

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ASPECTOS PRÁTICOS E PROCESSUAIS DO DANO EXISTENCIAL
DECORRENTE DA JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA
EXCESSIVA NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA**

André Alia Borelli

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ASPECTOS PRÁTICOS E PROCESSUAIS DO DANO EXISTENCIAL
DECORRENTE DA JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA
EXCESSIVA NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA**

André Alia Borelli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wellington Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP

2016

**ASPECTOS PRÁTICOS E PROCESSUAIS DO DANO EXISTENCIAL
DECORRENTE DA JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA
EXCESSIVA NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wellington Boigues Corbalan Tebar.

Wellington Boigues Corbalan Tebar

Dirce Felipin Nardin

Sandro Marcos Godoy

Presidente Prudente/SP, 21/09/2016.

*Ao pressuposto fundamental,
conditio sine qua non de toda realização.*

À mãe: MEIRE LIZETE AGUIAR ALIA.

*“Pois quem não tiver para si
dois terços de seu dia é um
escravo, seja ele quem for.”*

Friedrich Nietzsche

AGRADECIMENTOS

Primeiramente merece agradecimento a pessoa responsável por proporcionar e incentivar meus estudos, quem provou que nada é impossível, sacrificando-se para que pudesse chegar onde estou. Palavras não demonstram a gratidão por minha mãe, que desde a infância ultrapassou todos os limites assegurando minha educação.

Também merecem agradecimentos o corpo docente do Centro Universitário Toledo, responsáveis por firmar a rígida base de conhecimentos jurídicos necessários para a confecção deste trabalho.

Não podem ser esquecidos todos os amigos que contribuíram com discussões sobre o tema, acarretando em vários pontos de vista defendidos nesse trabalho, em especial aos amigos da graduação, e dos estágios realizados durante o curso em: Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos Toledo (EAAJ); Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) e Daniel Colnago Escritório de Advocacia.

Por fim, sou grato ao orientador desta monografia, que prestou o auxílio necessário de forma excepcional, sempre almejando a qualidade das argumentações e indicando o melhor caminho a ser seguido.

A todos, a mais sincera gratidão.

RESUMO

O dano existencial no Brasil foi aceito pela jurisprudência da justiça do trabalho como o dano imaterial decorrente das jornadas de trabalho com duração excessiva. O empregador, quando exige que seu empregado trabalhe varias horas por dia, além do máximo permitido, reiteradamente, impede o empregado de aproveitar sua vida, visto que o trabalho consome toda sua vida, não restando tempo para realização de planos pessoais e socialização com outras pessoas, como amigos e familiares. Mais do que isso, o dano existencial abrange toda a frustração ao plano de vida ou prejuízo a vida de relação do indivíduo, todavia o presente trabalho se limita ao estudo destes danos no âmbito trabalhista, mais especificamente quando o trabalho excessivo causa este dano. Esta causa específica foi escolhida por ser a mais comum nos tribunais brasileiros, permitindo maior número de decisões proferidas pelos tribunais para serem analisadas, buscando uma mínima sistematização para o estudo do instituto. Antes de argumentar sobre o tema específico escolhido, sua origem histórica e compatibilidade com o ordenamento brasileiro não são ignoradas, assim como código de processo civil de 2015, uma novidade em nosso ordenamento. Além do entendimento expresso nas decisões dos tribunais, este trabalho buscou uma sistematização do instituto, interpretando as divergências das decisões dos tribunais. Também são feitas observações quanto à possibilidade de dano existencial para os empregados que trabalham em condições especiais de duração da jornada de trabalho. Por fim, são feitas as devidas conclusões.

Palavras-chave: Dano existencial. Jornada Extraordinária. Ônus da Prova. Trabalho Excessivo. Responsabilidade Subjetiva do Empregador Com Presunção Relativa de Culpa. Comprovação do Dano Existencial. RETP. Trabalho Externo. Gerente. Cargo de Confiança.

ABSTRACT

The existential damage in Brazil was accepted by jurisprudence of the labor courts as non-pecuniary damage arising from working hours with excessive length. The employer, when requires the employee to work staves hours a day, plus the maximum allowed and repeatedly prevents the employee to enjoy his life, since the work consumes all his life, not leaving time for making personal plans and socializing with others, such as friends and family. More than that, the existential damage covers all the frustration of a life plan or prejudice to the individual's relationship, but this study is limited to the study of this damage in the workplace, specifically when overworking causes this damage. This specific cause was chosen for being the most common in Brazilian courts, allowing the assessment of a great number of decisions courts, seeking a minimum systematization of the institute study. Before one can argue about the specific theme chosen, its historical origin and compatibility with the Brazilian legal system is not ignored, as well civil procedure code 2015, a novelty in our legal system. In addition to the understanding expressed in the decisions of the courts, this study sought a systematization of the institute, interpreting differences of court decisions. Some observations have been made about the possibility of recognizing existential damage to employees that works in special conditions, regarding the duration of journey (working day). Finally, the necessary conclusions are made.

Keywords: Existential damage. Extraordinary journey. Burden of Proof. Excessive work. Employer Subjective Liability With Relative Presumption of Guilt. Evidence of Existential Damage. PRTR. External work. Manager. Trust office.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ORIGEM DO DANO EXISTENCIAL	12
2.1 Sistema Fechado	12
2.2 Sistema Aberto	13
2.3 O Direito Italiano	14
2.3.1 Cenário italiano na década de 60.....	14
2.3.2 Surgimento do dano biológico.....	17
2.3.3 Surgimento do dano existencial	18
2.3.4 Banalização do dano existencial	20
2.4 Manifestação do dano existencial no Brasil.....	21
3 ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	23
3.1 Contexto Internacional do Trabalho Decente	23
3.2 Compatibilidade e Admissibilidade Constitucional.....	24
3.3 Compatibilidade e Admissibilidade Infraconstitucional	30
3.4 Posição do Novo Código de Processo Civil Sobre os Danos Morais	32
4 CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL	39
4.1 O dano existencial nas várias áreas da vida	41
4.2 Entendimento Jurisprudencial Acerca do Dano Existencial.....	43
5 PRINCÍPIOS TRABALHISTAS PROTETIVOS.....	49
5.1 Princípio da Irrenunciabilidade De Direitos.....	51
5.2 Princípio da Primazia da Realidade	53
6 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL	55
6.1 Conduta.....	56
6.2 Nexo Causal	58
6.3 Culpa	61
6.4 Dano.....	62
7 DANO NA MODALIDADE EXISTENCIAL.....	64
7.1 Frustração do Projeto de Vida.....	65
7.2 Dano à Vida de Relações	66
7.3 Diferença Entre Dano Existencial e Dano Moral.....	68
7.4 Mensuração do Dano Existencial.....	71
8 ONUS PROBATÓRIO	75
8.1 Ônus De Comprovar A Culpa do Empregador	77

8.2 Ônus de Comprovar O Dano	79
9 REGIMES ESPECIAIS DE JORNADA LABORAL.....	86
9.1 Jornada 12x36	86
9.2 Regimes Excluídos da Duração Normal de Jornada	87
9.2.1 Atividade externa incompatível com a fixação de horário.....	88
9.2.2 Ocupante de cargo de confiança ou gerência.	91
9.3 Regime Especial de Trabalho Policial (RETP)	94
10 CONCLUSÃO.....	103
11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

O dano existencial é uma realidade que motiva inúmeras ações indenizatórias no direito brasileiro, mas para entender seu conteúdo ideológico foi buscado o contexto histórico e jurídico que propiciou sua origem no direito italiano.

Ao tecer as relações e distinções entre o ordenamento jurídico brasileiro em comparação ao ordenamento jurídico estrangeiro no que diz respeito ao sistema indenizatório da responsabilidade civil, foi analisada sua compatibilidade com a realidade jurídica brasileira.

Observando as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que podem mitigar a aplicação do instituto, a argumentação foi restringida quanto à aplicação do dano existencial no âmbito trabalhista, por ser este o berço do dano existencial no Brasil.

Em um primeiro momento, foi demonstrado o conceito do dano existencial que, na esfera trabalhista, recebeu um entendimento mais restrito ao cenário da sobrejornada excessiva, o que pode inclusive ocasionar confusão gerando a falsa interpretação de que o instituto se resume a esta situação casuística.

Superada a conceituação do instituto, antes de analisar seus elementos, foi feito um adendo aos princípios protetivos trabalhistas, que motivam as ações que invocam o instituto, sendo também responsáveis por fundamentar as presunções e a sistematização de suas características quanto aos seus elementos.

Também interferem no cenário probatório gerando presunções e provas por derivação. Assim, merecido o breve espaço para elucidação dos princípios mais relevantes quanto à sistematização e estruturação do instituto estudado.

Estudando os elementos do dano existencial, foram feitas as devidas observações quanto a cada um em adequação ao instituto, recebendo maior atenção o dano, por ser o principal fator que o diferencia dos demais danos extrapatrimoniais previstos em nosso ordenamento.

Especificamente quanto ao dano, foi elucidada a ideia por trás das expressões “frustração do plano de vida” e “dano à vida de relações”, distinguindo-o do dano moral e, por fim, explicando como funciona sua majoração, que não foge às regras já conhecidas de mensuração de qualquer outro dano extrapatrimonial.

Até este ponto foi buscado, ainda que indiretamente, expandir o conceito do instituto estudado para situações diversas ao cenário da jornada excessiva. Todavia, pelo viés de utilidade prática buscada por este trabalho, o estudo jurisprudencial na busca da sistematização do instituto tendeu a se limitar à esta situação fática, por timidamente manifestarem-se situações diversas no tribunal, o que prejudicou a pesquisa por ausência de casos para serem consultados nos tribunais.

A questão probatória foi demonstrada de acordo com entendimento expresso e reiterado do Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, não se limitou a este, uma vez que as inúmeras situações casuísticas permitem extrair especificidades do dano existencial, como a responsabilidade subjetiva com presunção relativa de culpa do empregador ou, ainda, o dano comprovado por derivação da comprovação da jornada, que podem ser decisivos para a procedência ou não do pedido.

Por fim, foi analisada a possibilidade de indenização por dano existencial nas relações de emprego que possuem características próprias quanto à duração da jornada de trabalho, bem como os trabalhadores excluídos da aplicação destas regras.

Para a realização deste trabalho, foram utilizados os métodos dialético e dedutivo.

2 ORIGEM DO DANO EXISTENCIAL

É o ordenamento jurídico italiano o sistema jurídico que deu origem ao conceito de dano existencial.

Mas antes de iniciar a exposição dos fatos históricos, faz-se necessário estabelecer algumas distinções entre os sistemas indenizatórios existentes e qual o adotado por este ordenamento.

2.1 Sistema Fechado

O sistema indenizatório fechado, também conhecido como sistema típico, ou também, limitado, consiste na positivação taxativa de situações específicas que possuam aptidão para gerar dano ao indivíduo, e, por consequência disso, a possibilidade indenizatória.

Não limitado a prever apenas condutas, possível também se faz estabelecer prévia quantia determinada a ser indenizada, tarifando legalmente a reparação do dano.

O Código de Hamurábi, escrito pelo Rei Hamurábi, aproximadamente em 1772 a.C, uma das primeiras legislações escritas da história que sem tem notícia, utilizou do sistema fechado para prever uma conduta e sua respectiva consequência, sendo traduzida no contexto atual como “Ato Ilícito” e “*Quantum Indenizatório*” (SANTIAGO, 2010, s.p.).

O foco das críticas feitas a este sistema refere-se à mecanicidade atribuída ao sistema indenizatório, dada a impossibilidade de prever no texto da lei todas as circunstâncias casuísticas aptas a gerar dano a outrem, fato este de conhecimento notório, que se faz verídico pela infinidade de possibilidades à que estão sujeitas as condutas humanas, onde cada caso possui suas particularidades, que não podem ser excluídas da análise, deixando grande parte dos danos sofridos pelos indivíduos a margem da jurisdição.

Outra crítica bastante relevante consiste na possibilidade de previamente à conduta calcular o *quantum indenizatório* de eventual ação judicial. O que acarreta diretamente em violação generalizada dos direitos fundamentais, visto que grandes empresas passam a realizar cálculos

concluindo que por vezes violar a dignidade de seus empregados, ainda que estes ingressem com ações judiciais visando reparação de eventuais danos, acaba por ser mais lucrativo do que proporcionar boas condições de trabalho.

Apenas como fato curioso, menciona-se o fato de que o Brasil ao publicar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) revogou parcialmente o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4117/62) que havia adotado o sistema indenizatório fechado.

Apenas a título de curiosidade, no ano de 2009 foi julgada no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 que declarou por maioria a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988. Dentre os que votaram a favor estão os ministros: Celso Melo, Eros Grau, Meneses Direito e Ricardo Lewandowski.

2.2 Sistema Aberto

Contrário ao supracitado sistema, existe o sistema aberto, ou também denominado de sistema atípico, de sistema ilimitado ou também arbitramento judicial.

Neste critério, a previsão legal do instituto da reparação dos danos causados é feita por meio de cláusulas gerais e abrangentes, sem predefinição de condutas específicas e respectivos valores indexados à sua reparação.

Neste ordenamento, o Juiz, ao se deparar com o caso concreto e instrução realizada nos autos, utiliza de seu livre convencimento, seguindo as cláusulas gerais, para determinar se a conduta objeto da ação é passível ou não de reparação e, em caso afirmativo, seu respectivo valor monetário.

Por óbvio que o exercício do livre convencimento pressupõe motivação, onde o detentor do poder jurisdicional fundamentará todas as suas decisões, possibilitando assim o contraditório para a parte prejudicada.

O sistema jurídico brasileiro atual adota este sistema aberto para responsabilização civil. Esta previsão está contida no Código Civil, no Título IX,

“Da responsabilidade civil”, nos Capítulos I e II, denominados “Da obrigação de indenizar” e “Da indenização”, respectivamente.

Neste sistema, o foco das críticas tem como alvo a denominada “banalização dos danos morais” onde indivíduos invocavam de maneira desregrada qualquer dissabor do dia a dia, perante o judiciário, a fim de adquirir certo capital com facilidade.

2.3 O Direito Italiano

Primeiramente, necessários se fazem esclarecimentos sobre os termos utilizados pelo ordenamento alienígena. Deste modo, tribunal se refere à jurisdição cível ou penal de primeiro grau (equivalente às varas brasileiras); corte de apelação consiste no órgão colegiado que julga os recursos das sentenças que o tribunal profere (equivalente aos tribunais brasileiros); enquanto Corte de Cassação é a instância superior do ordenamento jurídico italiano, tendo como objetivo a unidade e interpretação uniforme do direito (equivalentes aos tribunais superiores brasileiros).

Tendo estes termos em mente fica possibilitado o prosseguimento na argumentação que passará a demonstrar o contexto jurídico onde surgiu o dano existencial.

2.3.1 Cenário italiano na década de 60

O instituto indenizatório no ordenamento jurídico italiano é principalmente fundamentado em dois dispositivos de seu Código Civil. O art. 2.043¹ fundamenta a reparação de danos patrimoniais, enquanto o art. 2.059² serve de fundamento para a reparação de danos extrapatrimoniais.

Visto que as situações que ensejam danos patrimoniais, bem como a quantia a ser ressarcida, são de fácil constatação por afetarem valores concretos no plano fático, a opção legislativa foi de prever a respectiva

¹Codice Civile, Art. 2.043: (Risarcimento per fatto illecito) Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

²Codice Civile, Art. 2.059: (Danni non patrimoniali) Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

reparação por meio de uma cláusula geral, que se mostra suficiente para abranger as situações do dia a dia, bastando demonstrar provas da conduta bem como provas do dano *in pecúnia*, observados demais requisitos.

O art. 2.043 do Código Civil Italiano basicamente diz que toda conduta culposa lesiva obriga a reparação, *in verbis*: “Art. 2.043: Qualquer conduta dolosa ou culposa que cause dano injusto a alguém obriga quem a tenha praticado a ressarcir o dano. (Tradução Livre)”.

Todavia, quanto ao regulamento dos danos imateriais, o ordenamento jurídico italiano optou por adotar o sistema típico, ou fechado, prevendo legalmente que o dano extrapatrimonial será indenizado apenas nos casos em que a lei determinar, conforme art. 2.059 do Código Civil Italiano, *in verbis*: “(Dano não patrimonial) O dano não patrimonial deve ser indenizado apenas nos casos determinados pela lei. (Tradução Livre)”.

Portanto, para se falar em indenização, necessariamente se faz necessária previsão legal para que a situação fática seja apta a gerar o direito do ofendido de buscar, nas vias judiciais, a reparação do dano causado.

Esta previsão encontra-se espalhada pelo ordenamento jurídico italiano, podendo ser citado como exemplo o art. 89³ do código de processo civil italiano que além de proibir a utilização de palavras ofensivas ou indecorosas nos autos do processo, prevê também que se estas forem empregadas poderão ser apagadas dos autos, bem como acarretarão em indenização extrapatrimonial para a parte ofendida.

Código Processual Civil: Art. 89: (Espressioni inconvenientes ou ofensivas) Nos escritos apresentados e nos discursos perante o juiz, as partes e seus advogados não poderão usar expressões inconvenientes ou ofensivas. O juiz, em cada fase, poderá ordenar que a expressão inconveniente ou ofensiva seja apagada, e, na sentença que julgar a causa, pode também, assegurar à pessoa ofendida uma quantia a título de ressarcimento do dano imaterial sofrido, quando estas expressões ofensivas não digam respeito ao objeto da causa. (Tradução Livre).

³Codice di Procedura Civile, Art. 89. (Espressioni sconvenienti od offensive) Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive. Il giudice, in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

Também pode ser citado como exemplo o art. 314⁴ do Código de Processo Penal Italiano, que prevê indenização extrapatrimonial em caso de detenção injusta.

Código Processual Penal, Art. 314: (Pressupostos e modalidades da decisão) – 1. Quem foi absolvido pelo tribunal por uma sentença transitada em julgado porque o fato não ocorreu, por não ser o autor do fato, porque o fato não constitui crime ou não é previsto na lei como crime, tem direito de uma proporcional indenização pela custódia cautelar sofrida, se não houver revogação, ou tiver se dado por dolo ou culpa grave. (Tradução Livre).

Além destas hipóteses, também devem ser alcançados os casos de responsabilidade dos membros do Ministério Público e dos Juízes em casos de dolo ou culpa grave no exercício da função⁵ e violação das leis referentes aos dados pessoais dos indivíduos⁶.

Mas a principal previsão legal de reparação por danos imateriais se encontra no Código Penal Italiano, em seu art. 185⁷ que disciplina que todo crime obriga a reparação dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Código Penal Italiano Art. 185: Todo crime obriga a restituição de acordo com a lei civil (2.042 c.c). Todo crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial obriga o culpado ao ressarcimento e as pessoas, previstas na lei civil, deverão responder por sua conduta. (Tradução Livre).

Portanto, na maioria das vezes, para se falar em reparação de danos imateriais no ordenamento jurídico italiano, necessariamente deveria se falar na ocorrência de um crime, o que deixava a margem da satisfação muitos danos sofridos pelos indivíduos, que não eram indenizados por ausência de previsão legal.

⁴Codice di Procedura Penale, Art. 314: (Presupposti e modalità della decisione) - 1. Chi è stato prosciolto com sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave.

⁵ Lei nº 117 de 1998.

⁶ Lei nº 675 de 1996.

⁷Codice Penale, Art. 185: Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili (2.043 c.c.). Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

2.3.2 Surgimento do dano biológico

Conforme ensina a professora doutora Flaviana Rampazzo Soares em sua narrativa jurídico evolutiva do instituto dos danos existenciais no Ordenamento Italiano, a partir da década de 60 os juristas italianos passaram a ponderar a existência de um denominado “dano à vida de relação”⁸ (2009, p.42).

Pelo fato de que o que diferencia o ser humano dos demais animais é sua capacidade social de relacionamento e interação com o meio externo de acordo com o seu entendimento e livre escolha, não estando limitado por seu instinto, que cumulado com o fato da evolução para a habitação em grandes metrópoles, fez com que a luta do homem deixasse de ser contra a natureza, pela sobrevivência, passando para uma disputa muito mais complexa em busca da felicidade, plenitude e enquadramento social, onde não há um “inimigo” específico.

O ser humano necessita de atividades que lhe proporcionem socialização, lazer, esporte, arte e religiosidade, sendo estas atividades que o inserem como ser na sociedade.

Questões sociais, psicológicas e antropológicas desprendem-se do objeto desta narrativa jurídico evolutiva, porém, mostram-se de fundamental conhecimento para compreender o dano às relações sociais.

Com grande dificuldade probatória, sempre foi necessária demonstrar redução na capacidade laborativa para se falar em dano biológico.

A sentença nº 184, de 14 de julho de 1986, proferida pela Corte Constitucional italiana é tida como uma evolução ao ordenamento italiano por ter reconhecido a existência de dano à saúde, ou dano biológico, independentemente de existência de ilícito penal ou alcance dos danos na esfera patrimonial.

Sua fundamentação foi no sentido de que a Constituição Italiana em seu art. 32⁹ garante o direito à vida:

⁸ Em italiano: Danno alla vita di relazione.

⁹ Costituzione Della Repubblica Italiana, Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere

Constituição Italiana, Art. 32: O estado protege a saúde como direito fundamental e interesse social da coletividade garantindo tratamentos gratuitos aos necessitados. Ninguém poderá ser obrigado a um determinado tratamento se não em virtude de lei. A lei não pode em nenhum caso violar o limite imposto ao respeito da pessoa humana. (Tradução Livre).

Que cumulado com a previsão legal do art. 2.043 do código civil de que todos os danos devem ser ressarcidos, este posicionamento se mostrou plausível, valendo ressaltar que o referido dispositivo sempre foi utilizado como fundamento dos danos patrimoniais.

Necessário se fez estabelecer que o dano biológico não se tratava do direito moral previsto no art. 2.059 do código civil, o que possibilitava seu reconhecimento fora dos casos previstos em lei, independentemente de prática de ilícito penal.

Nesta decisão, devem ser observados três fatores que modificaram o entendimento da época: danos extrapatrimoniais poderiam ser indenizados com base no art. 2.043, portanto independiam de previsão legal; desnecessária era a comprovação de lesão ao patrimônio; e, se mostrou possível cumular mais de um dano proveniente do mesmo ato. (WESENDONCK, 2011, s.p.).

Portanto, neste contexto existiam três modalidades de danos passíveis de indenização: (1) o dano moral, fundamentado no art. 2.059; (2) o dano material; e (3) o biológico, ambos fundamentados no art. 2.043.

2.3.3 Surgimento do dano existencial

Não levou muito tempo para a doutrina perceber que não bastava dar proteção ao direito à saúde, mas sim a todos os direitos da personalidade. Assim, na prática, a expressão dano biológico foi banalizada e vários casos foram rotulados com esta nomenclatura, visando uma indenização fugindo do requisito da previsibilidade legal do art. 2.059, cenário este que possui certa

obbligato a um determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

similaridade com a denominada “indústria do dano moral” presente na história do direito civil brasileiro.

Neste contexto, ao se perceber que a saúde não é o único direito fundamental que merece proteção, os juristas passaram a invocar o dano biológico sempre que algum direito fundamental fosse violado, tendo como fundamento o art. 2º¹⁰ da Constituição Italiana:

Constituição Italiana, art. 2º: A república reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual, quer nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social. (Tradução Livre).

Foi na decisão nº 7.713, proferida no ano de 2000, pela Suprema Corte Italiana onde pela primeira vez se reconheceu o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, diversa do dano moral e independente de conduta criminosa. (SOARES, 2009, p.43).

Esta decisão tratava sobre a condenação de um pai que abandonou seu filho sem prover seu sustento, e, um fato curioso sobre ela a ser mencionado, consiste na absolvição na esfera penal por abandono, reforçando que este instituto não se trata de dano moral, portanto independia de conduta criminosa, conforme previsão legal do art. 2.059 do Código Civil italiano.

Posteriormente a esta duas decisões de grande importância no Direito Italiano, foram proferidas, pela Corte de Cassação, as Decisões nº 8.827¹¹ e 8.828¹², ambas julgadas no dia 31 de maio de 2003, que ficaram conhecidas como sentenças gêmeas, onde foi consolidado que os danos biológicos deveriam ser fundamentados com base no art. 2.059 do Código Civil italiano que trata de dano imaterial, modificando como até então era motivado, visto que se baseavam no art. 2.043 do mesmo diploma.

¹⁰Costituzione Della Repubblica Italiana, Art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

¹¹ Trata-se de indenização por erro médico que culminou no nascimento com tetraplegia e atrofia cerebral.

¹² Trata-se de indenização à viúva pela morte de seu cônjuge em acidente automobilístico.

Estas decisões tentaram regulamentar o sistema indenizatório extrapatrimonial, mitigando a banalização dos danos biológicos.

Posterior a elas, deve ser mencionada a Decisão nº 233, proferida pela Corte Constitucional Italiana, em 2003, que estabeleceu a distinção entre as três modalidades de danos extrapatrimoniais: Dano Moral Subjetivo, Dano Biológico em sentido Estrito e Dano Existencial, sendo aquele decorrente de abalo transitório ao estado de ânimo; esse decorrente de lesão à integridade física ou psíquica mediante comprovação médica; e este, decorrente de lesão aos demais direitos fundamentais constitucionais.

2.3.4 Banalização do dano existencial

Devido à criatividade, se é que não se pode dizer ousadia, dos advogados italianos, por óbvio, o instituto dos danos existenciais acabou sendo também banalizando, onde qualquer dissabor era alegado como fundamento para invocar o instituto na esperança de obtenção de “dinheiro fácil”, tais como: perder o capítulo final de uma novela por queda de energia, não gostar do corte de cabelo, atraso em rodoviárias e aeroportos, a pipoca comprada para a estreia mundial de um filme estar murcha.

Infinitos são os exemplos decorrentes banalização do instituto, que novamente é comparada com a “indústria do dano moral” presente no direito brasileiro.

Pode ser citada como exemplo de tentativa de mitigação desta prática a Decisão nº 26.972 proferida pelas Seções Unidas da Corte de Cassação no ano de 2008.

Tal decisão trata se um caso onde houve erro médico que culminou no atrofiamento de um dos testículos do autor, sendo a ele negada indenização por não ter demonstrado alteração em sua vida cotidiana em decorrência do erro.

Na prática italiana, o dano existencial está presente nas ações indenizatórias e por muitas vezes são deferidos sem que recebam esta nomenclatura, situação similar a ocorrente no direito brasileiro, onde possuímos várias “etiquetas” em nosso sistema indenizatório, como por

exemplo: perda de uma chance, dano por ricochete, dano a imagem, dano estético, dentre outros fruto da ousadia e criatividade tanto dos advogados quanto dos magistrados e doutrinadores.

2.4 Manifestação do dano existencial no Brasil

Teve a justiça trabalhista como berço o instituto reparatório do dano existencial, que timidamente foi se manifestando e convencendo os magistrados de sua aplicabilidade principalmente nos casos de sobrejornada.

Inclusive, o dano existencial no Brasil está muito associado ao trabalho excessivo, sendo que na verdade representa um instituto com maior abrangência, podendo se manifestar nas mais diversas áreas da vida, não apenas nas relações laborais, sendo melhor elucidada esta realidade no capítulo dedicado ao estudo do conceito do dano existencial e o entendimento da jurisprudência trabalhista.

Denominada de Constituição Cidadã, a Constituição Federal Brasileira de 1988, elaborada após o término do regime militar estabelecendo a democracia na federação, foi responsável por trazer inúmeros direitos e garantias para os indivíduos, mesmo que de maneira genérica, deixando a cargo da legislação infraconstitucional regulamentar sua aplicabilidade.

O instituto indenizatório foi uma preocupação abrangida pelas garantias da Constituição Federal de 1988 que trouxe previsão expressa de sua existência e legalidade no território nacional.

A premissa do instituto indenizatório decorrente da interpretação constitucional consiste na máxima de que todo dano deve ser indenizado, o que impulsionou a criatividade dos juristas nacionais na criação de diversas modalidades de dano e suas respectivas indenizações.

Ademais, merece ressalva o fato da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter reconhecido o dano existencial como um instituto necessário para a manutenção dos direitos fundamentais, estando o reconhecimento nacional do dano existencial de acordo com o entendimento internacional, esclarecem Gilberto Schäfer e Carlos Eduardo Martins Machado (2013, p.185).

A noção de responsabilidade civil da tutela dos danos extrapatrimoniais, conta 16 hoje, no direito brasileiro, com a cláusula geral do artigo 186 do CCB , combinado com o ambiente político de redemocratização da sociedade brasileira e conseqüente preocupação com os direitos humanos (a aceitação da jurisdição da Corte IDH, bem como o fato de que a Constituição brasileira possui cláusulas constitucionais abertas, também, ao tratar de direitos humanos nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º), possibilita a integração entre o direito nacional e direito internacional permitindo um maior desenvolvimento da proteção aos direitos humanos.

Por ter a pessoa como centro da proteção, o ordenamento jurídico não teve grandes dificuldades em receber o instituto italiano em sua jurisprudência interna, manifestando-se principalmente no âmbito trabalhista.

3 ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como visto, o ordenamento jurídico italiano adotou o sistema fechado para regular seu instituto reparatório extrapatrimonial, convencendo sempre a reparação de um dano que não atingisse a esfera dos direitos patrimoniais a uma previsão legal expressa, sendo a principal delas presente no Código Penal em seu art. 185 com a previsão de que toda conduta criminal obriga o autor a reparar a vítima tanto na esfera patrimonial quanto na esfera patrimonial.

Já no âmbito brasileiro a Constituição Federal previu a indenização civil como um direito fundamental, deixando a cargo do Código Civil regular a sua aplicação, que optou por fazer uso de cláusulas abertas, deixando a principal atividade para ser prestada pelo judiciário na análise do caso concreto.

Portanto, se faz importante analisar a aplicabilidade e compatibilidade do instituto do dano existencial com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

3.1 Contexto Internacional do Trabalho Decente

Com a criação da ONU em 1946 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) passou a ser uma Organização Internacional Intergovernamental vinculada a ONU, passando a fazer parte do chamado Sistema ONU, composto por todas as Organizações Internacionais vinculadas a ONU.

O objetivo da Organização Internacional do Trabalho, que antecede a criação da própria ONU é proporcionar a todos o trabalho decente, a própria organização em sua página digital apresenta o conceito de trabalho decente e seus desdobramentos:

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de

trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social. (ONU. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>> Acesso em: 27/08/2016)

Portanto, trabalho decente trata-se de um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna ao empregado, de modo que com seu trabalho o indivíduo tenha condições mínimas para manter sua subsistência e de sua família.

O Brasil, como um membro da OIT desde sua fundação, ratificou dezenas de suas convenções para que passem a vigorar no âmbito nacional, estas convenções possuem natureza de tratado multilateral aberto, possibilitando sua ratificação até mesmo pelos países que não participaram de sua elaboração. A lista completa de todas as convenções pode ser encontrada na página digital da organização.

Como membro fundador, o Brasil está na luta pelo trabalho decente.

3.2 Compatibilidade e Admissibilidade Constitucional

Primeiramente deve ser revelado que a Constituição Federal de 1988 como uma divisora de águas no sistema indenizatório brasileiro, visto que embora já se falasse em dano moral no ordenamento brasileiro, trouxe previsão expressa no rol das cláusulas pétreas de que todo dano deve ser indenizado, inclusive moralmente:

Constituição Federal de 1988, Art. 5º, 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;

Tal diploma normativo foi inovador visto que embora no cenário jurídico anterior a sua vigência já se admitia indenização por danos

extrapatrimoniais, não havia previsão expressa na lei maior, o que gerava discussões acerca de sua possibilidade ou não. Assim, ao prever expressamente sua aplicabilidade pôs fim a diversas discussões acerca de sua possibilidade ou não.

Quanto ao texto da lei, deve ser percebido que embora o constituinte originário tenha optado pelo uso da expressão “dano moral”, estava se referindo ao dano extrapatrimonial, ou imaterial, uma expressão mais abrangente, que engloba todas as modalidades de dano extrapatrimonial. Todavia esta expressão limitada foi escolhida por uma questão política, tendo em vista esta ser a expressão de conhecimento popular na época.

De maneira alguma a Constituição Federal mitiga o dano imaterial estabelecendo o dano moral como uma espécie de dano imaterial de admissibilidade exclusiva do ordenamento, tanto é verdade que o dano estético é admitido em nosso ordenamento até nos casos de vítimas que não utilizam da imagem como gerador de recursos. Nesse sentido, a pessoa comum pode ser indenizada por ocasião de dano estético por ter sua autoestima diminuída em decorrência da lesão, sem qualquer prejuízo patrimonial.

Este fato não se trata de nenhum absurdo, pois como todas as demais leis, a constituição federal também padece da imperfeição do legislador, que muitas vezes não redige o texto constitucional de maneira adequada.

Está falha do legislador se mostra presente no clássico exemplo presente no *caput* do próprio art. 5^a da Constituição Federal.

Constituição Federal de 1988, 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:

O texto legal é claro ao prever os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, excluindo de sua literalidade o estrangeiro não residente no Brasil, denominado de turista.

A partir de uma interpretação puramente gramatical do caput do art. 5º da Constituição Federal é equivocadamente concluído que o estrangeiro não residente no país não possui os supracitados direitos abrangidos pela proteção dos direitos fundamentais, portanto seria plenamente lícito assassina-los visto que não tem direito à vida; mantê-los em cárcere privado por não possuírem direito à liberdade; tomar para si seus bens visto que não possuem direito à propriedade.

Por óbvio não é desta maneira que deve ser feita a interpretação deste dispositivo, mas sim visando a proteção dos indivíduos levando em consideração o disposto no §2º do próprio art. 5º da Constituição Federal:

Constituição Federal de 1988, Art. 5º, §2º: 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.

O objetivo da carta de direitos é proteger os indivíduos da nação, portanto em seu próprio corpo é feita esta ressalva de que a proteção do indivíduo deve seguir o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal, bem como pelos tratados internacionais aderidos ao ordenamento brasileiro.

Por opção legislativa, a constituição federal garantiu a indenização material e extrapatrimonial, deixando a cargo do Código Civil regulamentar sua aplicação, que conforme a sociedade foi evoluindo abriu margem para a criação de diversas modalidades de danos passíveis de indenização, como perda de uma chance e dano estético.

A sociedade está em constante evolução e a lei deve acompanhá-la, todavia, antes de partir para uma análise de admissibilidade infraconstitucional do instituto, outros aspectos favoráveis a sua admissibilidade, também constitucionais, devem ser analisados.

O inciso LV, também da carta de direitos, prevê uma proteção tão grande ao instituto indenizatório, que caso o agressor venha à óbito, seu patrimônio poderá ser atingido pela indenização, dentro de seu limite quantitativo sem prejudicar seus herdeiros.

Constituição Federal de 1988, Art. 5º, LV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Desta forma evidencia-se que o instituto indenizatório é uma garantia fundamental de todos os indivíduos, amplamente protegida pela constituição, aparecendo em diversos outros dispositivos constitucionais como o Art. 21, XXIII, d, que prevê responsabilidade civil objetiva em caso de dano nuclear; O art. 24, VIII, que prevê a competência federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; O art. 37, §6º, que prevê a responsabilidade civil da administração pública; O art. 114, VI, que prevê a competência da Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Além destes dispositivos supracitados, o art. 1º também da Constituição Federal estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sendo este o princípio fundamental do ordenamento jurídico, que é muito bem explicado por Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, transcrita a seguir:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (2010, p. 70)

Em sua maioria, as ações ajuizadas no judiciário são de temática da responsabilidade civil, visto que os atos ilícitos são os causadores de danos mais decorrentes em nossa sociedade.

Atribuir ligação entre o sistema indenizatório e a dignidade da pessoa humana não é tarefa difícil, sendo a responsabilidade civil uma forma

de reparar eventuais danos sofridos pelos indivíduos que maculem sua dignidade, a seguir, ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

[...] a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrática de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. (2010, p. 82)

A dignidade da pessoa humana consiste na base fundamental de todos os valores morais, recebendo proteção constitucional e infraconstitucional, já sendo inclusive o dano existencial aceito no ordenamento jurídico brasileiro para proteger a dignidade da pessoa humana.

Praticamente uma norma consuetudinária dentre os magistrados se mostra a fundamentação dos acórdãos e sentenças baseada na relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o sistema de reparação de danos, que, como se mostra, tal relação também se caracteriza nas indenizações por dano existencial.

DANO EXISTENCIAL. CONFIGURADO. TRABALHO EM JORNADAS ELASTECIDAS E COM PERÍODOS IN ITINERE, ALÉM DE REDUÇÃO DOS INTERVALOS INTRAJORNADA. DESRESPEITO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR, VIOLAÇÃO A SUA SAÚDE E AOS SEUS CONVÍVIOS FAMILIAR E SOCIAL. O frequente trabalho extraordinário, aliado a longos períodos in itinere e à redução dos intervalos interjornadas, caracteriza o desrespeito à dignidade do trabalhador e a violação a sua saúde e aos seus convívios familiar e social, de modo que é devida indenização por danos morais [...] (TRT-12 - RO: 00017652420145120012 SC 0001765-24.2014.5.12.0012, Relator: JOSE ERNESTO MANZI, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 24/02/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. CONFIGURAÇÃO. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA PESSOA HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 5º, X, da CF, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. CONFIGURAÇÃO. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA PESSOA HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186 do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese dos autos, diante dos dados colhidos no acórdão regional, forçoso concluir que a imagem do Reclamante restou associada ao alegado furto sofrido pelo empregador, com a repercussão do ocorrido no âmbito da empresa, o que lhe gerou transtornos que afetaram seu patrimônio moral. Observe-se que, na esfera trabalhista, não houve prova de efetiva participação do Obreiro no alegado furto, tanto é que a sua dispensa pela empresa se deu sem justa causa. Assim, diante da submissão do Reclamante a situações que atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual - bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição - , impõe-se o restabelecimento da condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 18317220145170009, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/03/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016).

Dentre as funções que podem ser extraídas da responsabilidade civil extrapatrimonial, duas são as que merecem destaque, a primeira de reestabelecimento, ou seja, retornar a vítima da ofensa ao seu estado original, indenizando-a quando este não for possível, já a segunda trata-se de um aspecto muito presente em sanções, que é a intimidação.

Este aspecto punitivo possui duas vertentes: a primeira de inibir que o agente ofensor volte a cometer esta conduta reprovável; enquanto a segunda consiste em servir de exemplo para os demais. Deste modo, ao

perceber que suas condutas reprováveis não passam impunes, o agente sente-se intimidado para prosseguir em seu desvio de conduta, adequando suas atitudes de acordo com o esperado, enquanto que os terceiros o tem como exemplo e não praticam condutas reprováveis por terem conhecimento das consequências decorrentes destas.

Assim, a proteção da dignidade da pessoa humana pela responsabilidade civil ocorre em duas fases, uma proteção preventiva que visa evitar lesões à dignidade dos indivíduos, e uma segunda, caso a primeira não seja suficiente, que irá restituir, ou compensar o dano se for o caso.

O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil evidencia que a proteção ao indivíduo é necessária. Portanto, até mesmo para os desacreditados do dano existencial, todos os danos sofridos pela pessoa devem ser reparados ou indenizados se for o caso, de modo que até a devida regulamentação legal, independente da nomenclatura recebida atribuída ao dano, se for constatado um dano, este deve ser reparado.

3.3 Compatibilidade e Admissibilidade Infraconstitucional

A Legislação infraconstitucional, diga-se, o Código Civil, ao regulamentar a responsabilidade civil, bem como sua consequente responsabilidade indenizatória, optou por fazer uso de cláusulas abertas, aderindo ao sistema atípico indenizatório.

Portanto, os defensores do dano existencial se apegam a este aspecto fático para alegar a admissibilidade do instituto em nosso ordenamento, visto que se ele teve força para surgir em uma legislação que adotou o sistema fechado para regulamentar responsabilização civil, mais força ainda teria para ser aplicado em um ordenamento que adotou o sistema aberto, tendo em vista este motivar a criatividade dos juristas para inovações e criação de novas modalidades e rótulos para os danos sofridos pela pessoa humana.

Todavia, deve ser observado o mesmo argumento por um ângulo diverso, devendo ser ressaltado o fator necessidade, onde os que se posicionam contra o dano existencial como uma forma autônoma de dano, pelo

fato de que é apenas outra dentre as mais diversas etiquetas atribuídas ao dano moral, defendem que o instituto do dano existencial apenas surgiu na Itália pela necessidade de um instituto para abranger os danos sofridos na esfera extrapatrimoniais quando não houvesse o cometimento de um crime.

Situação esta que se mostra ausente no cenário brasileiro, tendo em vista que justamente pelo nosso sistema indenizatório ter optado pela regulamentação atípica, nossa prática jurídica não se encontra limitada à previsão expressa para que um dano extrapatrimonial seja devidamente indenizado. Portanto não há que se falar em dano existencial pela desnecessidade de criação de um instituto autônomo para reparar este tipo de dano.

Na prática jurídica brasileira o dano existencial, seja ele considerado autônomo ao direito moral ou uma subespécie deste, vem sendo reconhecido nos julgados dos tribunais. Portanto, é fato que por ser um dano sofrido pela pessoa merece ser indenizado, independentemente da “etiqueta” que recaia sobre esta violação a direito fundamental, justamente pela própria Constituição Federal prever que todo dano será indenizado.

Assim, justamente por adotarmos um sistema aberto para regulamentar o instituto da responsabilidade civil, pode parecer que este momento evolutivo trata-se de uma banalização do instituto, onde dia após dia a criatividade dos juristas se mostra apta a criar novas modalidades de danos e assim cada vez mais os cidadãos serão onerados.

Todavia quanto mais modalidades danosas forem elaboradas e reconhecidas, mais sistematizado se tornará o estudo do instituto, desonerando os agentes ofensores.

No cenário atual fala-se em dano moral, como na verdade dano extrapatrimonial em sentido amplo, abrangendo todas as modalidades de dano imaterial. Neste sentido, quanto mais especificadas forem as modalidades de danos extrapatrimoniais, mais sistematizada será a aplicação do instituto e o arbitramento do quantum indenizatório, o que resulta em uma maior segurança jurídica aos indivíduos, que não serão surpreendidos com arbitramentos excessivos.

A previsão legal infraconstitucional que regula a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro está prevista no art. 927 e seguintes do Código Civil.

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme incessantemente narrado, a opção legislativa para regulamentação do instituto recaiu sobre a opção de fazer uso de cláusulas abertas. Portanto, a disposição base consiste em: “Todo dano causado deve ser reparado por quem o deu causa”. Assim sendo, o dano existencial, uma vez demonstrado, deverá ser indenizado.

Na justiça do trabalho é onde o dano existencial apresenta maior aceitabilidade pelos magistrados, sendo importante ressaltar que a Consolidação das Leis Trabalhistas não dispõe de normas acerca da temática de responsabilidade civil, utilizando o disposto no Código Civil.

3.4 Posição do Novo Código de Processo Civil Sobre os Danos Morais

A banalização dos danos morais no cenário brasileiro foi um evento ocorrido durante os primeiros momentos após seu surgimento, onde qualquer contradição acarretava em um processo pleiteando reparação de danos morais, sempre alegando o grande dano causado a dignidade da pessoa humana, nos casos mais banais possíveis.

Com o tempo esta realidade foi sendo mitigada e o estudo do instituto se tornando cada vez mais sistemático até que atingiu um certo padrão que facilita sua aplicação e evidencia os pedidos abusivos.

A condenação à litigância de má fé é inclusive utilizada como uma forma de evitar ações banais de danos morais visando o enriquecimento ilícito em detrimento de uma suposta ofensa à dignidade.

Assim, uma vez verificado pelo juiz que não restou provado o dano, além do intuito dissimulador do interessado, caberá ao julgador "ex officio" aplicar a sanção por litigância de má-fé, com o intuito educacional para com o suposto lesado e reparatório para o suposto causador do dano, cujo objetivo é realmente resgatar a essência do instituto e desafogar o judiciário de aventuras jurídicas que inviabilizam uma prestação jurisdicional célere conforme artigo 5º, inciso LXXVII da Carta Magna. (SCOMPARIM, 2009, s.p.).

Atento a esta realidade, o legislador ao discorrer o Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2016 trouxe dispositivos para mitigar este cenário jurídico. Portanto, embora as normas processuais não delimitem diretamente o direito material, ao regulamentar seu acesso, acabam por, como no caso, inibir seu exercício.

O novo diploma processual tenta limitar a criatividade dos juristas, o que acaba por dificultar a criação ou recepção de um novo instituto indenizatório.

O Professor Mestre Luiz Dellore ao criticar a famigerada “indústria dos danos morais”, menciona os principais fatores do Código de Processo Civil de 1973 que motivavam seu pleito genérico e desregrado (2016, s.p.).

Era permitido que o pedido de dano moral fosse pedido de forma genérica sem especificar a quantia exata a ser recebida, incumbindo ao Magistrado estabelecer uma quantia em dinheiro.

Ao ser julgado o pedido indenizatório moral era possível interposição de recurso buscando uma condenação em maior quantia pecuniária, protegido pela vedação do *reformatio in pejus*¹³, ainda que o pedido fosse feito de forma genérica.

Portanto, o indivíduo era estimulado a realizar um pedido de valor genérico para não limitar o dispositivo em eventual decisão *ultra petita*¹⁴ e, posteriormente, com a prestação da tutela jurisdicional final, recorrer do valor arbitrado pelo magistrado buscando maiores valores.

O professor Mestre Luiz Dellore nos faz perceber que o autor optava por deixar a critério do magistrado a estipulação do valor a ser

¹³ Consiste em piorar a situação do único recorrente por meio de reforma da sentença de primeiro grau.

¹⁴ Decisão que concede ao autor um valor maior do que foi pedido (critério quantitativo), sendo sua consequência jurídica a nulidade da referida decisão.

indenizado para posteriormente questionar o critério por ele utilizado através de recurso, objetivando uma maior condenação.

Além disso, ao ser parcialmente procedente o pedido de ressarcimento por dano moral, ainda que o autor tivesse reconhecido em seu favor apenas 1% do valor pleiteado não haveria sucumbência no valor restante. Assim, os autores eram estimulados a, quando não faziam pedido genérico, atribuírem valores elevados em seu pedido para ampliar o alcance do dispositivo, ainda que fosse evidente a desproporção, conforme a Súmula 326 do Supremo Tribunal de Justiça que dispõe da seguinte redação: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Com isso em mente, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 trouxe alguns dispositivos para limitar pedidos irresponsáveis de indenização por danos morais.

O inciso V do art. 292 do supracitado diploma trouxe a previsão legal de que o pedido de dano moral não poderá ser feito de modo genérico, ficando impossibilitado ao autor que deixe a cargo do magistrado a atribuição do valor, devendo ser previamente especificado no pedido um valor exato.

Código de Processo Civil de 2015, Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...]; V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

Além de evitar os pedidos genéricos, também afasta a possibilidade de recurso que busca simplesmente uma condenação em maior valor, tendo em vista que se for deferido o valor pleiteado não haverá interesse recursal por parte do autor, tendo em vista ter sido concedido justamente o que ele pediu.

Todavia, os principais dispositivos a serem citados são o §6º e §14 do art. 85¹⁵ do mesmo diploma que além de estipular que os honorários

¹⁵ Código de Processo Civil de 2015, Art. 85: A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

sucumbenciais nos casos de improcedência devem levar em conta como base o valor do pedido, também impossibilitam a compensação em caso de sucumbência parcial, fato este que superam a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça anteriormente citada.

Neste sentido, o posicionamento do Advogado Zulmar Duarte Oliveira Junior sobre a sucumbência parcial deve ser citado:

Portanto, a estimativa realizada pelo autor ou reconvinte limita o provimento jurisdicional, sendo que do deferimento parcial do pedido indenizatório decorre a sucumbência parcial, com divisão dos ônus da perda respectivos (DUARTE, 2015, p.844).

Imagine o caso de um pedido de indenização por danos morais onde *quantum debeatur*¹⁶ fosse fixado no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) na petição inicial, sendo deferido pelo magistério em sentença definitiva apenas a quantia de R\$1.000,00 (mil reais).

No cenário processual sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao analisar o exemplo supracitado, percebe-se que o autor teve mais de 99% de seu pedido indeferido, mas, mesmo assim fica livre de pagar

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

[...]

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

[...]

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

¹⁶ Valor a ser indenizado, montante da indenização.

honorários sucumbenciais, sendo a parte contrária sucumbente no valor base de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Já com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, este contexto sofre grande mutação, principalmente pelo fato da Súmula 326 do Supremo Tribunal de Justiça ter perdido seu efeito. Portanto, a sucumbência recíproca se faz possível em procedência parcial, o que muda completamente a situação do autor no exemplo demonstrado, pois, neste caso, por pedir a condenação da parte contrária em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e ter deferido em seu favor apenas a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), receberá este valor e a parte contrária será sucumbente com base neste valor, todavia, por ter R\$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais) do seu pedido indeferido, será sucumbente com base neste valor, devendo pagar honorários sucumbenciais ao patrono da parte contrária.

Para simplificar, anteriormente, ao pedir R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) tendo o juiz deferido apenas R\$ 1.000,00 (mil reais), na vigência do Código de 1973, o autor receberia seus R\$ 1.000,00 (mil reais) e a parte contrária deveria pagar honorários sucumbenciais sobre este valor para o advogado da parte vencedora. Já no cenário de vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, que afasta a vedação da sucumbência recíproca, a situação em favor do autor continua a mesma, receberá sua indenização e seu patrono receberá sucumbência da mesma maneira que anteriormente mencionado, todavia, este autor deverá pagar honorários sucumbenciais referentes à parte do pedido que foi indeferida, tendo como base o valor de R\$ 999.000,00 (novecentos e noventa e nove mil reais).

Portanto, sob a ótica da situação fática, o autor passa anos litigando no judiciário para ao fim ter 1% de seu pedido procedente, onde em um primeiro momento teria lucro um pequeno “lucro”, e em um segundo passa a ter um grande “prejuízo”.

Estes mecanismos trazidos pelo novo Código de Processo Civil inibem o pedido desregrado e irresponsável dos danos morais. Portanto, na prática, o advogado cauteloso fará um estudo jurisprudencial sobre casos semelhantes em busca de identificar o entendimento dos tribunais referente ao

quantum debeatur de situações semelhantes, para que eventualmente não seja sucumbente em quantia eventualmente indeferida.

Esta tentativa de catalogação dos valores indenizatórios acaba por limitar a criatividade dos advogados, pois como será necessário estudo jurisprudencial para não realizar um pedido desproporcional e eventualmente ser condenado ao pagamento de sucumbências com base neste valor, as novas modalidades, ou “etiquetas”, de danos imateriais não terão embasamento jurisprudencial para seu pedido.

Isso torna grande o risco ao inovar no ordenamento jurídico, o que acaba por dificultar o surgimento de novos institutos no ordenamento, bem como retarda a evolução de institutos que estão surgindo, como é o caso do dano existencial que timidamente aparece na jurisprudência brasileira.

Timidamente o dano existencial veio se mostrando presente na esfera cível no decorrer do tempo, portanto para aqueles que desejarem assumir o risco de inovar terão certo respaldo jurisprudencial.

No âmbito da prática trabalhista a condenação ao pagamento de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência apresenta caráter de excepcionalidade. Isso se deve, ao menos, por duas razões principais.

A primeira razão refere-se à própria definição de sucumbência no âmbito do processo do trabalho. Nos termos do §1º do Art.789 da CLT, sucumbe no processo do trabalho o vencido na ação.

Embora pareça clarividente a disposição legal, o fato é que, no processo do trabalho, “toda vez que houver condenação do reclamado, este será sempre o vencido” (LEITE, 2012, p.697).

Isso significa que mesmo que haja (im)procedência parcial da ação, o empregado não sucumbirá, pois não será ele o vencido da ação. Dessa forma, nesta situação narrada, o empregado não seria obrigado a pagar honorários advocatícios à parte contrária (com relação à parte que não lhe foi dada).

Só há uma hipótese na qual o empregado será considerado vencido no âmbito do processo do trabalho, que é o caso do julgamento improcedente *in totum* (LEITE, 2012, p.697). Mas, se este for o caso, ele terá

de pagar honorários sucumbenciais? Para responder a esta questão, deve ser buscado socorro na segunda razão aludida.

A segunda razão, que demonstra a excepcionalidade do pagamento de honorários advocatícios, é puramente legal. Com efeito, nas relações empregatícias, nos termos do Art.14, §1º, da Lei nº5.584/1970, reforçado pela redação do inciso I da súmula 219 do TST:

a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Sendo assim, mesmo que o empregado “sucumba” totalmente na ação, ele não terá de pagar honorários advocatícios para a parte contrária, já que a lei traz taxativamente somente uma hipótese de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, hipótese esta destinada ao empregador.

Em suma, por expressa disposição legal, pode-se afirmar que “os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não decorreriam da mera sucumbência e nem seriam destinados ao advogado, mas sim ao sindicato que prestou assistência judiciária ao trabalhador” (LEITE, 2012, p.417), sendo devidos, portanto, pelo empregador.

Portanto, sob uma fria análise legal, a inovação processual civil não prejudica o pleito de danos existenciais nas reclamações trabalhistas da mesma maneira que prejudica na esfera cível.

A (quase) ausência de honorários sucumbenciais na esfera trabalhista acaba incentivando a criatividade e inovação dos juristas. Portanto, é justamente no âmbito trabalhista que o dano existencial se mostra mais aceito e vem sendo aperfeiçoado conforme o decorrer do tempo.

4 CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL

O dano existencial está diretamente ligado à frustração de um plano de vida, onde a vítima tem fragmento de sua existência afastada através de um ilícito, este vazio gerado em sua existência caracteriza o dano existencial, como também ao prejuízo à vida de relações, onde o indivíduo tem prejudicada a sua sociabilidade e convivência com demais seres humanos.

A doutora Flaviana Rampazzo Soares define dano existencial em sua obra *Responsabilidade Civil Por Dano Existencial* nas seguintes palavras:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem da pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, seja um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina. (2009, p. 44)

Ezequiel Moraes publicou um interessante conceito de danos existenciais no blog Professor Flávio Tartuce na área de direito civil, que estende a aplicação dos danos existenciais ao âmbito escolar.

O dano existencial constitui-se num dano à existência da pessoa, de modo a não permitir ou não contribuir para que esta seja feliz, impossibilitando a execução de um projeto de vida no campo pessoal (mulher vítima de erro médico que a impede de ter filho; férias não concedidas ao empregado; bullying no ambiente escolar ou de trabalho; pais que perdem o filho vítima de acidente automobilístico causado por terceiro...). (2012, s.p.)

Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior na obra *A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano* conceituam de maneira simples o dano existencial:

O dano existencial é entendido como aquele que inviabiliza o projeto de vida da vítima, que a impede de alcançar suas aspirações. Se o ato danoso faz com que a vítima não possa mais exercer determinadas atividades, a jurisprudência o tem qualificado como existencial. (2015, p. 19)

O homem em sua busca pela felicidade e satisfação se apega às atividades de lazer, desporte, artísticas religiosas, mas acima de tudo, às relações sociais, que consiste no socializar com outros indivíduos.

Como um ser sociável, é fundamental para o ser humano a convivência com outros indivíduos para a pratica destas ou outras atividades, conforme ensinamentos de Miguel Reale:

Se volvemos os olhos para aquilo que nos cerca, verificamos que existem homens e existem coisas. O homem não apenas existe, mas coexiste, ou seja, vive necessariamente em companhia de outros homens. Em virtude do fato fundamental da coexistência, estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, de subordinação, de integração, ou de outra natureza. (1999, p. 23)

Neste sentido, conceitua Hidemberg Alves da Frota o dano à vida de relações nas seguintes palavras:

No prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade. (2011, s.p.)

Aline Carla Lopes Belloti atribui ao dano existencial decorrente da relação trabalhista a seguinte definição:

O dano existencial trata-se de um dano que decorre de uma frustração que impede a realização pessoal do trabalhador, reduzindo sua qualidade de vida. É uma forma de frustração de projetos (não profissionais) ou relações sociais dos trabalhadores, causadas por condutas ilícitas praticadas por seus empregadores. (2014, s.p.)

Diversos os conceitos atribuídos ao dano existencial, mas todos recaem sobre os mesmos dois aspectos, frustração do plano de vida e prejuízo à vida de relações, podendo se manifestar nas mais diversas áreas, como religiosa, desportiva, familiar, filosófica, educacional, lazer.

4.1 O dano existencial nas várias áreas da vida

Com objetivo de elucidar as diversas áreas que podem ser afetadas na vida de um indivíduo, a seguir serão demonstrados exemplos danosos e sua respectiva repercussão na vida do indivíduo.

A vida sexual se mostra afetada no clássico caso de erro médico onde o indivíduo fica impossibilitado de praticar relações sexuais.

O homem, como animal que é, além de sua consciência, apresenta resquícios de instinto, sendo de sua natureza biológica como mamífero a reprodução sexuada, que na sociedade moderna pela produção de endorfinas decorrentes das relações sexuais se mostra como uma prática que beneficia a saúde do indivíduo.

A prática sexual está atrelada a saúde e felicidade, enquanto aos olhos da sociedade, aquele que não pratica relações sexuais é visto com olhos de pena como uma pessoa infeliz, insatisfeita e não realizada.

A conduta do médico ao errar no procedimento e acarretar na incapacidade sexual do paciente se mostra como um clássico exemplo de frustração no plano sexual, que afeta não apenas o indivíduo, como também seu parceiro, que se inconformado o abandonará, acarretando também danos à vida de relação deste paciente, que perderá seu companheiro ou companheira.

Uma criança, ao contrair o vírus HIV por negligência do hospital, passará a depender o resto da vida de coquetéis de medicamentos para sua sobrevivência, alterando completamente sua rotina e de seus responsáveis.

Além de, quando adulto, ter também prejuízo em sua vida sexual, pois estará limitado sexualmente, devendo sempre tomar precauções para não contagiar seus parceiros ou parceiras, também terá uma saúde frágil repleta de efeitos colaterais decorrentes das medicações responsáveis por mantê-lo vivo.

A sociabilidade de um soropositivo¹⁷ é mitigada pelo preconceito e desinformação da sociedade, que o enxerga como algo perigoso a ser temido, devendo evitar contato para não contrair sua doença.

¹⁷ Adjetivo atribuído à portadores do vírus HIV responsável pela AIDS.

A vida de relações dessa pessoa sofrerá grande prejuízo, não conseguindo construir laços com outras pessoas, principalmente com candidatos à parceiros sexuais, que temerão contrair o vírus evitando manter contato físico.

Ao cair em uma loja que estava com o piso escorregadio sem sinalização, a mulher que sofre danos internos e perde o útero, tem afastada de sua vida a possibilidade de reprodução.

Desde pequena, a menina tem estímulos aos seus dotes maternos, os brinquedos mais comum entre as garotas fazem referência a maternidade e administração do lar, ao brincar de boneca a menina brinca de ser mãe, ao brincar de casinha na verdade brinca de ser mãe de família, provedora afetiva de um lar.

Ser mãe é o acontecimento de maior importância na vida de uma mulher, portanto, evidente que impedir a mulher de ser mãe, gera grande lapso em sua existência, por ter frustrado o seu plano familiar.

Embora possa adotar uma criança e ama-la como se dela fosse, a experiência da gestação foi para sempre suprimida de sua existência, tendo frustrado o seu plano de ser mãe biológica.

Apaixonado pelo esporte, o jogador profissional de futebol que sofre um acidente de trânsito por evidente culpa da parte contrária e tem amputada uma perna, além do grande prejuízo material quanto a rescisão de seu contrato terá frustrado o seu plano de carreira.

Em um momento o sonhador jogador se encontra no caminho para seu sucesso, transformando a paixão de sua vida em sua fonte de renda, estando no auge de sua carreira, momentos depois encontra-se hospitalizado sem uma perna, impedido de praticar esporte, tendo frustrado todo o seu plano desportivo e profissional.

O obsoleto caso do empregado que trabalha em sobrejornada abusiva por grande período é o clássico exemplo da frustração de plano de vida, todos os indivíduos possuem planos para o futuro, podendo ser a curtíssimo prazo como por exemplo qual restaurante jantar no final de semana, ou até mesmo à longo prazo como programação de viagem após aposentadoria.

Independente do prazo, todos possuem seus planos particulares para a vida nas demais áreas, todavia, quando o empregado é forçado a submeter-se a jornadas excessivas, dedicando 70% de seu tempo¹⁸, descontado o período de sono, não sobra tempo para a realização de seus planos pessoais.

Este empregado não aprenderá tocar violão, não aprenderá a pintar quadros, não poderá frequentar um culto religioso ou filosófico, não poderá praticar esportes, não terá uma vida sexual saudável, não poderá estudar, não crescerá como pessoa, não terá lazer, não terá prazer de viver.

Este exemplo abre uma grande área de suposições, o empregado teria infinitas possibilidades para desfrutar de seu tempo, mas não o pode por conduta de seu empregador, tendo prejudicado seus planos artísticos, religiosos, filosóficos, desportivos, educativos, de crescimento pessoal, além de não ter momentos de lazer, ou simplesmente tempo para não fazer nada, dentre os mais diversos aspectos a serem ressaltados.

4.2 Entendimento Jurisprudencial Acerca do Dano Existencial

A jurisprudência brasileira também cumpre um papel importante em suas decisões, onde além de conceituar o Dano Existencial das decisões proferidas pelos tribunais, também estabelecem regras, elementos e requisitos relativos à sua aplicação.

Como o dano existencial se iniciou no Brasil em decorrências dos danos causados pela exigência dos empregadores de que seus empregados laborassem em jornada excessiva, o instituto ficou impregnado pela situação fática.

Ao analisar os acórdãos proferidos, inclusive pelo TST, é possível verificar uma tendência a associar o dano existencial como sendo simplesmente o dano extrapatrimonial decorrente desta exigência de jornada de trabalho com duração excessiva por parte do empregador.

Decisões neste sentido acarretam na associação do dano existencial à situação casuística, como se a sobrejornada fosse o ato ilícito

¹⁸ Porcentagem exemplificativa

exclusivamente responsável por acarretar o dano existencial, não apenas uma das situações fáticas passíveis a configurar o dano existencial.

Esta tendência de associação da causa de pedir remota ao conceito de dano existencial fez com que, no Brasil, houvesse confusão por parte da massa, que acaba acreditando que o dano existencial se limita à indenização decorrente da jornada de trabalho excessiva, levando-os à acreditar que este seja o único caso fático passível de indenização por dano existencial.

A consequência direta disso é que a massa somente ingressa com ações pleiteando dano existencial nesta situação fática, abarrotando os tribunais de decisões nesse sentido, que são disseminadas com esta ideologia limitada, alcançando novamente a massa, formando um ciclo vicioso.

Superada esta confusão, passam a serem analisadas as contribuições dos tribunais para atribuição do conceito do dano existencial.

O seguinte acórdão explica o plano de vida, bem como a vida de relação, determinando que o dano existencial é forma autônoma de dano, não se confundindo com o dano moral.

RECURSO DE REVISTA - DANO EXISTENCIAL - DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA - NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA - NÃO CARACTERIZAÇÃO . O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. Nesse sentido, o conceito de projeto de vida e a concepção de lesões que atingem o projeto de vida passam a fazer parte da noção de dano existencial, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito da doutrina justralhista, o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada "vida de relações". Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de

forma peculiar e independente [...] (TST - RR: 13924220145120028, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 16/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016)

Na mesma decisão supracitada também pode ser extraído um trecho interessante que diz respeito à prestação de horas extras pelo empregado, decidindo que uma vez demonstrado o prejuízo na vida de relações ou projeto de vida, a dor e dano por esta causado tem sua comprovação presumida, todavia, o simples fato do empregado trabalhar horas extras não se pode presumir que este tenha sofrido lesão em sua vida de relação ou projeto de vida, devendo estas limitações ficarem comprovadas.

Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovados, in re ipsa, a dor e o dano à sua personalidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista não conhecido [...] (TST - RR: 13924220145120028, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 16/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016)

No mesmo sentido a seguinte decisão que determina que horas extras acarretam apenas a remuneração adicional, corroborando com a necessidade de demonstração de prejuízo ao plano de vida ou vida de relações para possibilitar indenização, eis sua redação:

RECURSO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL/EXISTENCIAL. EXTENSA JORNADA DE TRABALHO. [...] A realização de horas extras em excesso, por si só, enseja apenas o pagamento das verbas próprias, com juros e correção monetária. Fatos que não repercutem em ofensa à honra, à imagem ou à dignidade profissional da empregada, não caracterizam dano moral, não havendo afronta aos incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal. Provimento negado, no particular. (TRT-4 - RO: 00009107120125040001 RS 0000910-71.2012.5.04.0001, Relator: MARIA MADALENA TELESKA, Data de Julgamento: 14/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de Porto Alegre,)

Interessante o caso abaixo onde no acordão além de apresentar os conceitos de vida de relação e projeto de vida atribuído por Hidemberg Alves da Frota, também atribuiu presunção de prejuízo a estes pelo fato da

empregada ter comprovado que trabalhava em jornada exaustiva, tendo para descanso apenas um único domingo por mês.

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO SISTEMÁTICA AO DESCANSO E LAZER. OFENSA A DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. DANO MORAL. Desponta na doutrina uma nova abordagem segundo a qual a imposição de jornadas exaustivas no curso do contrato de trabalho possui aptidão para gerar dano extrapatrimonial, na modalidade de "dano existencial". Isto porque a ampliação do tempo de alienação com redução das pausas intervalares e prorrogação sistemática de jornada, implica, em contraponto, a subtração de parcela substantiva do tempo que o empregado deve ter para si, ocasionando dano à própria existência do trabalhador, vez que importa confisco irreversível de tempo que poderia destinar ao descanso, convívio familiar, lazer, política de classe ou em geral, estudos, reciclagem profissional, práticas esportivas, música, e tantas outras oportunidades de enriquecimento do corpo e do espírito. Neste sentido conceitua Hidemberg Alves Frota: "O dano existencial constitui espécie de dano imaterial que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão-familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social). Subdivide-se no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações. Em outras palavras, o dano existencial se alicerça em 2 (dois) eixos: de um lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e idéias que dão sentido à sua existência; e, de outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, os mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares e experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos e reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de, culturas e valores ínsita à humanidade." (Hidemberg Alves da Frota, *Noções Fundamentais Sobre o Dano Existencial*, Revista Latino Americana de Derechos Humanos, Vol. 22 (2): 243, Julio-diciembre, 2011 (ISSN: 1659-4304 pgs. 251/ dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos 252). In casu, o Juízo firmou o seu convencimento no sentido de que a trabalhadora estava efetivamente sujeita a jornada exaustiva, porquanto laborava todos os dias do mês, à exceção de 1 domingo, restando confiscada assim, pelo empregador a possibilidade de descanso regular pela trabalhadora. Ora, a longa faina contínua se traduz em cansaço e maior probabilidade de acidentes do trabalho, implicando ofensa a direitos basilares da pessoa humana. São de conhecimento público as conseqüências negativas do trabalho sem intervalo e sem descanso adequado, merecendo repúdio tais imposições. Ademais, a ausência de adequado descanso impossibilita o pleno exercício do direito ao trabalho, já que restringe as potencialidades do trabalhador ao afetar profundamente a sua saúde e capacidade físico-mental. Assim, restando provada a insólita conduta patronal, com a prática de

abuso do poder diretivo ao exigir jornadas exaustivas (ainda que pelo mecanismo perverso da "compra" do direito irrenunciável) e restrição dos direitos ao descanso/lazer, com óbvias conseqüências à saúde da obreira, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias dispendidas, resultaram ofendidos direitos humanos fundamentais, atingindo-se a dignidade, a liberdade e o patrimônio moral do demandante, de tal resultando a obrigação legal de reparar. Sentença mantida (TRT-2 - RO: 00001627120145020018 SP 00001627120145020018 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 16/06/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 26/06/2015)

O seguinte julgado ressalta a caracterização do dano existencial quando o trabalhador é submetido habitualmente a jornadas exaustivas comprometendo seus planos pessoais e relações:

RECURSOS DAS RECLAMADAS. DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. O dano existencial, espécie de dano imaterial, fica caracterizado quando o trabalhador é submetido habitualmente a jornadas exaustivas, de forma a comprometer seus planos pessoais e suas relações, como o convívio familiar, social, recreativo e cultural, o que viola seu direito à desconexão e sua dignidade. No caso concreto, restou patente que o reclamante laborava diariamente cerca de 11h, sem que fosse respeitado, ainda, o gozo de 1h intervalar, ultrapassando, portanto, o limite legal máximo de sobrejornada de 10h (art. 59 da CLT). O volume laboral excessivo, por óbvio, inviabilizava a fruição dos descansos, comprometendo sua vida particular, impedindo-o de se dedicar também a atividades de sua vida privada e frustrando a organização, implementação e prosseguimento de seus projetos de vida, ínsitos ao desenvolvimento de qualquer ser humano, implicando em prejuízos, inclusive no que tange à sua saúde. Assim, considerando o disposto nos arts. 186/187 e 927, caput, do CCB, concluo que deve ser mantida a indenização fixada na sentença a título de danos imateriais. Recursos improvidos, no aspecto [...] (TRT-1 - RO: 00115008620145010077 RJ, Relator: ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/08/2015, Quinta Turma, Data de Publicação: 31/08/2015)

A jurisprudência trabalhista foi pioneira na receptação do instituto do dano existencial ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo como exemplo clássico, como já mencionado, os casos de sobrejornada onde os trabalhadores dedicam suas vidas ao trabalho não restando tempo para a vida pessoal.

Na prática cotidiana, o dano existencial acaba sendo resumido a uma simples indenização extrapatrimonial decorrente do dano à vida de relações ou projeto de vida pela jornada laboral excessiva, pela associação do instituto ao caso concreto feita pelos tribunais.

Em verdade, a sobrejornada excessiva constitui apenas um fragmento das inúmeras possibilidades do mundo concreto passíveis de acarretar o dano existencial, não se confundindo com o conceito do instituto em si, que revela maior abrangência.

O dano existencial é relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, mas vem se mostrando cada vez mais presente nas lides judiciais, principalmente na situação fática já narrada, sendo inclusive objeto deste trabalho.

5 PRINCÍPIOS TRABALHISTAS PROTETIVOS

O trabalho se tornou o meio de subsistência da grande massa da população brasileira, onde apenas uma pequena ousada parcela de indivíduos partem por um caminho fora dos padrões buscando o empreendedorismo como forma de garantir sua subsistência e de sua família.

Quando a prestação de serviço ou fornecimento de produto destes louváveis empreendedores atingem o auge da capacidade humana, onde o empreendedor fica impossibilitado de crescimento por não haver mais tempo que este possa dispor de sua vida em prol de seu empreendimento, apenas três alternativas lhe restam, estagnar e encarar esta realidade até o fim de seus dias, reduzir o tempo dedicado ao empreendimento, e conseqüentemente reduzir seus lucros em prol de uma melhor qualidade de vida, ou, conquistar mais tempo, para que assim sobre mais tempo para que este possa desfrutar de sua vida e continue obtendo um sucesso crescente em seu empreendimento.

Parece-nos obvio que a terceira opção se mostra a mais interessante dentre as apresentadas, mais tempo pode ser adquirido com mais pessoas se dedicando ao empreendimento.

Ao perceber que está impedido de crescer porque não possui mais tempo para crescer, o empreendedor contrata alguém e o ensina a trabalhar como ele, em troca de uma remuneração, com mais tempo dedicado, os lucros aumentam tornando-se possível a contratação de mais pessoas para integrarem a máquina empreendedora, e é neste momento que o empreendedor passa a ser um empregador e começa a contratar empregados.

Deslumbrado com o crescimento de seu empreendimento o empresário agora empregador tende a cortar custos e aumentar o serviço, visando sempre o lucro de sua empresa, e é neste momento em que aparece um risco para o empregado, pois acabam sendo vistos como uma ferramenta pelo empregador, o que pode acarretar abusos como redução salarial, sobrejornada, estipulação de metas inatingíveis.

Portanto, percebendo a hipossuficiência existente na relação empregado e empregador, o ordenamento passou a atribuir proteção à parte

mais fraca dessa relação, como em todas as demais relações em que as partes estejam em desigualdade como relações de inquilinato, crianças e adolescentes, idosos, indígenas.

A própria Constituição Federal valoriza o trabalho, prevendo em seu art. 7º dentro do 2º capítulo “DOS DIREITOS SOCIAIS¹⁹”, várias garantias

¹⁹ Constituição Federal. Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; 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; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) 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; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º) XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) a) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) b) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII,

constitucionais aos empregados na tentativa de protegê-los de seus empregadores, como salário mínimo, fundo de garantia do tempo de serviço, seguro desemprego, décimo terceiro, repouso semanal obrigatório, aposentadoria, férias, aviso prévio.

Além das garantias e princípios constitucionais, o direito trabalhista possui seus próprios princípios, visando à proteção da parte hipossuficiente da relação.

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios jurídicos são interpretados como um ideal a ser atingido, onde todas as normas devem indicar para este ideal, o princípio é definido como uma proposição diretora por Sérgio Pinto Martins.

Dentro da ciência do Direito, o princípio é uma proposição diretora, um condutor para efeito da compreensão da realidade diante de certa norma. Os princípios do direito não são, porém, regras absolutas e imutáveis, que não podem ser modificadas, mas a realidade acaba mudando certos conceitos e padrões anteriormente verificados, formando novos princípios, adaptando os já existentes e assim por diante (2010, p.65).

Dentre os princípios trabalhistas, merece destaque o Princípio da Proteção ao Trabalhador, sendo um princípio amplo equivalente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas sobre os danos existenciais podem ser destacados os dois principais princípios que resguardam a relação profissional, que serão apresentados a seguir.

5.1 Princípio da Irrenunciabilidade De Direitos

Visando proteger o empregado do empregador, e acima de tudo dele próprio, a Consolidação das Leis do Trabalho previu em seu art. 9º o princípio da irrenunciabilidade de direitos com a seguinte redação: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”.

XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

O objetivo deste princípio é impossibilitar a renúncia de direitos por parte do empregado, para evitar situações simuladas onde o empregador crie uma situação em que faça parecer que o empregado renunciou a algum direito, sendo que na verdade por iniciativa do empregador, esta situação foi imposta ao empregado que não teve opção, se não aceitá-la.

Não obstante a isto, esta irrenunciabilidade também serve para proteger o empregado contra sua própria ignorância, visto que pode ser enganado a renunciar direitos, ou, ainda, por vontade própria pode acabar renunciando seus direitos de descanso buscando uma maior remuneração, mas acabar prejudicando sua saúde.

Diferente das relações comuns de direito civil onde os direitos são disponíveis, e as partes podem transacionar direitos, no direito do trabalho ocorre uma inversão deste valor, portanto, uma vez adquirido um direito, o empregado não poderá renunciar-lo, eis o entendimento de Américo Plá Rodriguez em sua obra Princípios de Direito de Trabalho.

Com efeito, ao contrário do que ocorre no direito comum, onde rege o princípio da renunciabilidade, no Direito do Trabalho vige o princípio oposto, que é o da irrenunciabilidade. Ou seja, nos restantes ramos do direito alguém pode privar-se voluntariamente de uma faculdade, ou de uma possibilidade, ou de um benefício que possui, enquanto neste setor do direito isso não é possível: ninguém pode privar-se das possibilidades ou vantagens estabelecidas em seu proveito próprio. (2000, p. 60)

No contexto dos danos existenciais, este princípio assegura que caso o empregado tenha renunciado seus direitos, sem qualquer tipo de coerção, e venha a sofrer algum dano em sua vida de relação ou frustração de seus planos de vida, o empregador poderá ser responsabilizado ainda que não tenha coagido o empregado a aceitar as condições de trabalho.

Portanto, o empregador possui o dever de cuidar do empregado, para que este, mesmo que por sua própria vontade, visando maior remuneração, seja impedido de renunciar seus direitos por aquele.

O exemplo clássico que elucida esta situação é o caso de sobrejornada, onde o empregado, precisando de maior remuneração, por vontade própria, trabalha em jornadas acima do limite permitido,

periodicamente, de forma que passa a viver em função de seu emprego sem que sobre tempo para a satisfação de outros planos de sua vida.

Ao adotar esta jornada excessiva e sem descansos, o empregado renuncia a seus direitos constitucionais como jornada de trabalho com duração razoável, descanso semanal remunerado e férias, além é claro, de ter prejudicado seu direito à saúde e integridade física e psicológica.

Constituição Federal, Art. 7º 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; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Sem dúvidas em um cenário onde o indivíduo trabalhe dez horas por dia, todos os dias da semana, sem férias ou descanso, acarretará grande prejuízo a sua vida de relações e frustração de seus planos de vida.

Danos estes irreversíveis para o empregado que terá perdido um fragmento de sua existência. Portanto, o princípio da irrenunciabilidade de direitos atribuído ao empregador o dever de proteger o empregado contra si próprio.

5.2 Princípio da Primazia da Realidade

Ante a uma divergência entre o atestado pelas provas documentais e a aparente realidade dos fatos elucidada pelas testemunhas e depoimentos pessoais das partes, esta segunda deve sempre prevalecer, sendo esta a ideia por trás do princípio da primazia da realidade, conforme ensinamentos de Américo Plá Rodrigues em sua obra *Princípios de Direito do Trabalho*:

O Princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos (2000, p.339)

Portanto, por mais que documentos digam o contrário, se ficar demonstrada que a realidade dos fatos é diversa da por eles atestada, o magistrado dará preferência a realidade dos fatos.

Portanto, caso o empregador utilize o sistema de marcação de ponto como forma de controlar o tempo de serviço de seus funcionários, caso estes sejam obrigados a assinarem e continuarem a trabalhar, para que exista prova documental que ateste que na verdade eles não mais estão trabalhando, a prova testemunhal terá força para fulminar a validade deste documento, pois a realidade dos fatos é que prevalece na justiça trabalhista.

Este é um meio de proteger o empregado das artimanhas do empregador que busca cada vez mais aumentar o trabalho e reduzir a remuneração, portanto, caso ocorra, condutas como esta não terão imunidade a eventuais indenizações, além das verbas trabalhistas devidas.

6 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

Ao redigir a consolidação das leis trabalhistas, por opção do legislador, seu conteúdo condicionado a disciplinar a relação trabalhista e os direitos e garantias decorrentes desta foi omissivo quanto ao instituto indenizatório, sendo aplicado, em seu âmbito, as disposições do Código Civil.

Assim sendo, os elementos para configuração dos danos existenciais são os mesmos de outros institutos, sendo o conceito de responsabilidade civil extraído da leitura do art. 927 do código civil, complementada pelos artigos 186 e 187 do mesmo diploma.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pelo fato de o legislador, como já narrado, optar pela utilização de cláusulas abertas para regulamentar o instituto, foi a doutrina quem ficou responsável por sistematizar a matéria para sua melhor aplicação, sendo consenso a existência de quatro elementos: conduta,nexo causal, dano e culpa (em alguns casos), divergindo apenas em algumas especificidades nas demais modalidades de dano.

DANO EXISTENCIAL. A indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e do nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, a teor dos arts. 186, 927 do CC e art. 7º, XXVIII da CR/88. Verificando-se no caso em discussão que o reclamado exigia cumprimento de jornada desumana e extenuante de trabalho, com patente prejuízo ao direito ao descanso e ao lazer, não há dúvida quanto à configuração dos danos morais (TRT-3 - RO: 01527201308603004 0001527-60.2013.5.03.0086, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 06/08/2014 05/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 64. Boletim: Sim)

O estudo do sistema indenizatório no âmbito trabalhista se faz à luz do Código Civil, observando as peculiaridades da relação jurídica empregatícia.

6.1 Conduta

A conduta humana como um elemento da responsabilidade civil pode ser traduzida de forma positiva resultando em uma ação, sendo esta, a prática de algum ato pelo indivíduo. Já em sua tradução negativa, trata-se de omissão, onde o indivíduo não pratica um ato que deveria ser praticado, dever este decorrente de relação contratual, profissional ou legal.

Maria Helena Diniz (2003, pag. 37) conceitua a conduta nas seguintes palavras:

o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Já Flavio Tartuce (2011, p.412) utiliza as seguintes palavras ao definir a conduta ativa como regra e a omissão como um caso excepcional que necessita de um dever jurídico de agir, bem como comprovação de que o dano poderia ser evitado:

A regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessário ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

No âmbito trabalhista, a omissão se mostra mais comum nos casos em que o empregado deixa de cumprir com algum de seus deveres profissionais, o que acarreta dano ao empregador, tornando-se possível que o empregado indenize o empregador.

Invertendo os papéis, o dano ao empregado pode ocorrer por decorrência da omissão do empregador que não garante um local de trabalho

seguro, exigindo a utilização de equipamento de proteção individual, e minimizando ao máximo, quando não extinguindo, os agentes insalubres.

Ficando comprovada a negligência do empregador que não garantiu a segurança do trabalho, o empregado que sofreu acidente e sofreu algum dano pode receber indenização de seu empregador, assim é o entendimento jurisprudencial.

DANOS MORAIS. FALTA DE FORNECIMENTO DE EPI. TRABALHO EM CONTATO COM AGENTES INSALUBRES. INDENIZAÇÃO. Em que pese a reclamada admitir a necessidade de utilização de equipamentos de proteção, restou demonstrado que ela não promoveu o efetivo fornecimento, violando, assim, não apenas as normas que preveem tal obrigação, mas também o princípio da boa-fé objetiva e o dever de proporcionar ao empregado as condições de higiene, saúde e segurança no ambiente laboral, na forma disposta na norma constitucional (art. 7º, XII). Esta conduta fere os direitos da personalidade do empregado, impondo a reparação dos danos morais por este sofridos. (TRT18, RO - 0010263-25.2015.5.18.0007 GO 0010263-25.2015.5.18.0007, Relator: IARA TEIXEIRA RIOS, Data de Julgamento: 06/07/2015, 4ª TURMA)

Não somente fornecer equipamentos de proteção individual, mas é dever do empregador garantir que o local de trabalho seja agradável, de forma que não prejudique a saúde física e mental de seus trabalhadores conforme expõe Valéria Araújo de Sousa Brito (2014, S.P.)

Devem ser oferecidas condições dignas de trabalho que contribuam para que o empregado labore em um ambiente de trabalho seguro e saudável. As empresas têm obrigação de oferecer, gratuitamente, aos seus empregados equipamentos de proteção individual em bom estado de conservação e de acordo com os riscos advindos de cada atividade. [...] Existem vários requisitos que devem ser obedecidos quanto às instalações elétricas, edificações, iluminação e conforto térmico que contribuem para que o trabalhador se sinta em um ambiente mais cômodo. Os locais de trabalho devem observar normas técnicas quanto à iluminação que deve ser adequada ao aspecto de cada atividade; de acordo com as fontes geradoras de frio ou calor existentes no local o trabalhador deverá utilizar vestimentas adequadas, a fim de assegurar-lhe um maior conforto térmico.

O dever de garantir ambiente seguro de trabalho decorre diretamente do princípio da proteção do trabalhador, devido sua relação de hipossuficiência quando comparado ao empregador.

No cenário de sobrejornada a conduta do empregador pode ser ativa, consistindo na ação de exigir horas extraordinárias de trabalho, ou, de forma passiva, omitindo-se o empregador ao perceber que o empregado por vontade própria está laborando excessivamente, permitindo que este tenha sua saúde abalada, bem como frustrados seus planos de vida e prejudicada sua vida de relação.

6.2 Nexo Causal

Como será visto no próximo tópico, para se falar em responsabilidade civil necessária se faz a existência de dano, todavia, este dano deve ser decorrente da conduta atribuída ao agente ofensor, sendo esta relação entre conduta e dano denominada de nexos causal. Assim nos ensina Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 39):

O conceito de nexos causal, nexos etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Adotando o ordenamento jurídico brasileiro a teoria da causa direta e adequada, ao analisar a relação entre o dano e a conduta na busca da causa direta, todas as causas indiretas devem ser afastadas, levando-se em conta apenas a causa que diretamente acarretou o dano.

Nos casos de danos existenciais, mostra-se necessário que o dano sofrido pelo empregado possa ser relacionado a alguma conduta do empregador.

Evidente que as excludentes de nexos de causalidade devem ser observadas devido à própria natureza do sistema de responsabilidade civil.

RECURSO ORDINÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EXCLUDENTE DO NEXO DE CAUSALIDADE. A culpa exclusiva da vítima exclui o nexos de causalidade entre o evento danoso e o desenvolvimento da atividade da empresa, pressuposto indispensável para a responsabilidade civil.

Recurso a que se nega provimento (TRT-1 - RO: 11942220115010026 RJ, Relator: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 18/04/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2012-05-04)

O empregado que, por gostar muito do trabalho, e precisar de uma remuneração extra, solicita ao seu patrão permissão para trabalhar horas extras a cima do limite legal.

Neste caso, se o empregado sofrer algum dano em sua vida de relações ou planos de vida, o por este dano sofrido será o próprio empregado. Todavia, pela existência de princípios que buscam sempre a proteção do trabalhador, com destaque no principio da irrenunciabilidade de direitos que protege o trabalhador inclusive de sua própria ignorância, o empregador deve tomar cuidado ao permitir esta situação, pois a constituição prevê direitos sociais que não podem ser fulminados, podendo configurar sua permissão como omissão ao dever de cuidado para com o empregado.

A dificuldade para o empregador se mostra na questão probatória, pois em dias em que o trabalho não se mostra mais como um status de glamour, fica difícil a comprovação de que o empregado realizava este trabalho excessivo por decorrência de sua vontade, levando em conta que, pelo principio da primazia da realidade, este empregador terá de provar que não coagiu o empregado a assinar eventual prova documental de que o trabalho extra seja decorrente de uma faculdade sua.

Assim, o judiciário é quem, no caso concreto, fará à análise de se a sobrejornada foi decorrente da vontade do empregado ou do empregador, e ainda que seja demonstrada a vontade do empregado, nos casos de horas excessivas extremas, o empregador ainda assim poderá ser responsabilizado, pois levando em conta os princípios protetivos do trabalhador, o empregador não pode permitir que o empregado renuncie seus direitos fundamentais referentes ao descanso, lazer, saúde, sociabilidade.

O fato de dedicar sua vida ao trabalho prejudica todas as demais aéreas de sua vida, portanto o empregador deve ter cautela ao permitir trabalho extra a seus empregados, ainda que esta seja uma forma de, supostamente, ajuda-los financeiramente.

Por outro lado, embora o ordenamento trabalhista tenda a vilificar o empregador, se este conseguir comprovar que as horas excessivas foram trabalhadas por iniciativa do empregado, não sendo prejudiciais, sua responsabilidade será afastada.

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO A JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS [...] Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (*workaholic*), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações [...] (TST - RR: 1548020135040016, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015)

Fica difícil vislumbrar uma situação em que outra excludente de nexos de causalidade possa ser invocada quando o empregado trabalha por tempo excessivo e sem descanso, talvez se o empregado fosse coagido física ou moralmente por um terceiro a trabalhar sem descanso, sem que o empregador tivesse conhecimento deste cenário poderia classificar culpa exclusiva de terceiro, todavia, pela absurdidade deste cenário, tal tese se mostra pouco provável de aplicação.

Assim, mostra-se difícil excluir o nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido.

Em título de curiosidade vale mencionar os casos de acidente de trabalho e assédios morais, que são os mais comuns na justiça trabalhista, as excludentes de nexo causal são mais abrangentes, conforme diz Oliveira (2008, p. 144).

Nas hipóteses de exclusão da causalidade os motivos do acidente não têm relação direta com o exercício do trabalho e nem podem ser evitados ou controlados pelo empregador. São fatores que rompem o liame casual e, portanto, o dever de indenizar porquanto não há constatação de que o empregador ou a prestação do serviço tenham sido os causadores do infortúnio.

Cumprindo o empregador com os devidos cuidados a fim de evitar danos aos empregados, e, mesmo assim, estes, por sua culpa exclusiva, lesionarem-se, fica afastada a responsabilidade do empregador, a seguir, um exemplo utilizado por Oliveira (2008, p.145).

Se o empregado, por exemplo, numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automática de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente por essa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador pelo que não se pode falar em indenização.

Nestes casos também fica cristalina a possibilidade de exclusão pela culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito ou força maior.

6.3 Culpa

Devido à novidade do tema, a doutrina e a legislação não regulamentaram o instituto do dano existencial, não havendo um norte a ser seguido quanto à necessidade do cumprimento deste requisito.

Analisando a jurisprudência, é perceptível uma tendência de subjetivar a responsabilidade do empregador por dano existencial, pelo fato de no Brasil esta modalidade danosa ser enquadrada na perda decorrente da sobrejornada de trabalho, além de ser esta modalidade a regra geral do sistema indenizatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. DURAÇÃO DO TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO. HORAS IN ITINERE. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS [...] DANO EXISTENCIAL. HORAS IN ITINERE E TEMPO À DISPOSIÇÃO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas perpetradas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal [...] (TST - ARR: 115136720135180103, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/05/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015)

Perceba que ao utilizar a expressão “em razão de condutas ilícitas perpetradas pelo empregador” fica evidenciado que o TRT entende como necessária a culpa do empregador, pelo adjetivo “ilícita” atribuído ao substantivo “conduta”, remetendo ao conceito de ato ilícito previsto no art. 186 do Código Civil²⁰ que prevê a culpa (negligência ou imprudência).

Para se falar em responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, sua previsão legislativa se faz necessária por se tratar de exceção, visto que a regra atribuída pelo Código Civil corresponde à subjetividade da responsabilidade, sendo necessária apreciação do elemento culpa.

Sendo o dano existencial fundamentado no artigo 927 do Código Civil, que remete ao artigo 186 do mesmo diploma, este, se enquadra nas regras gerais do sistema indenizatório, não podendo se falar em responsabilidade objetiva.

Todavia, embora subjetiva a responsabilidade do empregador, sendo esta inclusive a regra de nosso sistema indenizatório, sob uma análise crítica sobre o cenário jurisprudencial acerca do tema, é perceptível que existe uma presunção relativa de culpa do empregador, acarretando uma inversão do ônus da prova que será elucidada em capítulos posteriores dedicados ao estudo do ônus probatório.

6.4 Dano

Dano é o principal dos elementos do estudo da responsabilidade, uma vez que o próprio código civil inaugura o capítulo da indenização atribuindo-lhe grande relevância: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Dizer que a indenização mede-se pela extensão do dano significa dizer que o limite da indenização é o valor do dano, neste sentido, se não houver dano, ainda que todos os outros requisitos estejam presentes, não há que se falar em reparação alguma, sendo o caso inclusive de extinção do processo sem resolução do mérito conforme inciso VI do art. 485 do Código de

²⁰ Código Civil, Artigo 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.

Processo Civil pela ausência de interesse processual na modalidade utilidade, uma vez que o processo não trará benefício algum ao autor.

Para se falar em indenização, necessariamente deve haver dano, ainda que imaterial.

Sem dúvidas o objeto principal de estudo do instituto indenizatório existencial consiste no elemento dano, sendo este o principal diferencial que o distingue das demais modalidades de dano, apresentando certas semelhanças quanto aos outros elementos.

O dano existencial se manifesta na alteração da rotina do indivíduo que tem frustrado seu plano de vida ou afetada sua vida de relação, merecendo um capítulo próprio para elucidar o elemento dano sob esta ótica.

7 DANO NA MODALIDADE EXISTENCIAL

O dano existencial está diretamente ligado à frustração de um projeto de vida, ou no prejuízo à vida de relações, pois estas são situações que alteram os planos e a rotina das vítimas, conforme Flaviana Rampazzo Soares (2009, p.45)

O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um “ter que agir de outra forma” ou em um “não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanentemente sobre a existência da pessoa.

A alteração na rotina se dá, tanto de forma a ter subtraído de seu cotidiano uma conduta que a vítima não gostaria que fosse suprimida, quanto no acréscimo de uma atividade indesejada ao cotidiano.

A primeira situação se ilustra no caso do indivíduo que pratica esportes, mas por decorrência de um acidente fica impossibilitado de praticá-lo, ou, no âmbito trabalhista, o empregado que é obrigado a prestar horas excessivas de trabalho, não podendo conviver com sua família, deixando de frequentar cultos religiosos, não ter tempo para momentos de lazer, ficar impossibilitado de dar seguimento em suas aulas para aprender a tocar um instrumento, entre diversas outras privações.

Já a segunda situação é elucidada no caso do indivíduo que perde as funções de seu rim por erro médico e passa a ter de realizar seções diárias de hemodiálise.

Esta alteração no cotidiano do indivíduo é separada em dois pilares denominados de frustração do projeto de vida, e prejuízo à vida de relações, conforme ensinamentos de Hidemberg Alves da Frota (2011, s.p.)

O dano existencial se alicerça em 2 (dois) eixos: de um lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e idéias que dão sentido à sua existência; e, de outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, os mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao

comungar com seus pares e experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos e reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de, culturas e valores ínsita à humanidade.

Nos tópicos seguintes será explicada a distinção dos referidos termos que no dano existencial decorrente da sobrejornada podem, inclusive, manifestar-se concomitantemente.

7.1 Frustração do Projeto de Vida

Por frustração do projeto de vida entende-se a lesão que compromete as faculdades do indivíduo para dar seguimento aos seus planos, planos estes que podem manifestar-se nas mais diversas áreas, como recreativa, religiosa, política, sexual, desportiva, dentre outras, explicado nas seguintes palavras por Greicy Fraga Almeida (2015, S.P)

O indivíduo, como ser consciente, livre e capaz de fazer suas escolhas, elege as opções que darão sentido à sua existência. De tal modo, projeta-se, através de sua liberdade, no mundo em uma combinação entre realidades e capacidades e possibilidades e potencialidades, sendo a união entre o passado, o presente e o futuro, comprometendo-se com a ocupação continuamente inacabada de dar sentido à sua vida.

No cenário das horas laborais excessivas, este dano se materializa em toda a frustração que o empregado tem em sua vida por não ter tempo para viver de acordo como gostaria, ficando impossibilitado de realizar seus projetos pessoais por ter de dedicar a exclusividade de seu tempo ao empregador.

Por não poder se desligar do trabalho, todo o tempo que resta ao empregado acaba sendo dedicado ao descanso, quando resta tempo para um descanso efetivo.

Assim tem entendido a jurisprudência, destacando a decisão do TST que ressalta o descanso como um direito fundamental que deve ser protegido em decorrência da dignidade da pessoa humana.

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 [...] (TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

É válido lembrar que tanto o descansar, quanto o simplesmente “fazer nada”, podem fazer parte do plano de vida, portanto também merecem proteção.

7.2 Dano à Vida de Relações

Entende-se por dano à vida de relações a afetação à sociabilidade do indivíduo, conforme ensina Almeida Neto (2005 S.P.)

Por dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, portanto, se indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos. Assim, por exemplo, procedimentos imperitos médicos que acarretam à pessoa problemas ortopédicos e a impossibilidade de praticar esportes como correr, jogar bola, tênis etc...; a divulgação de notícias difamatórias infundadas que acarretam humilhação e depressão; acidentes graves que causam a síndrome do pânico ou problemas na fala, como tartamudez etc... são apenas algumas hipóteses de dano à vida de relação.

Embora estudado como outro pilar do dano existencial, insta salientar que a vida social faz parte do projeto de vida dos indivíduos. Neste sentido, ao ser impossibilitado de se relacionar com as pessoas que deseja, ou de conhecer novas pessoas para se relacionar, o indivíduo tem frustrado um de seus planos no âmbito da sociabilidade.

Esta é a frustração mais evidenciada no trabalho excessivo, onde a dedicação ao empregador impede o empregado de conviver com sua família, ou, às vezes, quando este não a possui, fica impossibilitado de constitui-la pela ausência de tempo livre.

A família possui proteção constitucional, devendo ser protegida.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. REPARAÇÃO DEVIDA. [...] O dano extrapatrimonial, sob a modalidade dano existencial, deve ficar restrito a situações extremamente graves, nas quais demonstrado que o trabalhador sofreu severa privação em virtude da imposição de um estilo de vida que represente impossibilidade de fruição de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar, o que restou caracterizado no caso concreto, em face da jornada de trabalho extenuante a que a autora estava submetida, inclusive em três domingos por mês, sem a fruição de intervalo intrajornada. [...] (TRT-4 - RO: 00002531120135040029 RS 0000253-11.2013.5.04.0029, Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ, Data de Julgamento: 15/05/2014, 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.)

A ausência de dedicação de tempo à família é extremamente prejudicial aos relacionamentos familiares, sendo devida a indenização caso a família se desfaça por culpa do empregador que impediu que o empregado dedicasse tempo à sua família. Assim foi o entendimento do TRT-4 no recurso ordinário do caso de uma mulher que teve o fim de seu casamento por decorrência das exigências de seu empregador.

DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora (TRT-4 - RO: 00015332320125040006 RS 0001533-23.2012.5.04.0006, Relator: ANDRÉ REVERBEL FERNANDES, Data de Julgamento: 10/07/2014, 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.)

O relacionamento com outros indivíduos é aspecto fundamental da natureza do ser humano, portanto não é admissível sua privação social por conta da relação de labor.

7.3 Diferença Entre Dano Existencial e Dano Moral

Antes de diferenciar os institutos, merece ressalva o fato do TST já reconhecer o dano existencial como modalidade autônoma do dano moral.

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO A JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS 1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral. 2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações [...] (TST - RR: 1548020135040016, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015)

Mostra-se de fundamental importância distinguir o dano existencial do dano moral, pois uma vez diferenciados nos é permitida uma análise sistemática dos danos extrapatrimoniais, de forma que iniba a dita "indústria dos danos morais".

Quanto mais sistematizadas as modalidades de dano extrapatrimonial, melhor será a fixação dos valores indenizatórios, uma vez que serão distribuídos, cada um respeitando a intensidade e extensão do dano de sua espécie respectiva.

Esta sistematização é benéfica para a sociedade, pois não se trata de um entendimento pró-empregado que inibe o empreendimento no âmbito nacional de forma que a economia fique prejudicada gerando desemprego.

Em verdade, a sistematização apenas desloca o valor da indenização do anteriormente inominado "dano moral pela jornada excessiva" e passa a integrar uma nova classificação danosa, o dano existencial, com suas próprias especificidades e regras próprias.

Desta maneira, não será mais considerada como uma condição que agrava o dano moral, uma vez que conforme previsão expressa do código civil a indenização se mede pela extensão do dano, passando a ser um dano autônomo, não sendo levado em conta como uma situação que amplia a extensão do dano moral, mas sim, como uma situação que será analisada de forma autônoma ao dano moral, levando em conta sua própria extensão.

Metaforicamente é como se o sistema indenizatório brasileiro fosse sustentado por dois grandes pilares denominados dano patrimonial e dano extrapatrimonial. Ao sistematizar e sub classificar espécies danosas, é como se os grandes pilares deixassem de sustentar sozinhos todo o sistema indenizatório, de modo a dividir o peso do sistema entre vários outros pilares, de forma que a sustentação fique distribuída, sem sobrecarregar os pilares, anteriormente, principais.

Nesta metáfora, estes novos pilares representam as novas modalidades danosas que vão surgindo no decorrer do tempo, como os já consolidados: dano emergente; lucros cessantes; perda de uma chance; dano estético; dano à imagem; dano decorrente da morte ou incapacidade para o trabalho; assim como, obviamente, o dano existencial.

Uma vez diferenciados, se torna possível cumulação de ambas as modalidades, desde que cumpram cada uma com seus respectivos requisitos.

Imperioso ressaltar, antes de prosseguir, que tanto o “dano moral” quanto o “dano existencial”, são espécies de dano do gênero “dano extrapatrimonial”.

Para começar a diferenciá-los, a colocação da doutora Flaviana Rampazzo Soares, de forma muito didática, utiliza dois verbos para realizar a distinção.

O dano moral propriamente dito é representado pelo verbo “sentir”, uma vez que esta modalidade de dano está diretamente ligada a um dano na esfera subjetiva do indivíduo, um sentimento negativo que atormenta sua existência, nas palavras de Flaviana:

O dano moral, propriamente dito, tem natureza extrapatrimonial e é subjetivo, porque atinge o moral da pessoa, vale dizer, afeta, negativamente, o seu ânimo (é o que se pode denominar de

“Prostração), turbando a sua esfera interna, transitoriamente. [...] Referida espécie de dano está relacionada ao sentimento “(à esfera subjetiva e íntima da pessoa) (2009, p.98)

Para contextualizar no âmbito trabalhista, mostra-se perfeitamente adequado o exemplo de assédio moral ou sexual no âmbito do trabalho por decorrência de condutas do empregador.

O dano existencial, por outro lado, é representado pela locução verbal “deixar de fazer”, ou ainda “ter de fazer”, visto que, como narrado ao conceituar o dano existencial, esta espécie de dano é aquela que afeta a rotina do indivíduo. Complementa Flaviana:

O dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima, em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir), interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc), enquanto o segundo pertence a esfera interior da pessoa. (2009, p.98)

Observando o contexto específico deste trabalho que trata do dano existencial na jornada laboral excessiva, a locução “deixar de fazer” se mostra mais evidente, uma vez que o indivíduo laborando em jornada excessiva deixa de conviver com familiares, deixa de interagir com pessoas, deixa de concretizar seus planos de vida.

A alteração de rotina na classificação “ter de fazer”, mostra-se nas situações onde o ato ilícito gera um dano na existência da pessoa que passa a ter de incluir em seu cotidiano atividades que não gostaria, alterando seu plano de vida.

O exemplo perfeito para demonstrar este evento danoso consiste no caso da lesão aos rins por decorrência de erro médico ou qualquer outro evento danoso, como acidente de trabalho, visto que a vítima, além de conviver com os efeitos colaterais da lesão em seu rim, deverá submeter-se constantemente a sessões de hemodiálise, alterando sua rotina.

Retornando ao tema deste trabalho, também pode ocorrer que ao ser submetido a jornadas excessivas, o empregado bitolado no serviço contraia

molestais psicológicas, como depressão, síndrome do pânico, ou qualquer outra moléstia grave que necessite de acompanhamento.

No caso supracitado, ambas as locuções didáticas estarão presentes nas lesões do empregado, pois como trabalhava excessivamente deixou de concretizar seus planos de vida e relacionar-se com pessoas. Portanto “deixou de fazer” bem como deverá submeter-se a acompanhamento psiquiátrico, alterando a rotina do pouco tempo livre que lhe resta, concretizando o “ter de fazer”.

Por fim, uma das principais distinções está na prática jurídica, uma vez que o dano moral, por sua própria natureza, muitas vezes acaba dispensando prova, pois pode ser encontrado pela sensibilização social.

Como seres empáticos, os seres humanos conseguem compreender o sentimento alheio apenas com comprovação de fatos, o que acarreta em diversos danos que não precisam ser comprovados, ou, dano *in re ipsa*, tendo em vista a impossibilidade de se comprovar sentimentos.

Por outro lado, o dano existencial, por ser uma modalidade mais objetiva, possui fácil constatação, bastando comprovar todos os “deixar de fazer” e os “ter de fazer”, decorrentes da conduta ilícita do empregador. Portanto, a regra do instituto indenizatório existencial é de que os danos devem ser comprovados, não se admitindo dano *in re ipsa*, todavia esta regra sofre certa mitigação, conforme será visto no capítulos que discorre sobre o ônus de comprovar o dano.

7.4 Mensuração do Dano Existencial

Assim como os demais danos extrapatrimoniais, a mensuração do quantum indenizatório fica a critério do judiciário, que fará uma análise sobre todos os elementos do caso concreto e determinará um valor que entenda por suficiente para compensar os danos sofridos.

[...] Esta dimensão do caso vertente traduz o denominado dano existencial, que se configura pela exacerbação do tempo de disponibilidade do trabalhador em função do emprego, inviabilizando-lhe o usufruto de efetiva vida própria. Diante desse quadro, é claro o dano ao patrimônio moral do ser humano que vive de sua força de

trabalho, dano este que atinge a dimensão física e também emocional de sua individualidade. Relativamente ao quantum indenizatório, não há na legislação pátria delineamento do valor a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. A jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos. Nessa linha de entendimento, releva notar que, pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os comandos resultantes das normas jurídicas devem ser interpretados segundo critério que pondere o adequado equilíbrio entre meios e fins a elas vinculados, de acordo com um juízo de verossimilhança, sensatez e ponderação. Na presente hipótese, em razão de inúmeras ofensas contra o patrimônio moral do empregado e sua saúde, devidamente registradas pelo Regional (uso de uniformes molhados; extensa jornada de trabalho; obrigação de laborar em local interdito pelo Ministério do Trabalho em virtude de vazamento de gás amônia; assédio e ofensas morais), impõe-se majorar o valor fixado (R\$6.000,00, na Instância Ordinária), que ora se arbitra em R\$30.000,00 (trinta mil reais), montante mais próximo aos valores arbitrados por este Tribunal Superior, especialmente esta d. 3ª Turma, em casos congêneres. Recurso de revista conhecido e provido (TST - ARR: 565520145230041, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

Assim, vários aspectos devem ser levados em conta na mensuração da indenização, quanto maior a condição econômica do empregador, maior o valor; quanto maior o dano, maior o valor; quanto maior o período de horas excessivas, maior o valor.

[...] 3. DANO EXISTENCIAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A indenização por dano existencial guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Recurso de revista não conhecido [...] (TST - RR: 15332320125040006, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015)

Presente principalmente nas relações consumeristas, o critério punitivo do dano extrapatrimonial também se mostra plausível nas relações laborais, de forma que vise a inibição de práticas lesivas à existência do empregado cometidas pelo empregador.

Nesse sentido, observar-se-á a condição econômica do empregador, e sua posição no mercado, além de eventual reincidência em exploração laboral, para auferir uma quantia que o iniba de continuar com esta prática ilícita, beneficiando os demais empregados.

Assim entendeu o TRT-4 ao julgar a prática reiterada de uma empresa de grande porte.

DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXTENUANTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Em se tratando de condições de trabalho extenuantes, que perduraram ao longo do último ano do contrato de trabalho e que foram reconhecidas judicialmente em reclamatória trabalhista anteriormente ajuizada, o arbitramento de indenização serve à compensação do prejuízo por ele sofrido, tem relevância suficiente para representar punição à empresa e, ainda, evita que situações análogas se repitam. Quantum indenizatório que se majora de modo que atenda não só a finalidade de compensação pela situação apresentada e atenuação do sofrimento, mas também o intento de punição e repressão à prática reiterada de atos de tal natureza pela reclamada, empresa de grande porte e capacidade econômica (TRT-4 - RO: 00004140520115040251 RS 0000414-05.2011.5.04.0251, Relator: ANA LUIZA HEINECK KRUSE, Data de Julgamento: 21/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha,)

Assim, os critérios adotados na fixação do dano existencial assemelham-se aos de qualquer outra espécie de dano extrapatrimonial.

Outro aspecto que deve ser observado é o tempo. Evidente que nos casos de acidente de trabalho em que o indivíduo perde alguma função, o agente causador do dano se trata de uma conduta isolada. Todavia, nos casos de jornada excessiva, é imprescindível a continuidade da conduta lesiva.

Não basta que o empregado passe um final de semana trabalhando excessivamente para que tenha frustrado seus planos de vida e vida de relações, pois um final de semana não possui o condão de causar tais prejuízos, ainda porque as horas extras são pagas com acréscimo justamente para compensar este incômodo ao empregado.

Portanto, é necessário que a conduta privativa do empregador para com o empregado se propague no tempo e cause efetivo dano a sua

existência, não podendo uma conduta isolada acarretar tais prejuízos, mas sim, configurando apenas um dissabor impassível de indenização por sua insignificância.

8 ONUS PROBATÓRIO

Sendo processo o instrumento de satisfação do direito material não basta entender o instituto indenizatório do dano existencial, também se faz necessário entender aspectos processuais de maneira que a reclamação trabalhista esteja devidamente fundamentada e instruída a ponto de influenciar o livre convencimento do juiz em favor do empregado que almeja indenização por dano existencial.

Por outro lado, sob a ótica do empregador, se mostra relevante no sentido de atacar os pontos certos das alegações do empregado, desconstruindo sua tese, e obtendo uma sentença de improcedência a ele favorável.

O código de processo civil de 2015, transcrevendo o texto legal do revogado código de processo civil de 1973, trouxe a regra geral, em seu art. 373, de que incube ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto o réu fica incumbido de comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado pelo autor.

Seguindo a mesma ideia, a consolidação das leis trabalhistas dispõe que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer em seu art. 818.

Assim, de uma maneira geral pode-se dizer que as questões probatórias seguem as regras do código de processo civil, todavia, em decorrência da hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, a inversão do ônus da prova se faz necessária em alguns casos.

Todavia, como a consolidação das leis do trabalho foi omissa quanto a inversão do ônus da prova, seu fundamento está nos princípios protetivos do empregado, visto que a empresa conta com setores dos mais diversos, como contabilidade, recursos humanos, jurídico, enquanto o empregado conta apenas com seu conhecimento.

Devido a esta disparidade, o empregado fica impossibilitado de comprovar alguns aspectos da relação de emprego. Portanto, a empresa deve manter registros para eventuais apurações.

No mesmo sentido, também existe a tese de que ao âmbito trabalhista seria aplicada por analogia o art. 6º do estatuto consumerista:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Portanto, desde que demonstrada hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, o que não exige grande esforço na maioria dos casos, sendo a exceção os casos de indivíduos que adquiriram a independência financeira e trabalham apenas por prazer e distração, muitas vezes possuindo receita passiva maior que os lucros de seu empregador.

Insta salientar o conteúdo da súmula 338 do TST:

SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

Referida súmula estabelece o ônus de manter registro de jornada de seus empregados aos empregadores com mais de 10 empregados, sob pena de não o fazendo, ser presumida a jornada de trabalho alegada pelo empregado.

Na segunda parte da súmula consta que o registro de jornada não é absoluto, portanto pode ser refutado por prova em contrário, valorizando o princípio da primazia da realidade, visto a notoriedade de que empregadores

obrigam seus empregados a assinarem o registro de jornada ainda que continuem trabalhando.

Já na terceira parte da súmula é encontrada a presunção de invalidade dos cartões de pontos uniformes, situação que ocorre quanto ao horário de entrada e saída de todos os empregados ocorrem no mesmo horário todos os dias.

Ora, é fisicamente impossível que um empregado chegue ao local de trabalho, e saia dele, no mesmo horário, todos os dias. Mais impossível ainda que todos os funcionários se enquadrem nesta situação.

Com isso a conclusão é de que a inversão do ônus da prova é uma realidade na seara trabalhista e influencia a ação de indenização por dano existencial.

8.1 Ônus De Comprovar A Culpa do Empregador

No capítulo da culpa como elemento do dano existencial foi dito que embora subjetiva a responsabilidade do empregador, pode-se concluir que o empregado conta com a presunção relativa de que a jornada extra não foi decorrente de sua iniciativa, configurando culpa de seu empregador.

Por sua superioridade em relação aos empregados, o empregador conta com as mais diversas artimanhas para coagir seus empregados, que na maioria das vezes dependem de seu emprego como fonte exclusiva de renda para sua subsistência e de sua família.

Uma vez configurada como lucrativa, a mais valia estimula empregadores a extraírem o máximo de seus empregados, sendo benéfico à empresa submeter seus empregados a jornadas exaustivas, ainda que devidamente remuneradas com todos os acréscimos devidos.

Por outro lado, para o empregado esta realidade raramente repercute de maneira positiva, visto que a vida profissional é apenas um campo de sua existência, possuindo outros planos em outras áreas da vida, como religiosa, desportiva, musical, artística, social, filantrópica.

A constituição não prevê o teto da jornada de trabalho a troco de nada. Pelo contrário, esta é uma regra que protege o empregado da ambição de seu empregador, e muitas vezes de sua própria também.

Previsão constitucional esta que se enquadra perfeitamente ao principio da irrenunciabilidade de direitos.

Por serem irrenunciáveis, os direitos fundamentais não são disponíveis ao empregado como moeda de troca, não podendo ele renunciar seu direito ao descanso, ao lazer, à sociabilidade, à saúde, dentre diversos outros direitos prejudicados, em prol de uma maior remuneração.

No caso concreto acaba sendo de fácil visualização o descontentamento do empregado com sua excessiva jornada de trabalho, levando em conta que mesmo nos casos em que as horas extraordinárias são devidamente pagas ao empregado com os devidos acréscimos, justamente pelo fato de sua jornada ser completamente exaustiva e duradoura, o tempo que sobra ao empregado deve ser dedicado ao repouso.

Ainda que do ponto de vista financeiro esta realidade seja favorável ao empregado do ponto de vista de sua satisfação pessoal esta realidade é completamente degradante, pois sequer lhe sobra tempo para disfrutar dos pequenos prazeres que a vida oferece, não possuindo tempo para gastar seu dinheiro de forma satisfativa.

Tendo em mente que a jornada excessiva é prejudicial ao empregado e não benéfica como possa aparentar, tendo inclusive previsão constitucional que protege o trabalhador contra esta realidade, cumulada com os princípios protetivos do trabalhador, em especial a irrenunciabilidade de direitos, e o dever do empregador de manter uma condição de trabalho adequada que não prejudique a saúde do empregado, é perceptível que o empregado, via de regra, não pede por este contexto.

O empregado trabalha para que seu empregador enriqueça, portanto quanto maior a produção do empregado, maior o lucro do empregador. Nesse sentido, o maior beneficiado com a jornada extraordinária abusiva é o próprio empregador.

A este ponto já se mostra claro o porquê da presunção relativa de culpa do empregador. Como, via de regra, o trabalho excessivo é prejudicial ao

empregado e benéfico ao empregador, não se mostra razoável exigir que a parte hipossuficiente demonstre a culpa do empregador, que possui a seu favor inclusive o temor dos demais empregados que, por medo de perder seu emprego, acabam depondo a favor da empresa, ainda que contrariamente à realidade dos fatos.

Portanto, dizer que a responsabilidade do empregador no caso de sobrejornada é subjetiva com presunção relativa de culpa significa dizer que na verdade, embora a responsabilidade seja subjetiva, ocorre a inversão do ônus da prova, onde é o empregador que deve comprovar que as horas extras de trabalho foram benéficas ao empregado, ou foram permitidas atendendo a pedido e real necessidade deste, para assim afastar o elemento culpa, desqualificando sua responsabilidade civil.

8.2 Ônus de Comprovar O Dano

Uma vez comprovada a jornada extraordinária e a culpa do empregador parte-se para um novo desafio: a comprovação do dano.

Quando começou a se falar em dano existencial era admitido, em alguns tribunais, a constatação do dano existencial *in re ipsa* bastando comprovar a jornada excessiva que o dano seria presumido com base na notoriedade do prejuízo decorrente desta conduta.

Com a devida cautela, a fim de evitar a banalização do instituto, assim como a denominada “indústria dos danos morais”, o Tribunal Superior do Trabalho fixou o entendimento de que, diferentemente do dano moral, o dano existencial deve ser comprovado, não sendo admitida presunção de dano.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que 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, especialmente quando não comprovado o prejuízo que lhe tenha advindo, ônus que cabe ao trabalhador por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido (TST - RR: 1291520135040001, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 02/12/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015)

Conforme julgados a seguir, o entendimento de não admitir a presunção de danos existenciais se mostra consistente no TST:

DANO EXISTENCIAL. Ainda que tenham sido deferidas horas extras, no caso dos autos, não há elementos de prova no sentido de que o reclamante tenha sido tolhido do seu direito de projetar o futuro e realizar escolhas. O dano existencial demanda prova segura acerca dos severos prejuízos sofridos pelo trabalhador, elementos de prova não produzidos pelo autor. Recurso do reclamante não provido [...] (TRT-4 - RO: 00003172820145040662 RS 0000317-28.2014.5.04.0662, Relator: Iris Lima De Moraes, Data de Julgamento: 28/10/2015, 1a. Turma,)

No mesmo sentido:

INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. INDEVIDA. A indenização por dano existencial exige que os fatos imputados ao empregador causem efetivo dano ao projeto de vida ou convívio social e familiar do empregado, cuja prova deve ser sobejamente demonstrada pela parte, aplicando-se a regra dos arts. 818, consolidado e 333, I do CPC. No caso vertente, não provou a demandante tivesse sofrido efetiva lesão a seu projeto de vida ou mesmo ao seu convívio social e familiar, por ato perpetrado pelo empregador, tampouco nexos causal, de forma a ensejar reparação. Apelo patronal provido no particular (TRT-2 - RO: 00007352720145020013 SP 00007352720145020013 A28, Relator: LILIAN GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/07/2015, 18ª TURMA, Data de Publicação: 03/08/2015)

Assim como:

[...] DANO EXISTENCIAL. HORAS IN ITINERE E TEMPO À DISPOSIÇÃO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas perpetradas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Assim, não tendo sido evidenciada nenhuma dessas circunstâncias, não há de se falar na reparação postulada. A ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é *in re ipsa*, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Recurso de Revista não conhecido (TST - ARR: 115136720135180103, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/05/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015)

Corroborando esta tese, o pleno do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso (TRT/MT) publicou a sumula nº 23 que afasta a presunção de dano existencial decorrente da sobrejornada com a seguinte redação:

SÚMULA N. 23 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL/EXISTENCIAL DECORRENTES DA JORNADA EXCESSIVA/EXTENUANTE. NÃO CONFIGURAÇÃO POR MERA PRESUNÇÃO. A prestação de horas extras habituais, em jornada constantemente excessiva ou exaustiva, ainda que sem a respectiva contraprestação financeira, por si só, não enseja a presunção absoluta ou relativa da ocorrência de dano moral ou existencial ao empregado passível de reparação, o qual carece de demonstração objetiva no caso concreto.

Embora a regra geral seja de não presunção de danos existenciais, esta sofre certa mitigação à especialidade de casos concretos excepcionais, visto que, em determinados casos, a privação do empregado é tão visível, chegando a laborar por 16 horas diárias, que através da simples subtração da jornada de trabalho de 24 horas, apresenta-nos um resultado onde seria fisicamente impossível exercer qualquer atividade que não seja trabalho e repouso, tornando evidente e inegável o dano sofrido pelo empregado.

Este entendimento não viola a tese do TST pois não se trata de uma presunção *in re ipsa* do dano existencial, o que ocorre em verdade é que, nestes casos, o fato de comprovar uma jornada tão excessiva aos limites humanos, mediante uma observação lógica do caso concreto, por si só, acaba por comprovar também o dano existencial.

O empregado que trabalha das 06 horas até às 21 horas, em jornada de 15 horas, de forma habitual, todos os dias da semana, descansando a média de 7 horas de sono diário necessário para o descaso de uma jornada tão excessiva, possui apenas 2 horas de seu dia para dedicar à seu plano pessoal e convívio familiar, desconsiderando o tempo gasto de locomoção de ida e volta ao trabalho.

Não é necessário grande esforço para perceber que 2 horas não são suficientes para a realização de planos pessoais, muito provavelmente este tempo será utilizado para descansar, pois a jornada excessiva subtrairá toda sua disposição.

Esta situação pode ser agravada caso o empregado não goze de férias ou labore em local de trabalho não adequado, de maneira que se torne prejudicial à sua saúde.

A matemática básica, em conjunto com o bom senso, aplicada à comprovação da jornada de trabalho, acarreta também na comprovação do dano, e não poderia ser diferente.

Assim foi o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no caso da empregada que trabalhava em sobrejornada, sete dias por semana com eventuais descansos, chegando a trabalhar 14 dias seguidos:

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 (TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

No mesmo sentido decidiu o TRT – 4 no caso do autor que trabalhou em jornadas de até 15 horas por treze meses:

DANOS EXISTENCIAIS. CUMPRIMENTO DE JORNADA EXTENUANTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O cumprimento de jornadas extenuantes, com labor habitual e diário acima dos limites estabelecidos pela lei - como no caso, em que o autor trabalhou até quinze horas diárias por treze meses - causa dano

presumível aos direitos da personalidade do empregado (dano moral/existencial in re ipsa), dada a incúria do empregador na observância dos direitos fundamentais e básicos estabelecidos pela lei quanto à duração da jornada de trabalho, em especial os limites para exigência de horas suplementares e mínimo de descanso exigido para recomposição física e mental da pessoa. Indenização por danos morais devida, na modalidade de danos existenciais. Recurso provido (TRT-4 - RO: 00003428820125040281 RS 0000342-88.2012.5.04.0281, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 30/10/2013, 1ª Vara do Trabalho de Esteio,)

O mesmo tribunal também entendeu por presumido o dano existencial no caso do trabalhador que laborou por dois anos e três meses em jornada de doze horas e meia e jornada de dez horas e meia em domingos e feriados, sendo reservado para descanso e alimentação apenas trinta e cinco minutos, sem ter gozado de férias no período:

DANOS EXISTENCIAIS. CUMPRIMENTO DE JORNADA EXTENUANTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O cumprimento de jornadas de trabalho exaustivas, com prestação de labor em sobrejornada acima do limite estabelecido pela lei (art. 59, caput, da CLT), constitui causa de danos não apenas patrimoniais ao trabalhador, mas, principalmente, violação a direitos fundamentais e o aviltamento da saúde e bem-estar do empregado. É, pois, fator de risco ao estado psicossocial da pessoa, capaz de ensejar danos à saúde e à sociedade como um todo, na medida em que o obreiro fica privado de uma vida familiar e social dignas, do lazer e do desenvolvimento de sua personalidade, além de gerar risco potencial para acidentes e doenças do trabalho. Inegavelmente, a prestação de trabalho em jornadas exaustivas, com labor habitual e diário acima dos limites estabelecidos pela lei, além do máximo tolerável para permitir uma existência digna ao trabalhador, causa dano presumível aos direitos da personalidade do empregado (dano moral/existencial in re ipsa), dada a incúria do empregador na observância dos direitos fundamentais e básicos estabelecidos pela lei quanto à duração da jornada de trabalho, em especial os limites para exigência de horas suplementares e ao mínimo de descanso exigido para recomposição física e mental do trabalhador. No caso concreto, a ilicitude do ato praticado pelo empregador é evidente, diante da violação de direitos fundamentais e sociais, notadamente os direitos sociais a uma existência digna, ao lazer, à segurança etc., pelas restrições de ordem pessoal e social sofridas pelo autor, que laborou por cerca de 2 anos e três meses cumprindo jornada de 12,5 horas diárias de trabalho, além de dois domingos por mês e feriados, com jornada de 10,5 horas de trabalho, gozando sempre de apenas 35 minutos para descanso e alimentação, e sem gozo de férias neste período. Indenização por danos morais devida, na modalidade de danos existenciais (TRT-4 - RO: 00011817420125040003 RS 0001181-74.2012.5.04.0003, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 05/06/2014, 3ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Também entendeu pela configuração do dano existencial *in re ipsa* o TRT – 3 no caso onde o trabalhador, durante todo o longo contrato de emprego, nunca gozou de férias:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. O dano existencial, como cediço, decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, violando o princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inc. III, CF. Indubitável que a obrigatoriedade de trabalhar durante as férias, durante todo o longo contrato de trabalho, comprometeu, sobremaneira, a vida particular do autor, impedindo-lhe de dedicar-se, também, a atividades de sua vida privada. Caracterizado, portanto, o dano existencial *in re ipsa* (TRT-3 - RO: 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014, Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr., Primeira Turma, Data de Publicação: 14/08/2015)

A este ponto se mostra importante ressaltar que o entendimento do TST é de que o simples labor por horas extras não é suficiente para acarretar dano existencial visto ser remunerada com acréscimo justamente por ser algo penoso ao empregado. No entanto, quando estas horas extras trabalhadas extrapolam o limite legal, de maneira não eventual, é possível a caracterização do dano existencial.

Não basta que uma vez na semana o empregado seja sujeito à sobrejornada, esta exigência do empregador deve ocorrer de maneira habitual, de modo que o empregado efetivamente sinta o peso dessa exigência, tendo prejudicado seu plano de vida ou vida de relações.

No julgamento, o magistrado, ao analisar o caso concreto, levará em conta a quantidade de horas trabalhadas excessivamente, por quanto tempo esta conduta durou, o tempo de descanso, os dias de folga, o exercícios de férias.

Após apurar a gravidade das privações que o empregado sofria por decorrência das exigências laborativas de seu empregador, será analisada se esta situação se enquadra dentro do quadro de normalidade, se é que esta palavra pode ser utilizada, do contexto apto a gerar dano existencial, ou se a

privação foi tão intensa a ponto de gerar danos muito maiores que os danos recorrentes no dia a dia forense.

Ao se deparar com situação de excepcionalidade dada a gravidade da privação social sofrida pelo empregado, o magistrado poderá presumir eventuais danos existenciais, de forma que a intensidade probatória danosa é inversamente proporcional à gravidade das privações sofridas pelo empregado.

Em outras palavras, quanto maior a privação sofrida pelo empregado, mais visíveis e evidentes se tornam os danos por ele sofridos, o que acarreta na diminuição de seu ônus probatório, que se aproxima da presunção.

Por fim, é importante destacar que embora as decisões supracitadas mencionem a possibilidade de presunção de dano existencial contrariando o entendimento do TST que proíbe a presunção deste, a tese defendida neste tópico, embora concorde na consequência prática das decisões que dão procedência à condenação por danos morais independentemente de prova, ousa discordar quanto à motivação que fundamenta a exceção.

Como visto, a tese aqui exposta defende que o dano existencial fica comprovado por derivação da comprovação da jornada excessiva, não se tratando de uma presunção de dano como mencionado em algumas decisões.

Esta distinção importa apenas aos operadores do direito, visto que, na prática, defendendo os interesses do empregado, pouco importa o motivo, mas sim, alcançar a plena justiça, ou ao menos alcançar algo próximo a ela.

9 REGIMES ESPECIAIS DE JORNADA LABORAL

Determinados cargos possuem como característica inerente à suas funções justamente a grande jornada laborativa, como é o caso dos empregados que trabalham em jornada 12/36 ou, também, devendo estar sempre a disposição da empresa, como nos casos de cargos de gerência e de confiança.

Também existem casos em que o controle de jornada se torna impossível, como o caso dos trabalhadores externos ou, ainda, nos casos dos policiais militares e cíveis, que laboram em condições precárias atendendo a plantões quando requisitados.

Há relevância em destacar estes casos, para que ao analisá-los seja determinada sua compatibilidade, ou incompatibilidade, com o instituto indenizatório existencial.

9.1 Jornada 12x36

O clássico exemplo dos vigilantes que trabalham em jornada 12x36 horas já causou grandes discussões acerca de sua legalidade.

Por muito tempo foi tido como um labor desgastante, mas com o passar do tempo referida jornada passou a ser vista de maneira diferente, sendo considerada uma boa forma de trabalhar.

Embora desgastante, devido ao longo período à disposição do empregador, a ideia de trabalhar um dia e descansar o outro, recebendo adicional noturno e de periculosidade tornou a classe de vigilante uma boa oportunidade de trabalho.

Em sua maioria, os vigilantes e porteiros trabalham sentados tendo de eventualmente praticar alguma atividade, o que proporciona grande tempo livre durante a jornada de trabalho para que possa ser aproveitado lendo um livro, estudando, assistindo alguma programação, conversando com amigos e familiares por meio de mensagens e diversas outras atividades que possam ser praticadas aproveitando este tempo livre.

Embora muitas vezes sejam proibidos de se distrair por seus empregadores, na prática isso não os impede de manter práticas recreativas para que o tempo à disposição não seja tão tedioso.

Estas condições são atrativas para muitos empregados, que em sua maioria prefere o labor nestas condições a ter de trabalhar todos os dias.

O Tribunal Superior do Trabalho, pela edição da Súmula 444, que aceita referido regime, entendendo por indevido o pagamento de horas extras pela décima primeira e décima segunda hora trabalhada, pacificou o entendimento quanto à legalidade desta modalidade de trabalho.

Quanto à possibilidade de indenização existencial desta modalidade laborativa, enquanto o empregador mantiver a jornada do empregado dentro dos limites estabelecidos não há que se falar em sofrimento de dano existencial. Todavia, ao fugir desta regra, a análise sobre a existência de responsabilidade por dano existencial não se diferencia da regra geral, devendo ser analisados todos os elementos do instituto indenizatório e suas características.

Se a jornada 12x36 se tornar 24x24, aparenta possível falar em existência de dano existencial contra o empregado, todavia se esta realidade se manifestar de maneira eventual, fica prejudicada a demonstração de algum dano sofrido, não fugindo dos demais casos, observada sempre a dignidade da pessoa humana e a dignidade do empregado.

9.2 Regimes Excluídos da Duração Normal de Jornada

Em seu capítulo II, sessão II, a Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece as regras quanto a duração da jornada de trabalho, em espacial merecendo destaque os caputs dos artigos 58, 59 e 61

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

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.

Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, 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.

A duração do trabalho não excederá duas horas diárias, permitidas duas hora suplementares, totalizando o máximo de 10 horas diárias como regra, sendo possível labor em maior período apenas em casos de necessidade imperiosa.

Pela alteridade, o empregador é quem assume os riscos da atividade, não sendo qualquer evento imprevisto classificado como “necessidade imperiosa” apta a permitir exceder o limite legal.

Todavia, ao tratar dos gerentes, ocupantes de cargo de confiança e dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário, a própria CLT aduz que estes empregados não estão sujeitos às regras estabelecidas quanto à duração do trabalho.

Não estão sujeitos a estas regras, justamente pela natureza de sua atividade ser incompatível com controle de jornada.

Portanto, uma vez enquadrando o empregado em umas destas classes de empregados, ele não estará sujeito às regras quando a durabilidade do trabalho e eventuais acréscimos, dificultando a demonstração do dano existenciais, por serem aparentemente incompatíveis com a categoria de emprego.

Por outro lado, se embora próximo destas condições, não for possível o enquadramento do empregado em uma destas excludentes, ele estará sujeito às leis de controle de jornada, facilitando a argumentação quanto a existência de danos existenciais.

9.2.1 Atividade externa incompatível com a fixação de horário

Para excluir o empregado da aplicação das regras quanto à duração do trabalho não basta que ele exerça atividade externa fora do estabelecimento de empresa, mas, sim, mostra-se imprescindível a incompatibilidade com a fixação de horário, ou controle deste.

O que levou o legislador a excluir esta modalidade profissional das regras gerais quanto a duração do trabalho foi o fato de ficar impossibilitado o registro de sua jornada, sendo os grandes exemplos os casos de vendedores externos e caminhoneiros.

Com o avanço da tecnologia, principalmente nos setores de comunicação e monitoramento, a impossibilidade de controle de jornada foi sendo relativizada pelas novas possibilidades trazidas pelo advento da internet.

Pela localização via GPS, o empregador tem acesso a toda a trajetória feita pelo empregado, bem como o tempo de duração deste deslocamento, os pontos de parada e desvios.

Portanto, embora exerçam função externa, os caminhoneiros cada vez mais podem ser fiscalizados por seus empregadores, que podem estabelecer e exigir o cumprimento da jornada de trabalho.

Imperioso ressaltar que a lei nº 13.103 de 2015 que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, assegura à classe o controle de jornada, conforme disposição do art. 2º, inciso V, alínea b:

Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais de que trata esta Lei, sem prejuízo de outros previstos em leis específicas: [...] V - se empregados:

[...]

b) ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador.

Portanto, a evolução tecnológica e legislativa dificulta a classificação de empregados motoristas como excluídos do regime de jornada de trabalho.

Quanto aos vendedores externos que possuem um itinerário a ser cumprido, também se mostra possível fiscaliza-los, visto que qualquer *smartphone* possui GPS, sendo possível analisar, assim como no caso do caminhoneiro, distância, deslocamento, tempo, velocidade, desvios, paradas, permitindo a fiscalização completa da mobilidade de seu funcionário.

Tendo em vista a dificuldade crescente de enquadrar os empregados na situação de incompatibilidade com jornada de trabalho, o

primeiro desafio do empregado que almeja o dano existencial consiste em afastar os requisitos que possam o classificar nesta modalidade de emprego que afasta a possibilidade de dano existencial.

Uma vez afastada a condição de “empregado que exerça atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, o empregado estando sujeito as regras de duração de trabalho, ficará desincumbido de comprovar sua jornada de trabalho, sendo este um ônus estabelecido ao empregador pela já citada sumula 338 do TST²¹, em que seu descumprimento acarreta em presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada pelo empregado.

Se impossível esta desclassificação, o empregado dificilmente conseguirá alegar sobrejornada excessiva pela incapacidade probatória.

Nos casos de empregados externos, sem itinerário, incompatível com jornada de trabalho, que trabalhem cumprindo metas exigidas por seus empregadores, a matemática novamente será a responsável pela produção da duração do trabalho e conseqüentemente seus danos.

Basta analisar a meta do empregado, a duração mínima de cada uma e o percentual da meta atingido pelo empregado, para verificar a quantidade aproximada de horas trabalhadas.

O trabalhador a quem se dispensa o controle de jornada é contratado para atingir metas cumprindo sua atividade quando bem entender, segundo seus próprios métodos e no lugar que achar mais conveniente: fechar determinado volume de vendas, visitar determinado número de clientes, cadastrar novos estabelecimentos para convênios, finalizar determinados projetos recebidos, conceber e apresentar novos projetos e idéias, e ainda escrever biografias,

²¹SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

produzir reportagens, escrever relatos de viagens, artigos para revistas etc. O objeto de seu contrato não é carga horária, mas resultados mensuráveis, não importa o modo como os atinja. É preciso apenas tomar o cuidado, porém, para não tomar o “quando bem entender” como critério absoluto: quando, pelo produto entregue (objetivo alcançado) pelo trabalhador, puder se concluir que não é razoável que tenha sido atingido ao longo da(s) jornada(s) normal(is) de trabalho, por óbvio que se estará diante de uma reclamação potencial de jornada extraordinária (BERNARDES, 2012, s.p).

Se para cumprir todas as metas, o tempo mínimo exigido for superior aos limites da dignidade da pessoa humana, será possível a classificação do dano existencial.

9.2.2 Ocupante de cargo de confiança ou gerência.

Ao prever a jornada de trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas faz uma ressalva quanto à sua aplicação para os gerentes em seu art. 62, II e parágrafo único:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.
Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Quando a lei se remete ao cargo de gerente, refere-se ao empregado que detêm poder de gestão dentro da empresa, aplicando penalidades aos demais funcionários, participando das tomadas de decisões, funcionando como um preposto do próprio empregador. O consagrado jurista Valentin Carrion dispõe que gerente é quem detém o “poder de autonomia nas opções importantes a serem tomadas, poder este em que o empregado se substitui ao empregador” (2005, p. 119).

Não basta para configurar o cargo de gerência atribuir respectiva nomenclatura ao cargo ocupado pelo empregado, quando este na verdade não passa de um chefe de departamento que apenas recebe e repassa ordens aos demais empregados sem poder efetivo algum.

Ao ocupar o cargo de gerência, o empregado, desde que recebendo 40% de acréscimo salarial, não se submete ao regime de jornada de trabalho, visto que a cobrança de seu empregador recai sobre sua produção e não sobre suas horas trabalhadas.

Por ser pessoa de confiança do empregador para gerir o estabelecimento, o gerente recebe este adicional de 40% sobre seu salário justamente por precisar atender às necessidades da empresa à qualquer momento, sendo geralmente o primeiro a chegar na empresa e o último a sair, levando em conta toda sua responsabilidade.

Exercendo cargo efetivamente de confiança, com o devido acréscimo de 40%, o empregado gerente fica excluído das disposições sobre a duração da jornada de trabalho, não podendo receber horas extras, por estas já serem previstas e devidamente remuneradas pelo acréscimo de 40% legalmente previsto. Por outro lado, se este acréscimo não for pago, o ocupante de cargo de gerência poderá pleitear por horas extras, ficando submetido às regras de jornada de trabalho, conforme parágrafo único do art. 62 da CLT.

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. SUPERVISORA OPERACIONAL. EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. QUADRO FÁTICO. ART. 62, II, DA CLT. NÃO CONFIGURADO. 1. Para o enquadramento no art. 62, II, da CLT não basta a simples denominação de cargo de confiança, mostrando-se imprescindível o efetivo exercício de poder de gestão ou de representação, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com autonomia para tomada de decisões. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem é enfático ao registrar que o "as provas carreadas aos autos não revelam, em momento algum, que a autora exercesse parcela do poder de comando empregatício". Ressalta que "a reclamada, com a finalidade de comprovar o desempenho de cargo de confiança, limitou-se a dizer que a reclamante possuía" assinatura autorizada no livro próprio ". Acrescentou que "referido documento colacionado à fl. 369 nada comprova ". 3. O quadro fático delineado pela Corte Regional não permite concluir que o cargo ocupado pela reclamante configura o exercício de cargo de gestão nos moldes do art. 62, II, da CLT, de forma a excluí-la do capítulo referente à duração da jornada de trabalho. Incólume o referido preceito. (TST - RR: 1419009820075170010, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 13/05/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

O primeiro desafio para o gerente pleitear indenização por danos existenciais consiste em se desenquadrar da função de gerente, uma vez que

estando sujeito às regras de jornada de trabalho, facilita a demonstração de abusos pelo empregador.

Caso não consiga demonstrar que não possui poderes dentro da empresa, ou que não recebe o acréscimo legal, será reconhecido como ocupante de cargo de confiança excluído da aplicação das disposições sobrejornada de trabalho, o que pode dificultar a argumentação quanto aos danos existenciais. Todavia, ainda assim, como será demonstrado, a indenização por danos existenciais é compatível também para os ocupantes de cargo de confiança.

O adicional de 40% à que se refere o parágrafo único do art. 62 da CLT possui natureza jurídica de verba remuneratória, remunerando o empregado gerente por sua disposição integral ao empregador, mas este não pode ser utilizado como justificativa para que seja permitido o labor em condições análogas à escravidão.

Uma vez que a própria constituição protege os direitos fundamentais dos cidadãos, sua dignidade, e ainda dispõe sobre a duração da jornada de trabalho, por entender que esta pode ser prejudicial a integridade dos empregados, não possuem, os empregadores, carta branca para abusar de seus gerentes.

Ao excluí-los do regime de duração de jornada, a CLT não diz que o gerente deve laborar 24 horas por dia a disposição do empregador, ela apenas o exclui do recebimento de horas extras por ser impossível exercer cargo de gestão cumprindo uma jornada de trabalho limitada preestabelecida.

A dignidade do empregado não foi mitigada, apenas o seu direito ao recebimento de adicional de horas extras laborais.

O dano existencial, por outro lado, possui natureza indenizatória, servindo como compensação pecuniária para um dano sofrido na subjetividade do empregado, danos estes não abrangidos pelo adicional de 40% que não indeniza os danos à vida de relação do ocupante de cargo de confiança, bem como as frustrações em seu plano de vida, tratando-se apenas de uma remuneração pela jornada irregular.

Por óbvio não está sendo defendida a possibilidade de que todo gerente seja passível de indenização existencial por trabalhar além das 8 horas

permitidas, sua indenização se dará de forma excepcional, quando provado que o gerente fique a disposição integral do empregador, inclusive em feriados e finais de semana, de modo que sua vida pessoal seja efetivamente prejudicada.

Assim, quando restar demonstrado que o gerente sofreu dano existencial pelo trabalho excessivo ou sem direito a desligamento, poderá ser indenizado por estes danos, pois o adicional de 40% configura apenas remuneração pelas horas irregulares de trabalho, não justificando o abuso do empregador.

9.3 Regime Especial de Trabalho Policial (RETP)

Imperioso mencionar, antes de discorrer sobre o tema, que o RETP consiste em um regime de trabalho, com a devida verba remuneratória, instituído para alguns cargos da policia do estado de São Paulo.

Por serem, estes, cargos públicos, não estão sujeitos à Consolidação das Leis Trabalhistas e seus princípios protetivos, sendo regidos pelo estatuto específico de cada cargo, acompanhado do estatuto dos funcionários públicos do estado de São Paulo, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

Esta premissa serve como argumento contra a possibilidade de dano existencial no âmbito da administração, todavia, embora não abrangidos pelos princípios protetivos da CLT, os estatutários ainda estão submetidos sob a égide protetiva da Constituição Federal, e as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pelo Brasil²², possuindo como objetivo o trabalho descente para todos os indivíduos, repudiando condições trabalhistas análogas a de escravidão.

Em especial, merece destaque a Convenção nº 94, que dispõe sobre as cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, adotada em 1949 pela OIT e ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, pois as

²² Lista completa das convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>

condições de trabalho a que sujeitam os ocupantes dos cargos mencionados na lei 10.291/68 (RETP) vão contra o disposto em seu art. 3º:

Art. 3 — Quando as disposições apropriadas relativas à saúde, à segurança e ao bem-estar dos trabalhadores ocupados na execução de contratos ainda não forem aplicáveis em virtude da legislação nacional, e de uma convenção coletiva ou de uma sentença arbitral, a autoridade competente deve adotar medidas adequadas para assegurar aos trabalhadores interessados condições de saúde, de segurança e de bem-estar justas e razoáveis.

Portanto, ainda que os servidores estatutários não sejam abrangidos pela proteção trabalhista da CLT, existem outros instrumentos normativos para garantir-lhes a dignidade de um trabalho decente.

A lei 10.291/68, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que institui, na Secretaria da Segurança Pública, o Regime Especial de Trabalho Policial para os ocupantes de cargos, funções, postos e graduações indicados e dá outras providências, é inaugurado com o chocante parágrafo único de seu artigo primeiro, que prevê a prestação de serviços em condições precárias de segurança, cumprindo horário irregular, estando sujeito a plantões noturnos e à chamadas a qualquer hora, bem como proibição de exercer outra função remunerada:

Artigo 1º, Paragrafo único: Parágrafo único - O Regime Especial de Trabalho Policial de que trata este artigo se caracteriza:

I - pela prestação de serviços em condições precárias de segurança, cumprimento de horário irregular, sujeito a plantões noturnos e a chamadas a qualquer hora; e

II - pela proibição do exercício de qualquer atividade particular remunerada, exceto as relativas ao ensino e à difusão cultural.

A leitura do primeiro artigo da lei já causa desconforto, enquanto seu segundo artigo especifica quais classes estão sujeitas a este regime, em especial os Policiais Civis e Militares do Estado de São Paulo.

Artigo 2º - Ficam enquadrados no Regime Especial de Trabalho Policial ora instituído, obedecidas as condições impostas por esta lei, os ocupantes dos serviços e cargos, funções, postos e graduações:

I - No órgão Policial Civil: Auxiliar de Autópsia, Auxiliar de Carcereiro, Auxiliar de Necrotério, Carcereiro, Censor, Censor-Auxiliar, Chefe de Policiamento, Datiloscopista, Escrivão de Polícia. Fiscal de Diversões Públicas, Fotógrafo, Inspetor de Polícia, Operador de Teletipo, Perito

Criminal, Pesquisador Datiloscópico, Radiocontrolador de Policiamento, Radiotécnico Radiotelefonista, Radiotelegrafista, Radiotelegrafista Técnico, Subchefe de Policiamento, Técnico Fotografico, Técnico de Policiamento e Técnico de Radiofonia;

II - Na Fôrça Pública:

Comandante Geral, Coronel, Tenete-Coronel, Major, Capitão, 1º e 2º Tenentes, Aspirante a Oficial, Aluno da Escola de Formação de Oficiais Polícia, Subtenente, 3º, 2º e 1º Sargentos, Cabo e Policial;

III - Na Guarda Civil:

1. Comandante, Subcomandante, Inspetor Chefe Superintendente, Inspetor Chefe de Agrupamento, Inspetor Chefe de Divisão, Inspetor, Subinspetor Guarda Civil;

2. Comandante da Polícia Feminina, Subcomandante, Assistente de Grupo e Policial Feminina;

3. Carpinteiro Naval, Guarda Marítimo e Aéreo Marinheiro, Marinheiro de Lancha, Mecânico Naval, Motorista de Lancha, Oficial de Visitas de Alto Mar, Patrão de Lancha e Patrão Mor de Lancha.

Em seguida, para deleite dos estatutários, o artigo terceiro prevê a gratificação remuneratória pelo trabalho prestado nestas condições, sendo este acréscimo de 100% para Policiais Militares e Civis:

Artigo 3º - Aos servidores referidos no artigo 2º desta lei, ficam atribuídas, pelo enquadramento no Regime Especial de Trabalho Policial, gratificações na seguinte conformidade:

I - 33% (trinta e três por cento) sôbre os respectivos padrões numéricos de vencimentos aos titulares de postos e cargos discriminados nos itens I a III do artigo 9º da Lei n. 10.168, de 10 de julho de 1968;

II - 100% (cem por cento) sôbre as respectivas referências de vencimentos aos titulares dos demais cargos, funções e graduações.

§ 1º - A gratificação de que trata o item I dêste artigo se aplica aos vencimentos para todos os efeitos legais, considerando-se, no seu cálculo, adicionais por tempo de serviço.

§ 2º - A gratificação a que alude o item II dêste artigo será considerada desde logo, para fins de adicionais por tempo de serviço, incorporando-se aos vencimentos, para todos os efeitos legais, após 1 (um) ano de efetivo exercício Regime Especial de Trabalho Policial.

§ 3º - No caso de falecimento antes de decorrido prazo de de que trata o parágrafo anterior, a gratifica.

Os artigos quinto e sexto dispõem sobre a incompatibilidade do RETP com outros acréscimos remuneratórios.

Artigo 5º - Em decorrência do Regime Especial de Trabalho previsto nesta lei, fica extinta a gratificação de guarnição especial e revogados sequentemente, os artigos 67 e 68 das Leis n. 6.055, de 28 de fevereiro 1961, as Leis n. 7.545, de 28 de novembro de 1962, 7.816, de 4 de fevereiro de 1963 e § 1º do Artigo 1.º da Lei n. 8.551-D, de 29 de dezembro de 1964, quanto a essa gratificação, bem como todas as disposições, gerais ou especiais, lhes sejam pertinentes.

§ 1º - A gratificação de guarnição especial, a que se refere este artigo, fica absorvida pelas gratificações atribuídas nesta lei pelo enquadramento Regime Especial de Trabalho Policial, ora instituído.

§ 2º - A gratificação que venha a ser concedida aos servidores de trata esta lei, pela via administrativa ou judicial, será deduzida das gratificações previstas no artigo 3º ou por elas absorvida, vedado, em qualquer hipótese, o percebimento cumulativo.

§ 3º - Os aposentados ou os reformados nos cargos, funções, postos ou graduações, enumerados no artigo 2º, e que façam jus à vantagem pecuniária ora extinta, continuarão a perceber, como vantagem pessoal, variável, importância correspondente à 33% (trinta e três por cento) sobre os respectivos padrões numéricos ou referências, incluindo-se no cálculo os adicionais por tempo de serviço.

Artigo 6º - Em nenhuma hipótese poderão os servidores enquadrados no Regime Especial de Trabalho Policial perceber a gratificação que lhes corresponder cumulativamente com outras, decorrentes de regimes especiais de trabalho, de qualquer natureza, inclusive com a gratificação de guarnição especial.

O RETP é uma forma de remunerar o servidor pelo trabalho prestado em situações precárias, possuindo natureza de verba remuneratória, conforme entendimento pacificado no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Mandado de Segurança Servidor Público Estadual RETP Natureza remuneratória e não indenizatória Correta a incidência de imposto de renda sobre tal parcela dos vencimentos Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00414740620118260053 SP 0041474-06.2011.8.26.0053, Relator: Luciana Bresciani, Data de Julgamento: 28/01/2014, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/02/2014)

RECURSO DE APELAÇÃO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL POLICIAL CIVIL PRETENSÃO À ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE A GRATIFICAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO POLICIAL (RETP) IMPOSSIBILIDADE VERBA DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. 1. Inexistência de direito líquido e certo, na consideração de que a benefício pecuniário objeto da demanda tem cunho remuneratório, e não, indenizatório, porquanto as Leis Complementares nos 338/83 e 546/88, foram revogadas pelas Leis Complementares nos 644/89 e 731/93. 2. A Lei Complementar Estadual nº 731/93 denominou de gratificação a parcela do RETP, sendo, pois, suscetível de incidência do imposto de renda na fonte, não havendo hipótese de isenção legal. 3. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. 4. Sentença denegatória da segurança, ratificada. 5. Recurso de apelação desprovido. (TJ-SP - APL: 00429236220128260053 SP 0042923-62.2012.8.26.0053, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 24/03/2014, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/03/2014)

Como verba remuneratória, pelas condições de trabalho, o entendimento dos tribunais é no sentido de que não é devido o pagamento de adicional referente às horas extra laborais, pois estas horas estão inclusas no regimes especial de trabalho policial.

Embora muitos servidores tenham tentado pleitear o pagamento de horas extras alegando supressão de intervalo do horário para descanso e alimentação, sempre esbarravam nas limitações impostas pela lei 10.291/68, acarretando não provimentos em massa no Tribunal de Justiça de São Paulo.

APELAÇÃO Agente de Segurança Penitenciária Enquadramento no Regime Especial de Trabalho Policial (RETP) Inteligência do inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar n.º 976, de 06 de outubro de 2005, que alterou o artigo 3º da Lei Complementar n.º 898, de 13 de julho de 2001 Supressão de intervalo do horário para descanso e alimentação Horas extras não são compatíveis com o RETP Admissão do pagamento de horas extras configuraria bis in idem Aplicação da CLT por analogia - Inadmissibilidade - Regime jurídico próprio - Manutenção da sentença Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 00398771120128260071 SP 0039877-11.2012.8.26.0071, Relator: Silvia Meirelles, Data de Julgamento: 04/08/2014, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/08/2014)

O entendimento é de que o RETP já remunera o servidor submetido à jornada irregular de trabalho. Portanto, pagamento de horas extras acarretaria *bis in idem*.

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. HORAS EXTRAS. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mérito. Pretensão ao recebimento de horas extraordinárias em razão do descumprimento do horário de refeição e descanso previsto no Decreto no 52.054/07. Inadmissibilidade. A gratificação paga a título de Regime Especial de Trabalho Policial – RETP já remunera o policial militar pelo trabalho extraordinário, submetidos à jornada irregular de trabalho. Precedentes. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redução. Impossibilidade. Fixação conforme os ditames previstos no art. 20, § 3º e 4º do CPC. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00082709720128260129 SP 0008270-97.2012.8.26.0129, Relator: José Luiz Germano, Data de Julgamento: 24/03/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/05/2015)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECEBER

HORAS EXTRAS RELATIVAS AO HORÁRIO PARA ALIMENTAÇÃO E DESCANSO NÃO USUFRUÍDO. [...] Mérito Pretensão do servidor não acolhida, pois ele já auferiu vantagem pecuniária própria. Benefício do RETP a impedir o recebimento de horas extras. Inteligência do art. 5º do Decreto nº 52.054/07, e art. 2º, da Resolução SAP nº 91/12. Aos agentes de Segurança Penitenciária não são devidas horas extras, visto que o exercício do cargo é regido pela Lei Complementar nº 959/2004, cujo artigo 3º dispõe sobre a Gratificação pelo Regime Especial de Trabalho Policial, vantagem com a qual o legislador busca precisamente compensar horário de trabalho diferenciado. Sentença de improcedência mantida. Preliminares rejeitadas e recurso não provido. (TJ-SP - APL: 00026595920138260411 SP 0002659-59.2013.8.26.0411, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 19/11/2014, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2014)

Por outro lado, quando ao falar em dano existencial, não ocorre o pleito de remuneração, mas sim de indenização.

Uma vez sendo certo que a natureza jurídica do adicional proveniente do RETP é de verba remuneratória, fica afastada a possibilidade de pleitear demais verbas remuneratórias por estarem por ela absorvida.

Todavia, o dano existencial não consiste em uma remuneração ao funcionário para compensá-lo pela irregularidade da jornada atendendo chamadas a qualquer momento. A indenização por dano existencial possui caráter eminentemente indenizatório, tendo origem no direito italiano, levando por base seu próprio sistema indenizatório, inclusive, no Brasil, é aplicado com base nas disposições que regulamentam a responsabilidade civil previstas no próprio código civil.

A amplitude do dano existencial supera as situações de jornada excessiva, objeto deste trabalho, podendo se manifestar nas mais diversas áreas do direito, afastando-se completamente da natureza jurídica remuneratória. Todavia, infelizmente o que ocorre na prática é que as ações pleiteando indenização por dano existencial são julgadas improcedentes pelos magistrados por entenderem que o RETP já remunera os danos à vida de relação e frustração do plano de vida dos servidores.

Embora o cenário seja contra o deferimento do dano existencial, no processo nº 0010798-17.2014.8.26.0297, que tramitou na vara do juizado especial cível e criminal da comarca de Jales-SP, o Juiz Fernando Antonio de Lima deu procedência na ação de reparação de danos existenciais,

condenando o estado de São Paulo a pagar R\$ 14.480,00 ao servidor que ocupa o cargo “auxiliar de necropsia”.

Mesmo que sua sentença tenha sido reformada pelo tribunal, seus argumentos foram muito bem colocados e merecem espaço nesta argumentação.

O servidor era submetido a jornadas excessivas, sem intervalo ou descanso, nem mesmo nos feriados, finais de semana ou ainda descanso intrajornada.

Esta condição perdurou no tempo sem observância do intervalo mínimo de 11 horas entre jornadas, chegando a ficar 24 horas por dia à disposição da Polícia Civil.

Para se ter uma ideia, do dia 1º ao dia 30 de maio de 2010, o requerente permaneceu, ininterruptamente, na escala de plantão, das 7h às 7h!!!! 24 horas de trabalho, 24 horas à disposição da Polícia Civil! Uma nova forma de escravidão, travestida de REGIME ESPECIAL DE TRABALHO POLICIAL!!!

[...]

No Estado de São Paulo, há uma falta de 7000 policiais civis, o que obriga a que os Policiais na ativa submetam-se a um regime de semiescravidão. (2015 p. 06-07).

Sua excelência reconhece que o servidor submetia-se ao regime estatutário, e não ao regime celetista da iniciativa privada, e também não negou o disposto no art. 5º do Decreto Estadual nº 52.054/2007 que prevê que a Administração Pública possa estabelecer escalas de plantão ao seu critério:

Artigo 5º - A jornada de trabalho nos locais onde os serviços são prestados vinte e quatro horas diárias, todos os dias da semana, poderá ser cumprida sob regime de plantão, a critério da Administração, com a prestação diária de doze horas contínuas de trabalho, respeitado o intervalo mínimo de uma hora para descanso e alimentação, e trinta e seis horas contínuas de descanso.

Parágrafo único - Aplica-se o disposto no "caput" deste artigo aos servidores pertencentes às atividades-fim das áreas de saúde, segurança pública e administração penitenciária.

Não foi negado também o fato de que o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo admite que o chefe da repartição, atendendo as necessidades do serviço, prorogue a jornada de trabalho dos servidores públicos, conforme determina o “caput” do art. 118 com a seguinte redação: “O

período de trabalho, nos casos de comprovada necessidade, poderá ser antecipado ou prorrogado pelo chefe da repartição ou serviço”, bem como o art. 370 do Decreto Estadual nº 42.850/1963 que permite prestação de serviços extraordinários:

Artigo 370 - O servidor público que, mediante convocação, na forma regulada na presente Seção, prestar serviços extraordinários, nos termos do art. 354 da C.L.F., fará jus à gratificação prevista no art. 329, item III, da mesma Consolidação, calculada na base do vencimento ou salário.

Apesar de todas estas disposições, o magistrado entendeu que a proteção constitucional do trabalhador e dos direitos fundamentais, abrangem todas as modalidades de vínculo trabalhista, não apenas aos regidos pela CLT, pois este exagero acarreta o repudiado trabalho escravo.

Todas essas normas – legais e infralegais – do Estado de São Paulo, contudo não se afiguram carta branca, para que a Administração Pública faça, dos Policiais, objeto de uma modalidade, moderna, de escravidão.

Todos os entes públicos, todas as normas estaduais subjugam-se aos comandos da Constituição Federal, que revela, sempre, a proteção do ser humano.

Assim é a dignidade da pessoa humana, principio fundamental da república (CF, art. 1º inciso III). Assim é a construção de uma sociedade livre, justa solidária, objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, inciso I)

[...]

Não obstante o regime especial a que são submetidos os policiais, o certo é que existe um padrão mínimo de condições sociais, sem o quê nossos valorosos policiais sejam transformados em coisas, em máquinas, transformados em objetos mergulhados em ambientes precários de trabalho.

[...]

O fato da parte-autora ser Policial Civil – e não trabalhador no âmbito privado – não destituiu dos direitos sociais ao trabalho, figura indispensável à concretização do principio constitucional da dignidade humana. Senão, haveríamos de tutelar, constitucionalmente, os que trabalham na iniciativa privada, e deixar de conferir o indispensável tributo da dignidade dos trabalhadores do setor público (2015 p. 07-08).

Reconhecendo a importância em proteger a dignidade dos servidores sob o regime estatutário, fez questão de determinar a compatibilidade do deferimento da reparação por dano existencial com o regime especial de trabalho policial, conforme já argumentado:

Repita-se: não vale o argumento, do Estado de São Paulo, de que os Policiais Civis submetem-se a um Regime Especial de Trabalho Especial.

[...]

Ao contrário do que sustentado pela requerida, o pedido da parte-autora não resulta criação de vantagem pecuniária sem previsão legal, ou seja, não Há afronta ao princípio da separação de poderes (CF, art 2º).

Isso porque não se trata de remuneração de servidor público – essa, sim, exige lei (CF, art 37, inciso X) – mas, sim, reparação por dano existencial, em decorrência de abuso de direito do Estado de São Paulo. Base legal: art 187 do Código Civil (teoria do abuso de direito) (2015 p. 10-13).

A luta dos servidores em conjunto com seus respectivos sindicatos contra os abusos decorrentes do RETP continua, tratando-se novamente de uma situação em que somente o tempo determinará o resultado.

Permanecendo o entendimento atual, tratar-se-á de pleito irresponsável fadado a improcedência, por outro lado, caso o entendimento dos magistrados mude em favor dos servidores, terá como resultado deste debate a mais pura justiça.

10 CONCLUSÃO

Analisando a origem do dano existencial no direito italiano, concluímos que referido instituto se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro por principalmente dois motivos.

Primeiramente pelo fato de o nosso ordenamento ter promulgado a constituição cidadã que busca a proteção da dignidade e direitos fundamentais dos indivíduos. Em segundo lugar, pelo fato de nosso sistema de responsabilidade civil ser atípico, regulamentado por cláusulas gerais, sem apresentar um rol taxativo de condutas passíveis de indenização.

Superada a questão da compatibilidade, o questionamento surge quanto à necessidade do instituto, uma vez que justamente por nosso sistema indenizatório adotar o mecanismo da atipicidade, todos os danos extrapatrimoniais já estariam protegidos, tornando desnecessária a criação de uma nova modalidade danosa.

Quanto à necessidade, concluímos que a utilidade do instituto não se mostra na criação de uma nova indenização, mas, ao contrário, subdividir o abrangente “dano imaterial”, de forma a sistematizar o estudo do instituto, facilitando a aprendizagem nas academias de direito e, conseqüentemente, sistematizando o estudo dos danos extrapatrimoniais em diversas subcategorias, ao invés de atribuir a todo dano imaterial a “etiqueta” de dano moral.

Por ser um instituto novo, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que visa mitigar a banalização dos danos morais, terá certa dificuldade para se concretizar de forma estável no âmbito civil, uma vez que com a alteração das regras relativas à sucumbência recíproca ao pleitear eventual reparação de danos o autor será mais cauteloso, inibindo a criatividade dos juristas em pedidos irresponsáveis.

Todavia, no âmbito do trabalho, basta que o empregado tenha deferido um de seus pedidos deferido para que seja considerado parte vencedora e fique isento do pagamento de verbas sucumbenciais, desta forma, interferirão minimamente estas novas regras no caso concreto objeto deste trabalho.

O conceito de dano existencial é amplo, abrangendo toda frustração de plano de vida ou prejuízo à vida de relações, independentemente da origem destes danos. Todavia, como no cenário brasileiro o dano existencial foi aceito pela justiça do trabalho nos casos de sobrejornada, ao analisar as decisões proferidas pelos tribunais do trabalho, percebeu-se que o conceito de dano existencial acabou se confundindo com o dano decorrente especificamente desta causa fática.

Assim, o dano existencial foi disseminado no âmbito trabalhista como o dano decorrente da conduta do empregador de exigir de seu empregado trabalho em jornada com duração excessiva ao permitido legalmente e de forma habitual, de modo que este tenha frustrados seus planos de vidas e prejudicada sua vida de relações.

Por este motivo, esta foi a causa fática escolhida como objeto deste trabalho, permitindo rico contexto jurisprudencial para pesquisa e interpretação.

Ao elucidar os princípios trabalhistas aplicáveis ao caso concreto, concluímos que o princípio da irrenunciabilidade de direitos e o princípio da primazia da realidade, além do princípio da proteção do empregado, são os que se mostram mais relevantes a fundamentar uma indenização por dano existencial decorrente de sobrejornada excessiva.

Quanto aos seus elementos, não se distingue dos demais institutos. Todavia, pela especificidade do caso, a única excludente de responsabilidade que pôde ser vislumbrada foi a excludente de nexo de causalidade culpa exclusiva da vítima, nos casos em que ficar provado que o empregado trabalhou excessivamente por sua própria vontade, sem a culpa do empregador.

O elemento dano merece um estudo mais aprofundado por ser o grande diferencial do instituto. O dano existencial se resume na alteração da rotina da vítima, configurando-se de duas maneiras, sendo a primeira a frustração do plano de vida, quando, no caso estudado, o empregado não pode realizar seus planos pessoais por não lhe restar tempo, ficando impossibilitado de, a título de exemplo, aprender a tocar um instrumento, frequentar um curso, fazer parte de um grupo religioso, praticar esportes.

Por outro lado, a segunda maneira de manifestação do dano existencial ocorre no prejuízo a vida de relação, quando, no caso objeto deste trabalho, também pela falta de tempo, a vítima fica impossibilitada de se relacionar com outras pessoas, seus familiares, amigos ou eventualmente conhecer novas pessoas.

Antes de diferenciar o dano existencial dos populares danos morais em nossa sociedade, foi valorizada a importância de sistematizar o instituto do dano extrapatrimonial, formando uma base sólida para sua aplicação.

Para diferenciá-los, mostra-se didática a utilização de uma metáfora verbal equiparando o dano moral a um “sentir”, enquanto o dano existencial seria um “ter de fazer” ou “deixar de fazer”.

O dano moral é um sentimento de tristeza sofrido pela vítima, enquanto o dano existencial, neste caso, é o sofrimento pela impossibilidade de produzir ou relacionar-se e, assim como no caso dos danos morais, sua mensuração será feita pelo magistrado levando em conta a gravidade do dano.

Partindo para um viés mais prático, podem ser extraídas deste trabalho algumas conclusões interessantes quanto à questão probatória.

Embora siga a regra geral, “quem alega prova o que alegou”, foi concluído que no caso de dano existencial motivado pela sobrejornada, levando em conta os princípios protetivos do empregado, o empregador possui responsabilidade subjetiva com presunção relativa de culpa, o que na prática significa dizer que ocorre a inversão do ônus da prova, de forma analógica ao estatuto consumerista.

Nesse sentido, uma vez comprovada a jornada excessiva, cabe ao empregador provar a culpa exclusiva do empregado para se livrar da responsabilidade.

Quanto ao ônus de provar o dano, embora o entendimento pacificado do TST seja de que o dano deve ser provado, não se admitindo dano moral *in re ipsa*²³ como ocorre com o dano moral, existem casos extremos em que ocorre a condenação ainda que os danos não sejam provados, dada a excepcionalidade do caso concreto.

²³ Dano presumido.

O cenário narrado no paragrafo anterior não se contradiz, pois não ocorre uma presunção do dano existencial, mas sim uma comprovação por derivação.

Veja, ao subtrair de 24 horas o período trabalhado e o período mínimo necessário para descanso, caso o resultado seja ínfimo, ao comprovar a jornada excessiva o dano fica inegavelmente comprovado.

Trata-se de pura questão lógica, se o resultado da subtração for baixo, este curto tempo será o período que o empregado pode dedicar aos seus planos pessoais e relacionamentos. A simples matemática mostra a impossibilidade de qualquer realização neste período, portanto fica comprovado o dano, pelo simples fato de se comprovar a jornada absurda.

Por fim, ao apurar empregados que trabalham em condições específicas de duração de jornada de trabalho, como, por exemplo, jornada 12x36, ocupante de cargo de confiança ou trabalhador externo, o primeiro desafio do empregado é tentar afastar estas condições para que possa ser enquadrado nas regras quanto à duração da jornada de trabalho.

Não sendo possível a desqualificação, ainda assim o dano existencial é compatível com estas modalidades de jornada. Todavia, o abuso ou violação de direitos fundamentais atentatórios à dignidade da pessoa humana deverão ser comprovados.

Finalizando o presente trabalho foi analisada a possibilidade de configuração do dano existencial aos que laboram sob condições de regime especial de trabalho policial (RETP).

Embora a magistratura tenha demonstrado oposição à compatibilidade com o instituto do dano existencial, visto que os servidores já recebem o adicional "RETP" justamente por trabalharem nestas condições, o presente trabalho, ousou discordar pelo fato da mencionada gratificação possuir natureza jurídica de verba remuneratória, enquanto o dano existencial consiste em verba indenizatória, sendo fundamentada no próprio código civil nos artigos que regulamentam a responsabilidade civil.

A luta destes servidores que muitas vezes ficam a disposição do estado 24 horas por dia continua e somente o tempo nos mostrará este resultado.

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Greicy Fraga. **Dano existencial ou dano ao projeto de vida?**

Disponível em:

<http://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/662/752.pdf>.

Acesso em: 08/08/16.

BELLOTI, Aline Carla Lopes. **Indenização por dano existencial.** Disponível

em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207483,51045-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207483,51045-Indenizacao+por+dano+existencial)

Indenizacao+por+dano+existencial>. Acesso em: 15/07/16.

BERNARDES, Jove. **A atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.** Disponível em

<[http://www.bernardesefaria.com.br/pensata/a-atividade-externa-incompativel-](http://www.bernardesefaria.com.br/pensata/a-atividade-externa-incompativel-com-a-fixacao-de-horario-de-trabalho/)

com-a-fixacao-de-horario-de-trabalho/> acesso em: 21/08/16.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em:

15/03/16.

_____. **Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 15/03/16.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em:

25/07/16.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 15/03/16.

_____. **Decreto Estadual nº 42.850/1963.** Disponível em:

<[http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1963/decreto-42850-](http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1963/decreto-42850-30.12.1963.html)

30.12.1963.html>. Acesso em: 03/08/16.

_____. **Decreto Estadual nº 52.054/2007.** Disponível em:

<http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemFaqWeb/arquivos/notas/DEC52054_07.HTM>

. Acesso em: 03/07/16.

_____. **Lei nº. 4.117/62.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Lei nº. 5.250/67**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Lei nº. 10.219/68**. Disponível em:
<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10291-26.11.1968.html>>. Acesso em: 25/08/16.

_____. **Lei nº. 10.261/68**. Disponível em:
<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/compilacao-lei-10261-28.10.1968.html>>. Acesso em: 20/05/16.

_____. **Lei Complementar nº. 1.249/2014**. Disponível em:
<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2014/lei.complementar-1249-03.07.2014.html>>. Acesso em: 26/05/16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 00026595920138260411 SP 0002659-59.2013.8.26.0411**, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 19/11/2014, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153539670/apelacao-apl-26595920138260411-sp-0002659-5920138260411>>. Acesso em: 07/06/16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 00082709720128260129 SP 0008270-97.2012.8.26.0129**, Relator: José Luiz Germano, Data de Julgamento: 24/03/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/05/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188318754/apelacao-apl-82709720128260129-sp-0008270-9720128260129>>. Acesso em: 14/06/16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 00414740620118260053 SP 0041474-06.2011.8.26.0053**, Relator: Luciana Bresciani, Data de Julgamento: 28/01/2014, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/02/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122158919/apelacao-apl-414740620118260053-sp-0041474-0620118260053>>. Acesso em: 07/08/16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 00429236220128260053 SP 0042923-62.2012.8.26.0053**, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 24/03/2014, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/03/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121322365/apelacao-apl-429236220128260053-sp-0042923-6220128260053>>. Acesso em: 07/06/16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 00398771120128260071 SP 0039877-11.2012.8.26.0071**, Relator: Sílvia Meirelles, Data de Julgamento: 04/08/2014, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/08/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/131112810/apelacao-apl-398771120128260071-sp-0039877-1120128260071>>. Acesso em: 08/06/16.

_____. Tribunal Regional da 1ª Região. **RO: 00115008620145010077 RJ**, Relator: Enoque Ribeiro Dos Santos, Data de Julgamento: 24/08/2015, Quinta Turma, Data de Publicação: 31/08/2015. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226713066/recurso-ordinario-ro-115008620145010077-rj>> Acesso em: 01/07/16.

_____. Tribunal Regional da 1ª Região. **RO: 11942220115010026 RJ**, Relator: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 18/04/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2012-05-04. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24558219/recurso-ordinario-ro-11942220115010026-rj-trt-1>>. Acesso em: 02/09/16

_____. Tribunal Regional da 2ª Região. **RO: 00001627120145020018 SP 00001627120145020018 A28**, Relator: Ricardo Artur Costa E Trigueiros, Data de Julgamento: 16/06/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 26/06/2015. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311929563/recurso-ordinario-ro-1627120145020018-sp-00001627120145020018-a28>>. Acesso em: 03/06/16.

_____. Tribunal Regional da 2ª Região. **RO: 00007352720145020013 SP 00007352720145020013 A28**, Relator: Lilian Gonçalves, Data de Julgamento: 29/07/2015, 18ª TURMA, Data de Publicação: 03/08/2015. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312022791/recurso-ordinario-ro-7352720145020013-sp-00007352720145020013-a28>>. Acesso em: 20/06/16.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **RO: 01527201308603004 0001527-60.2013.5.03.0086**, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 06/08/2014 05/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 64. Boletim: Sim. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/131589164/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1527201308603004-0001527-6020135030086>>. Acesso em: 05/08/16.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **RO: 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014**, Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr., Primeira Turma, Data de Publicação: 14/08/2015. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219921234/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2169201301403003-0002169-5520135030014>>. Acesso em: 28/07/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00002531120135040029 RS 0000253-11.2013.5.04.0029**, Relator: Alexandre Corrêa Da Cruz, Data de Julgamento: 15/05/2014, 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129130808/recurso-ordinario-ro-2531120135040029-rs-0000253-1120135040029>>. Acesso em: 05/06/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00003172820145040662 RS 0000317-28.2014.5.04.0662**, Relator: Iris Lima De Moraes, Data de Julgamento: 28/10/2015, 1a. Turma. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129130808/recurso-ordinario-ro-00003172820145040662-rs>>.

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250560643/recurso-ordinario-ro-3172820145040662-rs-0000317-2820145040662>. Acesso em: 01/09/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00003428820125040281 RS 0000342-88.2012.5.04.0281**, Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso, Data de Julgamento: 30/10/2013, 1ª Vara do Trabalho de Esteio. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128650123/recurso-ordinario-ro-3428820125040281-rs-0000342-8820125040281>>. Acesso em: 27/06/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00004140520115040251 RS 0000414-05.2011.5.04.0251**, Relator: Ana Luiza Heineck Kruse, Data de Julgamento: 21/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128630934/recurso-ordinario-ro-4140520115040251-rs-0000414-0520115040251>>. Acesso em: 06/07/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00009107120125040001 RS 0000910-71.2012.5.04.0001**, Relator: Maria Madalena Telesca, Data de Julgamento: 14/08/2013, 1ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128632255/recurso-ordinario-ro-9107120125040001-rs-0000910-7120125040001>> Acesso em: 02/06/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00011817420125040003 RS 0001181-74.2012.5.04.0003**, Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso, Data de Julgamento: 05/06/2014, 3ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129107981/recurso-ordinario-ro-11817420125040003-rs-0001181-7420125040003>> Acesso em: 02/08/16.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **RO: 00015332320125040006 RS 0001533-23.2012.5.04.0006**, Relator: André Reverbel Fernandes, Data de Julgamento: 10/07/2014, 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129133962/recurso-ordinario-ro-15332320125040006-rs-0001533-2320125040006>> Acesso em: 04/05-16.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. 3ª Turma. **RO: 00017652420145120012 SC 0001765-24.2014.5.12.0012**. Desembargador relator: Jose Ernesto Manzi. Data de Publicação: 24/02/2016. Disponível em: <<http://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/308536187/recurso-ordinario-trabalhista-ro-17652420145120012-sc-0001765-2420145120012>>. Acesso em: 18/06/16.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **RO: 00102632520155180007 GO 0010263-25.2015.5.18.0007**, Relator: Iara Teixeira Rios, Data de Julgamento: 06/07/2015, 4ª TURMA. Disponível em: <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/207793542/recurso-ordinario-trabalhista-ro-102632520155180007-go-0010263-2520155180007>>. Acesso em: 11/07/16

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **ARR: 115136720135180103**, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/05/2015, 4ª Turma, Data de

Publicação: DEJT 29/05/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193174796/arr-115136720135180103>>. Acesso em: 29/05/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **ARR: 565520145230041**, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255995987/arr-565520145230041>>. Acesso em: 01/09/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 10347420145150002**, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255981707/recurso-de-revista-rr-10347420145150002>>. Acesso em: 27/08/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 1291520135040001**, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 02/12/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263977620/recurso-de-revista-rr-1291520135040001>>. Acesso em: 14/08/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 13924220145120028**, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 16/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322091595/recurso-de-revista-rr-13924220145120028>> Acesso em: 22/06/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 1419009820075170010**, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 13/05/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190563693/recurso-de-revista-rr-1419009820075170010>>. Acesso em: 01/08/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 15332320125040006**, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239064684/recurso-de-revista-rr-15332320125040006>>. Acesso em: 18/08/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 1548020135040016**, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178796529/recurso-de-revista-rr-1548020135040016>>. Acesso em: 03/08/16.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 18317220145170009**, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/03/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016. Disponível em:

<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322786627/recurso-de-revista-rr-18317220145170009>>. Acesso em 07/06/16.

_____. Vara Do Juizado Especial Cível E Criminal Da Comarca De Jales-SP. Juiz Titular: Fernando Antonio de Lima. **Sentença do processo 0010798-17.2014.8.26.0297**. Disponível em: <<https://flitparalisante.files.wordpress.com/2015/06/decisc3a3o-judicial-policial-civil-plantao-a-distancia-jornada-ininterrupta-dano-existencial.pdf>>. Acesso em: 03/07/16.

BRITO, Valéria Araújo de Sousa. **O direito do empregado ao ambiente de trabalho seguro e saudável**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/31440/o-direito-do-empregado-ao-ambiente-de-trabalho-seguro-e-saudavel>>. Acesso em: 03/08/16.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELLORE, Luiz. **Novo CPC e o pedido de indenização: fim da “indústria do dano moral”?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 27/04/16.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Pamplona Filho; JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. **A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477/2491>>. Acesso em: 15/07/16.

FROTA, Hindemberg Alves da: **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20349/nocoes-fundamentais-sobre-o-dano-existencial>>. Acesso em: 19/07/16.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf >. Acesso em: 15/03/16.

_____. **Codice Penale**. Disponível em:
<<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>. Acesso em:
15/03/16.

_____. **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Disponível em:
<<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso
em: 15/03/16.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**.
10ª ed. São Paulo: Ltr, 2012.

MACHADO, Carlos Eduardo Matins; SCHÄFER, Gilberto. **A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 179-197. Disponível em:
<<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.
Acesso em: 04/08/16.

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 2.
ed. São Paulo: LTr, 2008.

NAZATO, Alex Galvão. **Critérios de Fixação do Valor da Reparação por Dano Moral - Estudo Sobre os Requisitos Adotados Pela Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:
<<http://www.webartigos.com/artigos/criterios-de-fixacao-do-valor-da-reparacao-por-dano-moral-estudo-sobre-os-requisitos-adotados-pela-doutrina-e-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/85802>>. Acesso em: 18/04/16.

NETO, Amaro Alves de Almeida. **Dano existencial, a tutela da dignidade da pessoa humana**. Disponível em
<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjphdmltbLOAhWDGZAKHR3uBowQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mpsp.mp.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Fcao_consumidor%2Fdoutrinas%2FDANO%2520EXISTENCIAL.doc&usg=AFQjCNGfUeoD0JEFEl_PJ6tBJ_knt3V1g&sig2=-IxGJJfRZPnuGFKAo5DXjA>. Acesso
em: 08/08/16.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. **Comentários ao CPC de 2015**. Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro**. Disponível em
<<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>. Acesso em: 03/08/16.

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

ONU. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>> Acesso em: 27/08/16

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3º ed. São Paulo: LTr, 2000, Disponível em: <<https://fiquesursis.files.wordpress.com/2012/04/livro-princc3adpios-do-direito-do-trabalho-amc3a9rico-plc3a1.pdf>>. Acesso em: 25/07/16.

SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi**, Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>>. Acesso em: 18/04/16.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCOMPARIM, Marcelo. **A Banalização do Dano Moral na Justiça do Trabalho e a Necessidade de Aplicação “ex officio” da Litigância de Má-Fé**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI89172,51045-A+banalizacao+do+dano+moral+na+justica+do+trabalho+e+a+necessidade+de>>. Acesso em: 11/07/16.

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

SOUZA, Rafael Silveira de. **Dano Existencial na Relação Laboral**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13985>. Acesso em: 18/04/16.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4**. 3ºed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

WESENDONCK, Tula. **O Dano Existencial Nas Jurisprudências Italiana e Brasileira - Um Estudo de Direito Comparado**. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5ff3/6073/6a90>>. Acesso em: 18/04/16.