

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Manoel Nazaré da Silva Junior

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Manoel Nazaré da Silva Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Cristiano Lourenço Rodrigues.

Presidente Prudente

2018

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Cristiano Lourenço Rodrigues

Renato Tinti Herbella

Kleber Luciano Ancieto

Presidente Prudente, 29 de Novembro de 2018

“Se pensar é o destino do ser humano, continuar sonhando é o seu grande desafio. E isto, é lógico, implica em trajetórias com riscos, em vitórias, com muitas lutas, e não poucos obstáculos pelo caminho. Apesar de tudo, seja ousado. Liberte sua criatividade. E nunca desista de seus sonhos, pois eles transformarão sua vida em uma grande aventura”.

(Augusto Cury)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus por fortalecer cada dia mais a minha perseverança, aos meus pais Manoel Nazaré da Silva e Maria Rosivane de Almeida Nazaré da Silva por toda a educação e oportunidade para que eu chegasse até aqui. Sem os esforços deles nunca teria chegado aonde cheguei. Ambos são meus exemplos de vida. Ao meu irmão Vinicius Almeida da Silva por todo apoio incondicional concedido durante os meus estudos.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Cristiano Lourenço Rodrigues, pela paciência e delegação de sabedoria de insofismável maestria.

Por fim agradeço aos amigos que fiz ao longo da graduação, bem como àqueles que me apoiavam antes mesmo de iniciar os estudos em nível superior, vez que tiveram um grande papel nesta trajetória

RESUMO

A presente pesquisa, versará sobre a possibilidade, fundamentos jurídicos, e as restrições de aplicar o instituto do dano existencial gerado face a relação de trabalho, bem como aplicar os direitos fundamentais humanos ao organismo trabalhista, aos direitos trabalhistas glorificados pela Constituição Federal de 1988. Depois de uma sucinta investigação no que se refere a dignidade da pessoa humana, que é um dos principais fundamentos para a responsabilização por danos existenciais, passar-se-á a análise dos requisitos e fundamentos legais da responsabilidade civil, e mais especificamente, tendo em conta os princípios que norteiam as relações de trabalho, da responsabilidade do empregador por atos praticados contra seus empregados. Será estudado, também, o dano existencial e sua origem e fundamento na Itália. Ao final, serão averiguados as decisões dos Tribunais do Trabalho brasileiros que julgam o tema, tendo a finalidade de procurar uma sistematização das causas justificativas e do fundamento jurídico para a responsabilização acarretada por danos existenciais a todo e qualquer trabalhador.

Palavras-chave: Direitos trabalhistas. Direitos humanos fundamentais. Danos Existenciais. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present search will deal about the possibility, legal bases and the restrictions to apply the Institute of existential damage generated in the face of the working relationship, as well apply the fundamental human rights to the labor body and labor law glorified by the Federal Constitution of 1998. After a succinct investigation with regard to the dignity of the human person, which is one of the main ground to the liability for existential damages, will be analyzed the requirements and legal grounds for civil liability and, more specifically, taking into account the principles guiding work relationships, liability of the employer for acts committed against its employees. Also, will be studied, the existential damage, your origin and foundation in Italy. By the end, will be investigated the decisions of the Brazilian Labor Courts that judge the subject, with the purpose of seeking a systematization of the justificatory causes and the legal basis for the liability caused by existential damages to any and every worker.

Keywords: Labor rights. Fundamental human rights. Existential damage. Civil responsibility

SUMARIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CIRCUNSPECÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.1 A evolução Histórica dos Direitos Constitucionais do Trabalho.....	13
2.1.1 O constitucionalismo público	18
2.1.2 O avanço dos direitos trabalhistas no Brasil.....	20
2.1.3 A hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.....	24
2.2 Direitos Fundamentais da Pessoa Humana	27
2.2.1 O direito a dignidade da existência	28
2.2.2 Os direitos de personalidade.....	30
2.2.3 O direito à saúde	31
2.2.4 O direito ao descanso e lazer.....	33
2.3 O dever de tutela.....	34
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO	37
3.1 Sucinto Histórico sobre Responsabilidade Civil	38
3.2 Conceito de Responsabilidade Civil	39
3.3 Espécies da Responsabilidade Civil.....	42
3.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil	45
3.4.1 Conduta.....	45
3.4.2 Culpa <i>Lato Sensu</i>	47
3.4.3 Nexo de Causalidade	49
3.4.4 Dano.....	52
3.5 Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho	54
3.5.1 A responsabilidade civil do empregador por dano ao empregado.....	55
3.5.2 A responsabilidade civil do empregador por ato do empregado.....	58
3.6 Dano Patrimonial.....	59
3.6.1 Danos emergentes	61
3.6.2 Lucros cessantes	62
3.6.3 Perda de uma chance	63
3.7 Dano Extrapatrimonial	64
3.7.1 Danos morais	65
3.7.2 Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana.....	67
3.7.3 A designação do dano moral nas relações de emprego	69
3.8 Dano Existencial.....	75
3.8.1 Surgimento do dano existencial	75
3.8.2 Concepção de dano existencial.....	77
3.8.3 Fundamentação legal do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro	80
4 O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	83
4.1 A admissão do Dano Existencial no Direito do Trabalho.....	83
4.2 O Dano Existencial em Virtude da Jornada de Trabalho.....	84
4.3 Tratativa do Dano Existencial na Jurisprudência Trabalhista Brasileira	87
5 CONCLUSÃO	91

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93
---	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a aplicação do instituto da responsabilidade civil do empregador por dano existencial nas relações de trabalho, por meio do método dedutivo, o qual se dará por meio de instrumentos técnicos fundamentados em legislação, jurisprudência, doutrinas pertinentes. Tendo o objetivo de salientar a aceitação da responsabilidade dos empregadores pelos danos causados ao empregado, especialmente, no conjunto de relações que ajudam na progressão normal do empregado, englobando relações pessoais e sociais.

Com isto, analisar-se-á, em primeira perspectiva, a questão dos direitos sociais contemplados na Constituição Federal de 1988, bem como os princípios basilares que norteiam as relações de trabalho e, ainda dentro de tais princípios, os direitos fundamentais do homem, com enfoque na dignidade da pessoa humana, e o intuito de introduzir a relevância do resguardo de tal supra princípio em tais relações.

Em segunda perspectiva da monografia, será explanado o instituto da responsabilidade civil no direito do trabalho. Iniciando com o estudo do sucinto histórico da evolução, conceito, espécies e características de tal instituto, será desenvolvida ao final desta mesma visão mais uma questão essencial para o entendimento do tema principal apresentado: os danos extrapatrimoniais e a execução do instituto da responsabilidade civil nas relações de trabalho.

Na terceira e última perspectiva, realizar-se-á investigação do tema principal da presente pesquisa: o dano existencial nas relações de trabalho. Para tal, será estudado a evolução doutrinária no que se refere ao instituto do dano existencial, cuja a fonte é no direito italiano, sua concepção (levando em consideração os direitos da personalidade) e sua fundamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, desenvolver-se-á uma análise referente ao dano existencial executado diretamente às relações de trabalho, encerrando com um indubitável estudo da jurisprudência acerca do tema, com o intuito de, na prática, demonstrar como tal dano à existência da pessoa é condecorado e indenizado nas contemporâneas relações de trabalho.

Assim, através dessa exposição, justifica-se investigar o presente tema tendo em vista que poderá auxiliar como um instrumento para fomentar e incentivar o âmbito acadêmico e outros operadores do direito a digladiarem por um direito do

trabalho que oportunize a progressão econômica de toda sociedade, sem, contudo, esquecer do prisma das necessidades básicas da pessoa humana. Por conta disto, verificando e estudando os elementos que configuram a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil e o dano existencial propriamente dito, espera-se conseguir solidificar com percepção o ensejo da responsabilidade civil gerada por dano existencial nas relações do trabalho, por conta do dano causado pelo empregador em face do empregado.

2 A CIRCUNSPECÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Almeja-se, neste capítulo, tratar sobre a hegemonia dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, abarcando, ademais, os ditames da Carta Magna no que tange aos direitos trabalhistas, mas especificadamente sobre seu rol, onde o mesmo expõe notoriamente, introduzindo uma nova ordem social, a percepção fundamental sobre existência do direito ao trabalho.

Para isto, numa primeira premissa, salienta-se o advento das principais leis e direitos do trabalho, a fim de que logo após se estabeleça os principais direitos humanos fundamentais. À vista disso, juntamente com os demais capítulos, a possibilidade de indenização por dano existencial ao trabalhador, face a violação dos direitos constitucionais será indagada.

O legislador originário já evidencia, na Carta Magna, em seu inicial artigo, a primazia dos direitos fundamentais e de sua inatingibilidade, uma vez que o Brasil está amparado sobre o princípio do valor social do trabalho, da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana (SEVERO, 2009).

Marques (2007, p. 56) acentua que a Constituição Brasileira é tipicamente uma Constituição de um Estado Social, onde é estabelecido ao Brasil, o dever de cumprir tarefas igualitárias, bem como as distributivas, pelo fato de existir a equivalência fática como pressuposto de um Estado Social em consonância com dos direitos fundamentais supracitados compreendidos na Carta, pois uma nova dimensão dos direitos sociais básicos ampliou os direitos fundamentais englobados na Constituição Federal de 1988.

Insta elucidar que, com a advinda da incorporação dos direitos sociais ao respectivo rol dos direitos fundamentais, houve uma imensa melhoria, haja vista que não foram reconhecidos apenas novos direitos sociais, estes foram compreendidos como direitos fundamentais sociais, cláusulas pétreas, compreensão que impede o esvaziamento da fundamentalidade pela legislação infraconstitucional. Além do mais, o artigo 7º da Carta reconhece como espécie de direitos fundamentais os chamados direitos sociais trabalhistas, pelo fato da anexação das regras trabalhistas entre os direitos fundamentais, demonstrada a imponência do direito trabalhista (LEDUR, 2009, p. 24).

O desdobramento do tema que medeia o trabalho monográfico necessita de uma abordagem histórica do Direito do Trabalho, além de analisar também as primeiras leis trabalhistas nacionais e internacionais.

2.1 A evolução Histórica dos Direitos Constitucionais do Trabalho

É necessário, num primeiro momento, conhecer o passado do Direito do Trabalho para analisar a progressão dos Direitos Constitucionais do Trabalho, pelo fato de ser muito dinâmico a sua tratativa, refletindo e suas alterações, por se tratar de uma evolução conjugada ao capitalismo (MARTINS, 2012).

O caráter de sobrevivência e utilidade foram os motivos ensejadores do surgimento do trabalho, juntamente com a finalidade do homem ao exercer o trabalho, estabelecer moradia para garantir uma sustentação familiar.

O doutrinador Vianna (2005, p. 27) menciona:

O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa. Posteriormente, verificou que o osso encontrado nos restos de animais putrefatos partia-se com facilidade e passou, no período paleolítico, a lascas pedras para fabricar lanças e machados, criando sua primeira atividade artesanal. E usava seus produtos para a caça de animais e nas lutas contra outros homens (VIANNA, 2005, p. 27).

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, onde o escravo não possuía direito algum, era considerado mera propriedade devendo somente trabalhar. Neste período, o trabalho escravo persistiu até o momento em que sobreveio a extinção dessa condição (MARTINS, 2012, p. 4).

A vantagem da utilização de escravos com a mão de obra destes e por não poder haver uma supressão feita por meio do homem, foi o marco para o surgimento da escravidão, e assim surgiu também a venda de escravos por não haver possibilidade de manter escravos prisioneiros. Havia fábricas de artesanatos de artigos, na sociedade grega, onde a mão de obra era rigorosamente escrava; o mesmo acontecia na sociedade romana em que os respeitáveis senhores detinham várias pessoas que exerciam atividades especiais, nas condições de escravos, quais sejam, músicos, filósofos, gladiadores (VIANNA, 2005, p. 32).

Souto Maior (2011, p. 30) aduz que a característica de desprezo pelo trabalho na ancianidade, dá-se por diversos fatores, dentre eles está a origem da palavra que além de descender de *tripalium*, que era uma espécie de objeto torturante de três paus criado na verdade com finalidade agrícola, tendo um sentido pejorativo, emanou-se também com base em outra palavra latina: *labor*, elucidando algo doloroso e cansativo. Contudo, nesse período a relevância do trabalho foi notabilizada por Hesíodo, com sua teoria da humanidade, diminuindo assim a superioridade da premissa de que o trabalho era algo com pouco valor ou com baixa importância e que causava desgostos aos homens.

Neste período feudal, a moradia e proteção dos servos eram fornecidas e estabelecidas pelo senhor, onde este era proprietário daqueles e das terras onde se realizava as culturas. Essas garantias eram dadas em troca da mão de obra nas terras do senhor feudal que pelo fato do poder político estar sob seu manejo não havia crescimento, tampouco possibilidade de ascendência social (MAIOR, 2011, p. 36).

Até este momento, segundo o autor supracitado, a servidão que foi o momento principal do feudalismo, tinha a finalidade predominante de oferecer proteção aos servos, não visava inicialmente o lucro. Sucede-se que, findada as invasões bárbaras, as comercializações das sobras das produções feudais nas cidades pequenas em volta começam a surgir, graças aos servos. Tendo o lucro como objetivo, o senhor feudal estabeleceu um aumento das produções dos servos, que conseqüentemente, decepcionados, deixaram os feudos.

Neste período, por esta razão acaba-se causando uma notória alteração na sociedade, “as classes sociais, já existentes, se modificaram. Em lugar do servo, surgiu o trabalhador destituído de propriedade ao passo que no lugar do nobre assumiu o burguês, na posição de direcionador do desenvolvimento social” (SEVERO, 2009, p. 14). O trabalhador passou a obter uma maior liberdade e tranquilidade ao trabalhar com a chegada do período das corporações, nada obstante a isto, a atividade do trabalhador não era garantida por uma proteção, porque não havia interesse em conceder tal garantia para o desenvolvimento das atividades (MARTINS, 2012, p. 10).

Nesta época das corporações, havia um nível intermediário de hierarquia, os chamados “companheiros”, logo abaixo os mestres e seus aprendizes.

De acordo com Souto Maior (2011, p. 39), há uma certa progressão de atividades especiais nas cidades, realizadas pelos artesãos e comerciantes. Os “burgueses” impulsionaram-se para uma vasta divisão em dois grupos sociais: as guildas criadas pelos comerciantes e as corporações de artesãos, espécie de associação, voltada para realização da mesma atividade de produtos com ótima confecção, bem como também pela mesma finalidade, qual seja, a concretização da solidariedade e concórdia entre os associados. Estes grupos sociais tinham seus direitos e ideais como primazia, fortificando assim para cada grupo suas premissas de associação.

Os aprendizes, ao atingirem a idade entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos, trabalhavam constantemente em jornadas desgastantes e longas, submetidos às ordens advindas dos mestres, que recebiam quantias daqueles em troca de conhecimentos sobre determinado ofício. Os aprendizes eram consagrados como companheiros com o progresso e sucesso na profissão escolhida, após esta categoria somente poderia se tornar mestre demonstrando êxito e aptidão em uma prova certamente difícil e de valor absurdamente elevado para os demais, chamada de “exame de obra-mestra” (MARTINS, 2012, p. 5).

Contudo, houve uma mudança emblemática dos princípios e objetivos das corporações com o desenvolvimento do mercado, pois os produtos começaram a ser produzidos em grande quantidade, onde os preços conseqüentemente foram alterados.

Huberman *apud* Maior (2011, p. 63) ressalta ainda que:

A igualdade entre mestres tornou-se coisa do passado. Certos mestres prosperaram, chamaram para si maior parcela do poder, começaram a olhar com superioridade para seus irmãos menos afortunados e acabaram formando corporações exclusivamente suas. Surgiram então as corporações “superiores” e “inferiores”, e os mestres das inferiores trabalharam até mesmo como assalariados para os senhores das primeiras.

O resquício de liberdade absoluta cogitada pelo homem suscita um comportamento contrário à as corporações, aliás vários dos pensadores favoráveis à esta interpretação acreditavam que o aumento dos preços eram causados por estas sociedades, inclusive danificava a liberdade dos homens.

Dito isto, ainda neste período há de se ressaltar o Decreto *Dellarde* (1790) e a Lei *Le Chapelier* (1791), o primeiro consagrou a liberdade de todos os

homens para o exercício de sua profissão, também trouxe o direito do trabalho como um dos direitos básicos, além de extinguir de vez as corporações; o segundo, ao mesmo tempo que extinguiu os abusos ao trabalhador, também concedia um alastramento na liberdade de fixação da jornada de trabalho, pondo fim à manutenção de corporações clandestinas (NASCIMENTO, 2009, p.23).

De acordo com o doutrinador Martins (2012, p. 5), os ideais de liberdade dos homens possuíam uma grande relevância, ao ponto de ser revelado a presença de incompatibilidade com tais ideais, além de levar a supressão das corporações consagrada pela Revolução Francesa em 1789. O Direito do Trabalho foi contemplado nesta Revolução em 1789, onde o estado passa a ser incumbido da função de estabelecer garantias de sobrevivência no tocante aos trabalhadores desempregados.

Como entende Süsskind (2001, p. 8), a história da civilização aclama respeito pela Revolução Francesa por ser o marco principal para sua consideração, contudo, este marco traz consigo incongruências, que permite a intolerância com as classes mais baixas e conseqüentemente a exploração do trabalhador, pelo fato da liberdade e igualdade contidas em sua concepção fazer com que o entendimento de que todos são iguais perante a lei possa ser fundamento de liberdade contratual, permitindo assim o afastamento da intervenção do Estado nas relações de trabalho, inclusive das contratuais.

No meio do século XVIII, ocorre o fenômeno de a máquina substituir o homem. Neste período, a Inglaterra possuía muita mão de obra, além de ostentar um enorme capital, sustentava também a supremacia nos oceanos, elementos estes que deram origem ao capitalismo industrial e econômico (MAIOR, 2000, p. 201).

O doutrinador Biavaschi (2007, p. 238) leciona que o local ideal e latente para a estigma da industrialização é justamente a Inglaterra, pelo fato de haver uma certa primazia em relação aos demais estados, além de existir condições de existência altamente adequadas como ferrovias, carvão, ferro, e dentre outros tipos de matérias-primas e condições indispensáveis para a concretização da industrialização.

O manejo das máquinas à disposição de uso nas indústrias não só acarretou notáveis alterações nos métodos de produção, como também foi o principal fator para a irrelevância na utilização da mão de obra. Com isso, foi

intensificado a força de trabalho com as máquinas de fiar, vapor e o tear mecânico agregados às indústrias (VIANNA, 2005, p. 25).

Dito isto, os operários enfrentavam condições degradantes no ambiente de trabalho, onde também toleravam jornadas inequivocamente longas, cujo o tempo aproximadamente era de 14 (catorze) a 16 (dezesesseis) horas diárias. Nada obstante a isto, ainda conviviam e realizavam o ofício em locais insalubres e de alta periculosidade, quais sejam, incêndio, inundações e intoxicações (NASCIMENTO, 2009, 36).

Ressalta-se que estes aspectos exploradores do trabalho humano, nesta época, foram responsáveis para haver a incitação de melhoras, mais especificamente, influenciaram no surgimento das primeiras requisições por condições dignas de trabalho. Com tais reivindicações, os operários começaram a se agrupar para fortalecerem as exigências feitas, bem como buscavam premissas como a diminuição das jornadas de trabalho, segurança no trabalho, higiene no âmbito de trabalho e principalmente a não exploração de crianças e mulheres (MARTINS, 2012, p. 76).

Como esclarece Delgado (2011, p. 87), é neste período da vigência da industrialização que o trabalhador se vê sujeito a tal sistema de produção, visão esta que incide no nascimento da subordinação na relação de emprego, dando ênfase na configuração da relação empregatícia, tal qual: “Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas”.

Vianna (2005, p.38) aduz que: “Passa o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal”.

A partir disto, como elucida este autor supracitado, começou a sobrechegar legislações primárias concernentes ao amparo do trabalhador, tendo como finalidade o trabalho condigno, assim inaugurando na sociedade uma era totalmente diferente, utilizando como referências a França e a Inglaterra, onde na primeira vários ditames benéficos foram considerados, como a impenhorabilidade do salário, a proteção do trabalhador, etc. Na segunda referência, não oscilando com os ditames daquela, foram aprovadas leis que tinham como fim melhorias, tais como limitações da jornada de trabalho e normas de saúde e segurança do trabalho.

É neste próprio e histórico momento, que o Direito do Trabalho por meio de uma lei relevantíssima, conseguiu limitar a jornada de trabalho para 10 (dez) horas diárias, no ano de 1847. Nesta lei prevalecia um caráter geral, sendo este aspecto, alvo de campanhas organizadas e idealizadas pelos operários, que incansavelmente lutaram por mais uma diminuição e limitação da jornada de trabalho, qual seja, 8 (oito) horas por dia. Todavia, esta última limitação exigida, fomentada por uma manifestação que consagrou o surgimento do dia do trabalho (dia 1º de maio), só surte efeitos no âmbito das relações trabalhistas dos servidores públicos (SÜSSEKIND, 2001, p. 48).

A constatação do estudo da evolução histórica dos direitos constitucionais do trabalho demonstra que até os dias de hoje a diretriz para a proteção do trabalhador foi traçada simultaneamente com a indignidade e a exploração ora notável e vivenciada pelos mesmos. Portanto, para fim de incremento do tema estudado, a análise da incorporação dos Direitos Trabalhistas nas Constituições é indispensável para o engrandecimento do tema visto.

2.1.1 O constitucionalismo público

Consoante com Delgado (2011), Maior (2011, p. 208) aduz que com o intuito de providenciar alicerces judiciais, o advento do século XX tonificou a advinda de vastas Constituições amoldadas a esse propósito. Os anos de maior relevância condizentes a esse contexto são os de 1917 e de 1919, pelo fato de trazer legislações que leva em consideração a aderência dos direitos trabalhistas aos direitos fundamentais, assim, no primeiro ano se enfatiza a Constituição Mexicana e no segundo há a chegada da Constituição Alemã de Weimar.

A Carta Italiana de Del lavoro (1917), pode, inclusive, ser mencionada com realce neste período se juntando as duas constituições supracitadas, haja vista ser um ícone do corporativismo constitucional, por ter criado o conceito de intervenção estatal não só na própria Itália, mas também em diversos países. Ratificando, assim, com o entendimento visto acima (NASCIMENTO 2009, p. 26).

Nada obstante, no ano de 1874, a Constituição da Suíça foi a grande proclamadora dos imprescindíveis direitos trabalhistas, concebendo de maneira

concreta a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores (SÜSSEKIND, 2001, p. 12).

No que diz respeito à Constituição Mexicana, a mesma trata dos principais conteúdos essenciais referentes ao trabalho, dentre eles, destacam-se: as limitações do direito à propriedade privada, mulher e menor no trabalho; limitação da jornada de trabalho; remuneração adequada e justa; salário mínimo (BIAVASCHI, 2007, 243). Ademais, impôs duas limitações, uma no tocante à idade do trabalhador menor de idade, mínimo de 12 (doze) anos de idade, e sobre a jornada de trabalho, limitada a 7 (sete) horas diárias para os trabalhadores menores de 16 (dezesesseis) anos, inclusive esta mesma constituição tratou de benefícios latentes ao trabalhador como o descanso semanal, indenização por dispensa e acidente de trabalho, entre outros benefícios estabelecidos (MARTINS, 2012, p. 194).

A Constituição Alemã de Weimar, em 1919, trouxe diversas novidades relacionadas aos conteúdos sociais relevantes: proporcionou a atuação do trabalhador na política; determinou às empresas a integração dos trabalhadores e aderiu direitos no aprazamento do salário, além de se juntar aos direitos da Constituição Mexicana e seus ideais (NASCIMENTO, 2009, p. 31).

Insta ressaltar que, mesmo com a aclamação desses direitos individuais proclamados na Constituição, a satisfação dos direitos coletivos era pouco palpável, então houve uma certa opressão a esses direitos individuais, promovida pelos ideais econômicos e sociais em proveito daqueles.

O Tratado de Versalhes, em 1919, entre as duas grandes guerras mundiais, foi o principal motivo das Constituições serem aprovadas, onde além de arrolar os princípios pertinentes ao Direito do Trabalho, implementou a gloriosa Organização Internacional do Trabalho (OIT) (SÜSSEKIND, 2001, p.14).

Em conformidade com o que Martins (2012) leciona, a Organização Internacional do Trabalho estabelece e concretiza certa proteção de nível internacional às relações trabalhistas, constituindo preceitos internacionalmente reconhecidos, referentes aos empregados e sua preservação em face do capitalismo.

Provém ainda mencionar o destaque da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que apregoou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo depois da Segunda Guerra Mundial, no dia 10 de dezembro de 1948. Os direitos de personalidade, bem como valores como a igualdade, a liberdade e a

dignidade foram trazidos por este documento, que é apontado como o momento histórico da adoção dos direitos humanos na Organização das Nações Unidas, uma vez que “enaltece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, porque são dotadas de razão e consciência e, em função de tais postulados, devem agir umas para com as outras com espírito de fraternidade” (LEITE, 2011, p.17).

Maior (2009, p.199), ratificou o entendimento deste doutrinador, lecionando que é nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos que transparece, de forma inteligível, os valores indispensáveis para o avanço da subsistência humana.

Enfim, provém enaltecer a influência do Constitucionalismo público em face da legislação brasileira, do qual seus efeitos foram percebidos pela Constituição de 1934, onde será explicitado na sequência.

2.1.2 O avanço dos direitos trabalhistas no Brasil

No que se refere ao Brasil-império, as leis de aspecto trabalhistas contidas neste período brasileiro, não convém ser analisadas de fato, como constituintes do Direito do Trabalho no Brasil, por não serem qualificadas como razão de extração de fundamento da legislação trabalhista atual, além de não ter denotado algum tipo de movimento social no país. Neste período, haviam quantidades insignificantes de indústrias, assim, aos que persistiam em desenvolvimento da atividade do país, acabavam por se frustrar não havendo algum tipo de progressão, apenas em utilização os equipamentos primários (VIANNA, 2005).

Diferente do que os países costumavam a seguir como ideais de desenvolvimento jurídico-social para o Direito Trabalhista, o Brasil adotou um ritmo de valores jurídicos referente à idealização da valorização da pessoa e de sua dignidade. No final do século XIX, com a derrogação da escravidão, houve uma mudança, onde os imigrantes substituíram o trabalho escravo na maior parte da região. Já no tocante aos negros que vivenciaram tal escravidão, com a chancela da Lei Áurea, foi garantido a condição de cidadão, contudo, a liberdade de cidadão era desconhecida por estes, onde foram deixados de lado pelo Estado, o que

consequentemente acarretava em desemprego e falta de moradia, e por reflexo deste abandono, os negros ficavam à disposição nas terras dos senhores para exercerem algum tipo de trabalho.

Elucida Souto Maior (2000) que a liberdade do trabalho junto com a mecanização de produção se inseriu com a incorporação dos imigrantes no trabalho rural, pelo fato de haver um cotejo com o modelo capitalista. Os lucros dos proprietários das terras tiveram um aumento considerável pela ocorrência de tais fatos, onde estes geraram também uma condição propícia para investir na industrialização. Destarte, os negros ex-escravos que tiveram o desgosto do desemprego e falta de moradia adentraram nas indústrias.

No início da República que deu origem ao grande desenvolvimento das indústrias, os imigrantes migraram para as cidades e trabalharam nas grandes indústrias. A oferta da mão de obra extrapolando o presumido deu ensejo à diminuição dos salários, que já eram ínfimos, e inclusive houve jornadas degradantes que muitas das vezes atingiam 17 (dezesete) horas consecutivas, com a participação de mulheres e de crianças (MAIOR, 2000).

Ainda, Martins aduz (2012, p. 11) que:

As transformações que vinham ocorrendo na Europa em decorrência da Primeira Guerra Mundial e o aparecimento da OIT, em 1919, incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país. Existiam muitos imigrantes no Brasil que deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salários. Começa a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930 (MARTINS, 2012, p. 11).

A legislação trabalhista começa a surgir após este período, onde no decorrer do pouco tempo de vigência do governo de Vargas originando não só indústrias e comércios, como também o Ministério do Trabalho, a partir desta criação surgiram diversas leis trabalhistas criadas por estes com a finalidade de beneficiar os trabalhadores, mais especificadamente as classes operárias, amoldando-se aos modelos instituídos em diversos países. Neste governo de Vargas, foram estabelecidas várias medidas de proteção ao trabalhador, dentre as principais há de se ressaltar duas regulamentações, quais sejam, a dos sindicatos e a da jornada de trabalho no comércio, entre outros (VIANNA, 2005).

Após o governo de Getúlio Vargas, que criou e remodelou várias legislações em prol do trabalho, aderindo diversos direitos relevantes que se

manifestam ainda hoje, foi proclamada em 1934 a Constituição Brasileira que glorifica efetivamente o Direito do Trabalho. Entre muitas garantias, podem-se citar: jornada diária de 8 (oito) horas, proteção às mulheres e crianças trabalhadoras e à liberdade sindical.

Vianna (2005, p. 74) esclarece:

[...] dava a todos o direito de prover à própria subsistência e à de sua família mediante trabalho honesto; determinava que a lei promovesse o amparo à produção e estabelecesse as condições do trabalho, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos [...] (VIANNA, 2005, p. 74).

Com isto, considera-se a não obliteração de que foi a Constituição de 1934 que predissera a origem da Justiça do Trabalho. Porém, só foi de fato incluída no Poder Judiciário com o advento da Constituição de 1946. Há de se dizer que a instalação da Justiça do Trabalho em todo o território nacional ocorreu em 1937 com a promulgação da Constituição da época, onde a administração era Federal, afeiçãoado a industriais e ao Ministério do Trabalho (SÜSSEKIND, 2001).

Conforme Sússekind (2005), neste cenário ressalta-se que no período do ano de 1930 e 1942 houve o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). As leis trabalhistas estabelecidas pelo governo de Vargas eram desorganizadas e omissas, pois necessitavam de regulamentações, desta forma foi promulgado o Decreto-lei nº 5.452, em 1º de maio de 1943, a CLT, com o intuito de entrelaçar as leis individuais do trabalho, as legislações processuais e leis tangentes a direitos coletivos (NASCIMENTO, 2009).

Complementa ainda, Sússekind (2005), que houve várias implementações por parte da comissão, referentes à alteração e à adequação no que diz respeito ao corpo dos textos legislativos de direitos individuais, em pleno processo de criação da Consolidação das Leis do Trabalho, além de terem sido complementados os decretos regulamentares, não só estes como também portarias que tinham como essência à proteção à saúde e segurança do trabalhador. Foram também transcritas as legislações provenientes daquele período, enfim, tal comissão construiu o raciocínio de aplicação da legislação por meio de normas positivadas.

Ainda, Sússekind (2005, p. 67) ressalta o seguinte entendimento:

Consolidação das Leis do Trabalho, enfeixando num único texto todas as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e à Justiça do Trabalho, proporcionou o conhecimento global dos direitos e obrigações trabalhistas, não só aos intérpretes e aplicadores das leis, mas, sobretudo, aos seus destinatários: empregadores e os empregados.

As outras Constituições brasileiras também cederam resguardo aos direitos trabalhistas, mesmo após a Constituição de 1934, que foi o grande momento histórico dos Direitos dos trabalhadores em âmbito nacional. Em 1967, mais especificadamente no dia 24 de janeiro, proclama-se uma nova Carta, acarretando o transpassar dos direitos dos trabalhadores para determinado novo *status* de direitos sociais. A Carta cunhada em pleno regime ditatorial eximiu a referência de certos preceitos pensados pela legislação ordinária, tendo em vista o caráter primordial desta Constituição no que tange aos direitos sociais (LEDUR, 2009, p.77).

Também há de se realçar, conforme Ledur (2009, p. 84), que os direitos sociais passaram a ser classificados como sendo direitos fundamentais, devido à gênese do texto constitucional no dia 5 de outubro de 1988. Essa transição concretizada para a classe fundamental decorre das mobilizações sociais feitas pela população que colaborou com dois avanços, o primeiro diz respeito à Assembléia Constituinte, enquanto o segundo se concentra nas propostas de Emendas.

Ratificando e sendo uníssono ao entendimento do doutrinador, Severo (2011, p. 151) aduz que:

[...] o reconhecimento do Direito do Trabalho como fundamental é explícito, nos termos do art. 6º da constituição brasileira de 1988. Trata-se de um direito que radica em princípios fundamentais, razão da inclusão dos valores do trabalho como um dos fundamentos da República, ao lado da livre iniciativa (SEVERO, 2011, p. 151).

Os ditames dos artigos 6º ao 11º corroboram os direitos humanos fundamentais, previsão esta contida no Capítulo e Título II, e de acordo com Gemignani e Gemignani (2010, texto digital) tais direitos originam a “[...] ossatura institucional que não só vai sustentar o corpo legal infraconstitucional, como definir parâmetros decisórios para as situações-limite”.

Desta forma, convêm realçar a análise não só da insofismável hipossuficiência, como também da vulnerabilidade do trabalhador, de forma minuciosa.

2.1.3 A hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador

A noção de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador se faz necessário como quesito basilar para a análise da ideia da liberdade de trabalho digno.

A acepção da palavra hipossuficiente de acordo com o Dicionário Aurélio, consiste em “pessoa que é economicamente fraca, que não é autossuficiente”. Esta determinação atende ao direito do trabalho de modo análogo, pois a mesma, historicamente, segundo Rodrigues (2000, p. 36) “surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas”.

Consta dizer que, tanto a literatura clássica laboral quanto a contemporânea deparam na hipossuficiência o parâmetro indispensável para estabelecer princípios que servem de alicerce ao Direito do Trabalho, quais sejam, os princípios da proteção, princípio da melhoria da condição social dos trabalhadores, dentre outros. Dito isto, a ideia da acesa desigualdade existente e entendível, tangente ao critério econômico, entre a relação de empregado e empregador é incumbida pela concepção primária técnica de hipossuficiência.

Neste mesmo rastro, persiste o doutrinador Rodrigues (2000, p. 36) que:

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável

Acrescentando o princípio da proteção, sobre a posição dita, onde o empregador se sobrepõe ao empregado de forma clara, Bomfim (2014, p. 198) entende que:

A diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil. A finalidade do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário é proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado.
Em face deste desequilíbrio existente na relação travada entre empregado e empregador, por ser o trabalhador hipossuficiente (economicamente mais

fraco) em relação ao empregador, consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador, para equilibrar esta relação desigual.

À vista disso, em conformidade com o que Bomfim (2014, p. 198) aduz:

O Direito do Trabalho tende a proteger os menos abastados, para evitar a sonegação dos direitos trabalhistas destes. Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica. Assim, o procedimento lógico para corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades.

Consoante a este entendimento, os doutrinadores Oliveira e Dorneles (2013, p. 29) reiteram que:

Na relação jurídica empregatícia, os polos (empregado e empregador) estão em permanente conflito, tendo em vista que seus interesses principais são conflitantes. Esse conflito revela-se na medida em que a máxima satisfação da demanda principal de um dos sujeitos implica, necessariamente, a não satisfação integral da demanda principal do outro sujeito. O empregador visa ganhos econômicos (lucro), o mesmo ocorrendo com o empregado (maiores salários); como o aumento de salários reduz a margem de lucros, e vice-versa, o conflito é permanente. O problema é que, historicamente, o sujeito que se revelou mais apto à satisfação de sua demanda principal foi o empregador. Isso demandou, por parte da normatividade jurídica, uma intervenção direta na relação, através da proteção ao hipossuficiente.

Todavia, pela complexidade das relações de trabalho alteradas por um mundo contemporâneo do trabalho, o próprio direito do trabalho e sua teoria geral, visivelmente busca a reestruturação deste dogma, haja vista o entendimento disposto por Dorneles (2013, p.68), “o descompasso jurídico-social inegavelmente pode levar a uma perda das eficácias simbólica e instrumental deste ramo jurídico, e conseqüentemente ao questionamento acerca de sua legitimidade.”

No mesmo caminho, Camino (2011) logra-se da concepção de vulnerabilidade para sustentar a ideia de proteção ao trabalhador, sendo esta amplamente mais abrangente comparada à hipossuficiência. Portanto, de forma acordada com os ditames de Dorneles (2011, p. 70), relativamente à vulnerabilidade, há de se compreender que:

A ideia segundo a qual a vulnerabilidade comporta diversas desigualdades é aplicável ao direito do trabalho, desde que realizadas as devidas adaptações. Nas relações de emprego em geral, entendemos perfeitamente identificável um conjunto de vulnerabilidades, ao menos, nos planos negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo (ou informacional). [...] Ora, o fato de ser recrutado por outrem é um indicativo da vulnerabilidade hierárquica ou jurídica; o de ser remunerado, da

vulnerabilidade econômica, e o de se inserir em uma organização, da vulnerabilidade técnica. São variáveis ou desdobramentos compositivos do “quebra cabeças” que configura a noção de vulnerabilidade.

Ainda assim, Miragem e Marques (2012, p. 70) ressaltam que a lucidez da vulnerabilidade no caráter jurídico esculpe uma “necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mas fraco”.

Assim sobressai, de acordo com o que leciona Dorneles (2013, p. 97), três categorias divisórias dos trabalhadores vulneráveis:

[...] os *trabalhadores hipervulneráveis* (aqueles que reúnem as vulnerabilidades negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional, sendo que uma ou algumas delas em caráter agravado), *integralmente vulneráveis* (aqueles que reúnem todas as vulnerabilidades recém apontadas, sem o caráter agravado) e *parcialmente vulneráveis* (aqueles que não reúnem todas as vulnerabilidades recém arroladas, apenas algumas).

A proteção do trabalhador é venturosa e sustentada pelo alicerce da hipossuficiência juntamente com sua atribuição histórica. Porém, esta concepção há de ser abrangida para resguardar outras demandas legítimas, à luz do princípio da progressão racional.

Desta forma, a débil posição do empregado pressupõe uma cautela em especial no Direito do Trabalho, tanto pela visão hipossuficiente quanto pela vulnerável, em decorrência disto é preciso analisar de forma primorosa os principais direitos humanos de classe fundamental concernentes à relação do trabalho.

2.2 Direitos Fundamentais da Pessoa Humana

Previamente, cabe desvendar a terminologia mencionada nesta pesquisa, além das diferenças contidas entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, antes de se transcorrer sobre os principais direitos fundamentais de toda pessoa humana, contidos na Constituição Federal de 1988. Pode-se com convicção citar quatro normas básicas atinentes à relação de trabalho:

o direito à existência digna, direito à saúde, direitos ao descanso e lazer e o direito de personalidade conferido a todos.

Adentrando ao tema, leciona Marques (2007, p. 49) que os “direitos humanos” pertencem a população mundial, eficazes para todos os cidadãos onde quer que esteja, ao passo que os “direitos fundamentais” consiste em uma garantia por determinação de ordem jurídica, inclusive “devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas devem ser concreta e materialmente efetivados. São os direitos inerentes à pessoa humana, chamados, também, de direitos fundamentais do homem”.

Durante o tempo que a terminologia “direitos humanos” é empregada pelos autores anglo-americanos e latinos, a palavra “direitos fundamentais” é aplicada pelos alemães publicistas. Desconsiderando a distinção cultural, realça mencionar que os “direitos humanos” são indubitáveis internacionalmente através da Declaração Universal de 1948 e de diversos tratados internacionais, os “direitos fundamentais” diferentemente dos direitos ora mencionados, são constituídos nas Constituições de cada país, sendo um teor de interpretação interna de Estado. Há uma variação de Estado para Estado (LEITE, 2011).

Em que pese haver essa distinção de expressão, o autor ainda elucida (LEITE, 2011, p. 34):

Parece-me que a Constituição Federal de 1988, no seu Título II, positivou praticamente todos os direitos humanos, especialmente pela redação dos §§2º e 3º do artigo 5º, razão pela qual não há distinção, pelo menos do ponto de vista do direito interno, entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Tendo em vista que de forma exaurida não há diferenças relevantes entre as expressões, incorpora-se a definição de “direitos humanos fundamentais”, por se fundar em direitos humanos que vieram a ser efetivados pela Constituição Federal de 1988, como direitos fundamentais relevantíssimos.

Por fim, perfaz-se no direito brasileiro que a terminologia “direitos humanos fundamentais versa sobre todos os direitos proclamados pelas declarações e tratados de nível mundial que foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 e que tenham como conteúdo matéria de direitos fundamentais de toda pessoa, os quais serão apreciados logo a seguir.

2.2.1 O direito a dignidade da existência

Sarlet (2001) expõe o entendimento de que a dignidade da pessoa humana cuja o caráter é fundamental, teve o reconhecimento após a Segunda Guerra Mundial, além disto a Declaração Universal de 1948 teve relevância referente ao direito à existência digna, que por ser um princípio hodierno, incorporou-se as demais Constituições mundiais com o advento desta declaração.

Nada obstante, no Brasil, a Constituição que não só deu exordia, mas que “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2001, p.103), foi a Constituição Federal de 1998. O legislador, nesta Carta, de prontidão estabeleceu a prevalência do direito a existência digna da pessoa como sendo fundamental já no título I, artigo 1º, ou seja, no início para que todos possam ter ciência deste ditame.

O princípio da dignidade da pessoa humana é originário desde o período clássico, contudo, o seu conceito sofreu diversas alterações de vasto valor. De acordo com Leite (2011), a doutrina contemporânea referente a existência digna da pessoa estabelece uma classificação para este princípio na órbita jurisdicional como já existente, assim não depende de que o Estado construa um reconhecimento. Porém, fomentar a eficácia deste princípio perante toda a sociedade é função do Estado.

Sarlet (2001, p. 106), ao conceituar o princípio da dignidade da pessoa, ressalta que:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou que lhe possa ser retirado, já que existem em cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2001, p. 106).

Por razão disto, a integral efetivação do princípio da dignidade institui um elo de vinculação entre os direitos fundamentais em sua vasta maioria e o ramo dos direitos trabalhistas: “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos

fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade” (SARLET, 2012, p. 102).

No que se refere ao campo do Direito do Trabalho, o direito da dignidade de existência está sujeito à eficácia dos direitos trabalhistas. Tais direitos, como salário compatível, oportunidade de trabalho e a jornada de trabalho, quando negados, causam óbice à possibilidade de subsistência digna, frustrando a eficácia do princípio.

Em coerência ao entendo, faz-se necessário averiguar o entendimento de Sarlet (2012, p. 108) no tocante aos direitos trabalhistas fundamentais, em decorrência deste princípio: “os assim denominados direitos sociais, econômicos ou culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na dimensão prestacional [...] constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”.

Leite (2011 p. 95), no mesmo liame de raciocínio, aduz que:

Percebe-se, portanto, que é dever do Estado, assegurar que os direitos trabalhistas – conquistados pela classe operária no decorrer da história – sejam plenamente aplicados nas relações entre empregado e empregador, pois, do contrário, se estaria negando ao trabalhador o direito a uma existência digna, conforme estabelecido em nosso ordenamento jurídico. “[...] não se pode ignorar que o “valor social do trabalho”, na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania.

Além disto, a condição de vida mínima não é o único objetivo da eficácia dos direitos fundamentais, tendo também como finalidade a conjuntura de vida saudável, cujas garantias integradas sejam de encargo existencial (SARLET, 2012).

De acordo com os ditames, a fim de ser asseverado à pessoa uma vida em digna existência, far-se-á indispensável garantir uma contingência de direitos, inclusive o direito do trabalho.

2.2.2 Os direitos de personalidade

Os direitos de personalidade nada mais são do que uma fragmentação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que são considerados como uma das conquistas mais gratificantes da humanidade. Em contrapartida, conforme Maior (2011), observa-se que os direitos personalíssimos da sociedade capitalista sofrem com a intervenção de outras partilhas da sociedade, como o lucro, a concorrência e a dependência econômica, acarretando em uma certa diminuição da consideração dos valores da pessoa.

A tratativa dos direitos de personalidade, antes da Carta de 1988, foi estabelecida pelas próprias legislações brasileira. Em conformidade com Araújo (2010), no período do século XVIII, os direitos de personalidade eram tratados com características cabais de vasto de patrimonialismo pela legislação cível.

Hodiernamente, tais direitos, ao lado da dignidade, são escudados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Além do mais, nos artigos 11 ao 21 do Código Civil de 2002 há um amparo infraconstitucional desses direitos importantes para o ser humano, onde são reiterados os direitos à integridade física, vida privada, vida intimidade e à honra (ARAÚJO, 2010).

De acordo com Romita (2007, p. 278), os direitos de personalidade de cada pessoa são constituídos pela aglomeração de tais direitos, os quais orbitam constantemente no campo da relação de emprego:

O trabalhador é também titular de direitos fundamentais assegurados genericamente às pessoas, já que, embora submetido à subordinação jurídica, conserva as prerrogativas da cidadania: cidadão da República, o trabalhador continua a ser cidadão na empresa e, como tal, tem direito a respeito à sua vida privada por parte do empregador.

Ao mesmo liame de entendimento, encontra-se Souto Maior (2011), elucidando que há de haver uma ponderação idêntica dos direitos de personalidade já constituídos, em face de qualquer outro cidadão comum que também detêm estes mesmos direitos de personalidade, porque “uma pessoa não perde a sua condição humana quando se torna um empregado” (MAIOR, 2011, p. 674).

De resto, o autor (MAIOR, 2011, p.675) assevera que:

Devem valer para o empregado os mesmos pressupostos jurídicos pertinentes à efetivação dos direitos de personalidade. Esse é o pressuposto teórico necessário: o de que a abordagem acerca dos direitos de personalidade liga o homem a si mesmo enquanto entidade cultural e histórica, devendo-se, portanto, avaliar os efeitos na perspectiva da preservação e elevação constante do atributo da dignidade humana.

In fine, realça tal doutrinador que os direitos de personalidade, bem como os demais direitos cuja toda pessoa humana possui, são de caráter irrenunciável e indisponível, haja vista ter que se solidificar na relação de trabalho, em que pese estar defronte ao seu primordial contraponto e elemento, qual seja, a subordinação.

2.2.3 O direito à saúde

Cabe mencionar que o outro direito fundamental a se vincular diretamente aos direitos de existência digna é o direito de saúde, ou direito à saúde, assegurado de forma vasta pela própria Carta Magna em seu artigo 6º, onde é destacado juntamente com os direitos chamados de “sociais”, bem como a outros direitos, como de educação, lazer, segurança, previdência social e a proteção às mães e crianças (LEITE, 2011).

Outros dispositivos da Constituição Federal de 1988 também resguardam o direito à saúde. Segundo Araújo (2010), além do mais versa preponderância de uma certa repercussão da existência da vida saudável na esfera individual, ou própria do cidadão, e na esfera social relacionada ao labor da pessoa, sendo proporcionada por este direito insofismável. Os artigos 5º e 7º da Carta Magna asseguram direitos fundamentais a toda pessoa, pois no primeiro há um conteúdo de proteção a integridade física e à vida, ao passo que o segundo, mais precisamente em seus incisos XXII e XXVIII, contém a proteção ao trabalhador contra os riscos provenientes do trabalho, seguro social em caso de enfermidades ou acidentes de trabalho.

A aderência do direito à saúde aos elencados direitos fundamentais, conforme dispõe o autor não foi nada simples, e além disto houve duas garantias referentes ao trabalhador cuja foram objeto de disputa por parte da classe operária, quais sejam, direito a integridade física e o direito a exercer o trabalho em ambiente

seguro: “O Brasil, além de ter elevado o direito à saúde do trabalhador à condição de direito fundamental por disposição expressa da Constituição, também é signatário das principais Convenções da OIT sobre o tema” (ARAÚJO, 2010, texto digital).

Outrossim, o mesmo autor realça:

O direito à saúde representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, não se constituindo uma proteção ao trabalhador e si mesmo, mas sim uma proteção ao cidadão. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Estado deve velar de maneira responsável, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, não só sua sobrevivência, mas também o acesso a uma vida digna (ARAÚJO, 2010, texto digital).

Há de se ressaltar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 154 e 201, também estabelece ditames concernentes à segurança e medicina do trabalho, onde denotam a intuição do legislador em resguardar aos indivíduos trabalhadores um campo de trabalho muito bem seguro, com a utilização de equipamentos de proteção, com finalidade preventiva (ROMITA, 2007).

Embora haja a solicitude à proteção da integridade física do trabalhador, bem como ao campo de trabalho e aos equipamentos que previnem os acidentes e que ao mesmo tempo são favoráveis ao ofício, é ínfima as argumentações no tocante aos danos físicos causadas pelas desgastantes e excessivas jornadas, como também são os danos mentais pouco dimensionados.

Alusivo à aplicação das normas que dizem respeito à jornada de trabalho, além de suas limitações, Delgado (2003, p. 39) que elucida:

As normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.

Deste modo, há de se ressaltar que com a transigência dos danos causados ao trabalhador, especialmente à sua saúde, certo que longas jornadas acarretam um vilipêndio aos direitos humanos fundamentais contidos e trazidos na Constituição Federal de 1988, inclusive como complementação ao tema, no que

consiste aos direitos fundamentais, será abordado no trabalho monográfico logo a seguir, os direitos ao descanso e lazer garantidos a todo trabalhador.

2.2.4 O direito ao descanso e ao lazer

Outrossim aos outros direitos humanos fundamentais, a garantia do descanso, ou também nomeado, direito ao repouso, está cismado na Constituição Federal de 1988, a meio-termo dos direitos sociais dispostos no artigo 6º, os quais asseguram o direito ao lazer, e do artigo 7º, especificamente em seus incisos XIII, XIV, XV e XII, que detalhadamente escudam as limitações concernentes a jornada de trabalho normal em 8 (oito) horas por dia, bem como as do trabalho ininterrupto em 6 (seis) horas por dia, o repouso remunerado semanal e a fruição das férias, na devida ordem. Estes direitos se alicerçam como efeitos deletérios em decorrência do excesso de desgaste físico e mental suportado pelo trabalhador em jornadas de trabalho excessivas (ROMITA, 2007).

A necessidade de a pessoa obter o lazer é uma das justificações dos descansos previstos em lei, segundo Nascimento (2009, p. 488):

O lazer atende à necessidade de libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano para encontrar-se consigo e com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho.

Congruente a este entendimento, Severo (2009, p. 70) menciona que “O trabalho acaba por determinar uma ruptura no tempo de que dispõe o homem para estar em comunidade. Quanto mais trabalha, menos tempo de lazer ou convívio social terá o homem”.

O aperfeiçoamento do trabalhador, em estrito *sensu* e integralmente é resguardado pelas regras trabalhistas, mais especificadamente no tocante ao tempo livre. É com este tempo livre que o indivíduo se livra das suas atividades inerentes ao período de trabalho e realiza outras atividades de sua vontade, tais como: sair com amigos, eventos em família, estudos, orações, práticas de esportes, leituras, etc.

Além do que há de se realçar que o tempo de trabalho e sua limitação, bem como os intervalos interjornada e intrajornada, e a jornada limitada têm o propósito de obedecer às necessidades da pessoa humana, com vistas à melhoria de sua condição social (NASCIMENTO, 2009).

Ainda, ressalta Severo (2009, p. 89):

O tempo colocado à disposição do empregador é parte substancial do tempo de vida do trabalhador na Terra. Passamos grande parte do nosso dia em nosso local de trabalho, mas temos também a necessidade de interagir, construir pontes em nosso convívio social. Temos necessidade, inclusive, de participar da sociedade capitalista de produção, já que estamos nela irremediavelmente inseridos.

Levando em conta essas considerações, observa-se com concretude que o descumprimento das premissas legais que norteiam o direito do trabalho referente ao descanso, bem como das limitações da jornada laboral, implicam, de forma relevante, a saúde do indivíduo que exerce atividade trabalhista e, por conseguinte, inibem o direito a existência digna da pessoa humana, de acordo com o que foi resguardado no texto da Carta Magna.

Isto posto, transfigura-se indispensável entender o Direito do trabalho como Instrumento de Justiça Social (MAIOR, 2011, p. 621), Instituto que assegura a eficiência dos direitos humanos fundamentais, previstos e escudados na Constituição Federal de 1988.

2.3 O dever de tutela

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988 tem como “ratio” a concretizar do direito ao trabalho digno, decente e seguro, fincado na inegável dessemelhança de poder e força existente entre empregadores e empregados (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2010).

Esta discrepância entre as forças na relação entre o empregado e o empregador (SEVERO, 2009) conduz à indispensabilidade de observar não só os direitos sociais, mas também o direito do trabalho completamente, sob um prisma distinto. Cabe enfatizar as funções dos princípios especiais e específicos do direito do trabalho, bem como da função social do trabalho, para que assim seja reprimido e obstado o que o trabalhador seja transformado em coisa.

De acordo com Saraiva (2011), entre os demais princípios, o que possui uma maior abrangência de direitos, de relevância única, é o princípio da proteção. Tal princípio tem o intuito de glorificar que empregadores e empregado figurem na mesma relação jurídica com o mesmo teor de igualdade, pois é por decorrência deste princípio que o capital está estorvado de desconsiderar o trabalho humano, ensejando a dignidade de existência, bem como a eficácia da fundamentalidade dos direitos humanos.

Severo (2009, texto digital) refere-se ao princípio da proteção:

Se tivermos presente o fato de que esse ramo especial do direito surge em face da necessidade de impor limites, para poder manter o sistema capitalista, e bem assim pela necessidade de impedir que o homem (destinatário da norma) se torne mero objeto do contrato, não teremos dificuldade em defender a aplicação do princípio da proteção como elemento fundante da relação jurídica de trabalho (e não apenas da relação jurídica de emprego) (SEVERO, 2009, texto digital).

Em prol deste mesmo azáfama, está Leite (2011, p. 80), que expõe o conceito de o princípio da proteção instaurar a igualdade na relação jurídica entre empregado e empregador, em face da inteligível e perceptível desigualdade econômica:

O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do Processo do Trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

Ademais, o doutrinador Saraiva (2011) afirma que o princípio da proteção no campo trabalhista contempla três subprincípios: princípio *in dubio pro operário*, princípio da aplicação da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. No tocante ao primeiro subprincípio, o doutrinador aduz que no conflito entre as interpretações de regras jurídicas há de se considerar ao empregado a norma mais favorável; o segundo objetiva a aplicação da norma mais benéfica ao empregado, independentemente da hierarquia; ao passo que o terceiro subprincípio faz encandecer as condições mais benéficas previstas no contrato de trabalho ou no regulamento de empresa, mesmo que seja alterado esta condição benéfica para maléfica, onde está só valerá para os novos contratantes a partir desta alteração.

O princípio/dever de proteção/tutela vai ao encontro da dignidade de toda pessoa. Trata-se de alicerce para a proteção do trabalho e de suas normas aplicáveis, da mesma maneira que serve como base para a indiscutível consumação dos direitos humanos fundamentais que orientam a relação de emprego (SEVERO, 2011, p. 158).

No próximo capítulo será analisada a expectativa de indenização por dano existencial na relação de trabalho em face das desgastantes jornadas e desobediência ao direito fundamental de trabalho decente, seguro e digno.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

No presente capítulo, serão tratados os principais elementos da responsabilidade civil e do dano existencial.

3.1 Sucinto Histórico sobre Responsabilidade Civil

Verificando e analisando as primeiras formas e trajetórias de sociedade, o exórdio do instituto da responsabilidade civil dimana de uma conceito básico de vingança individual ou privada, reação de um indivíduo defronte com o mal compreensível no viés da pessoa humana.

Conforme Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 55):

É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas.

Ainda sobre o assunto, Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 18) diz que:

O famoso princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, “olho por olho”, já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico.

O trabalho arrojado dos romanistas com suas perspectivas eficazes, serviu de base para a elaboração do Direito Romano, pois provém de uma construção dogmática alicerçada nas decisões de pretores, no pronunciamento de pessoas que dão pareceres jurídicos, mais conhecidas como jurisconsultos, em imperiais constituições e em juízes, assim não se revela uma certa atenção de haver institutos com sistematização de conteúdo teórico.

A lei das XII Tábuas trazia em si própria tais institutos e suas sistematização, porém com perspectivas de evolução do instituto, pois havia a noção de oportunizar para o ofensor e a vítima uma concordância entre ambos, afastando a aplicação da Lei Talião no que se refere à sua pena e, ao invés de haver uma

imposição de dano corporal ao autor, é determinando um pagamento em dinheiro efetuado por parte do autor para com a vítima, onde este pagamento se dá a critério do próprio ofendido.

Todavia, a nova nomenclatura bem como uma nova significação foi implantada e adotada, inovação essa que surgiu com a criação da *Lex Aquilia*, que inclusive é um dos grandes marcos no que tange ao aperfeiçoamento da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 56).

Segundo Venosa (2012, p. 18), a *Lex Aquilia*:

É o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se puna a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente.

Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 57) lecionam sobre esta referida lei romana, complementando:

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil.

Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 57).

Posteriormente à *Lex Aquilia*, é de se observar que houve a implementação da culpa como um requisito básico da responsabilidade civil aquiliana, implementação esta que se originou das reminiscências da legislação Napoleônica por meio do Código Civil, aliás o mesmo marcou a idade moderna dando um devastador salto no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, historicamente falando, com a finalidade de salientar os momentos mais importantes do referido instituto, inserindo gradativamente a concepção de dano sofrido, com

reflexos no Código Civil brasileiro de 1916. Esta teoria não bastava, pois não atendia às necessidades dos diversos casos concretos do dia a dia (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 57/58).

Desse jeito, Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 58):

Num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro.

Tendo em conta a breve concepção dinâmica histórica sobre a eclosão do instituto da responsabilidade civil, chega-se ao seu conceito contemporâneo.

3.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Preliminarmente, a concepção de responsabilidade civil transpassa pelo entendimento do intuito lógico de que quando há um dever jurídico originário e este dever é violado, onde se resulta em dano para outrem, surge-se outro dever jurídico, dever este que é o de reparar o dano causado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2). Deste modo, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 2):

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Neste mesmo caminho, os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 54) concluem que:

a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Por conseguinte, quanto ao interesse particular que foi ferido, sujeita-se ao infrator defronte à vítima, caso o mesmo não tenha condições de reparar o dano com uma reposição *in natura* do seu *status quo ante* (estado anterior), a determinação de pagamento em pecúnia que servirá como uma espécie de compensação (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 54).

O problema da responsabilidade ocasiona-se pelo fato de algumas atividades terem como reflexo algum tipo de prejuízo, no qual busca-se reparar tanto o dano moral, quanto o dano patrimonial causado pelo autor de tal dano. Esta abstração de contraprestação posiciona o autor de uma violação de norma, ao patamar de arcar com as consequências indesejáveis resultantes de sua conduta danosa, sendo notoriamente devido, haver a reparação ao *status quo ante* (GONÇALVES, 2009, p. 1-2).

Venosa leciona neste mesmo sentido, ao mencionar que o instituto da responsabilidade é versado e utilizado toda vez que alguma pessoa, seja natural ou jurídica, deva assumir as consequências de um fato, ato ou até mesmo de um negócio que seja danoso. Logo, levando em conta essa ideia, toda energia humana, através de atividades pode gerar o dever de indenização. Desta forma, há uma abrangência relevante ao falar do estudo da responsabilidade civil, pois tal instituto recai sobre todo o aglomerado de princípios e normas que comandam o dever de indenizar (VENOSA, 2012, p. 1).

Este dever de indenizar é tratado no artigo 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A natureza jurídica de tal dever é legal, isto é, consiste em imposição de lei, e existe porque essa própria lei lhe dá amparo jurídico e lhe define. Além do mais, é olhada como sucessiva, pois é conseguinte de obrigação já existente e determinada por lei, ordem jurídica ou contrato.

Frente essas características, Cavalieri Filho (2012, p. 4) delinea duas premissas:

Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

A obrigação de se indenizar alguém é versada sobre o ilícito contratual (inadimplemento); o ato ilícito (*strictu sensu*); o ferimento de deveres de segurança, indenidade ou garantia determinadas pela lei a aqueles que desempenham atividade perigosa ou utilizam coisas de tal característica; a obrigação de reparar o dano adotada por meio de contrato; a violação de especiais deveres onde a lei determina a aqueles que possui um vínculo jurídico com outrem; e o estado de necessidade, onde o ato é praticado sob esta qualidade, pois tem essas referidas razões como principais circunstâncias autorizadoras de seu surgimento.

Deduz-se, entretanto, pelo de haver um fato social no qual é muito agitado, a restauração de um dano abrange não somente o âmbito jurídico, mas sim também o aspecto moral, ético, religioso, dentre outros, procurando-se na hodiernidade uma expansão do dever de indenizar com a finalidade de que diminuir danos não ressarcidos (VENOSA, 2012, p. 1-2).

Deste modo, não convém analisar o estudo da responsabilidade civil preocupando-se apenas com concepções, funções, formas, espécies e estudo do dano propriamente dito, tendo como necessariedade o raciocínio no que diz respeito a pessoa humana e sua razão de viver. Como versa Flaviana Soares, o progresso da responsabilidade civil, “também deriva da conscientização a respeito da necessidade de manutenção da integridade da pessoa e da proteção dos interesses materiais e imateriais relativos ao ser humano e ao ambiente que o circunda.” A autora ainda aduz que:

A evolução da responsabilidade civil é o resultado da reflexão a respeito das consequências decorrentes da complexidade das máquinas, dos exercícios de atividades perigosas, tais como as atividades nucleares, por exemplo, das novas tecnologias, da globalização e da massificação e maior interdependência nas relações de qualquer espécie; elementos esses que aproximaram todos e projetaram não só os aspectos positivos, mas também os negativos, de uma órbita local para mundial (SOARES, 2009, p. 25).

Existindo, neste instante, a clareza não apenas da evolução histórica do instituto da responsabilidade, mas também do seu conceito doutrinário atual, que evidencia a dimensão e a importância no que tange à integridade moral ou física e proteção da pessoa humana, cabe distinguir suas espécies.

3.3 Espécies da Responsabilidade Civil

Reputando por essência a diretriz da natureza jurídica da norma ferida, bem como a culpa, conseguimos diferenciar o instituto da responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva e também como contratual ou extracontratual.

Começando pela classificação da responsabilidade civil subjetiva, notamos que o artigo 186 do Código Civil de 2002 aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, a concepção da responsabilidade subjetiva é proferida por tal ditame é a causa resultante do ato doloso ou culposos de onde acarreta-se um dano, sendo que as pressuposições de negligência ou imprudência caracterizam tal culpa (GAGLIANO, 2012, p. 59). Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 30) diz que:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário e indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Restringe-se como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, uma parte formal no tocante a não observância do dever jurídico por intermédio de ato voluntário (desrespeito a qualquer direito subjetivo – absolutos, relativos, reais e personalíssimos), o dolo e a culpa sendo elemento subjetivo e o elemento causal-material efetivado no dano e no nexos de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

Por analogia, Cavalieri Filho leciona que por esse conceito antigo ou clássico só haverá a restauração do dano sofrido pela vítima mediante comprovação de culpa do autor, onde nem sempre é plausível de comprovação em uma sociedade contemporânea. O avanço circunstancial de novas situações cotidianas não podiam ser mais abarcadas pelo habitual conceito de culpa, pelo fato de haver um progresso industrial causado pelo maquinismo, bem como um aumento habitacional da população (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

Portanto, a reparação de um dano realizado sem culpa, quando determinado por lei em algumas situações, a responsabilidade é assente como sendo objetiva. A subsistência do dano e do nexos de causalidade, onde todo dano é

passível de ser indenizado quando houver a presença iminente desses dois requisitos interligados cumulativamente, compensa a desnecessidade da culpa. Não há a necessidade, em vista disso, de se provar a culpa do autor para lhe gerar obrigação de restaurar o dano, fundamentando-se tal asserção através da teoria do risco, que entende que toda pessoa quando pratica alguma atividade concebe a terceiros um risco de dano, e mesmo que sua conduta seja uma conjectura sem a presença de culpa, obriga-se a reparar o dano (GONÇALVES, 2009, p. 339).

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 menciona tal ditame, referindo que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. O referido dispositivo sofreu a influência direta do Código Civil Italiano de 1942, em concordância com o que ensina Flávio Tartuce (2011, p. 445):

O dispositivo foi inspirado no art. 2.050 do *Codice Civile* Italiano de 1942, que trata da *esposizione al pericolo* (exposição ao perigo) e que tem a seguinte redação: “*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*” (Tradução livre: “Aquele que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar haver adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano”).

De qualquer forma, é interessante perceber que os dispositivos não são idênticos. Primeiro porque o Código Civil brasileiro trata de atividade de risco; enquanto o Código Civil italiano consagra uma atividade perigosa, conceitos que são distintos pela própria redação. Segundo, porque aqui a responsabilidade é objetiva (sem culpa); enquanto lá não há unanimidade se a responsabilidade é objetiva ou se está presente a culpa presumida.

Sobeja notoriamente, por conseguinte, a enorme problematização tanto nas situações de responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva de corroborar a culpa do autor, bem como a antijuridicidade do mesmo. Tal óbice é atenuado, porém, quando a conduta apreciada é consequência de um dever contratual referente ao seu ferimento, onde existe a presunção de culpa ante a obrigação direta da parte que feriu o contrato. Fragmenta-se, portanto, a responsabilidade civil, em um modo mais analítico e legislativo tendo como base a natureza jurídica da norma violada pelo agente direto do dano, seja contratual, ou também extracontratual (GONÇALVES, 2012, p. 62).

Carlos Alberto Gonçalves (2009, p. 26), no que diz respeito à responsabilidade contratual, cita que:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu; com o ator, que não comparece para dar o espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contratos não adimplidos.

Por consequência, antevertendo uma relação obrigacional, e existindo o dever de indenizar acarretado pelo inadimplemento, tem-se em iminência a denominada responsabilidade civil contratual. Dito isso, além das conjecturas antevistas nos artigos 389 e seus subsequentes do Código Civil, podemos ratificar que ela também engloba as situações de inadimplemento ou mora referente a quaisquer obrigações (da lei ou de negócio unilateral), como âmbito de atuação (GONÇALVES, 2009, p. 26).

Por contrapeso, entende-se por responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual em situações danosas desde que não contratuais, intentando-se a expressão dita do sobredito artigo 186 do Código Civil. O alcance de tal responsabilidade consiste na omissão, bem como também no desrespeito aos deveres gerais de abstenção de toda pessoa (direitos reais, direitos de autor e etc.) (GONÇALVES, 2009, p. 26-27).

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 64) encontraram a concepção que versa sobre a responsabilidade civil tanto na espécie contratual quanto extracontratual, estabelecidos três elementos que as distinguem:

Três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, a *necessária preexistência de uma relação jurídica* entre lesionado e lesionante; o *ônus da prova quanto à culpa*; e a *diferença quanto à capacidade*.

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

(...)

Por fim, vale destacar que, em termos de capacidade, o menor púbere só se vincula contratualmente quando assistido por seu representante legal — e, excepcionalmente, se com malícia declarou-se maior (art. 155 do Código Civil de 1916 e art. 180 do Código Civil de 2002).

Tendo em vista a apresentação das concepções e dissemelhanças entre a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva e contratual ou extracontratual, manamos para a elucidação de seus quatro elementos.

3.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil

É indispensável a análise dos elementos da responsabilidade civil, no intuito de obter um melhor entendimento do instituto. Há uma determinada falta de unificação doutrinária no que tange à necessidade dos principais elementos, por consequência, será utilizado consoante a especificação de Flavio Tartuce, um coligado de compreensões doutrinárias de autores brasileiros, como Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves e Sergio Cavalieri Filho (TARTUCE, 2011, p. 410-411).

- a) Conduta;
- b) Culpa *lato sensu*;
- c) Nexo de causalidade;
- d) Dano;

Realiza-se, pois então, um exíguo esclarecimento referente a concepção destes pressupostos do dever indenizatório.

3.4.1 Conduta

A atuação humana tem a responsabilidade civil como expressão de *munus* mais perceptível – tendo em vista que o homem, por si só ou através de

peças jurídicas, pode ser responsabilizado civilmente (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 78).

Este primeiro elemento tem sua essência principal na voluntariedade, tendo como quesito basilar a compreensão da livre triagem do provável agente imputável (com entendimento do que faz). Engendra-se, tanto nas situações de responsabilidade subjetiva quanto nas de responsabilidade objetiva, a voluntariedade, fazendo-se presente uma vez que o agente motivador do dano age em conformidade com sua liberdade de autonomia (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 79).

Portanto, de acordo com as exemplificações de Gagliano e Pamplona Filho, os pais são responsáveis pelo seu filho menor de 16 (dezesseis) anos em relação aos danos causados pelo mesmo, pois a absoluta incapacidade da criança, bem como sua ocasional incompreensão do ato ilícito, não afastam a responsabilidade civil, o que seria apto ocorrer, conquanto que seja provado que o ato danoso advindo do inimputável tivesse sido ocasionado por força maior ou caso fortuito (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 80).

Sob a luz de tal tema, Flavio Tartuce (2011, p. 412) dispõe que:

[...] a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.

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 necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

A conduta se classifica em positiva (sendo o exercício de um comportamento ativo como, por exemplo, um indivíduo embriagado jogar sua moto contra uma casa) e em negativa (exercício omissivo ou negativo que acarreta em dano como, por exemplo, algum enfermeiro que não ministra medicamentos ao seu chefe, onde desrespeita as regras de sua profissão, bem como o contrato que assinou).

Destaca-se, enfim, que em que pese a responsabilidade via de regra dimanar de ato propriamente dito ou conduta, onde o infrator cumpre a responsabilidade com seu patrimônio, pois o artigo 942, *caput*, do Código Civil menciona que “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem

ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”, há a possibilidade indiscutível de um indivíduo ser responsabilizado por ato danoso de terceiro (de acordo com o que dispõe o artigo 932 do Código Civil em suas hipóteses), também por ato de animal (como dispõe o artigo 936 do Código Civil), por fato de coisa inanimada (conforme preveem os artigos 937 e 938 do Código Civil) e, além do mais, pode ser responsabilizado no que respeita à relação de consumo, por haver sido colocado produto no mercado consumista (de acordo com as situações determinadas nos artigos 12, 13, 14, 18 e 19 da lei 8.078/1990) (TARTUCE, 2011, p. 413).

3.4.2 Culpa *Lato Sensu*

Levando em conta o que foi anteriormente evidenciado, aduz-se que em responsabilidade civil subjetiva exige-se o elemento da culpa, sendo o segundo dos elementos principais da responsabilidade civil.

Mana-se da percepção de que a idiosincrasia humana voluntária compreende-se naquele que se externa por meio de uma ação ou omissão, aspectos físicos, externo e objetivo de toda conduta humana. Já a volição humana desagua sobre o aspecto intrínseco, subjetivo ou psicológico, onde a conduta humana e sua natureza atribui-se como sendo o próprio comportamento. Tal vontade é o motivo encorajador do comportamento humano, onde por conseguinte pode ser mais ou menos abundante, e é neste momento que se torna viável identificar se o infrator está atuando abarcado de intenção ou não. Portanto, existirá vontade, desde que os atos externos do infrator sejam nativos do querer inerente a ele (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 30).

No mesmo caminho de tal entendimento, consta como intenção a vontade destinada a um certo fim, conduzindo o objetivo traçado por um indivíduo, distinguindo-se da vontade por esta ficar restrita apenas à conduta no mesmo momento em que aquela propende para o evento. Deste modo, possuímos a compreensão de culpa *lato sensu*, abarcando toda modalidade de comportamento humano – seja intencional ou não – que se contradiz ao Direito. Assim, o comportamento humano intencional é reconhecido como dolo, já o não intencional é firmado como culpa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 31).

Silvio Venosa (2012, p. 26) esclarece que:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (*quase-delito*). Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delitos e quase-delitos. Essa distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o presente Código apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único). A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo.

Em consonância com o dito, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 32) elucida a diferenciação entre dolo e culpa:

Tanto no dolo como na culpa, há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado.

Há a possibilidade de o dolo ser categorizado e desvendado em direto e indireto. O direto é aquele no qual o agente procura o dano como finalidade, já o indireto consiste na consciência do risco por parte do agente, porém o dano causado não era objetivo. Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 308) elucida tal diferenciação com o imediato paradigma:

Quando Antônio, querendo prejudicar Benedito, incendeia a casa deste, há dolo direto. O objetivo perseguido era especificamente o de pôr fogo na morada de Benedito, para afligir-lhe a perda. Se, porém, a intenção de Antônio, ao queimar umas tábuas velhas no jardim da casa de Benedito, era apenas a de fazer uma brincadeira com este, confiando que as chamas não sairiam de seu controle, o dolo será indireto se a casa for incendiada e perde-se. O objetivo, aqui, não era incendiar a morada de Benedito, mas Antônio assumiu de forma consciente o risco de produzir esse dano ao fazer a infeliz brincadeira.

No que tange à culpa, consegue-se listar e dividi-la em três graus. O primeiro grau inicia-se pela culpa leve, e esta leva em consideração o bom senso de

um homem médio para ser parâmetro de referencia a conduta que viola um dever. No segundo grau, a culpa levíssima, que se refere as situações de força maior ou caso fortuito que são condutas onde não é possível prevê-las, pois na presença de uma destas condutas comumente exclui-se a culpa do agente. Por fim, ainda vale ressaltar a culpa grave como o último grau da classificação, sendo aquele que se apresenta de modo impolido, assemelhando-se não apenas ao dolo, mas também à “culpa consciente” do próprio infrator (VENOSA, 2012, p. 28-29).

Enfim, alude-se, de maneira sumária, outras especificações de culpa: culpa *in vigilando* (refere-se ao patrão, a falta de fiscalização do patrão referente ao empregado ou também de terceiro sob sua exigência), culpa *in eligendo* (refere-se a equivocada escolha de preposto ou representante), culpa *in concreto* (refere-se a conduta específica sob análise), e culpa *in abstracto* (refere-se a conduta que foi descumprida, onde a mesma é analisada sob o parâmetro do homem médio) (VENOSA, 2012, p. 30-34).

3.4.3 Nexo de Causalidade

A partir da conduta culposa ou risco, cria-se um vínculo de causa e consequência entre o ofensor e a vítima que sofreu com o dano, vínculo este chamado de nexo de causalidade. Tal elemento possui a feição imaterial referente à responsabilidade civil. É possível haver uma certa representação didática deste elemento, como sendo um cano virtual que coaduna e liga os elementos do dano e conduta, acarretando na afirmação de que não haveria a caracterização da responsabilidade civil, sem que haja esse encadeamento que a relação de causalidade atribui entre a conduta e o dano do infrator. Portanto, existindo, por exemplo, dano sem que a relação causal esteja presente na conduta do agente, não há de se falar em dever de indenizar (TARTUCE, 2011, p. 419-420).

Cavaliere Filho (2012, p. 49), seguindo a mesma linha de raciocínio, afirma que:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja

resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

No que se refere ao tema exposto, Flavio Tartuce (2011, p. 420/421):

- Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC).
- Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela *atividade de risco* (art. 927, parágrafo único, do CC).

Há três teorias fundamentadas que subsistem para tentar clarificar o nexo de causalidade: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 151).

O jurista alemão Von Buri, em pleno século XIX, elaborou a teoria da equivalência das condições, expondo que todas as razões causais se equivalem, desde que possuam vínculo com o resultado. Com isto, tudo o que for concorrente para o evento danoso é considerado causa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, p. 152).

Cavaliere Filho (2012, p. 50-51) menciona que:

Como o próprio nome diz essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor; a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições.

Para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito.

A crítica predominante quando se fala em tal teoria é o fato dela levar a uma exacerbação da causa e um notório retrocesso no próprio elemento do nexo de causalidade. Assim, por exemplo, uma vítima de um acidente automobilístico, desfrutaria de uma indenização não só por parte de quem guiava o automóvel de

modo imprudente, mas também por parte do vendedor do automóvel que foi adquirido, bem como do fabricante de tal carro, etc. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

Ao passo que a segunda teoria, a qual chamada de “causalidade adequada”, composta por Von Kries, filósofo, onde em conformidade com um determinado juízo de probabilidade, a causa seria conceituada com o antecedente intangível conveniente à geração do evento danoso. Isto é, para que a causa seja observada como “adequada”, tal causa deverá ser consentânea à concretização do resultado danoso, conforme o juízo de probabilidade feito (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 153-154).

Cavaliere Filho (2012, p. 51) com o fim de estabelecer uma diferenciação desta teoria da causalidade adequada com a anteriormente vista, esclarece que:

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.

A principal crítica referente a esta teoria situa-se em uma certa dúvida que é gerada, especificamente em como determinar, entre várias circunstâncias, qual foi a causa mais adequada, pois não há a existência de uma regra que esclarece tal problema (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 52).

Por último, a terceira teoria chamada de “causalidade direta ou imediata” (também conhecida como teoria da causalidade necessária), que reside na obra “Da inexecução das Obrigações e suas Consequências”, elaborada no Brasil pelo professor Agostinho Alvim, estabelece que a causa é apenas o precedente fatídico, que adjunto à existência de um vínculo de necessidade ao dano resultado, determina este último como uma consequência sua, direta e imediata (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 156).

Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 156) concebem sobre tal teoria o exemplo a seguir exposto:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal. Note-se, portanto, que a interrupção do nexos causal por uma causa superveniente, ainda que relativamente independente da cadeia dos acontecimentos (capotagem do veículo) impede que se estabeleça o elo entre o resultado morte e o primeiro agente, Tício, que não poderá ser responsabilizado.

Perante a apresentação das teorias, em que pese Gagliano e Pamplona Filho concluírem ser “mais apropriado o Código Civil brasileiro adotar a teoria da causalidade direta e imediata (teoria da interrupção do nexos causal), na dimensão da necessária causalidade”, Cavalieri Filho (2012, p. 52) afirma que:

[...] enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 52).

Desta maneira, malgrado haver uma certa dúvida doutrinária, infere-se que o Código Civil brasileiro inclina-se para o lado de ser amparado pela teoria da causalidade adequada, pelo fato da majoritária doutrina brasileira e estrangeira enxergar um prisma mais convincente para a responsabilidade civil brasileira (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 158).

3.4.4 Dano

Por primazia, o dano é o núcleo do regramento do instituto da responsabilidade civil. Sem estabelecer a figura do dano, fica impossível de abordar o assunto da indenização tampouco do ressarcimento, pois o dever de indenizar decorre apenas da execução de ato ilícito capaz de gerar dano a outrem. Persegue-se, portanto, um resultado lesivo e concreto ao patrimônio moral ou também ao

patrimônio econômico, pouco importando a intenção da conduta, seja ela culposa ou dolosa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Cavaliere Filho (2012, p. 77), no que tange a concepção atual do dano, aduz que:

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

No entanto, é essencial salientar que nem toda vez a desobediência de uma norma engendra dano. Tal dano necessita ser hodierno e devido, assim os danos hipotéticos não se submetem à indenização, apenas sendo estabelecido a fidedigna manifestação do dano com a fixação do real prejuízo experimentado pela vítima (VENOSA, 2012, p. 37).

No mesmo paradigma, Carlos Roberto Gonçalves estabelece que a indenização não será devida se o dano deixar de demonstrar as características de certeza e hodiernidade, pois com o requisito da “certeza”, apenas, já se obsta a viabilidade da restauração do dano meramente hipotético (GONÇALVES, 2009, p. 339).

Desta maneira, Gagliano e Pamplona Filho 2012, p. 90/91) pormenorizam para que o dano seja tido como indenizável os seguintes pressupostos:

a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica — obviamente, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito. Lembre-se de que a Magna Carta de 1988, neste ponto acompanhada expressamente pelo art. 186 do novo Código Civil, reconhece a plena reparabilidade do dano moral, independentemente do dano patrimonial.

[...]

b) certeza do dano — somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. Mesmo em se tratando de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo.

[...]

c) subsistência do dano — quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante. Obviamente, se a reparação tiver sido feita às expensas do lesionado, a exigibilidade continua.

De acordo com isto, os danos são passivos de serem classificados em: patrimoniais (diminuem o valor ou perece os bens do credor que espera ser indenizado) ou extrapatrimoniais (referente ao sofrimento suportado pela vítima); materiais (referente aos bens) ou pessoais (afetam a integridade moral ou física de toda e qualquer pessoa humana); diretos (são aqueles cuja a participação para o evento danoso é única); individuais (afetam uma pessoa ou algumas) ou coletivos (referente ao aglomerado de pessoas que suportam uma lesão); e intencionais (aqueles que há intenção do agente) ou acidentais (são aqueles em que não há intenção do agente) (COELHO, 2008, p. 287-293).

Considerados, destarte, o instituto da responsabilidade civil e todos os seus elementos, dá-se uma importância especial a responsabilidade civil nas relações de trabalho, com o intuito de traçar os prováveis danos que o empregado suporta frente à conduta do empregador na relação de emprego.

3.5 Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho

Ao analisar o direito do trabalho, não há possibilidade de haver uma “responsabilidade tipicamente trabalhista”, haja vista que não ostenta normas próprias. Pela ausência de tais normas e doutrinas, os elementos de estudo necessário para se tratar da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito na relação de emprego são extraídos do direito comum, mediante o Código Civil, sem, entretanto, alterar os institutos trabalhistas e sua natureza (PINTO, 2005).

A regra geral da responsabilidade civil brasileira, referente a sua nova conceituação, é dual, pois subsiste duas espécies de responsabilidade civil, quais sejam, subjetiva e objetiva, onde pode ser considerado de grande valor para o Direito do Trabalho no que tange ao risco à saúde do trabalhador. Entretanto, quem pode sofrer a responsabilização é tanto o empregador quanto o empregado (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 342-343). Desta forma José Augusto

Rodrigues Pinto menciona e minuciosa as aptidões da responsabilidade civil que podem aflorar de uma relação de emprego:

- a) Trabalhista regular, bilateral, de empregador e empregado, em razão da bilateralidade e comutatividade do contrato individual de emprego. Ela decorre da execução normal do contrato, cujo cumprimento implica a entrega das prestações fundamentais (energia pessoal e sua retribuição) e complementares, mais conhecidas como deveres dos contratantes.
- b) Trabalhista regular do empregador, representada pelo recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social e Receita Federal em função da retribuição contratual do trabalho do empregado.
- c) Trabalhista anômala de qualquer dos contratantes pela prática de ato ilícito trabalhista, que será todo aquele representativo de comportamento contratual com violação de norma jurídica ou de exercício abusivo de direito trabalhista. O dever de reparação ou compensação de dano material ou moral nasce do ilícito trabalhista cometido.
- d) Trabalhista do empregador, por dano acidentário decorrente denexo do sinistro com a conduta dolosa ou culposa na execução contratual.
- e) Responsabilidade civil anômala de qualquer dos contratantes pela prática de ato ilícito danoso contra terceiro na execução da relação individual de emprego.
- f) Responsabilidade penal de qualquer dos contratantes pela prática de ato ilícito delituoso contra o outro.
- g) Responsabilidade civil do empregador por dano material ou moral causado a terceiro pela prática de ilícito penal seu ou de seu empregado na execução do contrato individual de emprego.
- h) Responsabilidade trabalhista de qualquer dos contratantes por dano material ou moral causado ao outro pela prática de ilícito penal.

Por cúmulo, a responsabilidade civil suporta uma subdivisão no âmbito do Direito do Trabalho, visando-se o caráter meramente didático em duas principais situações: (a) responsabilidade civil do empregador por dano do empregado e (b) responsabilidade civil do empregado por ato do empregador (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 342-343).

3.5.1 A responsabilidade civil do empregador por dano ao empregado

Após conhecer as principais particularidades quanto à responsabilidade civil, há de ter conhecimento também da concepção relevantíssima referente a responsabilidade civil do empregador por dano ao empregado.

Nas situações geradas pelo próprio empregador, com resultado danoso, a regra é que seja imputada a responsabilidade subjetiva, exceto quando houver lei específica prevendo o ensejo da objetivação da responsabilidade. Além do mais, a primordial isenção à responsabilidade civil subjetiva em situação de dano

suportado pelo empregado, aflora da circunstância de o empregador apropriar-se de todos os riscos da prática econômica. Deste modo, no momento em que um risco de dano maior é gerado ao empregado, desde que advindo da atividade econômica, o empregador excepcionalmente suportará uma responsabilização objetiva (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 349).

O arquétipo mais rotineiro e abundante discutido na doutrina e jurisprudência é o acidente de trabalho e sua responsabilização. A concepção de acidente de trabalho, segundo Lagoa Júnior, advém de um evento deletério, relativo ao trabalho, com suficiência de designar a morte do trabalhador ou a supressão total ou parcial, seja por um certo intervalo de tempo, seja definitiva, da eficácia em poder trabalhar. Compõem, à vista disso, a concepção jurídica de acidente de trabalho: a) o evento onde a saúde do trabalhador é lesada, seja mental ou física; b) nexo fundamental entre o labor e o acidente, e frente este último e a supressão da eficiência laborativa; e c) a perda ou a diminuição da eficiência laborativa (LAGO JUNIOR, 2001, p. 54).

Consoante com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, e artigos 949 e 950 do Código Civil de 2002:

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Por conseguinte, se o empregado suportar um acidente de trabalho derivado de ato doloso ou culposo do empregador, terá amparo jurídico referente a indenização pelos lucros cessantes e despesas de tratamento necessário.

Vólia Bonfim Cassar (2014, p. 198), sobre tal indenização e seu campo de atuação e alcance, estabelece uma momentânea ligação com a previdência social:

Apesar da reparação do dano patrimonial visar repor o exato valor do prejuízo sofrido pelo empregado, o patrão terá que pagar o valor equivalente ao salário (e demais vantagens) que o empregado ganhava quando do acidente, enquanto perdurar o afastamento do trabalhador, sem debitar, reduzir ou atenuar este valor por aquele que é pago pela Previdência Social. Isto porque as parcelas pagas têm natureza jurídica e fato gerador distintos. A parcela paga pelo empregador decorre do ato por ele praticado (dolo, culpa ou culpa presumida, para as atividades de risco), ensejando indenização; o fato gerador é o dano, com nexos causal que o vincula ao ato do patrão, enquanto o benefício pago pela Previdência tem natureza social, pois visa garantir um mínimo de sobrevivência ao segurado e tem como fato gerador o implemento das condições legais impostas pela lei. Preenchidos os requisitos legais o segurado terá direito. A Previdência não responde por culpa, dolo ou atividade de risco e sim por determinação legal, pelo princípio da solidariedade social.

O acidente de trabalho e sua incidência, desta vez, é capaz de esculpir três espécies de responsabilização: contratual (referente a uma casual suspensão do contrato de trabalho e uma constatação de estabilidade decorrente de acidente de trabalho), previdenciária (seguro contra acidente de trabalho, sustentado pelo empregador e executado pelo estado) e a cível, que é mais intrincada e primordial para o contexto até aqui otimizado. Harmônico com esta última, Gagliano e Pamplona Filho consentem que é subjetiva, havendo a necessária conduta danosa por parte do empregador, onde o mesmo se valha do elemento da culpa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 351).

Refutando tal entendimento, e expondo a heterogeneidade de tal discussão doutrinária, entende Jorge Souto Maior que é consequência do risco da atividade o acidente de trabalho, ou melhor, das maneiras de trabalho que são exigidas como obrigatoriedade pelo empregador ao empregado, sendo compreensível apurar a legitimidade da execução desses dispositivos como sustentáculo da responsabilidade civil objetiva, para a reparação do dano suportado pelo empregado em virtude do acidente de trabalho. Em vocábulos essenciais, o Código Civil trouxe, em vista disso, a glorificação da linha jurisprudencial e doutrinária de professar a responsabilidade civil objetiva quando em situações de acidente de trabalho (MAIOR, 2004).

Apesar disso, a condecoração da responsabilidade civil subjetiva referente ao empregador análogo a este caso culmina, segundo Gagliano e Pamplona Filho, na incoerência de que para a atividade praticada pelo empregador, enseja-se responsabilidade objetiva, desde que advinda de danos causados por si, porém, no que diz respeito aos seus empregados, pelo fato dos danos serem causados precisamente por meio do exercício da análoga atividade que cativou a objetivação da responsabilidade civil, teria o direito de ser responsabilizado subjetivamente (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 352).

Nossa jurisprudência ainda é vacilante. Ressalte-se o Enunciado n. 337, editado na IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que ofertou a seguinte redação: “O art. 7.º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 352).

Este paradigma expõe o quão intrincado é a análise que responsabiliza o empregador pelos danos causados ao empregado nas relações trabalhistas.

3.5.2 A responsabilidade civil do empregador por ato do empregado

O Código Civil, em seu artigo 932, III, estabelece o responsável pela restauração civil, qual seja, “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Por conseguinte, a responsabilização civil do empregador em relação ao ato praticado pelo empregado não é mais tida como subjetiva, onde inclusive era atribuída a culpa presumida (conforme prevê a Sumula 341 do STF), pois se transportou para o cenário da responsabilidade civil objetiva (PAMPLONA FILHO, 2012).

No que diz respeito a este assunto, Pamplona Filho (2012, p. 148) diz que:

A ideia de culpa, na modalidade *in eligendo*, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilização civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação [...] de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida. E essa responsabilidade é objetiva, independentemente de quem seja o sujeito vitimado pela conduta do empregado, pouco importando que seja um

outro empregado ou um terceiro ao ambiente laboral (fornecedor, cliente, transeunte etc.).

Há quem entenda que tal objetivação da responsabilidade civil seja capaz de fomentar arranjos entre empregados e vítima, tendo como finalidade lesionar, propositalmente, o empregador (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, p. 342-343). Portanto, para o empregador perdura comprovar que o dano foi suscitado por situação fora do exercício de trabalho ou em razão dele, bem como demonstrar que o ocasionador do dano não era seu empregado ou também mesmo que o agente seja seu empregado, demonstrar que sua conduta não caracteriza ato ilícito (VENOSA, 2012, p. 93-94).

3.6 Dano Patrimonial

No que se refere a dano material, afirma-se ser aquele concebido por relações jurídicas interligadas passíveis de valoração pecuniária. Independente de existir um dano imaterial, o dano material pode mesmo assim existir, uma vez que são danos autônomos, não implicando a presença de um para que haja a existência do outro.

A inviolabilidade dos direitos da personalidade foi tratada e positivada pela Constituição Federal de 1988 e, caso haja algum ferimento a tais direitos, em consonância com a Sumula 37 do Superior Tribunal de Justiça, a vítima que suportou tal lesão terá direito a ser indenizada independentemente da natureza do dano, seja moral, seja material.

O doutrinador Flávio Tartuce expõe que os danos materiais (patrimoniais) são aqueles acarretados do ferimento ao patrimônio tangível de pessoa física, jurídica ou até mesmo ente despersonalizado (TARTUCE, 2014, p. 285).

Júlio Cesar Bebber, por sua vez, vai mais a fundo, entende que o dano material é aquele que abarca todo e qualquer ferimento ao patrimônio do lesado, sendo configurado como patrimônio tudo aquilo que está sujeito a valoração pecuniária (BEBBER, 2009, p. 26).

Contudo, o entendimento de Bebber demonstra uma certa limitação. A sujeição a valoração não define que o dano seja patrimonial. O indivíduo possui dois

patrimônios, um tangível e outro intangível, sendo este formado pelos bens jurídicos da esfera imaterial.

Ressalta-se, Flávio Tartuce, que já é sapiência firmado pela doutrina e jurisprudência que para surgir reparação do dano causado há de se ter, devidamente, o elemento probatório adequado, onde danos hipotéticos não são levados em conta (TARTUCE, 2014, p. 286).

Isto é, tem que existir a veracidade de um dano concreto, não sendo o bastante existir uma probabilidade factual, em razão de que o poder jurisdicional não pode antever estimações hipotéticas e/ou com possibilidades de acontecer. Elas têm que assimilar a veracidade fática do ordenamento.

Apesar de que não necessariamente a palavra “reparação” esteja incorreta, a doutrina, preferivelmente, quando versa sobre danos materiais, acaba por utilizar a palavra “ressarcimento”. Agora, no que se refere aos danos morais, não é aconselhável utilizar a expressão ressarcimento, tendo que contentar-se a “reparação” (TARTUCE, 2014, p. 286).

Nada obstante ser apenas uma tratativa de expressão, a importância é que se encontra notório que um dano extrapatrimonial jamais será devolvido, em virtude de que o retorno ao *status quo ante* é certamente improvável. Em função disto, o aconselhável é a utilização da nomenclatura reparação, demonstrando deste jeito uma tentativa de redução do prejuízo, mas jamais uma restituição total.

Neste prisma, Wilson Melo da Silva, aduz que os bens lesados por sua teoria da reparação patrimonial, determina que quando ocasionado a indenização por danos materiais, deve-se assemelhar os elementos da compensação e prejuízo (SILVA, 2014, p. 363).

Quando há a existência de um bem material insuscetível de substituição por outro igual, dever-se-á reparar pecuniariamente. O ferimento patrimonial deve ser estipulado em moeda e o agravante deve arcar com o *quantum* determinado. Findando o pagamento, satisfaz-se a obrigação de reparar o dano causado (SILVA, 2014, p. 286).

De acordo com o que expõe o artigo 402 do Código Civil, os danos materiais são catalogados em duas espécies: danos emergentes e os lucros cessantes. Este último, faz alusão ao futuro, mais especificamente a perda de ganhos futuros, já os danos emergentes reportam-se ao prejuízo efetivamente suportado pela vítima.

3.6.1 Danos emergentes

O dano material, de acordo com o que foi exposto, é gênero das espécies dano emergente e lucros cessantes. Os danos emergentes, ou ainda danos positivos, são configurados no momento em que há uma diminuição patrimonial da vítima, isto é, em razão do lesionado ter experimentado o dano já decorrido, haverá o direito à uma indenização sobre o que efetivamente se perdeu (TARTUCE, 2014, p. 287).

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.059 expõe que será passível de indenização tudo aquilo que o credor “efetivamente perdeu” e o que “razoavelmente deixou de lucrar”. O nascimento do Código Civil de 2002, que ratificou o referido artigo do anterior Código, fez com que este seja tratado no artigo 402.

É necessário para que ocorra o dano emergente, prejuízo acarretado por uma ação danosa ou omissão, desde que haja para esta última o dano. O legislador menciona o prejuízo atual, ele faz referência àquilo que o credor realmente perdeu, cuja denominação se dá como dano emergente (*damnu emergens*) (SEVERO, 1996, p. 10).

A elucidação feita pelo doutrinador Cristiano Chaves de Farias é que se trata de um dano que se simetriza ao valor imprescindível para a vítima, uma vez que irá preencher os danos suportados pela mesma, de tal forma, que origina-se uma harmonia ao patrimônio prejudicado, não sendo importante saber que tipo de conduta gerou o dano, podendo ser pela ação ou também por meio da omissão (FARIAS, 2015, p. 223).

A expressão do Código Civil, em seu artigo 948, inciso I, menciona de antemão o momento cabível de inserir o dano emergente. Esse artigo instrui que nas situações de homicídio, serão reembolsados a família da vítima, pelas custas de tratamento da vítima (despesas com velório, por exemplo). Ressalta-se, o princípio da razoabilidade, que conduzirá a valoração da indenização, refutando qualquer pedido mordaz (TARTUCE, 2014, p. 288).

A supracitada categoria danosa contém um benefício quando confrontada ao lucro cessante, qual seja, a prova, uma vez que naquela é plausível estabelecer desfalque na esfera patrimonial com justeza.

Convém mencionar uma especificidade que concerne em indenizar o emergente em casos onde o bem é substituível (quando o bem for fungível).

Quando o assunto for referente a bem móvel, o Código Civil define, em seu artigo 947, desde que seja passível de substituição por outro de sua mesma espécie, quantidade e qualidade, o agente tem a opção de entregar um bem proporcional ao dano, e deste modo ficará isento de arcar com a indenização. Destarte, o ressarcimento pecuniário para o juiz tem natureza de opção subsidiária no momento em que a reparação *in natura* não demonstrar-se apta (FARIAS, 2015, p. 225).

Destaca-se ainda, que as duas modalidades de se reparar um dano não se excluem mutuamente, uma vez que o ordenamento adota o princípio da reparação integral (artigo 944 da Lei Civil), pode-se exigir tanto a reparação pecuniária quanto a reparação natural (FARIAS, 2015, p. 226).

3.6.2 Lucros cessantes

No que tange a este assunto, o doutrinador Flávio Tartuce em consonância com o artigo 286 do Código Civil de 2002, entende que os lucros cessantes ou até mesmo chamados de lucros negativos são devidos em virtude de valores que a vítima não auferiu, isto é, aquilo que razoavelmente acabou não lucrando (TARTUCE, 2014, p. 288).

Tal dano se concatena àquilo que não foi alcançado, isto é, diz respeito ao futuro prejuízo suportado, que é o *lucrum cessans* (SEVERO, 1996, p. 10). Em outras palavras, lucros que, presumivelmente, atribuir-se-iam ao patrimônio da vítima, desde que não houvesse a lesão.

Compreendendo didaticamente, exemplifica-se tal assunto. Se um carro no qual o motorista é taxista se envolve em um acidente por culpa exclusiva do outro agente motorista, considera-se que deste acidente originou-se dois tipos de dano ao primeiro indivíduo taxista. O primeiro concerne em reparar materialmente o automóvel por conta do acidente; e o segundo tange às viagens, ou melhor ao exercício da função que o taxista viria exercer, refutando deste modo esse lucro. Destaca-se que este último prejuízo configura o *lucrum cessans*, haja vista que se refere ao dano efetivamente verossímil, deixando desta maneira de ser uma mera expectativa.

O lucro cessante não se reporta apenas a uma vantagem iminentemente malograda por causa do dano, entretanto, àquele que não será obtido pelo agente credor, mesmo que, a datar de antes, não existisse obtenção por parte do mesmo.

3.6.3 Perda de uma chance

A combinação em um único momento de dois pressupostos opostos, sendo eles a incerteza e a certeza concebem a chamada perda de uma chance (AFONSO NETO, 2009, p. 352). Tal modalidade de danos materiais se forma quando, por motivos de eventualidades consistentes em uma prática injusta, for eximida a probabilidade de obter vantagens ou até mesmo de refrear prejuízos (FARIAS, 2015, p. 230).

Esta teoria da perda de uma chance, segundo Felipe Peixoto Braga Neto, reside na ideia de que mesmo com a interrupção de uma probabilidade de vantagem, seja ela certa ou incerta, está no plano da razoabilidade e o dano existirá (BRAGA NETTO, 2008, p. 59).

O requisito da certeza faz alusão à causa de um fato antijurídico que frustra o alcance de alguma oportunidade ou refuta a probabilidade de frustrar uma lesão (AFONSO NETO, 2009, p. 352). Agora, o requisito da incerteza é manado da não probabilidade de se estabelecer que a perda da chance acarretaria, efetivamente, a pretensão querida, já que assim, a despeito de se tratar de uma circunstância de probabilidade alta, existe elementos extrínsecos que possuem capacidade de intervir no resultado (AFONSO NETO, 2009, p. 352).

Sergio Savi aduz que a composição da perda de uma chance se dá pela junção da “frustração em obter uma futura vantagem através da chance” e “decepção de não haver mais a chance de se impedir um futuro prejuízo”, com exceção somente a expressão “fracasso da chance de impedir um dano que ocorreu” (SAVI, 2012, p. 45). Para surgir uma indenização, segundo esta teoria clássica de Felipe Peixoto Braga Netto, é preciso haver a presença direta e imediata do dano (BRAGA NETTO, 2008, p.59).

Um critério a se seguir e entender em que se pauta o instituto da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, é a aposta, em razão de

que faz referência a oportunidade de vitória e de perda, viabilizando à vista disso o lucro ou não da vítima. Desse modo, analisa-se que a distinção entre a teoria da perda de uma chance e outras modalidades de dano é a referente à prova, mais especificamente recai sobre a total ausência de comprovação entre o ato danoso e a aposta, levando em conta que a chance sumida tem o risco como sua característica essencial (SILVA, 2013, p. 12).

Destarte, jamais ficará firmado se concretamente foi o agente do fato danoso que imprescindivelmente deu causa a frustração da aposta (SILVA, 2013, p. 13).

A ideia da razoabilidade continua sendo o fundamento tanto para o dano emergente quanto para a teoria da perda de uma chance, porém distinguem-se em razão de o primeiro abarcar o prejuízo concreto e real, ao passo que o segundo diz respeito a não efetivação de uma probabilidade.

3.7 Dano Extrapatrimonial

Em 1988, com o surgimento da Magna Carta, caíram por terra os debates intensos sobre a tese que antevia a reparação dos danos extrapatrimoniais. Até aquele momento, o dano moral não era passível de reparação por indenização, pelo fato de que a doutrina e a jurisprudência tinham dificuldade sobre o assunto, especificamente no que se refere a quantificação e determinação do dano moral. A influência da evolução da Constituição Federal foi tão importante que os danos imateriais passaram a recair sobre vários ramos do Direito, dentre eles, emanou-se também no Direito do Trabalho (TARTUCE, 2014, p. 290).

A Lei maior em seu artigo 1º, inciso III, assegura a todas as pessoas humanas o direito à existência digna, protegendo a pessoa e seu bem, seja material, seja imaterial, em objeção a todo e qualquer dano, desde que injusto (BEBBER, 2009, p. 26).

No momento em que a legislação constitucional de 1988 previu como um de seus relevantes fundamentos a proteção de toda pessoa humana e sua existência digna, o dano imaterial no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser e a ter uma grande e vasta importância.

Na medida em que o indivíduo concedeu importância a um bem específico, atribui um valor a esse bem, seja ele tangível ou intangível. Logo, não resta dúvidas que para esse objeto no qual foi atribuído, há um interesse satisfativo do indivíduo que concedeu valor àquele bem. Desta maneira, é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro não só o direito material, mas também o dano incorpóreo.

O patrimônio e sua composição começou a aderir os bens imateriais em sua esfera e, em vista disso, tais bens ganharam a possibilidade de compensar, diante da ocorrência de uma lesão. Entretanto, ficaram intactas os óbices referentes ao campo de atuação sobre a composição de uma “categoria de danos imateriais” (ANDRADE FILHO, 2015)

A aparição do dano extrapatrimonial se dá como aquele que infringe bens ou valores desfavorecidos de quantificação monetária, onde é inexequível o acesso em moeda.

Neste carreadouro, consegue-se rotular os danos aos dados pessoais, os danos à vida de relação como danos extrapatrimoniais.

As infrações imateriais a respeito à indenização são antevistas em alguns artigos do Código Civil. Entretanto, tais predições legislativas não detalham os bens jurídicos a serem protegidos pelo código. Este acontecimento é suscitado em virtude de serem normas de caráter aberto, viabilizando, deste modo, que seja configurado como ato ilícito aquele que estorve, injustamente, toda as atividades humanas (BEBBER, 2009, p. 27).

3.7.1 Danos morais

O dano moral compreende uma lesão de direitos da personalidade, após concluído a leitura e cognição dos artigos 11 a 21 do Código Civil. É prescindível, no que tange à reparação, caracterizar um preço devido ao sofrimento causado, no entanto, há necessidade de existir um meio de serenar os prejuízos imateriais.

Confirmando o ditame supracitado, a doutrina desaconselha a utilização do termo ressarcimento, uma vez que o dano moral não tem o intuito de

aumentar o patrimônio da vítima que sofreu o dano, porém existe a compensação dos prejuízos causados.

Com relação ao que já foi abordado no dano material, há uma diferença que não se interliga ao dano moral, qual seja, neste último não há a possibilidade de retornar ao *status quo ante*.

Os sentimentos de angústia, tristeza e sofrimento causados à vítima, acarretam em dano moral cuja relação com o dano *in natura* é insofismável. Destaca-se evocar que para o dano moral não é preciso haver a existência de sentimentos humanos negativos para sua formação, e ainda, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça corrobora com tal formação, Súmula esta que prevê a viabilidade da pessoa jurídica figurar no polo do agravado, sendo capaz de sofrer dano moral (TARTUCE, 2014, p. 290).

Durante algum tempo, à pessoa jurídica não era considerada apta a sofrer dano moral, pois tal dano era compreendido e fundamentado no sentimento de “dor na alma”, e por consequência, uma pessoa jurídica jamais seria capaz de sentir dor.

Entretanto, esse entendimento é defasado, pois não há, no prisma legislativo referente aos direitos extrapatrimoniais, sequer previsão que suprima as pessoas jurídicas deste molde de direitos. Aliás, para colocar um fim a esta celeuma, o artigo 52 do Código Civil de 2002 estabelece que as pessoas jurídicas estão sujeitas à proteção.

Desta forma, pode-se afirmar as formas que o dano moral e o extrapatrimonial se configuram, como também definir no que concerne o dano moral.

O dano moral é o malefício causado a qualquer transgressão dos direitos da personalidade de toda pessoa humana (honra, privacidade), desde que encontre eco na vida do indivíduo de forma dolorosa e angustiante. É imprescindível para constatar a existência do dano moral o fato de haver um reflexo no comportamento, dá-se por insofismável o sofrimento e não um desconforto eventual (BEBBER, 2009, p. 26).

A princípio, as modalidades de dano patrimonial e moral eram os únicos danos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com o passar do tempo, o sistema jurídico acolheu diversas modalidades de dano. O dano moral, na constância do tempo, apresentava o caráter de ser irreparável, motivo para a negativa de indenização.

Em um certo momento, apesar disso, acabou-se incompreensível o fato da vítima ficar sem ressarcimento diante do rompimento pelo desrespeito ao seu direito de personalidade, surgindo um desalinho no direito (MORAES, 2007, p. 147). É neste ápice que foi estabelecido que toda pessoa detém dois patrimônios, um agrupamento de elementos materiais e imateriais, um patrimônio intangível e outro tangível.

A danificação a um valor material ou imaterial, do qual surge a responsabilidade que obriga a ser reparada por quem deu causa a lesão, tipifica um ato ilícito (BEBBER, 2009, p. 26).

Destarte, afirmou-se a concepção de que o dano moral consiste em uma lesão a certos direitos, mais especificamente sendo direitos personalíssimo do indivíduo. Isto é, tal danificação moral afeta o campo personalíssimo do indivíduo (GAGLIANO, 2012, p. 101).

É imprescindível diferenciar o dano moral em direto e indireto, de acordo com o entendimento de alguns doutrinadores. A primeira espécie de dano moral seria a lesão que atinge um direito extrapatrimonial, em contrapartida, a segunda modalidade seria aquela que lesionaria um interesse ou um bem de natureza patrimonial e que, por conseguinte, resultaria no surgimento de um dano no âmbito extrapatrimonial.

A identificação da longitude e presença do dano sofrido ainda é muito controversa, uma vez que cabe estimar os efeitos deletérios da dor causada a uma pessoa.

3.7.2 Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana

Há um vasto debate que contorna este assunto, e tal questão é originada por esses direitos da personalidade que precisam, realmente, da eficiência da norma em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2007, p. 117).

São de uma imensa relevância os direitos da personalidade, em razão de sua composição que aflora um âmbito inviolável, onde estão agrupados os direitos essenciais de todo indivíduo. Relaciona-se a direitos que não são passíveis de o indivíduo renunciar, transmitir ou dispor, ademais, nem mesmo a Emenda

Constitucional tem capacidade para extingui-los ou alterá-los, são cláusulas pétreas (MORAES, 2007, p. 117).

Todo e qualquer indivíduo é tutelado e abarcado pelos direitos de personalidade, por conta de sua característica de abrangência geral. Isso corrobora com a existência e eficiência do princípio da isonomia.

Ao longo de um período, sobressaiu-se a ideia do significado do princípio da igualdade, consistente em tratar os iguais e os diferentes de uma maneira idêntica, corrompendo a execução da igualdade material e cumprindo apenas a igualdade de natureza formal. Entretanto, o Direito do Trabalho explicitou que esse tratamento na realidade era desigual e ensejava em uma sobreposição de uma parte sobre a outra, necessitando em vista disso uma equiparação para as partes que se apresentam em uma posição deficitária (MORAES, 2007, p. 118).

Esta barreira natural e decorrente da realidade das relações trabalhistas, comprometida a igualdade material, implicou a desproporção nas relações jurídicas, em razão de muitos contratos serem considerados abusivos, inviabilizando assim uma possível defesa dos hipossuficientes.

Outros ramos do ordenamento jurídico foram mais além e chegaram à mesma afirmação a respeito da existência da vulnerabilidade, não somente dos trabalhadores, como também das crianças, adolescentes, consumidores, homossexuais, dentre outros indivíduos de categoria minoritária.

Destarte, referente às classes desprestigiadas, houve a viabilização da igualdade substancial, por meio das legislações, com o intuito de nivelar a relação jurídica. Diante disso, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal Brasileira reconheceu a proteção à toda pessoa.

O acolhimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por parte da Constituição Federal Brasileira de 1988 tem como finalidade fazer com que em situações conflituosas entre relações jurídicas patrimoniais e subjetivas existenciais, esta última se sobressaia em relação à primeira, corporificando desta forma o âmago do princípio presentemente tratado (MORAES, 2007, p. 120).

Não pode existir um número certo de pessoas tuteladas, pois o que é protegido é o valor da pessoa, independente de etnia, sexo, idade, sem limites, isto é, não pode haver um *numerus clausus*, logo, são direitos que não detêm previsão exaustiva na Constituição Federal Brasileira (MORAES, 2007, p. 121).

É essa tutela da pessoa como um todo, bem como da sua personalidade e dos direitos essenciais a todo indivíduo, uma vez violados, que dão azo ao dano moral (MORAES, 2007, p. 127).

Moraes interpreta que intitular que o dano moral pertence ao sentimento de “dor, humilhação” é sumariamente cognitivo e equivocado, haja vista que, explorado mais profundamente o dano moral, percebe-se que esses são repercussões provenientes do dano extrapatrimonial e não a concepção, que inclusive necessita serem tidos como irreparáveis, para assim fazerem jus ao ordenamento jurídico (MORAES, 2007, p. 130).

Não é cabível ao Direito analisar se o ferimento ocasionado trouxe um sentimento meramente desagradável de dor, mas sim apenas concretizar a cláusula da tutela da pessoa humana, não deixando que quaisquer situações de ferimento aos efeitos do primordial princípio passem por irreparáveis (MORAES, 2007, p. 131).

Assim, pelo fato de existir na dignidade da pessoa humana a natureza pessoal e própria, há a aptidão de ser protegida.

3.7.3 A designação do dano moral nas relações de emprego

A doutrinadora Alice Monteiro de Barros estabelece na sua obra que o Direito do Trabalho se adequa a extensão da responsabilidade civil, pois esta última não fica limitada ao ramo do Direito Civil (BARROS, 2012, p. 510). É necessário expor que o dano moral não se refere à área da saúde e à segurança (DELGADO, 2011, p. 598).

Foi expressamente atribuída à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar demandas derivadas da relação de trabalho e que encerrem litígios por danos indenizatórios e reparatórios, sejam eles materiais ou morais, conforme entendimento remansoso e pacífico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O entendimento jurisprudencial e doutrinário, não foi mudado pela Emenda Constitucional 45/2004. Pelo contrário, de acordo com o artigo 114 da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho, ampliada, passou a abarcar os danos morais decorrentes dos pleitos indenizatórios derivados da relação de emprego.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é uníssona:

PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. CONDUTA ILÍCITA DO EMPREGADOR. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-I desta Corte superior no sentido de que o prazo prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de relação do trabalho é contado da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrida a suposta lesão posteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Por outro lado, verificada a ofensa moral anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, conforme se depreende da decisão proferida pelo Tribunal Regional, a lesão concretizara-se com a dispensa, ocorrida em 5/5/2000 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do atual Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 12/1/2003 - e findando em 12/1/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 28/6/2002, não há prescrição a ser decretada relativamente à pretensão à reparação por danos morais decorrentes da relação do trabalho. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 109600-52.2002.5.15.0095 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011.)

A necessidade da comprovação dos elementos do dano moral é questionada. Argumentada a incidência de tal dano para afirmar a pressentida lesão. Entretanto, reparação e sua reponsabilidade, reside logo após a violação (*damnum in re ipsa*), não sendo concernente a comprovação de que houve o dano, em razão da não exigência de indícios de sofrimento por parte da vítima (BARROS, 2012, p. 515).

Destaca-se que a tutela não recai somente sobre os direitos extrapatrimoniais do empregado, mas também protege tais direitos referentes ao empregador, em vista disso, afirma-se, que ainda que pecuniária, não há uma prerrogativa exclusiva do empregado no que tange a reparação.

Ora, levando em consideração o contrato de trabalho, não poderia ser cogitado tal prerrogativa exclusiva, pois ambas as partes possuem obrigações impostas pelo pacto trabalhista, isto é, uma correlação entre “patrão” e “empregado”.

O doutrinador Rodolfo Pamplona entende que no Direito do Trabalho o dano moral tem possibilidade de incidir em três fases, quais sejam: pré contratual, contratual e pós contratual (PAMPLONA, 2002, p. 94).

Todavia, com relação ao momento em que o dano ocorre, seja na fase contratual, seja na pré contratual, ainda há a incidência de contraposição doutrinária. Caso o dano ocorra na fase contratual, é insofismável que a competência para analisar e julgar é da Justiça do Trabalho, em consonância com o dizeres da Súmula nº 392 do Tribunal Superior do Trabalho: Dano moral e material. Relação de trabalho. Competência da justiça do trabalho (BARROS, 2012, p. 515).

Existe o posicionamento dos que entendem que na fase pré-contratual a análise e julgamento do dano moral seria de competência da Justiça Comum, em vista de que ainda não havia a constância da relação de emprego, porém, há quem entenda que seria competência da Justiça do Trabalho se o pacto trabalhista não se der a partir de um ato atentatório à intimidade (BARROS, 2012, p. 515).

A etapa contratual para Rodolfo Pamplona não possibilita grandes desentendimentos, uma vez que é nesta fase que a relação de emprego aflora e o desrespeito de suas cláusulas, tanto para o empregado quanto para o empregador é desvantajoso, pois é capaz de motivar uma danificação ao patrimônio moral de ambos (PAMPLONA, 2002, p. 94).

Nesse viés, serão analisadas circunstâncias em que é plausível de entendimento que houve uma danificação na esfera extrapatrimonial. Na fase pré-contratual, o dano moral pode surgir por meio de atos discriminatórios ou alegações pessoais. Neste primeiro, o legislador, por meio da Lei 9.029/95 anteviu causas consideradas como atos discriminatórios, vedando para fins de admissão os atestados de esterilização, gravidez, entre outros (PAMPLONA, 2002, p. 95).

A supracitada lei tipifica casuísticas que se colocadas em práticas são consideradas como ilícitas, conseqüentemente, podem gerar danos morais (PAMPLONA, 2002).

Transportando para a etapa contratual, é cabível a existência do dano moral, desde que haja transgressão ao artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas que expõe sobre o pacto trabalhista, onde não é possível alterá-lo lesivamente, isto é, impede a regressão funcional (PAMPLONA, 2002).

Em virtude de seu impedimento expresso, é inaceitável tal conduta empregatícia, propiciando, além do mais, a perspectiva de despedida indireta.

Assim, haja vista a capacitação de ocasionar constrangimento e eventos desonrosos, é insofismavelmente cabível a reparação pela danificação causada ao patrimônio intangível da vítima.

Também, a presença de assédio sexual, discriminação, trabalho em condições precárias, trabalho escravo, entre outras possibilidades, promove o ensejo a lesão à direitos da personalidade do indivíduo. Estes fatos acarretam em um desconcerto pessoal, desonra, vergonha, por parte do empregado que se vê constrangido em virtude do abuso hierárquico.

O Tribunal Superior do Trabalho, em hodierna decisão, condenou uma empresa pelo não fornecimento de condições básicas/mínimas aos empregados que viajavam à serviço da mesma, caracterizado trabalho degradante:

DANO MORAL. NÃO FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E DORMITÓRIOS. VIAGENS A SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CC, E 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 126. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. A recusa do empregador em oferecer aos empregados, em viagens de serviço, condições básicas de sobrevivência, tais como, alimentação, água e dormitório, expõe os trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, ofendendo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e atingindo o patrimônio imaterial dos empregados. No caso, a Corte de origem registrou que, em viagens de serviço, a alimentação fornecida pela reclamada (1 refeição ao dia) era insuficiente para as necessidades do empregado e que nem sequer era disponibilizado água e local para limpeza pessoal, sendo o reclamante, ainda, obrigado a dormir no ônibus que transportava trabalhadores, em face da recusa da empresa em oferecer dormitórios. Diante de tal quadro fático, inconteste (Súmula nº 126), resta caracterizado tratamento constrangedor sofrido pelo reclamante, o que acarreta dano moral passível da reparação. Ilesos, portanto, os artigos 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do CC. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST. Processo Nº RR-600-22.2008.5.13.0012. Relator Min. Renato de Lacerda Paiva. 2ª turma. Data de Julgamento: 12/08/2015).

Encerrado o estudo pertinente a etapa pré-contratual e contratual, sobeja a análise da etapa pós-contratual e sua responsabilização tangente às relações de trabalho.

Entreveja o fato que, quando um pacto trabalhista é findado, a carta de referência, de modo corriqueiro, é solicitada pelo contratado. Entretanto, em determinadas situações, o empregador expressa, referente ao ex-empregado, vários detalhes de qualificação dispensáveis, como por exemplo, o ajuizamento de uma reclamação trabalhista contra a empresa. A finalidade da carta ora mencionada se resume em fazer apenas uma descrição da performance do empregado no lapso

temporal trabalhado para aquele empregador. Logo, nessas circunstâncias, caso esteja formada alguma situação análoga, o trabalhador fruirá do direito de reparação decorrentes de danos morais (PAMPLONA, 2002. p. 114).

Neste sentido, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE NOTA NA IMPRENSA ACERCA DOS MOTIVOS DA DISPENSA DA EMPREGADA. VIOLAÇÃO DA HONRA E DA IMAGEM. 1. O Tribunal Regional do Trabalho consignou expressamente que a reclamada, após dispensar 49 de seus empregados, entre os quais a ora recorrente, publicou nos jornais de circulação na cidade nota esclarecendo os motivos da dispensa coletiva. Destacam-se, dentre os critérios adotados na seleção dos empregados cujos contratos de emprego seriam rescindidos, a referência a docentes que “não vestiam a camisa” e “difamavam a instituição”, bem como que “tiveram conceitos baixos nas avaliações dos coordenadores dos cursos e dos alunos”, e “não se adequaram às novas tecnologias do ensino superior.” 2. A mácula à imagem e à honra objetiva da trabalhadora resulta configurada tanto do ponto de vista social como na vida profissional, porquanto as ideias de desqualificação técnica, deslealdade e não confiabilidade, decorrentes da nota publicada, bastam para dificultar a reinserção da obreira no mercado de trabalho, dentro do âmbito de veiculação da publicação. 3. Recurso de Revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-56100-41.2008.5.15.0037. 1ª turma. Des. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DEJT 24/09/2015).

Destarte, qualquer lesão à integridade moral de um empregado é plenamente inaceitável no ordenamento jurídico, assegurando deste modo ao empregado uma vasta tutela protetiva aos seus direitos.

O dano moral não é considerado isoladamente, podendo, em decorrência de um fato, haver uma lesão que ocasiona a configuração de tal dano concomitantemente com o dano material, seja na seara cível, seja na área trabalhista.

Tangente à responsabilização do empregador diante da violação à esfera moral do empregado, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é assertivo:

PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. CONDUTA ILÍCITA DO EMPREGADOR. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-I desta Corte superior no sentido de que o prazo prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de relação do trabalho é contado da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrida a suposta lesão posteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista

reconhecida ao evento. Por outro lado, verificada a ofensa moral anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, conforme se depreende da decisão proferida pelo Tribunal Regional, a lesão concretizara-se com a dispensa, ocorrida em 5/5/2000 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do atual Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 12/1/2003 - e findando em 12/1/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 28/6/2002, não há prescrição a ser decretada relativamente à pretensão à reparação por danos morais decorrentes da relação do trabalho. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 109600-52.2002.5.15.0095/Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1.ª Turma, j. 30/03/2011, DEJT 08/04/2011 Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acessado em 15 de agosto de 2018).

Ademais, também pode haver essa lesão em face de mais de um indivíduo, que é o dano moral coletivo.

Neste prisma, a doutrinadora Alice Monteiro afirma que inevitavelmente haverá casos em que o agravador do dano não estará solitário diante dos demais indivíduos de um grupo que supostamente lesionou outrem. Em virtude do agente causador do dano dificilmente de ser constatado, originou-se a “responsabilidade coletiva”, onde diferencia-se no que diz respeito aos danos, pois no dano individual existe uma lesão que atinge um direito subjetivo ou, até mesmo um interesse individual, ao passo que o dano coletivo concerne em ferir um direito difuso, mas ainda assim inteligível, uma vez que todos os prejudicados pertencem a uma coletividade (BARROS, 2012, p. 519).

E nesta trilha, a mais hodierna e debatida matéria sobre este assunto, existe a formação do dano existencial nas relações de trabalho. Deste modo, seguimos para a sua análise didática, com o intuito de fragmentar todas as suas chances de incidência no âmbito trabalhista, bem como estudar as possibilidades dos resultados para as duas faces da relação empregatícia, quais sejam, empregador e empregado.

3.8 Dano Existencial

3.8.1 Surgimento do dano existencial

Em consonância com Flavia Rampazzo Soares, o dano existencial constitui lesões às relações que prezam por uma progressão natural da personalidade da pessoa humana, englobando suas perspectivas sociais e pessoais, onde diretamente é tido como parte integrada ao âmbito extrapatrimonial dos danos (SOARES, 2009).

Elucida a autora que, com o surgimento do dano existencial tendo como berço o direito italiano, nos meados de 1950, e para entender a concepção, evolução e a execução prática do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, necessita-se compreender que a responsabilidade civil no direito italiano está alicerçada legalmente nos artigos 2.043 e 2.059 do Código Civil, assim livremente traduzidos: 1) “Qualquer fato doloso ou culposo, que causa danos injusto a outrem, obriga a pessoa que cometeu o ato a ressarcir o dano”; 2) “O dano moral só pode ser ressarcido nos casos determinados em lei”. Esses mencionados artigos apontam que a indenização advinda de um dano extrapatrimonial deve estar prevista em casos legais e que a conduta criminosa que deu ensejo ao dano ocasionado obriga o responsável ou o culpado pelo dano à indenizar (SOARES, 2009, p. 41).

O dano moral apenas era suscetível de indenização, diante das leis italianas, nas ocasiões legalmente previstas em lei ou também se ocasionado por um crime. Por conseguinte, a incorporação da responsabilidade por dano imaterial, além dos danos advindos de crime, limitava-se aos danos processuais como lógica resultante, por exemplo, da responsabilidade dos magistrados por ato doloso ou culposo, configurada em casos de culpa grave, além de estar em exercício de sua função. A imprescindibilidade de estender a tutela da pessoa ante ao dano injusto no ponto de vista dos juristas era irrefutável, perante a existência de lacuna (ALMEIDA NETO, 2005).

Dito isto, a grande doutrina italiana, entre este mesmo período supramencionado e os anos 60, constatou a eminência de uma nova modalidade de dano rotulado *danno alla vita di relazione* (dano à vida de relação). Floresce, deste modo, a constatação de dano à relação social da pessoa, estendendo-se, de

maneira indireta, à potencialidade laborativa da vítima (ALMEIDA NETO, 2005). Diante do tema, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 41-42) afirma que:

[...] na década de 1950, houve o reconhecimento do que se chamou de “dano à vida de relação”, o qual deveria ser indenizado, independentemente da indenização devida pelo dano material sofrido pelo lesado. A partir da década 1970, começaram a ser emitidos mais pronunciamentos judiciais, determinando a necessidade de proteger a pessoa contra atos que, em maior ou menor grau, atingissem o terreno da sua atividade realizadora, fundamentados, principalmente, nos artigos 2º (que tutela os direitos invioláveis da pessoa humana), 3º e 32 da Constituição, e no artigo 2.043 do Código Civil italiano, embora naquela época não se empregasse, explicitamente, o termo “dano existencial”.

Com o relevante progresso na tentativa de desmembrar o dano à saúde do exposto no supracitado artigo 2.059 do Código Civil italiano, a denominação “danos biológicos” tornou-se referência denominativa para vários danos, abrangendo todos interesses imateriais considerados inadequados para os conceitos tradicionais (SOARES, 2009, p. 42). Amaro Alves de Almeida Neto, por sua vez, traduziu para a língua nacional brasileira, a sentença 184, de 14 de julho de 1986, da Corte Constitucional italiana, a qual é considerada um relevante momento por aceitar o direito de ressarcimento ante ao dano à saúde suportado pela pessoa, nos seguintes termos:

O art. 2.043 do Código Civil é uma espécie de norma em branco: enquanto no mesmo artigo é expressamente e claramente indicada, a obrigação ressarcitória que resulta do fato doloso ou culposos não são especificados os bens jurídicos protegidos da lesão. A ilicitude objetiva do fato, que condiciona o surgir da obrigação ressarcitória, vem indicada unicamente por meio da “injustiça” do dano produto do ilícito. Afirmou-se, quase no início deste século (...) que o artigo em exame contém uma norma jurídica secundária, cuja aplicação supõe a existência de uma norma jurídica primária, porque nada mais faz do que estabelecer as consequências da ofensa, do ato contra jus, isto é, da violação da norma de direito objetivo. O reconhecimento do direito à saúde, como direito fundamental da pessoa humana, comporta o reconhecimento que o art. 32 da CF integra o art. 2.043 do CC, completando este pelo preceito primário (ALMEIDA NETO, 2005).

Debatida a imprecisão técnica de englobar determinados danos como sendo “biológicos” e a sua proteção ineficaz, aos poucos, na década de 1990, estudiosos do direito liderados pelos professores Patrizia Ziviz e Paolo Cendon na década de 1990, instauraram a autenticação do “dano existencial”, o qual está alicerçado nas relações remuneratórias ou não que atingiam de forma danosa a

integridade psicofísica (relação social, familiares, artísticas, familiares) ante uma conduta danosa (SOARES, 2009, p. 42-43).

De acordo com o que voga a doutrina, a sentença 500, de 22 de julho de 1999 (*sezione Unite*) proferida pela Corte de Cassação italiana, afirmou a reparabilidade ao interesse lídimo que suportou um dano, mediante a constatação de dois elementos: ferimento a uma posição garantida constitucionalmente e injustiça do dano (ALMEIDA NETO, 2005). Entretanto, a Decisão nº 7.713, de 7 de junho de 2000, foi a primeira pronúncia referente ao “dano existência” feita pela Corte Italiana, onde persistiu entendido que a Constituição italiana tem a obrigação de assegurar os valores individuais, estabelecendo a indenização tanto dos danos patrimoniais quanto daqueles que tem a capacidade de prejudicar a atividade executora da pessoa humana (SOARES, 2009, p. 81).

Assim, verificados as historicidades que resultaram na exordial certificação do dano existencial, segue-se ao seu estudo no que se refere à concepção.

3.8.2 Concepção de dano existencial

Configura-se o dano existencial com a danificação ao campo de relações que norteiam a pessoa, ajudando-a na progressão habitual de sua personalidade, envolvendo o aspecto pessoal ou social. É um prejuízo negativo, que pode ser total ou parcial, permanente ou temporário, à uma rotina que a vítima que suportou o dano tinha anexado em suas atividades, sejam elas individuais ou conjuntivas, e que em razão do reflexo ocasionado pelo dano, precisou alterar ou eximir a realização de tais atividades (SOARES, 2009, p. 44).

Resumindo os indícios do dano, Paolo Cendon e Patrizia Ziviz (2000, p. 30) expõem que:

As atividades realizadoras da pessoa humana (comprometidas mais ou menos definitivamente); os transtornos da agenda cotidiana, um relacionamento diferente com o tempo e com o espaço, a renúncia forçada a – muitas ou poucas – ocasiões felizes. O pioramento da qualidade de vida.

Ainda sobre a referida concepção, Júlio César Bebbber (2009, p. 28)

afirma:

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital.

O dano existencial ainda é subdividido em dano ao projeto de vida e à vida de relações, segundo Hidemberg Alves da Frota (2012, p. 63):

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 ideias 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, 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 (FROTA, 2012, p. 63).

Destarte, toda mudança importante do padrão vivenciado pela pessoa, ecoando de forma persistente sobre a existência da pessoa, que inclusive pode ser jurídica, abarcada de lesões que não são aptas a caracterizar-se como danos patrimoniais, será reconhecida como dano existencial. Nada obstante, a agressividade de tal dano se estende inclusive às atividades que a pessoa razoavelmente poderia vir a perceber, não ficando assim englobadas apenas as atividades arruinadas pelo indivíduo. É a caracterização da “perda de uma chance”, que consiste na percepção da vítima a qual se encontra prejudicada por ser privada de uma expectativa que seria justa, onde ante a conduta lesiva do ofensor acaba não exercendo determinadas atividades referentes a tal expectativa (SOARES, 2009, p. 45).

Entretanto, não há uma uniformização doutrinária referente a extensão da perda de uma chance atingindo o cerne da caracterização do dano existencial. Para diferenciar os institutos e estabelecer a potencialidade cumulativa entre eles, os

doutrinadores Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2012, p. 47) entendem:

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado.

As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva (BOUCINHA FILHO; DE ALVARENGA, 2012, p. 47).

No que diz respeito ao estudado dos requisitos que configuram o dano existencial casuisticamente, Júlio César Bebber (2009, p. 28-29) enumera quatro:

- a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito;
- b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa;
- c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida;
- d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs (BEBBER, 2009, p. 28-29).

Com relação aos requisitos supramencionados, é imprescindível verificar o *standard* (parâmetro corriqueiro de conduta do indivíduo no exercício de seus próprios interesses) de qualificação e quantificação referente ao contentamento da vítima (CASSANO, 2000, p.35), ferindo diretamente as atividades familiares, relações sociais, a salubridade do local de trabalho, religiosas ou quaisquer outras searas com capacidade de danificar a serenidade familiar, etc. Essas situações mencionadas serão analisadas à luz do dano juridicamente relevante e sua existência, inclusive também será observada a conduta, nexo de causalidade entre um e outro e o responsável (SOARES, 2009, p. 47).

Nesta oportunidade, segue-se com o estudo, analisando a sua fundamentação legal no direito brasileiro, após verificado a concepção, composição, características e pressupostos de execução do dano existencial.

3.8.3 Fundamentação legal do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro

Ante a verificação já feita referente a dignidade do trabalhador e de todos requisitos que norteiam a responsabilidade civil, é relevante apresentar uma sucinta e direta elucidação com relação a fundamentação legal que alicerça o dano existencial e o direito a reparação decorrente de tal dano.

Assim sendo, com a análise dos dispositivos constitucionais que abarcam o princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, expostos nos artigo 1º, III e 5º, V e X da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ressalta-se que o texto constitucional firmou de forma direta a argumentação superior da tutela dos interesses imateriais de toda pessoa, qual seja, a primordialidade de preservar e promover a dignidade da pessoa humana. Além do mais, alguns interesses específicos nutrem a garantia de invulnerabilidade, onde o dever de indenizar incide como pena (SOARES, 2009, p. 60).

Com a interpretação do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, destaca-se que ao mencionar o “dano moral”, o entendimento da expressão pode ser estendido não apenas sob a espécie “danos morais”, como também aos danos

extrapatrimoniais o qual é gênero (SOARES, 2009, p. 61). A leitura do §2º do artigo acima citado, faz com que para tal interpretação seja auferida relevância, expondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por toda a extensão da Constituição, observa-se vários artigos que corporificam o direito de indenizar, tais quais o inciso XLV do artigo 5º (possibilidade de transferência, aos sucessores do criminoso, da obrigação de indenizar por danos em razão da prática de crime), o artigo 37 (responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e privado, prestadoras de serviços públicos quanto aos danos causados por seus agente) e §3º do artigo 225 (obrigação de indenizar danos causados ao meio ambiente).

Considerando a previsão da legislação constitucional, encontra-se no Código Civil a permissão da reparabilidade do dano existencial, consoante com o que expõe Amaro Alves de Almeida Neto (2005, p. 35):

Além da previsão Constitucional, no novo Código Civil encontramos a autorização da reparabilidade do dano existencial nos mesmos permissivos que autorizam a reparabilidade do dano moral, quais sejam: o art. 12, caput: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”; o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; art. 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”; art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...); art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Enfim, é plausível mencionar as Súmulas 37 do Superior Tribunal de Justiça e 491 do Supremo Tribunal de Federal, como afirmações jurisprudenciais referente ao assunto:

Súmula 37 – Superior Tribunal de Justiça. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Súmula 491 – Supremo Tribunal Federal. É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Logo, como já legitimado no Direito italiano, é possível sustentar que no Brasil o ato doloso ou culposos, que acarrete em alteração de perspectiva na rotina do indivíduo, onde a consequência é uma mudança lesiva no modo comportamental do indivíduo ou em suas atividades referentes ao estrutural de vida íntima, desconsiderando o impacto financeiro, deve, na qualidade de dano existencial ser indenizado (ALMEIDA NETO, 2005).

4 O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Cabe discutir a questão do dano existencial e sua evolução doutrinária e jurisprudencial no direito do trabalho.

4.1 A admissão do Dano Existencial no Direito do Trabalho

Várias ramificações do Direito podem reconhecer a responsabilidade civil por dano existencial. Há de se ressaltar a análise de casos na seara cível (exemplos: indivíduos que tiveram transfusões de sangue contaminado e que, por consequência, passaram a ser portadores de diversos vírus como o da hepatite; AIDS; aniquilação das férias por culpa da empresa que gerencia viagens, etc.); também no direito de família (exemplo: o caso Iruan, onde a demanda judicial encravada entre as famílias no que tange a guarda ecoou na mídia de modo claramente negativo, ferindo a relação da criança com a sociedade ao expô-lo); no direito ambiental (exemplo: rio contaminado por culpa da indústria, afetando os cidadãos e suas atividades corriqueiras) (SOARES, 2009, p. 65-74).

Entretanto, um dos ramos em que mais se observa um aumento de vasta repercussão sobre demandas referentes ao reconhecimento do dano existencial, atualmente, é o Direito do Trabalho. Deste modo, há de ressaltar a presença do dano existencial no ramo do direito trabalhista toda vez que a conduta do empregador “impedir o empregado de ter relações e conviver em sociedade através de atividades afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso” (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 27).

Ademais, nas hipóteses que fique caracterizado a condição degradante ou análoga à de escravo no trabalho, uma vez que o empregador age com coação no intuito de que o empregado exerça suas atividades em condições subumanas, no que se refere às condições de limpeza, horário de jornada e alimentação, sem haver uma contraprestação em dinheiro, inclusive criando situações ou métodos para que a remuneração seja consumida (SOARES, 2009, p. 75).

Além do mais, consoante com o que Marcelina Bernardi Lora (2012, p. 21) afirma, nas situações de assédio moral para com o empregado, lesões por

esforços repetitivos (LER), bem como por distúrbios osteomusculares (DORT), o dano existencial pode ser reconhecido:

No âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial pode estar presente na hipótese de assédio moral. Este, sabidamente, compromete a saúde do trabalhador, que apresenta, segundo as pesquisas, desde sintomas físicos, que incluem dores generalizadas, dentre outros males, até sintomas psíquicos importantes, com destaque para distúrbios do sono, depressão e ideias suicidas. O evento, além de causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento de capacidade laboral, pode ensejar sofrimento, angústia, abatimento (dano moral) e também prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial).

O trabalhador vítima de LER/DORT também pode padecer de dano existencial. As expressões "Lesões por Esforços Repetitivos (LER)" e "Distúrbios Osteo musculares Relacionados ao Trabalho (DORT)" abrangem os distúrbios ou doenças do sistema músculoesquelético-ligamentar, que podem ou não estar relacionadas ao trabalho. As Lesões por Esforços Repetitivos (LER) contemplam problemas distintos, de causas diversas. Quando alguma destas enfermidades tiver como fator desencadeante os movimentos repetitivos merecerá o enquadramento como LER. Se os esforços repetitivos em questão forem executados no exercício da atividade laboral, a LER então se equipará à DORT, em razão do nexo causal (ocupacional), caracterizando-se como doença ocupacional (art. 20, § 2º da Lei 8.213/91). As lesões do sistema músculo-esquelético prejudicam não somente a atividade laboral, mas também as tarefas do dia a dia, tais como a higienização pessoal, a execução de instrumentos musicais e outras atividades de lazer, caracterizando-se, assim, o dano existencial (LORA, 2012, p. 21).

Para uma melhor análise e esclarecimento das situações caracterizadoras da reparação por dano existencial na seara trabalhista, faz-se necessário observar a admissão do dano existencial no direito do trabalho.

4.2 O Dano Existencial em Virtude da Jornada de Trabalho

De acordo com o que já foi exposto, torna-se necessário analisar e aplicar tal conceito ao instituto da jornada de trabalho. Deste modo, o empregado que é obrigado a dilatar, por inúmeras vezes, sua jornada no decorrer do contrato de trabalho, afasta-se cada vez mais de seus principais direitos fundamentais, aniquilando não só com o tempo de vida, mas também com o direito de progressão social, ou o de se aprimorar como pessoa, ficando assim sem a dignidade devida (SOARES, 2009).

Entre os vários atos lesivos referentes aos trabalhadores, é insofismável ressaltar que a jornada extraordinária exercida consuetudinariamente

ou frequentemente, é de notoriedade vasta. Claramente que, nessa perspectiva, o empregado que exerce sua função em jornadas extraordinárias habituais acaba suportando alterações em seus projetos de vida e na relação com seus companheiros. O empregado com isso fica impossibilitado de realizar atividades rotineiras imprescindíveis para seu desenvolvimento e asseguradas pela Carta Magna, graças à jornada dilatada.

Em diversas hipóteses, o dano existencial causado pelo empregador para com o empregado é gerado através de obstrução ao lazer. É o cenário, por exemplo, de um empregado que exerce suas atividades extraordinariamente ultrapassando o limite legal, por anos contínuos, com quase nenhum intervalo intrajornada, de acordo com a jurisprudência do Rio Grande do Sul (NASCIMENTO, 2015, p. 103).

Tal julgado expõe os direitos fundamentais de todo trabalhador sendo violados, uma vez que se passa na conjuntura de uma funcionária que, por exercer habitualmente jornada extraordinária que extrapola o limite legal, tem configurado o dano existencial:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. (RO, 105-14-2011-5-04-0241, Rel. Des. José Felipe Ledur, 1.^a Turma. Porto Alegre).

O constatado no caso em tela foi uma transformação do que era tido como extraordinário para ordinário, por razão de que as horas extras eram frequentemente realizadas, acarretando óbice ao afeto familiar e social, além de dores musculares que a impossibilitava de praticar atividades de lazer.

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região:

EMENTA: JORNADA EXAUSTIVA. PRIVAÇÃO DO LAZER E DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SOCIAL. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A exposição do empregado, de forma habitual e sistemática, a carga extenuante de trabalho, em descompasso com os limites definidos na legislação, implica indébita deterioração das condições laborativas, a repercutir inclusive na esfera de vida pessoal e privada do trabalhador. Nessas circunstâncias, as horas extras quitadas durante o pacto representam válida contraprestação da força de trabalho vertida pelo obreiro, em caráter suplementar, em prol da atividade econômica. Todavia, não reparam o desgaste físico e psíquico extraordinário imposto ao empregado bem como a privação do lazer e do convívio familiar e social, sendo manifesto também, nessas condições, o cerceamento do direito fundamental à liberdade. O lazer, além da segurança e da saúde, bens diretamente tutelados pelas regras afetas à duração do trabalho, está expressamente elencado no rol de direitos sociais do cidadão (art. 6º da CR). A violação à intimidade e à vida privada do autor encontra-se configurada, traduzindo, em suma, grave ofensa à sua dignidade, a ensejar a reparação vindicada, porquanto não se pode lidar com pessoas da mesma forma como se opera uma máquina.254 (Tribunal Regional do Trabalho da 3 região. Processo n. 0010057-97.2015.5.03.0081-RO. Relator Desembargador Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Belo Horizonte, 22 de junho de 2015).

Deste modo, a exegese do empregador obrigar o empregado a exercer suas funções por períodos excedentes ao consagrado na legislação, pagando apenas o adicional estabelecido em lei, é tida como ato ilícito, causando um desgaste tanto físico quanto psíquico irreparável, além de não deixar que o operário exerça suas questões familiares e sociais, do lazer e, mormente, o seu próprio direito fundamental à liberdade. Isso em razão de que, caracterizado o dano existencial, o empregado tem como ferido o próprio direito fundamental de fruir do seu tempo para fazer ou não o que bem entender, restringindo a exercer sua liberdade, onde a mera prestação de horas extras não é suficiente para caracterizar tal dano.

Este mesmo fato, segundo o doutrinador Maior, gera o direito a receber uma indenização “que não se limitará, evidentemente, ao valor fixado na legislação trabalhista, vez que a expressão pecuniária que esta contém não é o valor fixado de eventual lesão que venha a sofrer a pessoa humana” (MAIOR, 2003, texto digital).

Em seguida, analisar-se-ão julgados e decisões originárias dos tribunais trabalhistas para uma melhor elucidação das situações em que fica consagrado a caracterização do dano existencial nas relações trabalhistas.

4.3 Tratativa do Dano Existencial na Jurisprudência Trabalhista Brasileira

O acórdão do recurso ordinário 0020520-74.2015.5.04.0662 é a situação inaugural a ser analisada aqui. No dia 12 de novembro de 2015, o recurso foi julgado pela 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pelo Desembargador Relator Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa e pelas Desembargadoras Flavia Lorena Pacheco e Maria Helena Listo:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. O dano existencial indenizável está relacionado ao prejuízo social do trabalhador que, sujeito a uma jornada bastante elástica, não consegue dar seguimento ao seu projeto de vida, assim compreendido o seu crescimento pessoal, com acesso ao lazer, à cultura, à informação, ao convívio com outras pessoas e a "tudo o mais que possa acrescentar valor ao homem". No caso, não se está diante apenas da exigência de cumprimento de um horário de trabalho excessivo, mas da prestação de uma jornada extenuante em um setor da economia que é conhecido pelas más condições de trabalho, como problemas de ergonomia, imposição de um ritmo de trabalho extremamente intenso na linha de produção, emprego de força e movimentos repetitivos, altos índices de acidentes do trabalho e desenvolvimento de doenças ocupacionais, não concessão de pausas para descanso e execução do labor em ambiente ruidoso e artificialmente frio.

No caso em tela, a parte autora trabalhava das 5h10min às 15h30min, tendo a constatação de horas *in itinere* de 30 minutos diariamente e integração de 15 (quinze) minutos pela troca de uniforme, aspectos esses que acarretavam em uma permanência de praticamente 11 (onze) horas à disposição do empregador, restando assim menos de 13 (treze) horas no decorrer da semana útil para harmonizar-se com a vida social e com o descanso. Deste modo, a 11ª Turma entendeu pela ocorrência do dano existencial, calcada:

Considerando que o descanso normalmente toma da pessoa entre sete e oito horas diárias, tem-se que a autora dispunha de apenas cinco ou seis horas diárias para realizar atividades que não fossem trabalhar ou descansar, praticamente inviabilizando convívio social e acesso a informações e cultura que agregassem valor ao seu projeto de vida.

Ademais, a mesma 11ª Turma consagrou que:

No caso, não se está diante apenas da exigência de cumprimento de um horário de trabalho excessivo, mas da prestação de uma jornada extenuante em um setor da economia que é conhecido pelas más condições de trabalho, as quais envolvem problemas de ergonomia, imposição de um ritmo de trabalho extremamente intenso na linha de

produção, emprego de força e movimentos repetitivos, altos índices de acidentes do trabalho e desenvolvimento de doenças ocupacionais, não concessão de pausas para descanso, execução do labor em ambiente ruidoso e artificialmente frio, etc.

Destarte, o primeiro caso citado é uma hipótese gritante de reconhecimento de indenização por configuração de dano existencial no Direito do Trabalho. A propósito, o desembargador abrangeu quase que todos aspectos citados como exemplo, no ponto anteriormente já visto, considerando o exercício de atividade em ambiente com condições degradantes e com alta progressão de doenças e ocorrência de acidentes de trabalho nas relações trabalhistas de jornada extenuante.

A situação a seguir demonstra a recusa de pagamento de indenização decorrente de dano existencial, julgamento do Recurso Ordinário do processo 0000516-53.2014.5.04.0661 pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, pelo entendimento das Desembargadoras Lais Helena Jaeger Nicotti (Relatora) e Rosane Serafini Casa nova e pelo Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. A prestação de horas extras de forma habitual, por si só, não autoriza a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por dano moral/existencial, quando ausente prova acerca do alegado abalo moral e psicológico. Recurso do reclamante a que se nega provimento.

No caso em explanação, o reclamante argumentava ter exercido atividades em jornadas extenuantes e longas, sendo submetido a condições degradantes e desumanas resultando em um cansaço tanto físico quanto mental. Entretanto, uma das Desembargadoras, verificou que na presente situação “não há a constatação de frustração alguma sob qualquer espécie de projeto de vida do reclamante, e que o tenha obrigado a reprogramar seu futuro com as restrições decorrentes do dano. Ainda, se pudesse concluir que o suposto projeto de vida fosse considerado uma condição melhor de vida (abrangendo um maior tempo de relação familiar e social, bem como estudo e lazer), não houve uma evidencia lídima das circunstâncias já vividas pelo reclamante, das ações feitas com intuito de atingir seu projeto de vida”.

A hipótese explorada apresenta-se como adequada, permite elucidar que a simples comprovação da presença de jornada extenuante, intrinsecamente, não origina o dano existencial e o direito à indenização. No que tange à comprovação do dano suportado, aduz Flaviana Rampazzo Soares:

O lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como a sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa.

A prova pode ser considerada dispensável (apesar de não recomendada a sua dispensa) quando as próprias consequências do dano evidenciarem, segundo as normas da experiência comum, a alteração do cotidiano. Por exemplo, alguém que, em razão do dano, passa a utilizar cadeira de rodas (SOARES, 2009, p. 146).

In fine, cita-se uma situação de assédio moral do empregador para com o empregado, contudo, a averiguação do conteúdo constitui o dano existencial. Caso este que é retratado no julgamento do processo nº 01346200304102000, 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Desembargador Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros:

EMENTA: ASSÉDIO MORAL. ISOLAMENTO. AMBIENTE DEGRADADO. APELIDOS HUMILHANTES. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O confinamento da empregada por meio ano num porão da instituição, local sujo, mal iluminado, isolado e impróprio para o cumprimento do contrato de trabalho, submetendo-a a gerência, ainda, a apelidos jocosos ("ratazana", "gata borralheira", "cinderela"), ofensivos à sua dignidade, personalidade e imagem perante os colegas, afetando-a no plano moral e emocional, pelas características da discriminação e reiteração no tempo, configura assédio moral. Justifica-se assim, maior rigor na imposição de indenização reparatória em importe mais expressivo que aquele fixado na origem: a uma, em face da capacidade do ofensor, um dos maiores Bancos privados do país; a duas, pelo caráter discriminatório, prolongado e reiterado da ofensa; a três, pela necessidade de conferir feição pedagógica e suasória à pena, mormente ante o descaso do ofensor, que insiste em catalogar a prática como "corriqueira". Recurso a que se dá provimento parcial para incrementar a condenação por dano moral.

O primordial trecho do supracitado processo onde tal caso analisado enseja a exata configuração de hipótese de dano existencial é reproduzida logo a seguir:

Da prova oral produzida se extrai de forma indisfarçável que a partir de novembro de 1999 foram impostas à reclamante condições de trabalho flagrantemente atentatórias à dignidade da empregada e ao direito desta de cumprir com dignidade o contrato, e que podem assim ser resumidas:

1 - a empregada foi praticamente isolada pelo empregador, passando a exercer seus misteres de forma solitária, num porão do estabelecimento, sendo excluída do convívio com os colegas;

2 - o local não possuía iluminação adequada, sanitário, cozinha, relógio e demais instalações necessárias ao exercício funcional, sequer dispondo a empregada de mesa ou cadeira, tendo que sentar-se ao chão ou em caixas, para manusear os documentos oriundos de todas as unidades do Banco;

3 - por estar situado ao lado do cofre, o porão não era acessado sequer pelo pessoal de limpeza, sendo precárias as condições de higiene do local, onde havia muito mofo, insetos e ratos, o que rendeu à reclamante os apelidos de "ratazana", "gata borralheira" ou "cinderela", dados pejorativamente pela gerência e que "pegaram" entre os colegas da agência;

4 - tratamento desumano e contínuo, imposto pela empresa durante cerca de meio ano, sob a forma de discriminação e isolamento, configurando assédio moral, ofendeu a dignidade e personalidade da empregada, ocasionando-lhe intenso sofrimento, tanto assim que frequentemente era vista chorando, conduzindo-a a desgostos pessoais que devem ser objeto de reparação mediante valor pecuniário capaz de satisfazer a perda da sua tranquilidade, e compensar, na medida do possível, as humilhações pelas quais passou.

Ainda, Flaviana Rampazzo Soares, no que diz respeito a decisão de tal situação descrita percebe que, no que tange à reclamante, o isolamento que foi imposto, em condições de trabalho totalmente degradantes, causou não apenas um transtorno de ordem moral, mas também um dano existencial, pois a empregada não tinha condições normais de trabalho, não tinha como exercer um trabalho com dignidade (SOARES, 2009, p. 76).

5 CONCLUSÃO

No direito do trabalho, a proteção dos direitos fundamentais se apresenta como sendo um dos pontos mais relevantes a se tratar quando o trabalhador é analisado em primeira perspectiva. Os pontos que evocam para o empregado, o poder de indagar a defesa de seu direito, através do auxílio da responsabilidade civil são os direitos de personalidade e a dignidade de toda pessoa humana. Tal defesa consiste na busca da reparação de prováveis violações que possam interferir de maneira mediata o padrão de desenvolvimento da vida do empregado.

Posteriormente, da observação do estudo referente ao dano existencial tanto na seara trabalhista quanto na cível, no ordenamento jurídico brasileiro, restou nítido que o Direito do Trabalho percorre por tal assunto de maneira branda, entretanto, indica progressões relevantes quando defrontado com a área cível

Embora haja vários entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, há de se considerar que a corrente doutrinária de maior importância em nosso ordenamento jurídico brasileiro é adotada não só por uma vasta parte dos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também pelo Tribunal Superior do Trabalho. É majoritário a percepção dos magistrados e ministros quanto à existência da indenizabilidade oriunda dos danos causados pelo empregador ao conjunto de convivência que intermedeiam no padrão de progressão da personalidade do empregado, gerando frustração ou interrupção de suas rotineiras atividades realizadas fora da relação trabalhista.

É tido como notório que a infindável busca do cidadão de bem por um espaço no mercado de trabalho, na intuição de obter condições básicas de vida para sua família e para si próprio, não pode ser considerada como lacuna para que os empregadores, beneficiando-se da evidente situação vulnerável e hipossuficiente do empregado, estabeleçam condições de trabalho degradantes e por meio de jornadas excessivas, e que na maioria das vezes são semelhantes à escravidão. Devem ser fortalecidas e ampliadas as relações sociais do empregado vinculadas ao lazer, à família, à diversão, ao descanso e, principalmente, à sua felicidade para que se alcance o trabalho digno, não o reverso.

Tais referências se forem desrespeitadas podem gerar uma mudança considerável no aspecto da personalidade da pessoa atingida pelo sentimento não

existencial, acarretando-se em dano de intensidade fora do comum tanto em quem suporta quanto aos que estão em sua esfera social. Destarte, conclui-se que é papel de todo empregador assegurar que o trabalho exercido seja digno e decente aos empregados, com a finalidade de que haja uma somatória de vivências positivas dentro do ambiente de trabalho, bem como fora dele.

Todavia, não sendo adotado tal postura por parte dos empregadores, tem-se como função de cada magistrado, por meio do poder contido no ordenamento pátrio, assegurar uma indenização adequada e justa às vítimas de tal frustração, valendo-se do intermédio do instituto da responsabilidade civil para reparar as lesões mediatas e prevenir lesões futuras. Terá, deste modo, a constatação de uma progressão evolutiva e difusiva da aplicação do dano existencial nas relações de trabalho, com o intuito de que seja condecorado não apenas como entendimento jurisprudencial, mas sim dentro do direito do trabalho, ser um instituto autônomo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). **Revista Eletrônica do TRT4**. Porto Alegre, 99.ed., 2010. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/224400/99edicao.pdf> Acesso em: 14 mai. 2018.

AFONSO NETO, José. A responsabilidade Civil: a perda de uma chance. **Revista CAAP**. 2009.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc. Acesso em: 16 ago. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. rev.e ampl. Editora LTr. 2012. São Paulo.

BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: **Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial)** – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr**. 1.ed. São Paulo. Editora LTr. 2009.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2014.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. V. 2 – n 22, set. 2012. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=109084> Acesso em: 17 ago. 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. In: SCHLOSSMACHER, Henrique Francisco et al. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, 2013. n.350. p. 25-43.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. 1.ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p.59.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 15 ago. 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR - 109600-52.2002.5.15.0095 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011 Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em 14 ago. 2018.

BRASIL. **Acórdão**. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região** – 4ª Turma. Recurso Ordinário n. 01346200304102000 Relator: TRIGUEIROS, Ricardo Artur Costa e. Publicado em: 30/05/2006. Disponível em: http://trtcons.trtsp.jus.br/consulta/votos/turmas/20060530_20040509090_r.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, 1ª. Turma. Processo n 105-14-2011-5-04-0241/RO, em 16/05/2012, Desembargador Relator José Felipe Ledur. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região** – 1ª Turma. Recurso Ordinário n. 0000516-53.2014.5.04.0661. Relatora: NICOTTI, Laís Helena Jaeger. Publicado em: 12/11/2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:CzrjIX-r1UcJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D54972737++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-11-27..2015-11-27++Dano+Existencial&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3 região**. Processo n. 0010057-97.2015.5.03.0081-RO. Relator Desembargador Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Belo Horizonte, 22 de junho de 2015. Disponível: <https://pje.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?ptipo=2&pgrau=2&pid=2953118&pidpje=35120&pnum=35120&pnpag=x>. Acesso em 9 out. 2018

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região** – 11ª Turma. Recurso Ordinário n. 0020520-74.2015.5.04.0662. Relator: COSTA, Ricardo Hofmeister De Almeida Martins. Publicado em: 12/11/2015. Disponível em: < http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:yDrLxorqf8J:bintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3056462%26v%3D6112924+an%C3%A1loga+escravo+inmeta:DATA_DOCUMENTO:20

14-11-27..2015-11-27++dano+existencial&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 09 out. 2018.

BIASVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil: 1930 a 1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia (a cura di), Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Giuffrè. 2000 – introduzione. [“le attività realizzatrici della persona umana (compromesse più o meno definitivamente); il turbamento dell’agenda quotidiana, un diverso rapporto con il tempo e con lo spazio, la rinuncia forzata a – tante, poche – occasioni felici. Il peggioramento della qualità della vita”]. In: ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/caoconsumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 2 out. 2018.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público** (Tese de doutorado). UFRGS (Faculdade de direito – PPDG): Porto Alegre, 2011, *apud* OLIVEIRA; DORNELES, *op. cit.* . p. 68 .

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o Dano Existencial.** Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. V. 2 – n 22, set. 2012. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=109084>> Acesso em: 17 ago. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, **Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil.** 10.ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

GEMIGNANI, Tereza A. A.; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 99.ed., 2010. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/224400/99educacao.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAGO JÚNIOR, Antonio, **A Responsabilidade Civil decorrente do Acidente de Trabalho**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coords), Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54-55.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LORA, Marcelina Bernardi. **O Dano Existencial** no Direito do Trabalho. Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. V. 2 – n 22, set. 2012. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=109084> Acesso em: 06 out. 2018.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho: na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15-21, *apud* OLIVEIRA; DORNELES, *op. cit.* p. 70.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: Teoria geral do Direito do Trabalho**. parte 1. São Paulo: LTr, 2011. v. 1.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como instrumento da Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Os princípios do Direito do Trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais. In: COUTINHO, Grijalbo F. et al. (Coords.)

O mundo do trabalho: Leituras Críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009. v.1. p. 196- 248.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** 2.ed. São Paulo. Editora Renovar. 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio Moral e Dano moral no trabalho.** 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.103.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Temas de Direito e Processo do Trabalho.** Estudos Em Homenagem a Carmen Camino - Vol. II. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego.** 2002. 3.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro.** Revista dos Tribunais Online, São Paulo, Set/ 2012. Disponível em:
<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001509ad2608f08c0af9b&docguid=lcdb3c6d0f25411dfab6f010000000000&hitguid=lcdb3c6d0f25411dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 16 out. 2018.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Breves cogitações sobre a responsabilidade no direito do trabalho.** Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 117, Jan – Mar. 2005. Disponível em:
<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001509ad2608f08c0af9b&docguid=l14b914e0f25511dfab6f010000000000&hitguid=l14b914e0f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 16 out. 2018

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 2 ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo. Atlas. 2012. p.45

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: A jornada** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. O papel do Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 87. ed., 2009b. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/173950/87edicao-republicacao.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Rafael Peffite. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo. Atlas. p. 12-13.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A Consolidação das Leis do Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005a. v. 1. p. 59-71

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acesso em: 06 out. 2018.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500 Acesso em: 06 out. 2018.

Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-56100-41.2008.5.15.0037. 1ª turma. Des. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DEJT 24/09/2015 Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056100-41.2008.5.15.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOIoAAC&dataPublicacao=25/09/2015&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em: 15 ago. 2018.

Tribunal Superior do Trabalho, RR 109600-52.2002.5.15.0095/Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1.^a Turma, j. 30/03/2011, DEJT 08/04/2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acessado em 15 ago. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo : Atlas, 2012.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1. p. 27-48.

VIANNA, Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1. p. 50-80.