EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

⁸⁷ Art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho: considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁸⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6723/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-trabalho-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 05 abril 2018.

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 fixou o limite de oito horas para a jornada de trabalho e quarenta e quatro semanais. Não obstante, o limite diário de horas trabalhadas tem sido violado constantemente. Tal constatação se dá pela simples observação do crescimento das demandas ajuizadas perante o judiciário em que se pleiteia as horas extras e mais recentemente, o crescimento dos pedidos de dano existencial.

A previsão legal para o acordo de prorrogação e compensação de jornada prevista no art. 59 da CLT, deu abertura para interpretações equivocadas de que a extrapolação da jornada de trabalho poderá ser habitual.

Assim, entende-se que o empregador pagará salário até a oitava hora sem acréscimo, pagando o adicional de horas extras na nona e na décima hora, sem se preocupar com a idéia de limite.⁸⁹ Nesta perspectiva, infere-se que os conteúdos normativos constitucionais foram relegados a descaso.

Por horas extraordinárias podem ser definidas como período de disponibilidade de trabalho em que o trabalhador desenvolve o seu labor além daquele previsto em seu contrato, ou ainda, aos limites constitucional e legal.

Assim sendo, o empregador que exige do empregado hora extra habitual comete ato ilícito a ensejar reparação a vítima do dano.

4.2.1 Violação dos direitos da personalidade do trabalhador

Em que pese as relações de emprego sejam respaldadas no elemento subordinação devem ser observadas as garantias constitucionais, sobretudo, as relacionadas aos direitos fundamentais dos empregados que antes de tudo são pessoas humanas que merecem respeito e tratamento igualitário conforme assegurados constitucionalmente.

Neste sentido, a Consolidação da Leis do Trabalho abarca norma expressa sobre

⁸⁹ ALVES. Amauri César. *Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo*. In: Legislação do Trabalho. Ano 80. São Paulo: Revista LTr, Setembro/2016.

direitos da personalidade no art. 373-A, inciso VI⁹⁰, que veda a revista íntima nas empregadas. Confere proteção ao empregado também por meio dos arts. 482, alíneas “j” e “k”, e art. 483, alíneas “a”, à “f”.

Já no art. 29⁹¹ do mesmo diploma legal visando proteger os direitos da personalidade do empregado, veda o empregador de proceder a qualquer espécie de anotação desabonadora acerca da conduta do empregado em sua CTPS.

Conforme já mencionado no presente trabalho os direitos da personalidade são essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana e representam a garantia para a preservação de sua dignidade. Assim, os direitos da personalidade também se externam como princípios constitucionais do trabalho em face da simples proteção conferida pela Constituição de 1988 a tais direitos.

A relação de emprego pode ser empreendida pelo empregado desde que atendidos os princípios constitucionais do trabalho que visam a proteger a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa do trabalhador.

É por meio dessa proteção constitucional e infra-legal dada ao trabalhador no Direito do Trabalho que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, confere ao ser-humano e o atendimento às necessidades sociais, também, na qualidade de trabalhador.

O Direito do Trabalho se insere na luta pela proteção e pela preservação da dignidade do ser humano em todos os seus graus, seja físico, psicológico, material ou moral, intelectual e, ainda, de extrema importância para o presente estudo, o existencial.

Sem essa proteção, o Direito do Trabalho deixa de conferir a proteção necessária ao ser humano em toda a sua magnitude vez que o trabalho é fundamental para a própria sobrevivência dos indivíduos que necessitam suprir as necessidades básicas através da

⁹⁰ Inciso VI do art. 373-A da CLT: proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

⁹¹ Art. 29 da CLT: A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

contraprestação do serviço prestado nas relações de emprego.

Desse ponto de vista, a análise dessa proteção conferida ao trabalhador depende da conscientização dos valores sociais e da formação de uma ordem ético-constitucional volvida para o desenvolvimento do bem-estar do empregado.

4.3 ELEMENTOS INTRÍNSECOS DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial na esfera dos “novos danos”, pode-se dizer que, versa como uma “espécie” de dano moral. Por este ângulo, os elementos do dano existencial são os mesmos inerentes ao dano subjetivo: existência de prejuízo; ato ilícito e nexos de causalidade. Todavia, foram criados dois elementos a mais que o torna singular: a) o projeto de vida; b) a vida de relações.⁹²

Quanto aos elementos comuns ao dano subjetivo, tem-se que estes já foram tratados no capítulo anterior. Quanto aos demais, cabe tecer algumas considerações.

4.3.1 Projeto de vida

No que diz respeito ao elemento “projeto de vida”, pode-se afirmar que este corresponde a tudo o quanto uma pessoa escolhe e/ou determine fazer com a sua vida. É da própria natureza humana, a busca de suas potencialidades e da satisfação pessoal. A realização do indivíduo, através de uma projeção de vida, também, está assegurada à todas as pessoas como direito fundamental ao lazer, no capítulo dos direitos sociais, arts. 6º e 7º da Carta Magna.⁹³

⁹² BOUCINHAS FILHO, Jorge Calvalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano Existencial e o Direito do Trabalho*. In: *Legislação do Trabalho*. Ano 77. São Paulo: Revista LTr, abril/2013.

⁹³ Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
Art. 7º Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Desse modo, de qualquer ato ilícito que obste a liberdade de escolha do indivíduo, frustrando o seu projeto de vida, impedindo sua realização e obrigando a pessoa a desviar do seu planejamento, restará configurado o dano existencial.⁹⁴

O termo “existencial” foi respaldado, justamente, porque o impacto gerado pelo dano causa no indivíduo um vazio existencial, a ponto de perder o estímulo de vida. A escolha de vida é afetada pelo dano, de tal modo, que o indivíduo pode, por vezes, deixar de reconhecer a si mesmo como indivíduo.

4.3.2 Vida de Relações

Quanto ao segundo elemento característico do dano existencial, “A Vida de Relação” ou “Dano à Vida em Sociedade”, “é aquele que indica a ofensa física ou psicológica a uma pessoa e determina uma dificuldade ou mesmo impossibilidade de relacionar-se com terceiros, ocasionando uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos”.⁹⁵

Este elemento, diz respeito às relações interpessoais do indivíduo nos mais variados ambientes e contextos, que permite ao ser humano a construção da sua história de vida sob suas perspectivas pessoais.

Constitui-se por ofensas físicas ou psíquicas que impedem a pessoa humana de desfrutar os prazeres das atividades recreativas tais como prática de esportes, turismo, cinema, teatro dentre outras. Interfere, de forma direta, no ânimo do trabalhador atingindo seus relacionamentos sociais e profissionais.⁹⁶

Neste sentido, é fácil interpretar que o ser humano, como ser social, tem a necessidade de relacionar-se, aprender, ouvir, observar, estudar a si e aos outros para

⁹⁴ BEBBER. Júlio César. *Danos Extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – Breves considerações*. In: **Legislação do Trabalho**, Ano 73, São Paulo: Revista LTr, Jan 2009, p. 28.

⁹⁵ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. In: **Revista dos Tribunais**: São Paulo. Vol.6. Out./Dez., 2005, p. 52.

⁹⁶ Ibid.; Op cit.;

se enxergar como indivíduo capaz de emoções, ideologias, comportamentos e outros, criando os seus próprios valores.

O dano causado “A Vida de Relação”, pode ocorrer nos mais variados contextos da vida do indivíduo. Pode ocorrer, no emprego, na relação familiar, por erro médico, divulgação de notícias difamatórias infundadas, acidentes, dentre outros.

4.4 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Para a devida compreensão do tema do presente trabalho se faz indispensável discorrer sobre o dano existencial nas relações de emprego. O mencionado dano, emana da conduta humana do empregador o qual veda, de forma indireta, o empregado de ter uma vida social conforme assegurado constitucionalmente por meio do lazer, relações afetivas, exercício religioso bem como as participação em eventos culturais, esportivos, e de repouso, que lhe trarão bem-estar físico e emocional⁹⁷.

A violação dos referidos direitos fundamentais do empregado interfere diretamente no equilíbrio entre vida e trabalho gerando o que se pode denominar de “vazio existencial”. Desse modo, o dano existencial se origina quando o empregador, por meio de uma conduta ilícita, impede o empregado de realizar, dar prosseguimento ou mesmo de restaurar os seus projetos de vida, frustrando o seu crescimento pessoal por meio de suas escolhas⁹⁸.

O impacto causado na vida do empregado em razão da frustração de suas escolhas decorre em geral, da violação às suas horas de descanso por parte do empregador o qual exige horas extras de forma reiterada ao empregado em desrespeito às normas constitucionais e infralegais.

O período de repouso é de extrema importância para o empregado, tanto que é

⁹⁷ BOUCINHAS FILHO, Jorge Calvalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano Existencial e o Direito do Trabalho*. In: **Legislação do Trabalho**. Ano 77. São Paulo: Revista LTr, abril/2013, p.243.

⁹⁸ BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial)**: breves considerações. Revista LTr, 2009, p. 28, apud BOUCINHAS FILHO, Jorge Calvalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano Existencial e o Direito do Trabalho*. In: **Legislação do Trabalho**. Ano 77. São Paulo: Revista LTr, abril/2013.

assegurado constitucionalmente no rol dos direitos fundamentais. Entretanto, a supressão dessas horas de descanso impede a realização de seus projetos presente e futuros bem como a sua existência enquanto pessoa. É que suas relações pessoais e familiares são atingidas pela impossibilidade de usufruir as horas de lazer por ordem do empregador ⁹⁹.

Conforme visto, a discussão do tema decorre da violação de um bem do empregado. Note-se que esse bem não está no campo material mas trata de bem ao qual não se atrela valor, ou seja, está no campo do bem imaterial, incorpóreo. Por essa razão, importar enfatizar que o pagamento de horas extras ao empregado que extrapola a jornada de trabalho habitualmente não possui o condão de descaracterizar o dano existencial.

Partindo desta premissa, o pagamento das horas extras executadas com habitualidade pelo empregado não o devolve o tempo suprimido de sua vida pessoal.

Como exemplo, é possível pensar em um indivíduo que sempre sonhou em ter nível superior e decidiu fazer o curso em horário diferente daquele definido no seu contrato de trabalho e passa a faltar as aulas com frequência em razão da extrapolação habitual da jornada de trabalho. Digamos que as faltas constantes o faça reprovar em grande parte das disciplinas, pois com a supressão do tempo de lazer pelo empregador usurpou dessa pessoa o tempo que tinha para estudar. Consequentemente, a reprovação nas disciplinas o faria prolongar o seu curso em muito mais tempo que a duração razoável ou, até mesmo, obstar a sua conclusão.

Do referido exemplo, é possível constatar que a supressão do tempo do empregado causou prejuízo no seu desenvolvimento pessoal e à sua realização enquanto ser humano. Nesta acepção, o bem violado foi o tempo do empregado. Assim, considerando que as horas extras extrapoladas frequentemente sejam pagas pelo agente causador do dano, no caso, o empregador, inexistente equilíbrio entre a pecúnia e o bem violado, pois este jamais retornará o que evidencia o dano mesmo nestes casos.

⁹⁹ OLIVIERA, Rafale Niebuhr Maia de Oliveira. D'ONÓFRIO PAZ., Andrea. *Reparação dos Danos Extrapatrimoniais Decorrentes da Relação de Emprego e o Reconhecimento da Modalidade de Dano Existencial*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v.27, n.318, Dez. 2015, p. 45.

Induvidoso é que todo indivíduo possui direito à realização de suas perspectivas de acordo com seus planejamentos, notadamente, após a promulgação da constituição de 1988. Os planos de vida do empregado, não podem e não devem estar adstritos apenas às suas realizações profissionais, mas também tem o direito de concretizar seus anseios, seus planos em suas relações pessoais, com sua família e seu lazer pois tudo isso faz parte de sua própria existência. O trabalho deverá sempre ser seu meio de sobreviver e jamais um fim em si mesmo.

É neste ângulo que a extrapolação habitual da jornada de trabalho do empregado, viola seu direito fundamental de ter discernimento da sua própria vida e poder desfrutar do modo como planejá-la.

4.4.1 Violação ao projeto de vida pessoal do empregado

O tema sobre violação a projeto de vida pessoal do empregado foi introduzido na América do Sul pelo professor Carlos Fernández Sessarego, partindo de um estudo a respeito dos efeitos dos danos, para concluir que os danos subjetivos, danos à pessoa, bem como os objetivos, atinge coisas, podem ter, sem nenhuma diferenciação, consequências patrimoniais ou extrapatrimoniais, ou, ainda, os dois tipos de consequências¹⁰⁰.

Isto posto, entende-se como projeto de vida os reflexos das escolhas da vida de uma pessoa, bem como a materialização dessas escolhas a longo da vida do indivíduo. A satisfação desses anseios interiores confere um sentimento ou, uma necessidade, de sentido de vida.

O anseio pela satisfação de seus desejos e realização de seus projetos, presume-se, se origina da consciência humana da efemeridade da vida. Nesta perspectiva, o tempo se revela um bem insofismável para projeção da sua própria existência.

O tempo possibilita a realização de todos os planos ao indivíduo, que passa a tratá-lo como meio de satisfação das necessidades pessoais e profissionais passando a utilizá-

¹⁰⁰ SESSAREGO. Carlos Fernández. *Apud* MOLINA, André Araújo. *Dano Existencial por Jornada de Trabalho Excessiva Critério objetivos (Horizontais e Verticais) de Configuração*. Revista Síntese Trabalhista Previdenciária, V.27, n.318, dez 2015, p.12.

lo de forma estratégica.

Por este ângulo, o tempo consumido não pode ser recuperado. É neste detalhe, que reside a existência do ser humano. Toda a sua vida gira em torno do tempo de modo que se faz necessário dividi-lo para a satisfação de suas necessidades.

Feitas essas considerações, acredita-se, portanto, que o conceito de projeto de vida possui um valor fundamentalmente existencial que reclama uma realização pessoal absoluta. Trata-se do exercício de liberdade pessoal do indivíduo aliado ao seu poder de escolha nas suas acepções pessoais.

Desse modo, o projeto de vida tem extrema relevância na vida da pessoa, pois se confunde com a sua própria existência.

O projeto de vida, portanto, é fruto da necessidade de satisfação de anseios pessoais e mundanos, dada a consciência do fim da vida¹⁰¹.

Diante das ponderações explanadas, há de ser absorvida a noção de que o empregado antes de sê-lo é um ser humano. Como tanto, deve ter todos os seus direitos fundamentais assegurados na forma da constituição de 1988, notadamente, nas relações de emprego, às normas insertas no capítulo II do título I, que trata dos direitos sociais.

Em que pese a proteção constitucional aos direitos fundamentais do empregado, a realidade, no Brasil, bem como em outros países, é uma constante violação desses direitos, notadamente, nas relações de emprego em que o empregador contrata a força de trabalho por determinado lapso temporal.

Conforme já mencionado alhures, a relação de emprego tem como elementos a subordinação e habitualidade, dentre outros, já mencionados ao longo desse trabalho. É, especialmente, o mau uso destes dois elementos, que dão suporte a violação do direito fundamental do empregado à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais na forma do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

¹⁰¹ SOBREIRA. Marcelo José de Araújo Bichara; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial – Uma violação à autonomia privada*. *Revista de Direito Privado*, v. 72. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016, p.61.

Isto porque, o poder diretivo do empregador torna o empregado vulnerável na relação empregatícia. Nesta senda, é que reside a extrapolação habitual da jornada de trabalho. O empregador requer horas extras do empregado e este oferece sua força de trabalho fora do horário contratado. É certo, conforme já mencionado neste trabalho que a utilização das horas extras é permitida pela legislação. Todavia, o abuso do uso dessas horas extras é que fica de fora dos limites legais.

Diante deste quadro de abuso do uso da jornada de trabalho por meio de horas extras excessivas, ou seja, diz respeito àquelas que ultrapassam a habitualidade, indiscutivelmente viola o projeto de vida pessoal do empregado.

Vale dizer, que se o empregado concentra horas excedentes à jornada de trabalho habitual, certamente, essa supressão do seu tempo causa impactos aos seus projetos de vida pessoal atingindo a sua própria existência.

Vale salientar, todavia, que a violação ao projeto de vida só restará configurada se originar-se do abuso do elemento subordinação. Isto porque há casos em que o empregado que exerce cargo de confiança com possibilidade de crescimento na carreira, optam por trabalhar além da jornada contratada como meio de reconhecimento de seu trabalho.

Para os casos em que a extrapolação da jornada de trabalho é uma opção do empregado, não se configura violação a projeto de vida do empregado vez que este não está sendo impelido a realização de horas extras com frequência desmedida. Nesse caso, a realização de horas extras em excesso faz parte do projeto de vida pessoal do empregado, razão pela qual não se configura dano existencial.

Todavia, o presente trabalho tem por fim tratar dos casos de extrapolação da jornada habitual de trabalho por força do poder diretivo do empregador que se utiliza do elemento subordinação de maneira abusiva impactando diretamente os projetos de vida do empregado.

4.4.2 Critérios para a quantificação do dano existencial

O termo indenização, exprime a idéia de reparação ou retribuição pecuniária

realizada por uma pessoa à outra. Neste sentido, o termo está diretamente ligado a existência de dano, pois sem este não há reparação.

Assim, a indenização é uma forma de recompor o prejuízo sofrido pela vítima em razão da ação culposa do agente.

Vale dizer que, a condenação na obrigação de pagar indenização à vítima de ato ilícito a fim de repará-la, reconstituí-la ou recompensá-la também constrange o agente em razão do ato ofensor, como função desestimuladora de nova ação ilícita. Isto porque a conduta do agente, está diretamente ligada à responsabilidade. Portanto, a sanção é uma forma de coibir a ação leviana do agente.

Feitas essas considerações, adentraremos a questão da liquidez da indenização do dano existencial. Para tanto, vale lembrar que no Brasil não existe critério de fixação do *quantum debeatur* para a quantificação do dano extrapatrimonial.

Todavia, cabe ao magistrado o poder de decidir sob o seu livre arbítrio, não podendo se olvidar da realidade concreta, da extensão do dano decorrente de cada situação.

Já com relação ao quantum indenizatório a ser fixado no dano existencial, Júlio César Bebber¹⁰² traz alguns elementos a serem observados: “a) a injustiça do dano. Somente o dano injusto poderá ser considerado ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis caracteriza dano existencial.”

Assim sendo, para a fixação dos danos existenciais, a análise de tais elementos se demonstram orientadores. No entanto, prevalece na jurisprudência pátria para a fixação do quantum do dano existencial o mesmo critério utilizado para a fixação da indenização por dano moral, a extensão do dano e a capacidade econômica do agente ofensor. O que demonstra, também, que o dano moral atende perfeitamente as necessidades de reparação do indivíduo lesado em seu “projeto de vida” e “vida de relação”.

4.5 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

¹⁰² BEBBER, Júlio César. *Danos Extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – Breves considerações. Legislação do Trabalho*, Ano 73, São Paulo: Revista LTr, Jan. 2009, p. 13.

O Tribunal Superior do Trabalho tem recepcionado positivamente o instituto do dano existencial nos casos em que se configure prejuízo ao projeto de vida e a vida de relações do empregado por extrapolação habitual de horas extras.

O referido tribunal consagrou o entendimento de que o dano existencial é espécie de dano imaterial, ao lado do dano moral, configurando-se quando o empregado sofre obstáculos em sua vida de relações e aos seus projetos de vida em razão do excesso de horas extras habitualmente trabalhadas por imposição do empregador.

Fixou, entretanto, que não é qualquer extrapolação da jornada de trabalho que configura o dano existencial. É preciso que esse excesso se dê dentro de um lapso temporal fora dos limites constitucionais e infra-legais, ou seja, restará configurada quando exceder o limite de duas horas extras diárias de forma reiterada que passe a interferir na vida pessoal do empregado, causando-lhe danos, em explícita afronta aos limites constitucionais.

Também, restou fixado pelo Tribunal que não se faz necessária a produção de prova material do prejuízo causado ao projeto de vida e vida de relações do empregado por jornada de trabalho excessiva, considerando, deste modo, que a simples violação do limite constitucional da jornada de trabalho com habitualidade gera um ilícito a ser reparado à vítima do dano.

O referido entendimento pode ser extraído do julgamento de recurso do recurso de revista nº 1355 21.2015.5.12.0047 pela Terceira Turma do TST¹⁰³ disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 10 de novembro de 2017, conforme segue:

[...] Sobre essa questão, registre-se que o excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-RR-1355 21.2015.5.12.0047, 3ª Turma, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado Brasília, DF, 10 de novembro de 2017. Lex: jurisprudência do TST.

Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, por mais de quatorze horas, com frequente supressão do descanso semanal remunerado, como na hipótese em exame, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito, evidenciando, de fato, o afastamento da possibilidade do tempo destinado à vida particular. [...]

Do referido julgado, verifica-se que o Relator do recurso Ministro Maurício Godinho Delgado, entendeu pelo cabimento do dano existencial em razão da extrapolação da jornada habitual de trabalho, tendo em vista o comprometimento do tempo livre que todo empregado deve dispor para usufruir da sua vida pessoal, familiar e social.

Defende, ainda, a necessidade de respeitar os limites constitucionais tendo em vista que o regime democrático de direito possui um tripé conceitual pautado na pessoa humana, sua dignidade e sociedade política essencialmente inclusiva.

Desse modo, infere-se que a Terceira Turma do TST defende a aplicação do dano existencial pela extrapolação da jornada habitual do trabalho e que o dano prescinde de prova o que significa dizer, que a reparação do dano se dará por meio da responsabilidade civil objetiva.

Por outro lado, a Quarta Turma do TST, contrariamente, defende que é preciso comprovar o dano sofrido não bastando o mero excesso da jornada de trabalho por abuso do poder diretivo do empregador.

É o que se infere do acórdão do recurso de revista nº 20439-04.2015.5.04.0282¹⁰⁴ julgado pela Quarta Turma do TST sob a relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, por meio de decisão publica no Diário de Justiça Eletrônico de 06 de fevereiro de 2018, conforme o trecho que segue:

DANO MORAL EXISTENCIAL - EXCESSO DE JORNADA O Regional considerou caracterizado o dano “existencial”, considerando que a jornada de trabalho do Reclamante era excessiva. Pois bem. 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 praticadas 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. Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes desta Corte: [...] 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. Ressalte-se, por oportuno, que a prestação de horas extras, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a ensejar a condenação em danos existenciais. Apenas o contumaz descumprimento da legislação trabalhista, como o excesso de labor em sobrejornada além do limite legal, o que configura exploração da mão de obra, portanto, ato ilícito, juntamente com a comprovação do prejuízo ao seu desenvolvimento pessoal e às relações sociais, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, o que caracteriza o efetivo dano existencial. Portanto, o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo. Na hipótese dos autos, a indenização foi deferida pelo excesso da jornada de trabalho. In casu, apesar de constar no acórdão regional que o Autor chegava a laborar mais de 13 horas por dia, não ficou demonstrado que ele tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador. No caso, não se pode afirmar, genericamente, que houve dano moral seja in re ipsa, isto é, independentemente de prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem do empregado. Em algumas situações, de fato, o dano moral pode ser presumido, uma vez que decorrente do próprio ato, como no assédio moral, no acidente de trabalho ou quando o trabalhador adquire uma doença ocupacional, por exemplo, o que não se verifica na hipótese dos autos. Da leitura do acórdão infere-se que não houve demonstração cabal do prejuízo, tampouco foi comprovada a prática de ato ilícito por parte da empregadora. Logo, o Regional não observou o disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Assim, dou provimento ao Recurso de Revista para excluir da condenação o pagamento da indenização por danos existenciais. Prejudicado o exame do capítulo referente ao valor da indenização por dano existencial.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-AIRR-20439-04.2015.5.04.0282, 4ª Turma, Relator: Ministro Maria de Assis Calsing. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018. Lex: jurisprudência do TST.

Conforme se depreende da leitura de trecho do referido acórdão, diferentemente da Segunda Turma do TST, os Ministros integrantes da Quarta Turma seguindo o voto condutor da Relatora entende que para a configuração do dano existencial deverá haver demonstração da prova cabal do prejuízo pelo empregado.

O caso do referido julgado, trata-se de empregado que laborou mais de 13 horas por dia durante o lapso temporal de dois anos. Entretanto, a Turma entendeu que embora o empregado tenha laborado de maneira excessiva, extrapolando a jornada habitual de trabalho deixou de comprovar que deixou de realizar atividade em sua vida social ou que tenha se afastado do seu convívio familiar em prejuízo de empregar o seu tempo a favor do empregador.

Defendem que o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo, pois não se trata de dano *in re ipsa*. Ainda, a turma fez uma analogia com os danos causados por assédio moral, acidente de trabalho ou em caso de aquisição de doença ocupacional para defender que esses danos não necessitam da comprovação do dano enquanto que o dano existencial sim.

Na Oitava Turma do TST no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1116-91.2015.5.06.0141¹⁰⁵ sob Relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro o entendimento quanto à comprovação do dano segue no mesmo entendimento da Quarta Turma. Entende a referida turma, que a imposição ao empregado de jornada excessiva, por si só, não implica ato ilícito a ser indenizado a título de dano existencial. Entende-se, que é preciso que o empregado relate e comprove qual prejuízo sofreu, sob o argumento de ser este um fato constitutivo do direito do empregado, senão vejamos:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. O Regional denegou seguimento ao recurso de revista com fulcro no art. 896, § 9º, da CLT. O reclamante alega fazer jus a indenização por danos existenciais sofridos em virtude da jornada excessiva comprovada no processo nº 0001031-

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-AIRR-1116-91.2015.5.06.0141, 8ª Turma, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF, 07 de março de 2017. Lex: jurisprudência do TST.

70.2013.5.06.0143. Afirma ser o caso de dano *in re ipsa*. Sustenta ter sido submetido a jornada superior a 10h diárias com habitualidade. Indica violação dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, 1º, III e IV, 5º, X, 6º, *caput*, 7º, XIII, 170, *caput*, e 226, da Constituição Federal, 59, § 2º, e 61, da CLT. Traz arestos para confronto de teses. Não tem razão o agravante. O Regional, em relação ao tema, decidiu: [...]. A imposição ao empregado de jornada excessiva, por si só, não implica ato ilícito que enseje o pagamento de indenização a título de dano existencial/moral, especialmente quando não comprovado o prejuízo que lhe tenha advindo (ônus que cabe ao empregado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito), como no caso em exame. Nesse sentido, os precedentes que seguem transcritos: [...] No presente caso, não há registro no acórdão regional acerca de eventuais prejuízos que o reclamante tenha sofrido em decorrência do excesso de jornada. Incólumes, portanto, os artigos 1º, III e IV, 5º, X, 6º, *caput*, 7º, XIII, 170, *caput*, e 226, da Constituição Federal.

Seguindo a mesma linha de inteligência, a Sétima Turma do TST nos autos do Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº 842-03.2015.5.02.0089¹⁰⁶ sob a Relatoria do Ministro Douglas Alencar Rodrigues, também, entende pela necessidade de comprovação do dano. É o que se infere de trecho do julgado que segue:

“Esta Corte, analisando casos como o dos autos, em que se postula indenização decorrente de jornada laboral excessiva, tem entendido tratar-se do denominado “dano existencial”, que, por seu turno, não é presumível - *in re ipsa*. De fato, para além da ilicitude resultante da superação do limite legal de prorrogação da jornada, cujos efeitos se resolvem com o pagamento correspondente (CLT, art. 59) e com a sanção aplicável pela fiscalização administrativa (CLT, art. 75), o prejuízo causado para o desenvolvimento de outras dimensões existenciais relevantes deve ser demonstrado, não decorrendo, ipso facto, da mera exigência de horas extras excessivas. Nesse sentido: *AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. EXCESSO DE JORNADA. INDENIZAÇÃO. Evidenciado o dissenso pretoriano e constatada, na decisão regional, possível violação aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, no tocante ao ônus da prova do dano existencial, deve ser provido o agravo de instrumento, viabilizando-se o trânsito da revista, nos moldes do artigo 896, “a” e “c”, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. EXCESSO DE JORNADA. INDENIZAÇÃO. Embora a jornada extraordinária possa causar cansaço ao empregado e privação das horas de convívio social e familiar, uma vez que a limitação da jornada de trabalho visa proteger a integridade dos trabalhadores, evitando a fadiga física e psíquica, não se pode presumir a ocorrência de danos à moral do obreiro. No caso, não há no acórdão regional elementos que indiquem ter havido sofrimento ou abalo à incolumidade moral do reclamante, a ensejar indenização, sendo a condenação fruto de mera presunção. Observe-se que o dano existencial em questão não é*

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-AIRR-842-03.2015.5.02.0089, 7ª Turma, Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 30 de novembro de 2017. Lex: jurisprudência do TST.

in re ipsa (presumível, independentemente de comprovação). Recurso de revista provido, quanto ao ponto, eis que evidenciado o dissenso pretoriano e constatada, na decisão regional, violação aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. (...) (RR - 191-55.2013.5.15.0096, Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, 7ª Turma, DEJT 11/09/2015) [...] Na hipótese dos autos, não há registro quanto à existência de elementos que indiquem ter havido a privação de outras dimensões existenciais relevantes (lazer, cultura, esporte e promoção da saúde, convívio familiar e social etc.), capazes de causar sofrimento ou abalo à incolumidade moral do Reclamante. Nesse contexto, não há que se falar em danos morais. Incólumes os dispositivos apontados.”

Da análise do referido julgado, se destaca entendimento peculiar. A Sétima Turma do TST além de entender que o dano existencial não é *in re ipsa* defende que “para além da ilicitude resultante da superação do limite legal de prorrogação da jornada, cujos efeitos se resolvem com o pagamento correspondente (CLT, art. 59) e com a sanção aplicável pela fiscalização administrativa (CLT, art. 75), o prejuízo causado para o desenvolvimento de outras dimensões existenciais relevantes deve ser demonstrado, não decorrendo, ipso facto, da mera exigência de horas extras excessivas”.

A percepção da Sétima Turma é que o mero pagamento das horas excedentes à jornada de trabalho cumulado com a multa prevista no art. 75 da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁰⁷ são medidas satisfatórias na solução do ilícito praticado pelo empregador que exige horas extras excedentes.

Na Segunda Turma, em julgamento de Recurso de Revista de nº 1034-74.2014.5.15.0002¹⁰⁸, o Relator José Roberto Freire Pimenta, diante de situação em que o empregado chegou a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, até mesmo por diversos domingos entendeu pela configuração do dano existencial.

Fundamentou sua decisão no fato de que o ser humano ao trabalhar por um longo

¹⁰⁷ Art. da Consolidação das Leis Trabalhistas: Os infratores dos dispositivos do presente Capítulo incorrerão na multa de cinquenta a cinco mil cruzeiros, segundo a natureza da infração, sua extensão e a intenção de quem a praticou, aplicada em dobro no caso de reincidência e oposição à fiscalização e a intenção de quem a praticou, aplicada em dobro no caso de reincidência e oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-RR-1034-74.2014.5.15.0002, 2ª Turma, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta Brasília, DF, 13 de novembro de 2015. Lex: jurisprudência do TST.

período sem gozar do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal restringida.

No referido julgado, o Ministro entendeu que é dispensável a produção de prova. Isto porque, na sua visão, a conduta do patrono, em exigir uma jornada de trabalho exaustiva, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Todavia, enfatiza que entendimento que tem prevalecido no TST é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Entretanto, como no caso em julgamento trata de uma conduta reiterada da empresa a, afronta aos direitos fundamentais do trabalhador restou configurada.

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 despicienda 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.

Também, diante de julgamento, que envolve jornada exaustiva de trabalho, de Recurso de Revista nº 491-82.2012.504.0023¹⁰⁹, a Terceira Turma do TST, em processo cuja relatoria coube ao Ministro Alexandre Agra Belmonte deferiu o pleito de indenização por dano existencial.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista TST-RR-491-82.2012.504.0023, 3ª Turma, Relator: Ministro Alexandre Agra Belmonte. Brasília, DF, 28 de setembro de 2017. Lex: jurisprudência do TST.

No caso julgado, o empregado laborava uma média de 13 horas diárias de segunda a sexta, com intervalo de apenas 30 minutos, além de laborar excessivamente aos finais de semana.

O referido Ministro entendeu pela configuração do dano imaterial sofrido pelo trabalhador por ocasionar prejuízos que “comprometem a liberdade de escolha da pessoa, impossibilitando-o de realizar um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas e familiares; ou de desenvolver seus projetos de vida no âmbito social e no pessoal, causando um dano existencial a ser reparado”.

Infere-se do referido trecho que restaram configurados para o caso em análise danos ao projeto de vida e vida de relações, elementos estes essenciais para a configuração do dano existencial.

É o que se infere do trecho da ementa do acórdão analisado:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A Corte Regional registrou que "*constata-se que não havia meramente a prestação de horas extras, mas a sujeição do reclamante à jornada visivelmente exaustiva, sendo evidente o prejuízo aos direitos imateriais*" (fl. 622). Infere-se, ainda, do acórdão regional que, conforme a jornada de trabalho estabelecida nos autos do processo nº 0000698-75.2011.5.04.0004 (em face da empresa reclamada), o autor trabalhava em média mais de 13 horas de segunda a sexta, com intervalo de apenas 30 minutos, além da jornada excessiva também nos finais de semana. Entendeu o e. TRT também que o dano imaterial sofrido pelo trabalhador ocasiona "lesões que comprometem a liberdade de escolha do indivíduo, impossibilitando-o de realizar um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas e familiares; ou de desenvolver seus projetos de vida no âmbito social e no pessoal", causando um dano existencial a ser reparado. Nesse contexto, a decisão em sentido contrário, conforme pretendido pela empresa reclamada, esbarra no óbice da Súmula 126 do TST, uma vez que a conclusão obtida pela Corte Regional teve por base o conjunto fático-probatório, cujo reexame não se admite nesta instância recursal. No que se refere ao quantum indenizatório, entende-se que a decisão que fixa o referido valor é amplamente valorativa, ou seja, é pautada em critérios subjetivos, já que não há, em nosso ordenamento, lei que defina de forma objetiva o valor que deve ser fixado a título de dano moral ou existencial. Assim, para a fixação do *quantum indenizatório* é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor. Com efeito, o TST adota o entendimento de que o valor das indenizações por danos morais só pode ser modificado nas hipóteses em que as instâncias ordinárias fixaram importâncias fora dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, porque o valor é exorbitante ou

irrisório, o que não se verifica *in casu*. Constatase que o valor da indenização por danos morais arbitrado pelo Tribunal Regional, de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), encontra-se dentro dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, pois levou em consideração a capacidade financeira da empresa ofensora e da parte lesada, a gravidade do dano, bem como a finalidade punitiva e pedagógica. Incólumes os artigos 5º, V, da CF/88 e 944 do CCB. Recurso de revista não conhecido.

Dos referidos julgados, infere-se que o tema do dano existencial, notadamente, decorrente do excesso de jornada de trabalho pelo empregado, por abuso da força diretiva do empregador, tem sido manejado positivamente pelos julgadores no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Parte dos Ministros entendem que o dano existencial prescinde de prova, bastando, apenas, restar configurada a violação ao limite legal e infra-legal da jornada de trabalho, considerando, as horas-extras excessivas de duas horas por dia. Outra parte, entende que se faz necessário a comprovação do prejuízo decorrente do ato ilícito praticado pelo empregador.

Da análise dos julgados, conclui-se que de um modo ou de outro, o cabimento do dano existencial pelo Tribunal Superior do Trabalho é indiscutível. O referido instituto foi abarcado no campo dos direitos extrapatrimoniais cuja violação do bem encontra-se no rol dos direitos fundamentais conforme preceito constitucional, notadamente, àquele insertos no capítulo II, que discorre sobre os direitos sociais.

Desse modo, defende-se que não cabe mais discussões acerca do reconhecimento do dano existencial pelos tribunais pátrios, notadamente, o Tribunal Superior do Trabalho atuando na defesa dos direitos fundamentais do empregado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu sobre os temas do dano existencial, relação de emprego, direitos fundamentais, relação empregador e empregado, aplicação no direito brasileiro e responsabilidade civil no intuito de discutir o cabimento do dano existencial

por excesso de labor no direito brasileiro.

Nesse sentido, verificou-se que as relações de emprego no direito pátrio, considerando os elementos que caracterizam esta relação, sejam eles: subordinação; pessoalidade; habitualidade; onerosidade e a não-eventualidade, tem o condão de ocasionar prejuízos à vida pessoal do empregado, quando dessa relação ocorre abuso no uso desses elementos por parte do empregador.

O poder diretivo do empregador não raras vezes é utilizado de forma abusiva. No presente estudo, constatou-se, que em decorrência do elemento subordinação o empregador exige do empregado a realização das horas-extras com tanta frequência o quanto ultrapasse o limite constitucional de oito diárias e quarenta e quatro horas semanais da jornada de trabalho.

O fato é que o empregado, com temor de perder a sua posição no campo de trabalho sujeita-se as determinações do empregador extrapolando muitas vezes a jornada de trabalho. Ocorre que, quando esse excesso de disposição do tempo de trabalho em favor do empregador se prolonga no tempo, inevitavelmente a vida pessoal do empregado sofrerá prejuízos os quais, muitas vezes, são irreversíveis.

Os prejuízos advindos dessa relação, atingem diretamente o projeto de vida e a vida de relações do empregado. Conforme visto, o projeto de vida que corresponde a busca da concretização dos planos de vida pessoal, visando seu desenvolvimento e realização é tolhido pelo abuso da jornada de trabalho em excesso. Sob o mesmo ângulo, a vida de relação do empregado que diz respeito às suas relações afetivas, familiares e sociais são inevitavelmente atingidas pelo abuso da jornada de trabalho.

Feitas essas considerações, conclui-se que o dano existencial trata de uma situação específica em que a vítima sofre violação na esfera dos bens imateriais. Mais grave é que esses bens violados tratam-se dos bens tido como invioláveis inseridos no rol dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988.

Conforme visto a relação existente entre empregador e empregado está respaldada no papel controlador, disciplinar e fiscalizador do empregador sobre os atos do empregado, no âmbito da relação de trabalho, de onde pode decorrer excessos na sua

conduta que podem violar os direitos sociais do trabalhador.

Para o presente estudo, o bem violado em evidência trata-se da duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. A realização de jornada de trabalho em excesso decota da vida do empregado, o tempo. A sua vida passa a ser o próprio trabalho e suas realizações pessoais são relegados a último plano, ou seja, são cruelmente tolhidos pela ação do empregador que abusa de seu poder diretivo.

Feitas essas considerações, o presente trabalho conclui que o instituto do dano existencial ao lado do dano moral, confere ênfase à situação em que o empregado vê afetados os seus projetos de vida e sua vida de relações em razão do abuso do poder diretivo do empregador.

O reconhecimento do dano existencial, revela um tratamento específico para as situações em que o indivíduo tem um de seus direitos fundamentais violados pela ação de outrem. Neste sentido, o presente trabalho defende a aplicação do dano existencial, notadamente, nas relações de emprego, em que há abuso do poder de direção do empregador, sobretudo, com a imposição do uso excessivo da jornada de trabalho, em razão de sua especificidade se comparada ao instituto do dano moral.

Se por um lado, entende-se que as novas adjetivações dos danos tratam de verdadeira inundação de nomenclaturas tais como: dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano de férias arruinadas, dano por término de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono afetivo do filho menor dentre tantos outros, dano pelo custo do filho indesejado, entende-se, por outro, que o tratamento específico para a situação fática o situa em posição mais privilegiada e com chances de receber tratamento mais adequado pelo judiciário.

Feitas estas considerações, o presente trabalho defende a aplicação do dano existencial nas relações de emprego com o fim de impelir que o empregador seja desestimulado à prática da exigência de horas-extras ao empregado bem como configurar o dever de indenizar o empregado que sofreu danos ao seu projeto de vida e vida de relação.

REFERÊNCIAS

ABUD. Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo: Atlas, 2008.

ALMEIDA. Renato Rua de. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. *Os Direitos Fundamentais, o Direito e o Processo do Trabalho*. Salvador. Juspodivm. 2010.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo. Vol.6. Out./Dez., 2005.

ALVES. Amauri César. *Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo*. In: *Legislação do Trabalho*. Ano 80. São Paulo: Revista LTr, Setembro/2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BEBBER. Júlio César. *Danos Extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – Breves considerações*. In: *Legislação do Trabalho*, Ano 73, São Paulo: Revista LTr, Jan 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Calvalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O dano Existencial e o Direito do Trabalho*. In: *Legislação do Trabalho*. Ano 77. São Paulo: Revista LTr, abril/2013.

CAVALIEIRI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR. Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Duração do Trabalho – O Debate sobre a redução para 40 horas semanais. *Revista LTR Legislação do Trabalho*. n. 08, v.73., ago., 2009.

DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 8. Ed Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil* 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HISTÓRIA DA OIT. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O dano social e sua reparação*. Revista LTr. São Paulo. 2007, p. 1316.

MARTINEZ. Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS. Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

OIT NO BRASIL. Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

OLIVIERA. Rafale Niebuhr Maia de Oliveira. D'ONÓFRIOPAZ. Andrea. *Reparação dos Danos Extrapatrimoniais Decorrentes da Relação de Emprego e o Reconhecimento da Modalidade de Dano Existencial*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v.27, n.318, Dez 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6723/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-trabalho-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 10 mar 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 5ª Ed. Ver. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

REIS. Cleyton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARAIVA. Renato. *Direito do Trabalho (concursos públicos)*. 13. ed. São Paulo: Método, 2011.

SCHREIBER. Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER. Anderson. *Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. Disponível

em:<http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 23 ago.2017.

SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem

Juris, 2006.

SOARES. Fláviana Rampazzo; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOBREIRA. Marcelo José de Araújo Bichara; *Responsabilidade Civil por Dano Existencial – Uma violação à autonomia privada*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 72. Ano 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2016.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.