

**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão –
COGEAE**

Felipe Carlos Mazza

Dano Existencial no Direito do Trabalho

Especialização em Direito do Trabalho

São Paulo

2014

FELIPE CARLOS MAZZA

Dano Existencial no Direito do Trabalho

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Monografia apresentada como requisito final para obtenção do título de especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Célia Mara Peres.

**São Paulo
2014**

DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Este exemplar corresponde à redação final da
Monografia defendida por Felipe Carlos Mazza
e aprovada pela Banca Examinadora em
_____/_____/_____

Orientadora

Banca Examinadora

São Paulo
2014

*Aos meus pais, Evaldo e Maristela, pela oportunidade e criação que me
proporcionaram.
E a Deus, por mais uma conquista.*

*“Cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é”
Caetano Velloso.”*

RESUMO

A presente monografia analisa o chamado Dano Existencial e sua aplicação no Direito do Trabalho. Por não se tratar de um dano tipificado no ordenamento jurídico Brasileiro, é necessária análise do instituto da Responsabilidade Civil, e sobre quais seriam os danos, até então, considerados indenizáveis, sobretudo, sob o aspecto da Constituição Federal de 1988, que estabelece como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. O Dano Existencial, por seu turno, é o dano que atinge os direitos da personalidade, também protegidos pela Constituição Federal, estando intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, sendo que para sua identificação é necessária a análise de dois aspectos essenciais: o dano à vida de relação e o dano ao projeto de vida, que atingem diretamente a qualidade de vida da vítima. Dentro deste contexto não há como excluir o trabalhador, que, devido ao trabalho extenuante, a eventuais danos à saúde e por pressões psicológicas, são obrigados a assumirem um novo modo de vida, prejudicando suas relações sociais e frustrando suas expectativas futuras. Desta forma, quando identificado o Dano Existencial necessário se faz indenizar a vítima devido à queda em sua qualidade de vida, pois o ilícito decorrente atinge a dignidade do ofendido, alterando sua existência.

Palavras Chave: Responsabilidade civil, Dano Existencial, direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana, dano existencial no direito do trabalho.

ABSTRACT

This monograph studies a damage called by existential damage and their application in the labor law. The existential damage is not inside the brazilian law, because of that, it's necessary to do an analysis of liability, and about damages found until now, under the Federal Constitution of 1988, which have as fundamental principle the human dignity. Therefore, the Existential Damage is a damage that takes the personal rights, protected by the Federal Constitution too, such is linked to the human dignity, so it's necessary an analysis of two essential aspects: the damage of life relationships and the damage of life's project, that reach directly the life's quality. Inside this context there's no way how to exclude the workers, who suffer with a long labor journey or suffer by some damage to their health, and by mobbing, that force them to a new life style, injuring their social and familial relationships, frustrating their future expectatives.

Keywords: liability, Existential Damage, personality rights, human dignity, existential damage in the labor law.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo 1- Responsabilidade Civil.....	12
1.1 Conceito de Responsabilidade Civil.....	12
1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva.....	15
1.3 Responsabilidade Civil Objetiva.....	17
1.4 Responsabilidade Civil na Constituição de 1988.....	19
1.5 Responsabilidade Civil no Código Civil e sua aplicação no Direito do Trabalho.....	22
Capítulo 2 - Danos Indenizáveis no Direito do Trabalho.....	31
2.1 Conceito de Dano.....	31
2.2 Dano material.....	32
2.3 Dano Moral.....	33
2.4 Dano Estético.....	34
2.5 Dano Pela Perda de Uma Chance.....	36
2.6 Dano em ricochete.....	38
2.7 Assédio moral e assédio sexual no trabalho.....	39
Capítulo 3 - Dano Existencial no Direito do Trabalho.....	43
3.1 Conceito de dano existencial.....	43
3.1.1 Natureza Jurídica do Dano Existencial.....	46
3.2 Princípios e Direitos que Justificam o Dano Existencial.....	47
3.2.1 Princípios Fundamentais.....	47
3.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	50
3.2.3 Os Direitos e Garantias Fundamentais.....	50
3.2 Direitos da Personalidade.....	52
3.3 Diferença entre Dano Moral e Dano Existencial.....	54
3.4 Diferença entre dano existencial e dano pela perda de uma Chance.....	55

3.5	Diferença entre Dano Existencial e Dano Estético.....	56
Capítulo 4 - O Dano Existencial no Direito do Trabalho.....		57
4.1	Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.....	58
4.1.1	Direito ao Trabalho e os Direitos Fundamentais do Trabalhador	61
4.1.2	Direito ao Lazer.....	62
4.2	Dano existencial decorrente do trabalho em excesso.....	65
4.2.1	Dano existencial causado ao trabalhador não submetido ao controle de jornada.....	68
4.2.2	Dano existencial decorrente da falta de concessão de férias.....	69
4.3	Dano existencial decorrente de acidente de trabalho e doença ocupacional.....	72
4.4	Dano existencial decorrente de assédio moral e assédio sexual.....	73
Capítulo 5 - Dano Existencial e a Atual Jurisprudência Trabalhista.....		75
5.1	Excesso de jornada e o fim da relação conjugal.....	75
5.2	Caso da trabalhadora sem férias.....	78
Considerações Finais.....		81
Referências Bibliográficas.....		85

Introdução

Este exercício monográfico tem como escopo esclarecer acerca do chamado Dano Existencial e sua aplicação no Direito do Trabalho.

No primeiro capítulo, por se tratar de um dano indenizável como os outros existentes no direito, será tratada a responsabilidade civil, passando por seu processo histórico evolutivo, diferenciando suas espécies (subjetiva e objetiva), seu tratamento dentro da nossa Constituição Federal, e por, fim sua aplicação no Direito do Trabalho.

Em seguida serão tratados os aspectos relativos aos danos indenizáveis, estabelecendo as diferenças entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, identificando suas espécies, sendo elas: o dano material, dano moral, dano estético, dano em ricochete, dano pela perda de uma chance e, ao final, serão conceituadas duas ações praticadas no ambiente de trabalho que podem gerar o dever de indenizar, por conta dos danos causados ao indivíduo, são elas o assédio moral e o sexual.

No terceiro capítulo há a exposição do que seria o Dano Existencial, inclusive sua posição dentro do ordenamento jurídico pátrio, no que diz respeito à proteção da dignidade da pessoa humana e as garantias e direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, em especial no que diz respeito aos direitos da personalidade. No decorrer do capítulo são discutidas as diferenças entre o dano existencial e os demais danos indenizáveis, buscando diferenciá-los, destacando as características que os tornam distintos.

O quarto capítulo trata da aplicação do dano existencial no Direito do Trabalho, ressaltando conceitos fundamentais como: o direito ao trabalho e à dignidade do trabalhador, os direitos sociais e o direito ao lazer. Em seguida, é tratado o dano existencial em situações relacionadas ao trabalho, mais especificamente, nos casos em que há carga horária excessiva de trabalho, inclusive quanto aos trabalhadores não submetidos ao controle de jornada, na hipótese de supressão de férias, decorrente de danos à saúde do trabalhador e nos casos de assédio moral e sexual.

No quinto e último capítulo, são estudadas duas jurisprudências que tratam do dano existencial, justificando sua aplicação no Direito do Trabalho, sendo um deles de uma empregada submetida à carga de trabalho excessiva que culminou no fim do seu casamento, e no caso da empregada que não gozou do direito às férias por dez anos.

Justifica-se, desta forma, o chamado dano existencial, buscando identificá-lo como dano indenizável, sobretudo, quanto sua aplicação no direito pátrio e, por fim, discutindo a possibilidade de aplicação no Direito do Trabalho.

Capítulo 1-Responsabilidade Civil

1.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Para dar início à pesquisa, necessária se faz a análise da responsabilidade civil, quanto ao seu conceito e surgimento, para que, assim, possa-se estabelecer uma linha de entendimento, acerca da criação de novos direitos e abrangência da responsabilidade sobre os atos praticados em sociedade.

A responsabilidade civil, como conhecida, decorre de um processo evolutivo, advindo da necessidade, através dos tempos, de reparação de prejuízos causados. Antes de chegar, porém, ao conceito atual de responsabilidade civil, o tema passou por várias mutações, tanto na forma de aplicação, como na separação do que seria o cumprimento de uma pena, ou o dever de reparação pecuniário.

Na antiguidade a resposta a algum dano sofrido era muitas vezes desproporcional. A reação era imediata, muitas vezes corporal. Utilizava-se a chamada teoria da vingança privada, *vindita*. Não era observado o elemento da culpa.

Posteriormente, a lei de Talião, estabeleceu certo equilíbrio nas relações entre particulares, era o chamado “olho por olho, dente por dente”, o dano sofrido era compensado com penalização idêntica, porém, ainda não se pensava na culpa.

Já na época dos códigos de Manu, Ur-Nammu, e da Lei das XII Tábuas, o Estado passou a controlar as relações, não sendo mais permitido se fazer justiça com as próprias mãos. Assim, a restituição passou a ser tarifada, econômica.

No Império Romano a lei diferenciava os delitos em duas espécies, os chamados delitos públicos e os delitos privados, modificando a maneira de se pensar em relação ao cumprimento da pena. A restituição de um dano causado, poderia reservar-se ao cumprimento da pena em favor do Estado (delitos públicos) ou o ofensor era obrigado a restituir o prejuízo à vítima (delito privado).

A Lei Aquiliana, por sua vez, que revogou a lei das XII Tábuas, alterou a maneira de pensar, tendo sido o embrião da teoria da *injuria*, e um esboço de um princípio geral do instituto da culpa, estabelecendo um novo direcionamento.

A grande evolução, porém, vem do direito francês, estabelecendo a necessidade de indenizar, mesmo que a culpa fosse leve. Tal evolução foi trazida pelo Código Civil

Napoleônico de 1804, que passou a estabelecer o dever de reparação do dano fundamentada na culpa efetiva e provada¹.

Tem-se, portanto, atualmente, levando-se em consideração a responsabilidade civil na forma clássica, os seguintes pressupostos para sua formação: o dano, fato do dano, nexo de causalidade e a culpa do autor do dano².

Com o passar dos anos, pela constante evolução das relações sociais, surgiram novas teorias, dentre elas a teoria do risco. Referida teoria ganhou força nos últimos anos, como define Carlos Roberto Gonçalves:

Na teoria do risco se subsume a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros nessa atividade.³

A teoria do risco atribui à atividade desenvolvida pelo causador do dano a responsabilidade por restituir o “status quo ante” em relação à modificação praticada através do dano, sem necessidade de avaliação do grau de culpa.

Sobre a responsabilidade civil define Sérgio Cavalieri Filho da seguinte maneira:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico.⁴

Para Maria Helena Diniz o conceito se define da seguinte maneira:

(...) a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa

¹ BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3 ed. São Paulo, LTR. 2009 p. 210

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p.4

³ idem, Op.Cit. p. 7

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 2

por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁵

A ideia de reparação decorre do princípio do *neminem ledere*, a expressão latina, significa “não ferir ninguém”, dessa cláusula geral do direito é que nasce a responsabilidade civil, a ideia do “não lesionar” como defende Rui Stocco,::

(...)traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem ledere*) implícito ou expresso em lei.⁶

Ou seja, a responsabilidade civil é o dever de reparar os prejuízos relativos ao dano decorrente de uma ação ou omissão, que modifica de maneira prejudicial a realidade do ofendido, sendo este dever jurídico definido por lei ou não, referente ao dever de não lesionar atinente às relações interpessoais.

O ordenamento jurídico pátrio define o dever de reparação nos artigos 186 e 187 do Código Civil:

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

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

Referidos artigos do Código Civil traduzem exatamente a ideia do dever jurídico de não lesionar e a noção geral de conservação do direito alheio, atribuindo à ilicitude, ao cometimento de um prejuízo ao direito alheio. Não excluindo do dever de reparação aqueles que, mesmo estando dentro da legalidade, excedem em sua conduta, devendo restituir o “status quo ante” à vítima, mesmo diante de um dano exclusivamente moral.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. (aument. E atual. De acordo com o Novo Código Civil – lei nº 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, 7v.

⁶ STOCOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. Ed., ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120

No entanto, para que exista o dever de indenizar devem ser analisados seus pressupostos, que são essências e cumulativos, existindo a possibilidade da responsabilidade civil obter cunho subjetivo, quando envolve culpa, ou quando não há a necessidade da existência de culpa, a responsabilidade civil objetiva, consoante será debatido a seguir.

1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva

Em determinados casos, para que subsista o dever de indenizar, é necessário que o agente tenha agido com culpa, caracterizada pela conduta do agente que pressupõe imprudência, negligência ou imperícia, podendo em determinados casos se tratar, simplesmente, de culpa presumida. Sobre a negligência, imprudência e imperícia, definem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

- a) negligência – é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, por exemplo, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira, por desídia;
- b) imprudência – esta se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela. Caso do indivíduo que deixa o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo.
- c) imperícia – esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou a técnica correta de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria, segundo jurisprudência dominante, acolhimento da pretensão do seu cliente.⁷

Desta forma, quando há a necessidade de se aferir a existência da culpa, fundada nos preceitos acima, trata-se da responsabilidade civil subjetiva que, conforme exposto no tópico acima, é fundada na noção de culpa ou dolo, sendo pressuposto essencial para que seja imputado ao ofensor o dever de indenizar.

Este dever de reparação, consoante definido anteriormente, para que seja atribuído, em se tratando do Direito Brasileiro, deve decorrer de um ato ilícito, conforme definem os artigos 186 e 187 do Código Civil.

⁷ GAGLIANO, Paulo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 144

O direito brasileiro funda a responsabilidade civil com base na teoria subjetiva, consoante o preconizado no art. 186 do Código Civil, acima colacionado. Em assim sendo para que se possa exigir a reparação do dano, com base na teoria subjetiva, segundo o Professor Raimundo Simão de Melo, é necessário o preenchimento dos seguintes pressupostos:

- a) um comportamento (a ação ou omissão) do agente;
- b) o elemento subjetivo (dolo ou culpa);
- c) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; e
- d) a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.⁸

Logo, inexistente o elemento “culpa”, exclui-se o dever de indenizar, quando a situação exigir sua averiguação.

No caso da culpa presumida, como no art. 936⁹ do Código Civil, que trata da responsabilidade do dono do animal pelos prejuízos eventualmente causados, não é necessária a prova da culpa, recaindo ao dono do animal o dever de provar que tomou todas as precauções necessárias para evitar o dano. É, também, caso de culpa presumida o artigo 937¹⁰ (dono do edifício em ruínas).

Deste modo, caracterizam a existência de culpa a ação ou omissão por falta de perícia ou técnica necessária no exercício de determinado ato ou mister. Falta de atenção que gerou a negligência, e atos afoitos e impensados que geraram a imprudência. Sem esquecer, também, a atitude voluntária, com intenção de causar o dano, a conduta dolosa.

Note-se que a para atribuição da responsabilidade civil na sua forma clássica necessário se faz o preenchimento dos seus pressupostos de forma ampla, sendo necessária a prova da culpa do agente. Prova, esta, de ônus do ofendido, que deve provar a conduta negligente, imprudente ou imperita para que possa galgar o direito à reparação.

Deste modo, a culpa subjetiva precede da culpa do causador do fato que ocasionou o dano, dependendo de prova da conduta culposa. Que, por sua vez

⁸ MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR. 2012.. p. 31

⁹ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

¹⁰ Art. 937. O dono de edifício em construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

comprovada, torna responsável, pela reparação do dano, o autor da ação ou omissão, por ser o agente indubitável.

1.3 Responsabilidade Civil Objetiva

Em alguns casos, diante da ocorrência de um dano, fica difícil a avaliação da culpa do agente, que depende exclusivamente da produção de prova (a não ser em caso e culpa presumida) para imputar a responsabilidade de indenizar ao ofensor.

Diante dessa dificuldade, que se trata de uma fragilidade da teoria clássica de responsabilidade civil para abraçar todas as situações em que subsiste um dano, é que o pensamento acerca da questão evoluiu, ou apenas se aperfeiçoou.

Dissemos aperfeiçoamento, pois, no direito romano, para se aferir a responsabilidade não era observada a ideia da culpa, sendo imputada a responsabilidade de indenizar independentemente da culpa, bastava a existência de um liame causal entre o autor e o dano para se atribuir a responsabilidade, como salienta Carlos Roberto Gonçalves:

Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.¹¹

Esse aperfeiçoamento, portanto, decorre da noção do risco criado pelo ofensor, que segundo a definição de Caio Mário:

o conceito de risco que melhor se adapta às condições da vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.¹²

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro V. IV – Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 31

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sergio Cavaliere. *Comentários ao Novo Código Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 147

Desta forma, a responsabilidade civil objetiva, fundada no conceito de risco, diferentemente da responsabilidade civil subjetiva, prescinde de culpa, bastando que exista o preenchimento de três pressupostos: ação ou omissão do agente, o nexo de causalidade entre o ato e o dano e o dano¹³. Deve ser observada, porém, a existência do risco produzido pela atividade do causador do dano.

Sobre a responsabilidade civil objetiva define Carlos Roberto Gonçalves:

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova de culpa. Ela é reconhecida independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.¹⁴

Portanto, o argumento que reflete a ideia da responsabilidade objetiva advém da existência do risco, descartando a necessidade da prova de culpa.

Seguindo essa evolução, o Código Civil de 2002, através do art. 927, mais especificamente em seu parágrafo único, estabeleceu a responsabilidade de indenizar, independentemente de culpa, nos casos em que o risco trazido pela atividade possui nexo com o dano suportado pela vítima, segue abaixo seu conteúdo:

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

Parágrafo único. **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.**

¹³ MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. p. 49

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil V. VI*. Op. Cit. p. 23

A atribuição da responsabilidade civil independentemente da culpa, alargou a abrangência do instituto e principalmente o direito do ofendido à reparação, facilitando essa possibilidade, tendo em vista a desnecessidade de prova da culpa.

Existem, ainda, em nosso ordenamento jurídico outros comandos legais que afirmam a responsabilidade civil objetiva, como o art. 14º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade civil independentemente de culpa sobre defeitos em serviços prestados e produtos; bem como no art. 14º, §1º da Lei 6.938/81, que trata da responsabilidade independentemente de culpa sobre danos ambientais, dentre outras disposições previstas em lei, sendo essas as mais relevantes para essa discussão.

1.4 Responsabilidade Civil na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu texto uma nova dinâmica, até então não experimentada no Brasil, estabelecendo uma série de disposições que até então eram tratadas por leis infraconstitucionais ao patamar constitucional, a fim de institucionalizar os direitos fundamentais mínimos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros que estejam no país.

Desta forma, vários princípios fundamentais, até então não positivados, se consolidaram no texto da Constituição Federal de 1988, chamada pela alcunha de Constituição Cidadã, justamente por priorizar o homem em seu texto, dando maior valor ao fator humano, sepultando o autoritarismo decorrente dos tempos de ditadura.

Como observa George Marmelstein:

Houve sem dúvida, uma opção clara em favor dos direitos fundamentais, demonstrando que o constituinte teve verdadeiramente a intenção honesta – e não meramente retórica – de fazer valer esses direitos.¹⁵

Com o direito à reparação não seria diferente, sua primeira manifestação vem disposta no art. 5º, inc. V da Constituição Federal, que assegura como direito fundamental (coadunando com a ideia inicial relativa ao dever jurídico de não lesionar), o direito de resposta e competente indenização nos casos em que há o excesso de liberdade de

¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Visão Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68

expressão, disposta no inciso anterior (inc. IV do art. 5º da CF), quando há o dano material, moral ou à imagem, segue referido inciso abaixo transcrito:

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

Neste diapasão, subentende-se que além de assegurar o direito à resposta sob determinada ação, traduzindo a ideia de ação e reação, reserva ao ofendido a possibilidade de restituir o dano através de indenização, seja de ordem material, moral ou dano à sua imagem.

Logo em seguida, no mesmo art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, a constituinte estabeleceu o direito à reparação quando houver a violação ao direito à intimidade, à vida privada e à honra, garantindo direito à indenização por danos morais e materiais.

Elevar o direito à reparação ao status de preceito fundamental, reafirma a ideia inicial relativa à reponsabilidade civil acerca do dever geral de não lesionar, sendo nos casos em que há lesão ao direito alheio, garantido o direito ao restabelecimento do “status quo ante”.

Não há, do mesmo modo, como limitar o direito à indenização somente aos casos em que há a violação aos direitos dispostos no ar. 5º, X da Constituição Federal, mas, também, devem-se levar em consideração a impossibilidade de violação e o direito fundamental à reparação (*neminem leadere*), também à outros direitos garantidos pela Constituição, como os dispostos no art. 5º, *caput* e art. 6º *caput*, como menciona Cléber Lúcio de Almeida:

O fato de a Constituição Federal se referir, no art. 5º, X apenas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a ele não reduz os bens jurídicos cuja lesão deve ser reparada. Primeiro, porque a Carta Magna também reconhece e assegura o direito à vida, à liberdade, à segurança (art. 5º, *caput*), à saúde, ao trabalho e ao lazer (art. 6º, *caput*), o que equivale dizer que qualquer lesão a tais direitos deve ser reparada. Segundo, porque a Constituição da República dispõe que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que permite afirmar que também deve ser reparada a lesão a outros bens aos quais

assegura proteção, como se dá, por exemplo, com o direito à integridade física e moral da pessoa (art. 5º, XLIX).¹⁶

No caso do direito do trabalho, a Constituição Federal, assegura o direito à indenização nos casos de acidente, conforme o disposto no art. 7º, XVIII : “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Segundo Michael Hideo, o direito à indenização por acidente de trabalho ganhou status constitucional, devido aos seguintes fatores:

O direito à indenização pela ocorrência do acidente de trabalho funda-se no constante anseio social da busca pela justiça, ou seja, tendo o agente causado um dano, deve repará-lo para que se restabeleça o *status quo ante*. Isto que dizer que, na medida do possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão, de forma *in natura* ou pecuniária.¹⁷

Deste anseio social da busca pela justiça, foi que a constituinte de 1988, atribuiu o status constitucional ao direito à reparação nos casos de acidente de trabalho, devido sua suma importância no que diz respeito ao combate às desigualdades sociais, traduzindo mais uma vez a intenção da Constituição Federal de 1988, de estabelecer o equilíbrio social.

Note-se, também, que a Constituição menciona o direito à reparação nos casos de acidente, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, não tendo sido levada em consideração a noção da responsabilidade independente da culpa.

Entendemos, no entanto, que referido dispositivo não excluiu a aplicação da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho, conforme será debatido no tópico a seguir.

A principal intenção do constituinte em relação à positivação em âmbito constitucional de direitos de base infraconstitucional segundo Ney Stany Moraes Maranhão “...é que toda interpretação jurídica acaba por envolver, necessariamente,

¹⁶ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Responsabilidade Civil do Empregador e Acidente de Trabalho*. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rei, 2003. p. 33/34

¹⁷ SILVA, Michel Hideo Atakama. et. al. *Responsabilidade Civil. Volume V*. São Paulo: RT. 2010. p. 961

alguma dose de interpretação constitucional”¹⁸, servindo, portanto, como princípio norteador à aplicação da lei infraconstitucional, abrindo margem para interpretações menos limitadas, com maior impacto nas relações, visando garantir a eficaz proteção dos direitos, em busca de harmonia, tanto no âmbito subjetivo, como coletivo.

Neste mesmo sentido assevera Caio Mário da Silva Pereira, em citação encontrada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, abaixo transcrita:

a enumeração é meramente exemplificativa sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito, aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de “*numerus clausus*”, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de “*construction*”.¹⁹

Destarte, a norma constitucional estabelece os princípios basilares do ordenamento jurídico, não havendo a possibilidade de sua subtração, porém, podendo ser ampliado através da norma infraconstitucional.

1.5 Responsabilidade Civil no Código Civil e sua aplicação no Direito Trabalho

Como já demonstrado nos tópicos anteriores, a maior e principal expressão do direito à reparação no ordenamento jurídico pátrio está no Código Civil, através do disposto nos artigos 186, 187 e 927, que definem o que seria o ato ilícito passível de reparação e o dever de reparação diante do cometimento desse ilícito.

Já a CLT estabelece apenas alguns dispositivos que versam sobre a responsabilidade de indenizar, como no caso do §1º do art. 462 da CLT, sendo necessária a aplicação do Código Civil de forma subsidiária, através do permissivo legal disposto no § único do art. 8º da CLT.

Desta forma, por aplicação subsidiária (art. 8º, parágrafo único da CLT), aplicam-se os dispositivos do Código Civil, quando for omissa a CLT, sendo aplicáveis, neste

¹⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade Civil Objetiva Pelo Risco da Atividade – Uma Perspectiva Civil – Constitucional*. 1 ed. São Paulo. Editora Método: 2010. p. 150

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro V. IV – Responsabilidade Civil*. Op. Cit.. p.375

contexto, todos os artigos que versam sobre a responsabilidade de indenizar, como assevera Cléber Lúcio de Almeida:

A solução adotada pela doutrina e jurisprudência mais modernas encontra respaldo no art. 8º da CLT, do qual resulta que o direito do trabalho não constitui sub-sistema fechado, imune à influência de normas e princípios relativos a outros sub-sistemas que compõem o sistema jurídico nacional e, com isto, que a norma de direito comum e/ou princípio geral de direito pode embasar condenação reparatória fora das hipóteses previstas da legislação laboral.

De qualquer forma se dúvida existia a respeito, a Constituição Federal de 1988 a afastou de forma definitiva, ao assegurar a todos os homens o direito à reparação dos danos morais e patrimoniais experimentados por força de ação ou omissão de outrem (art. 5º, X). Observe-se, ainda, que a Carta Magna impõe ao empregador o respeito à vida, saúde, moral e imagem do trabalhador e a ele atribui a obrigação de adotar medidas visando a redução dos riscos inerentes ao trabalho e, ainda, de reparar os danos causados aos empregados (arts. 5º, caput e inciso V, 6º, caput, e art. 7º, XXII, XXIII e XVIII). Com isto não se pode negar ao trabalhador o direito de ser reparado na exata proporção dos danos, materiais, morais e estéticos.²⁰

Além dos artigos, 186, 187 e 927 do Código Civil, são, também, aplicáveis os artigos seguintes, em especial o 932, inc. III, que trata da responsabilidade do empregador em caso de ato cometido pelo seu empregado, ressalvado o direito de regresso através do art. 934; o art. 949, que trata da despesa com tratamentos médicos e 950 que trata de indenização sobre a perda da capacidade para o trabalho.

Porém, maior discussão acerca da aplicação do Código Civil nas relações de trabalho consiste na responsabilidade civil por acidentes de trabalho, no que compete ao disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

A Constituição Federal, como já mencionado, devido à relevância, diante da garantia dos direitos sociais e do trabalho, estabeleceu o dever do empregador de indenizar através do art. 7º, inc. XVIII, disposto no tópico acima.

Observe-se, como já destacado, que de acordo com o que prevê o texto constitucional, o empregador somente será compelido a indenizar o acidentado quando incorrer em dolo ou culpa. Porém, com o advento do novo Código Civil, mais especificamente quanto ao disposto no *parágrafo único* do art. 927, que instituiu a responsabilidade de indenizar independentemente de culpa nos casos em que o risco da

²⁰ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Op. Cit. p.36

atividade é o bastante para aferir a existência da responsabilidade civil, a doutrina e jurisprudência trabalhistas, consolidaram o entendimento acerca da aplicação do texto do Código Civil nestes casos.

Insta ressaltar que este anseio de justiça deve ser elevado a grau equitativo, em suma, só se pode exigir o pagamento de indenização, quando se estiver diante de fato incontroverso, quando da análise do caso se constatar nexos causal suficiente a imputar responsabilidade ao empregador.

Essa omissão da legislação atual, quanto aplicação da responsabilidade civil objetiva no infortúnio trabalhista, fez com que a doutrina e jurisprudência iniciassem uma discussão sobre o assunto, existindo duas correntes que debatem sobre o assunto, sendo uma delas já superada. Neste sentido aduz Carlos Roberto Gonçalves, ao mencionar a evolução da legislação a respeito do tema da responsabilidade civil no acidente de trabalho:

O avanço, no entanto, não foi completo, adotada apenas a responsabilidade subjetiva, que condiciona o pagamento da indenização à prova de culpa ou dolo do empregador, enquanto a indenização acidentária e securitária é objetiva. Os novos rumos da responsabilidade civil, no entanto, caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado, cabendo a estes somente a prova do dano e do nexos causal.

Todavia, não se pode afirmar que o direito brasileiro já atingiu esse estágio, nem mesmo após a aprovação do novo Código Civil e o acolhimento, no art. 927, parágrafo único, da teoria do exercício da atividade perigosa. Não tem uma lei infraconstitucional o condão de norma ou princípio estabelecido na Carta Magna. Desse modo, como corretamente pondera Rui Stoco (*Tratando de responsabilidade civil*, 6. ed., Revista dos Tribunais, 2004, p. 166) “se esse Estatuto Maior estabeleceu, como princípio, a indenização devida pelo empregador ao empregado, com base no direito comum, apenas quando aquele obrar dolo ou culpa, não se pode prescindir desse elemento subjetivo com fundamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

Expressiva corrente doutrinária, porém, entende que o aludido dispositivo legal, que responsabiliza *objetivamente* o causador de dano que exerce atividade geradora de riscos para os direitos de outrem, tem inteira aplicação no caso de acidente de trabalho, argumentando que a previsão do inciso XXVIII deve ser interpretada em harmonia com o que estabelece o *caput* do mencionado art. 7º da Constituição Federal, que estatui: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador”. Desse modo, o rol dos direitos elencados no citado art. 7º é meramente exemplificativo e não impede que a lei ordinária amplie os existentes ou acrescente “outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador”.

Salientam os adeptos dessa corrente que a sua não-aceitação levaria a conclusões ilógicas e inadmissíveis. Assim, por exemplo, se um trabalhador autônomo ou empreiteiro sofrer acidente, o tomador de serviço responderá pela indenização, independentemente de culpa, com apoio na teoria do risco.

No entanto, o trabalhador permanente, com os devidos registros formalizados, não terá assegurada essa reparação!²¹

Apesar da posição do professor Rui Stoco, como demonstrado em trecho da citação supra, que adota corrente contrária à aplicação da teoria objetiva aos acidentes de trabalho, com a devida vênia, acreditamos que ignorar a aplicação da responsabilidade objetiva seria um tremendo absurdo! Devido à insuficiência da teoria subjetiva para dirimir os casos de acidente de trabalho, podendo deixar o trabalhador à míngua da própria sorte.

Adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil ao acidente de trabalho, obriga o trabalhador a provar a culpa do empregador para a ocorrência do infortúnio, e por ser hipossuficiente não teria condições de provar essa culpa. Já com a aplicação da teoria objetiva, observado o risco da atividade, isenta o empregado de comprovar essa culpa, pois o empregador assume o risco de sua produção, não sendo justo que o empregado, parte mais fraca da relação, tenha que sofrer os prejuízos causados por um risco que não criou, quando na verdade buscava a todo momento, através do trabalho, garantir seu sustento e de sua família.

O direito deve caminhar no sentido de garantir direitos, não simplesmente, por disposição legal limitada, ignorar a existência do conceito infraconstitucional, que se trata de uma evolução legislativa no que compete ao instituto da responsabilidade civil.

Neste sentir, para aplicação da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, deve ser observado o disposto no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, que reza que:

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

Não se trata, portanto, de um choque hierárquico de leis, mas sim de disposições diversas que versam sobre o mesmo assunto, que merecem ser aplicadas em conjunto, dada, também, a relevância do assunto, observado o disposto no *caput* do art. 7º que estabelece como direito dos trabalhadores, não só os dispostos em seus incisos, mas

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. Op. Cit. pp. 509/510

também, todos aqueles que visem à melhoria da condição social desses trabalhadores, coadunando-se, com a ideia do tópico anterior, sobre a utilização do texto constitucional como forma de garantir direitos, ampliando a interpretação sob a égide de uma visão humanitária sobre os assuntos nela dispostos, e não, simplesmente, de restringir a interpretação. No mesmo sentido expõe José Affonso Dallegrave Neto em sua obra, trecho o qual segue abaixo:

Sob o viés constitucional, que coloca a pessoa humana e, posição proeminente, não é razoável que o trabalhador seja vítima de agressões em seu ambiente de trabalho, ainda que causadas sem intenção e culpa patronal. A opção do legislador pela proteção da vítima em detrimento do agente faz parte de um sentimento geral de consciência da nossa coletividade em presumir que a vítima sofreu injustamente o dano e por isso merece ser reparada.²²

O Direito do Trabalho visa à proteção dos trabalhadores, não sendo crível o descarte da aplicação da teoria do risco. Praticamente toda atividade é gera um risco, seja ele ergonômico, por esforço repetitivo, pela queda no trabalho em altura, explosão, doenças por fatores físicos ou biológicos, choques elétricos, dentre outros, de maneira que o risco criado é inerente a própria atividade desenvolvida. Assevera Michael Hideo:

Apesar das considerações feitas pelos referido autores, percebe-se que a melhor interpretação do Direito inclina-se para o princípio protetivo da classe proletária, admitindo-se em alguns casos a incidência de responsabilidade objetiva. Não há conflito de normas ou mesmo a hipótese de uma norma inferior suplantando norma superior, o que há são campos de incidência diferenciados, onde se ampliaram os direitos dos trabalhadores, vigorando regulamentações distintas.²³

Em assim sendo, não há que se falar em não aplicação da teoria objetiva no acidente de trabalho, pois o risco é inerente a qualquer atividade, sendo de uma irresponsabilidade tremenda a hipótese de sua não aplicação. Por se tratar de direito indisponível, qual seja, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, seria deixar de amparar o indivíduo por disposição legal que contradiz seu próprio princípio, que é o de garantir a vida e o bem estar do trabalhador.

²² NETO, José Affonso Dallegrave. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTR. 2010. p. 393

²³ SILVA, Michael Hideo Atakima. Op. Cit. p. 965

Como exemplo, segue a ementa de acórdão proferido no TRT da 2ª Região, a respeito da aplicação da teoria objetiva em confronto com a norma constitucional:

Responsabilidade Objetiva. Indenização. A particularidade da norma constitucional (inciso XXVIII do art. 7º) não supera o "caput" do artigo 7º, que protege os outros direitos dos trabalhadores, visando a melhoria da condição social. Nesse sentido é a teoria da responsabilidade objetiva, que nasce do pressuposto de que o dano causado deve ser reparado, não porque o empregador tenha incorrido em culpa, mas porque a sua atividade criou um risco sobre o qual deve responder. (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 784200706402009 SP 00784-2007-064-02-00-9 – 6ª Turma - Relatora IVETE RIBEIRO – DOE 19/03/2010)

Desta feita, não há que se discutir a respeito da aplicação ou não da teoria objetiva ao tratar-se de acidente de trabalho, pois caso não houvesse estaríamos diante de enorme contradição e insegurança jurídica. O operador do Direito deve zelar pela aplicação do Direito de forma a ampliá-lo quando estiver diante de garantias que visem à vida humana, o que atinge diretamente o bem estar social.

Neste sentido a tendência maciça da jurisprudência é da aplicação da teoria objetiva no acidente de trabalho, por considerar que toda atividade crie risco ao trabalhador, dado claro, peso adequado a cada atividade desenvolvida. Em outras palavras, toda profissão está sujeita ao risco. A respeito da teoria do risco discorre, em sábias palavras, o professor Raimundo Simão de Melo:

A atividade de risco, com efeito, pressupõe a possibilidade de um perigo incerto, inesperado, mas, em face de probabilidades já reconhecidas por estatísticas, é esperado e pode causar dano ou prejuízo a alguém, sendo que a natureza da atividade é a peculiaridade que vai caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos. A atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica, uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de acidentes; é a atividade que tem, intrinsecamente ao seu conteúdo, um perigo potencialmente causador de dano a alguém. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros.²⁴

O risco emana da atividade desenvolvida pela empresa dada sua probabilidade. Caso que, estando diante do acontecimento, que de alguma forma, poderia ocorrer pelas

²⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTR. 2013. p. 282

suas próprias acepções, é caracterizado o acidente de trabalho, estabelece-se o nexo entre o infortúnio e a atividade desenvolvida.

Reforça o entendimento o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, retirado da obra de Raimundo Simão de Melo:

A regra parece ser feita sob medida para as relações empregatícias, pois, como já exposto, é o empregador que deve assumir os riscos da atividade econômica. É lógico que o risco a que se refere a disposição celetista é o risco/proveito, ou seja, a potencial ruína pelo insucesso da atividade econômica com que se pretendeu obter lucro. Mas e quando essa própria atividade econômica pode por si só, gerar um risco maior de dano aos direitos do empregado? Aí sim, com uma situação supostamente excepcional é possível, sim, responsabilizar objetivamente o empregador. Note-se, inclusive, que, por força de normas regulamentares, há uma série de atividades *lícitas* que são consideradas de risco para a higidez física dos trabalhadores, parecendo-nos despiendo imaginar que, provados os três elementos essenciais para a responsabilidade civil – e ausente qualquer excludente de responsabilidade – ainda tinha o empregado lesionado de provar culpa do empregador, quando aquele dano já era potencialmente esperado.²⁵

A respeito do assunto na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, realizado pela ANAMATRA em conjunto com o TST, em novembro de 2007, fora aprovado Enunciado n. 37, abaixo transcrito:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes de trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.²⁶

Deste modo, cai por terra o entendimento, minoritário, que pretende rechaçar a aplicação da teoria do risco disposta no art. 927 do CC, sustentando que mesmo em se tratando de norma infraconstitucional, não há obstáculo à sua aplicação, pois o preceito encontrado na Carta Maior (*caput* do art. 7º) autoriza a aplicação de todas as normas que visem à melhoria da condição social.

²⁵ MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. p.287

²⁶ 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, ANAMATRA. Disponível em http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm acesso em 30/05/2014 21:45

Partindo da premissa de que o trabalho por si só gera riscos ao trabalhador, um risco natural devido à função desempenhada, se faz necessário o uso de meios preventivos e em sua ineficiência meios punitivos, para diminuição de sua ocorrência, e o mais importante, o equilíbrio social.

Destarte, comprovado o nexo causal entre o dano suportado pelo trabalhador e a função desempenhada, está-se diante do acidente de trabalho, sendo devida a reparação, aplicando-se quando for o caso a teoria objetiva. Dado o fato de que o empregador beneficiou-se das atividades do obreiro.

Decide o excelso pretório do TST a respeito do assunto:

RECURSO DE REVISTA - TRABALHO EM REDE ELÉTRICA - ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA 1. A teoria da responsabilidade objetiva, cujos elementos identificados são o *dano* e o *nexo causal*, prescinde da comprovação da culpa. Desse modo, a simples demonstração do nexo entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo empregado é suficiente para que surja o dever de indenizar. 2. O Eg. TST já afirmou a responsabilidade objetiva se a atividade do trabalhador é de risco, como na situação vertente. Precedentes. 3. Demonstrados, pois, o dano moral (morte do familiar) e nexo de causalidade (morte relacionada com o trabalho desenvolvido), é a empresa responsável pelos riscos oriundos do contrato, sendo devida indenização a título de danos morais e materiais. Inteligência dos arts. 186 e 927, *caput*, do [Código Civil](#). Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-404/2005-116-15-00.8– 8ª Turma - Relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi– DOE 04/12/2009)

A não adoção da teoria objetiva no acidente de trabalho, por sua vez, seria a negação do princípio base do Direito do Trabalho, o princípio da proteção. Se a luta dos trabalhadores ao longo dos anos fora a de ampliação dos direitos, não há motivos para que esse trabalhador fosse tratado de maneira desigual. Seria ilógico, pois o trabalhador é um ser humano! De modo que todas as garantias que visem o bem estar social, devem ser direitos do trabalhador.

Consoante já destacado, o que diferencia a aplicação das duas teorias, objetiva e subjetiva, é o fato de o *ônus probandi* ficar a cargo da empresa quando a sua atividade apresentar riscos à saúde do trabalhador, ou seja, tem de provar que a atividade desempenhada pelo obreiro não corroborou para com o infortúnio. Já na teoria subjetiva é necessário seja comprovada a culpa do empregador, ficando a cargo do empregado o ônus de provar a conduta ilícita.

Por ser a relação de trabalho baseada em um contrato bilateral e de adesão, incorre em responsabilidade civil contratual, tornando implícito o dever do empregador em zelar pela integridade física de seus empregados, estabelecendo as condições adequadas no meio ambiente de trabalho, a fim de dirimir os riscos advindos da função desempenhada, observados os princípios pertinentes.

Ignoradas as especificações necessárias e ocorrido o dano, incorre em descumprimento de cláusula contratual. Logo da ocorrência do dano, e tendo, sobretudo, relação com o risco criado pela profissão, torna-se despicienda a necessidade de comprovação da culpa. A existência de nexo entre o risco apresentado pela atividade desenvolvida e o acidente de trabalho, são suficientes a imputar o dever de indenizar por parte do empregador.

Não há, pois, como ignorar a aplicação da teoria subjetiva, sua aplicação limita-se à comprovação de dolo ou culpa pelo empregador, além do mais é preceito constitucional. Pois, quer deixar claro que, não são todas as situações que admitem a aplicação da responsabilidade civil objetiva, devendo ser observada a existência do risco criado pela atividade, e a probabilidade de sua ocorrência.

No caso da teoria objetiva, por não haver a necessidade de análise de culpa, deve subsistir o risco na atividade econômica empresarial, que, caso constatado, torna-se suficiente para aferir o nexo causal, sendo, portanto, listo que o empregador seja responsabilizado, muito pelo fato de o trabalhador ter emprestado sua força de trabalho, com o fim de garantir sua subsistência, merecendo ser ressarcido pelo dano suportado.

Desta forma, aplicam-se as disposições do Código Civil ao Direito do Trabalho no que lhe couber, admitindo-se, inclusive a aplicação do parágrafo único do art. 927, que trata da responsabilidade civil objetiva.

Capítulo 2-Danos Indenizáveis no Direito do Trabalho

2.1 Conceito de Dano

Para que haja a responsabilidade civil, conforme o exposto no Capítulo I, deve existir o dano, sendo pressuposto essencial para a existência do dever de indenizar, que em seu sentido amplo, significa o prejuízo experimentado por uma pessoa no seu patrimônio material ou moral, em decorrência de um ato praticado por outrem²⁷.

O dano, porém, para que seja indenizável deve atingir o ofendido de maneira que se possa constatar um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, havendo a violação de um bem jurídico (psicológico, corporal, vida, saúde, expectativas, crédito e etc.), conforme assevera Enneccerus em citação encontrada na obra de Carlos Roberto Gonçalves:

ENNECCERUS conceitua o dano como “toda desvantagem que experimente em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)” E acrescenta: “Como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra ‘dano’ se emprega corretamente, na linguagem jurídica, no sentido de dano patrimonial”.²⁸

Bens jurídicos, por seu turno, concernem naquilo que pertence à pessoa, possuidora de direitos, podendo se tratar de patrimônio material, ou psicológico, pois ocupa um espaço na vida do indivíduo. Nesta esteira, existindo uma lesão a um bem jurídico, deve ela ser reparada, sendo este o objetivo da responsabilidade civil, como asseveram Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho em sua obra:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se estabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se à vítima à situação anterior à lesão. Indenizar peça metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Danôs, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.²⁹

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, seria o dano:

²⁷ MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. Op. Cit. p.44

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro V. IV – Responsabilidade Civil*. Op.Cit. p. 337

²⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit.. p.332

Nestes termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a *lesão um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não-, causado por ou omissão do sujeito infrator*.³⁰

Desta forma, dano seria a lesão a um bem jurídico físico ou psicológico, suportado pela vítima, o qual deve ser ressarcido de acordo com sua extensão (art. 944 do Código Civil), caso existentes os demais pressupostos da responsabilidade civil (fato do dano, nexo causal, culpa ou dolo), sendo o dano requisito indispensável para a sua configuração, ou seja, sua pedra de toque.³¹

Os danos podem ser classificados como danos patrimoniais, e extrapatrimoniais, sendo debatido nos próximos capítulos as espécies de dano, conforme se verá a seguir:

2.2 Dano material

O dano material é aquele em que o prejuízo suportado pela vítima recai sobre um bem jurídico patrimonial, o que o diferencia do dano extrapatrimonial que se infere no plano dos direitos da personalidade do ofendido. Como destaca Carlos Roberto Gonçalves:

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. *Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. *Moral* é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.³²

Assim, sempre em que se está diante de um prejuízo pelo qual a restituição do *status quo ante* estiver condicionada ao pagamento de valor, ou obrigação de fazer que restabeleça o dano de forma concreta, está-se diante de um dano material. É certo, portanto, que o dano material se refere ao prejuízo que recai sobre um objeto e não diretamente à pessoa que sofre a agressão. Eventual decréscimo de ordem financeira decorrente do dano suportado pela vítima. Prejuízo fundamentalmente econômico.

Para que exista o dano material, há que se observar duas características essenciais, a existência do dano emergente e/ou um lucro cessante, conforme o disposto no art. 402 do Código Civil, referindo-se às perdas e danos decorrentes do ilícito e aquilo que veio a deixar de lucrar em decorrência do ato do ofensor.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op.Cit. p.40

³¹ Ibidem. p.40

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil V. VI– Responsabilidade Civil*. Op. Cit. p. 339

Entende-se dano emergente, aquele que nasce do ilícito, o dano que surge a partir do cometimento da ação ou omissão que causa prejuízo ao direito alheio, conforme asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho “o dano emergente – corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’”.³³

Os lucros cessantes, por seu turno, se tratam da quantia certa, razoável, que poderia perceber a vítima, caso não tivesse ocorrido o infortúnio, como na visão dos autores supracitados “o lucros cessantes – correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que ela não ganhou’”.³⁴

Para exemplificar o que seriam as duas espécies de dano que caracteriza o dano material pensemos em um taxista que sofre uma batida em seu carro, sendo responsável o condutor do outro veículo. O dano emergente, neste caso, será o prejuízo suportado em decorrência do conserto de seu veículo, troca de peças, os serviços de funilaria e pintura e etc. Já os lucros cessantes caracterizam-se pela perda de ganho enquanto seu veículo estiver na oficina, impossibilitando-o de exercer seu trabalho, logo, de obter o lucro advindo de sua profissão. Deverá neste caso o ofensor ressarcir de maneira razoável os valores que por ventura faria jus, caso não tivesse ocorrido o acidente.

Neste diapasão, dano material é todo aquele restituível financeiramente, sendo o pagamento da indenização o meio eficaz para o retorno do estado em que se encontrava o objeto danificado, caso não tivesse ocorrido o infortúnio. Dano, portanto, exclusivamente patrimonial.

2.3 Dano moral

O dano moral, por sua vez, divide a opinião dos doutrinadores, pois há certa dificuldade para tratar do que exatamente seria o dano moral, qual sua concepção jurídica. Por muito tempo, considerou-se o dano moral como a dor, tristeza, ou seja, o sofrimento psicológico.

Porém, a Constituição Federal, trouxe outro paradigma à definição do dano moral justamente no tocante ao disposto no inc. X do art. 5º da Constituição Federal, atribuindo o conceito de dano moral, como definem Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento; estende a sua tutela a todos os bens personalíssimos, os complexos

³³GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit. p. 45

³⁴ *Ibidem*.p. 45

de ordem ética, razão pela qual revela-se mais apropriado chama-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português.³⁵

Na definição de Carlos Roberto Gonçalves o dano moral está ligado à agressão ao íntimo da pessoa, conforme segue abaixo:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, imagem, o bom nome etc., como se infere nos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.³⁶

O dano moral, desta forma, é o dano não patrimonial, ou extrapatrimonial, decorrente da violação aos direitos da personalidade, que “nada mais é do que a agressão à dignidade humana”³⁷, porém não podemos admitir que toda violação aos direitos da personalidade, tratem-se de danos morais, como assevera Mauro Schiavi:

Muitos conceitos partem da definição por exclusão do dano patrimonial, vale dizer: todo dano que não é patrimonial, é moral, ou extrapatrimonial. Não obstante, nem tudo que não é dano patrimonial pode ser encarado como dano moral.³⁸

Destarte se conclui que o dano moral é o dano causado ao íntimo da pessoa, dano à sua dignidade, intrinsecamente ligado à personalidade, não abarcando no entanto, todas as agressões à pessoa, por estar ligado ao seu interior, à dor psicológica diante de determinada situação.

2.4 Dano estético

Como largamente exposto neste trabalho, a Constituição Federal protege os direitos da personalidade, não diferente seria em relação ao dano estético que segundo Raimundo Simão de Melo seria “uma alteração corporal morfológica interna ou externa que cause desagrado ou repulsa não só para a pessoa ofendida, como também para quem observa.”³⁹

³⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 102

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil V. IV*. Op. Cit. p. 359

³⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p.103

³⁸ SCHIAVI, Mauro. *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR. 2013. Op. Cit. p. 57

³⁹ MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. Op.Cit. p. 214

Complementa Mauro Schiavi que o dano estético “abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem, sob qualquer aspecto, um afeamento da vítima”⁴⁰

Muito se discutiu acerca da natureza do dano estético, parte da doutrina até certo período considerava o dano estético como um dano patrimonial ou dano moral. Seria dano patrimonial, no caso de um modelo fotográfico que sofre um corte em seu rosto, impossibilitando a continuidade de sua carreira, deixando de lucrar; e dano moral por conta do sofrimento decorrente da deformação.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, o dano estético não pode ser dissociado do dano moral, pela possível caracterização de *bis in idem*, assim assevera:

Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas um aspecto deste.⁴¹

Porém, não é o que entendemos sobre o assunto, pois o art. 949 do CC, abaixo transcrito “deixa marca explícita do cabimento do dano estético, independentemente do moral”⁴²:

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 pode haver sofrido.

Segue-se, portanto, a orientação de Raimundo Simão de Melo que estabelece que:

O dano estético diferencia-se do dano moral, que é de ordem puramente psíquica e, por isso, causa à vítima sofrimento mental, aflição, angústia, vergonha etc. Enquanto o dano moral é psíquico, o dano estético se caracteriza por uma deformação humana externa ou interna. O dano estético, portanto, deixa marca corporal na pessoa, causa dor no seu íntimo e gera sofrimento social no lesado perante as demais pessoas.

⁴⁰ SICHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 136

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil - V. IV*. Op. Cit. 422

⁴² DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 420

Desta feita, o dano estético caracteriza-se pela alteração fisiológica da massa corporal do indivíduo, seja externa ou interna, devendo ser “autônomo, permitindo a cumulação com outro tipo de prejuízo”⁴³.

2.5 Dano pela perda de uma chance

A atual jurisprudência e a doutrina brasileira vêm admitindo o chamado dano pela perda de uma chance, teoria adotada pelo direito francês (*perte d'une chance*), que consiste na responsabilidade civil sobre determinado fato que retira do ofendido a real possibilidade de obtenção de ganho futuro, como na definição de José Afonso Dallegrave Neto:

...indenização do prejuízo proveniente da "perda de uma chance", quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça.⁴⁴

A perda de uma chance, portanto, caracteriza-se pela perda da real expectativa de um direito, que, por conta da ação ou omissão de terceiro, frustra essa possibilidade de obter determinada vantagem. Como assevera Raimundo Simão de Melo “O sentido jurídico de chance ou oportunidade é a probabilidade de alguém obter um lucro ou de evitar um prejuízo”.⁴⁵

A maior discussão acerca do tema consiste em sua natureza, mais precisamente, no seu enquadramento, por se tratar de expressão fundamentalmente econômica, todavia, entendemos se tratar de danos materiais, mas que não se trata de um dano emergente, muito menos de um lucro cessante.

Não seria dano emergente, pois conforme anteriormente exposto o dano emergente é o prejuízo econômico que nasce do próprio infortúnio, como o conserto de um veículo danificado por terceiro; bem como, não se trataria de um lucro cessante, pois decorre da impossibilidade certa da obtenção de vantagem econômica, auferível de maneira inequívoca. Da mesma forma entende Raimundo Simão de Melo:

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência de um ato danoso, o resultado se teria consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível.⁴⁶

⁴³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 422

⁴⁴ NETO, José Afonso Dallegrave. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 5 ed. 2014. LTR. São Paulo. p. 243

⁴⁵ MELO, Raimundo Simão de. *Meio Ambiente do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. Op. Cit. p. 461

⁴⁶ Ibidem. p. 464

Logo, a perda de uma chance se caracteriza não pela perda de vantagem certa, porém, se configura pela perda da expectativa de lucro ou de se evitar um prejuízo, não havendo a certeza da obtenção do resultado, diante da frustração da possibilidade de alcançar o direito, tratando-se, pois, de um *tertium genus* entre o dano emergente e o lucro cessante.

A maior dificuldade de parte da doutrina é encontrar sua previsão legal. Para tanto, é necessária uma análise dos institutos da responsabilidade civil, mais precisamente no disposto no art. 5º, V da Constituição Federal que garante o direito de resposta proporcional ao agravo, não excluindo a indenização por dano moral ou material. O mesmo comando se encontra nos já mencionados artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que fazem referência exatamente ao princípio da *naeminem leadere*, e da cláusula geral de responsabilidade civil.

José Afonso Dallegrave Neto entende que a perda de uma chance não seria um terceiro gênero, mas uma forma de se averiguar a existência de um dano moral ou material, consoante abaixo transcrito:

De nossa parte, a solução taxionômica da teoria da perda de uma chance deve partir da constatação de que ela pode ensejar tanto reparação por danos materiais quanto morais; logo mais do que uma subespécie ou terceiro gênero de dano, a ofensa o direito de oportunidade da vítima que a leva a "perda de uma chance" traduz-se num ato ilícito capaz de gerar indenização à parte prejudicada (art. 927, CC).⁴⁷

Entretanto, adotamos, como já exposto a definição de Raimundo Simão de Melo, que trata como um terceiro gênero, atribuído como resposta para seu enquadramento legal o disposto no próprio art. 402⁴⁸, do CC, que trata do dano material, mais precisamente em sua última parte, conforme conclui em sua obra:

E o art. 402 conclui o raciocínio legal, quando preceitua que: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (grifados). É nessa parte final, como terceira espécie de dano, que se enquadra a indenização pela perda de uma chance.⁴⁹

⁴⁷ NETO, José Afonso Dallegrave. Op. Cit. p. 245

⁴⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁴⁹ MELO, Raimundo Simão de. *Meio Ambiente do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. Op. Cit. p. 466

Diante dos princípios legais que regem nosso direito não há como excluir da responsabilidade de indenizar um dano efetivamente constatado, como no caso da perda de uma chance. Que segue os parâmetros relativos à responsabilidade civil, tendo, portanto, como principal fundamento, proteger a vítima, e não reprimir o ilícito em si, tendo como principal esteio o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.6 Dano em ricochete

Em determinadas situações o dano causado à vítima pode não só atingi-la, mas, também, respingar em outras pessoas próximas, chamado de dano reflexo ou em ricochete.

Como vimos a responsabilidade de indenizar está ligada à existência do dano, que caso seja constatado, deverá ser de certa forma restituído através de indenização. Pensa-se em primeiro lugar na restituição à vítima direta do dano, porém, o dano pode se estender às pessoas próximas, como família ou daqueles que de certa forma dependem do ofendido, que pode deixar de gerar lucro para seu sustento, ou simplesmente sofrem prejuízo moral diante da profunda tristeza decorrente do ilícito.

Consiste, portanto, “no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima ligada à vítima, direta da atuação ilícita”⁵⁰.

Enquadra-se, o dano em ricochete, portanto, na situação em que os filhos e cônjuge do trabalhador acidentado que perde sua capacidade laboral, ou vem a falecer, diminuindo, assim, consideravelmente sua capacidade financeira. Note-se que neste caso a principal vítima é o trabalhador, contudo, o prejuízo decorrente do ilícito acabou por atingir mais indivíduos de maneira reflexa, sendo possível a indenização pelos danos materiais, ou, também, os danos morais decorrentes do fato que vitimou o trabalhador.

Muitos doutrinadores consideram, no entanto, ser inexistente o dano em ricochete, pois aqueles atingidos pelo ilícito principal, os quais chamamos de indiretos, seriam passíveis de indenização, por se tratarem de vítimas diretas do ilícito.

Adotamos, no entanto, a visão de Mauro Schiavi, que assevera que:

No nosso sentir, o dano moral em ricochete ou reflexo é o que atinge outras pessoas além da vítima direta do dano, em razão de laços afetivos, que possui com esta. Inegavelmente, o terceiro tem direito próprio à reparação, entretanto, o seu dano se originou de ofensa a terceiro. Por isso, o dano moral reflexo deve

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit. p. 50

ser avaliado, considerando-se que o terceiro não o sofreu diretamente, devendo o quantum da reparação ser mais reduzido do que o valor devido à vítima.⁵¹

Neste diapasão, há que se levar em consideração a proximidade com a vítima principal e a extensão do dano. Em se tratando de dano moral, obviamente, o valor destinado à vítima indireta, ser menor do que o atribuído à vítima principal. Já em se tratando de dano material, deve-se observar a perda real de valor decorrente do ilícito.

2.7 Assédio moral e assédio sexual no trabalho

O assédio moral e o assédio sexual são condutas dentro da relação de trabalho que atingem diretamente os direitos da personalidade do trabalhador vítima da ação de seus colegas de trabalho ou superiores hierárquicos.

Configura-se como assédio moral a exposição negativa continuada do empregado (perseguições, xingamentos, desprezo, indiferença e etc.), podendo ser praticada por superior (vertical descendente), por colega de mesma posição na empresa (horizontal) e por funcionários de posição inferior à do ofendido (vertical descendente). Como define Márcia Novaes Guedes o assédio moral se caracteriza da seguinte maneira:

No mundo do trabalho, assédio moral significa todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.⁵²

É inegável que a atitude que caracteriza o assédio moral causa dano não só à personalidade do ofendido, mas, também, pode ser causa de dano material. Ainda, segundo Denise de Fátima Stadler, para que haja o assédio moral é necessário o preenchimento dos seguintes pressupostos:

a) conduta abusiva; b) natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) intenção de excluir a vítima.⁵³

⁵¹ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 62

⁵² GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. 3 ed. São Paulo. LTR. 2008. p. 32

⁵³ STADLER, Denise de Fátima. *Assédio Moral - Uma Análise da Teoria do Abuso de Direito Aplicada ao Poder do Empregador*. 1 ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 58

Tais condutas tem o fito de diminuir a autoestima do ofendido para que peça sua demissão, ou simplesmente pelo preconceito por conta da religião, cor, sexo, opção sexual, inveja e etc. de maneira repetitiva, minando a condição psicológica da vítima, o excluindo do ambiente de trabalho.

A doutrina define o assédio como uma atitude repetitiva, porém, consideramos que não há parâmetro temporal definido para sua configuração, como destaca Mauro Schiavi:

Pensamos que o requisito da repetição da conduta ou habitualidade tem que ser aferido conforme o caso concreto, as características do ofensor, da vítima, a função ocupada pelo empregado e as características da conduta do ofensor. Desse modo, conforme o caso concreto, em um único dia de trabalho, no nosso sentir, pode configurar o assédio moral.⁵⁴

Assim, para a configuração do assédio moral é necessária uma conduta desproporcional, abusiva do ofensor, fala-se muito na habitualidade, porém, acreditamos que em apenas um dia pode haver a caracterização do assédio, dada a gravidade da situação.

O assédio sexual, por seu turno, se trata da ação de superior hierárquico com a intenção de obter vantagem sexual da vítima oferecendo em troca melhores condições no trabalho, presentes, viagens e até barganhando a própria manutenção do emprego, sabendo da sua necessidade. Define Carlos Roberto Gonçalves, o assédio sexual como:

Gracejo e insinuações feitas à mulher no ambiente de trabalho, seguidas de chantagem, insistência ou importunação para fins sexuais, causam constrangimento, dor e vergonha, a impor indenização por dano moral.⁵⁵

É curioso como a maior parte da doutrina define como assédio somente a insinuação sexual à mulher. Porém, com a atual liberdade nas relações pessoais, não são somente as mulheres as possíveis vítimas de assédio sexual, podendo ser de mulheres para homens, ou em relações homoafetivas. Antigamente, com as mulheres essa prática era mais comum, e ainda o é, porém, existem outras situações semelhantes envolvendo o sexo oposto, ou até pessoas do mesmo sexo. Com relação ao fato da mulher sofrer o abuso, e essa afirmação não é exclusiva da obra do eminente doutrinador Carlos Roberto

⁵⁴ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. 114.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil V. IV*. Op. Cit. p. 399

Gonçalves, impera a visão machista de que o homem não seria alvo, por simplesmente aceitar a situação, ou até de mulheres não ocuparem cargos hierárquicos superiores aos homens.

Hoje, também, com a ascensão das liberdades sexuais, como da livre opção sexual, não são raros os casos em que o assédio parte de pessoas do mesmo sexo.

É inegável, porém, que o surgimento da expressão nasceu da luta das mulheres contra recorrentes abusos sexuais no trabalho, talvez por essa razão o enfoque seja dado à situação da mulher no mercado de trabalho.

Fato é que do mesmo modo, o assédio sexual traz consequências devastadoras ao trabalhador, de modo a atingir sua dignidade, como na visão do saudoso Professor Amauri Mascaro Nascimento:

Assédio sexual pressupõe (...) uma conduta reiterada tipificadora, nem sempre muito clara, por palavras gestos ou outros atos indicativos do propósito de constranger ou molestar alguém, contra sua vontade, a corresponder ao desejo do assediador, de efetivar uma relação de índole sexual com o assediado; portanto, explicita-se como manifestação de intenção sexual sem receptividade do assediado, de modo a cercear a sua liberdade de escolha, a ponto de atingir a sua dignidade, o que difere de pessoa para pessoa, da mesma maneira, que a moral, também, deve ser interpretada em consonância com as variações do tempo e do espaço.⁵⁶

Diferenciam-se, pois o assédio sexual do assédio moral, pela intenção do agressor, sendo este de cunho moral visando à diminuição da autoestima, e aquele o único e exclusivo fim de obtenção de vantagem sexual. Como acentua Mauro Schiavi:

O assédio moral não se confunde com o assédio sexual, porquanto neste a intenção do agente é obter um favor sexual junto à vítima, enquanto no assédio moral, a intenção do agente é minar a auto-estima da vítima.⁵⁷

Outro ponto marcante é a necessidade do assédio sexual partir de superior hierárquico, e o assédio moral pode ser praticado por qualquer pessoa no local de trabalho como assevera Denise de Fátima Stadler:

Não há agressor e vítima específicos. O superior hierárquico pode ser agressor, como pode ser vítima, assim como o empregado pode assumir essas duas posições, bastando a intenção de prejudicar, de ofender, ferindo a auto-estima,

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit. p. 520

⁵⁷ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 114

a dignidade da vítima, não importando o meio utilizado, se por gestos, verbal, escrito, etc.⁵⁸

Há discussão quanto à essa posição de que o assédio moral parte exclusivamente de superior hierárquico, pois parte da doutrina considera que o assédio pode partir de qualquer outro colega de trabalho. No entanto, a característica definidora do assédio sexual é exatamente a barganha, a obtenção de vantagem sexual do assediado em troca de benesses ou da manutenção de benefícios, ao passo que um funcionário de nível inferior não pode proporcionar tal troca, o que não exclui, no caso de um abuso sexual sua dispensa por justa causa e indenização pelos danos eventualmente causados.

O fato é que um assédio sexual pode desencadear em assédio moral, caso a vítima se recuse a ceder à pressão, conforme assevera Márcia Novaes Guedes:

O assédio sexual não se confunde com o assédio moral. Conforme afirmamos linhas acima, para que haja assédio moral é necessária a presença de dois requisitos fundamentais, que são a duração no tempo e o objetivo de destruir a vítima. Todavia, tanto o mobbing quanto o assédio sexual são violências que guardam certa correlação: o assédio sexual pode muito bem constituir a premissa para desencadear uma ação do assédio moral, transformando-se na vingança do agressor rejeitado.

Exemplo dessa espécie é o caso do marinheiro que, ao rejeitar as propostas sexuais de um alto oficial, passou a sofrer pesada discriminação no trabalho cotidiano. Abusando do poder que detinha, o oficial rejeitado determinou que lhe fossem reservadas as tarefas mais difíceis, arriscadas e fatigantes; foi isolado do convívio com os demais colegas, ficando proibido de desfrutar, junto ao grupo, dos momentos de lazer, inclusive de jogar futebol, durante as pausas na jornada. Não suportando a desqualificação humilhante e o isolamento, solicitou baixa do serviço.⁵⁹

O raciocínio que se extrai da análise dessas duas práticas dentro do ambiente de trabalho é a de que podem reverberar em danos indenizáveis, atingindo em cheio a dignidade humana e em consequência seus direitos da personalidade, sendo passível de restituição dos danos daí decorrentes.

⁵⁸ STADLER, Denise de Fátima. Op. Cit.

⁵⁹ GUEDES, Márcia Novaes. Op. Cit. p. 43

Capítulo 3-Dano Existencial

3.1 Conceito de dano existencial

Consoante largamente discutido neste exercício monográfico, a Constituição Federal tem como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III). Dentro dessa concepção, sabe-se que a característica principal do ser humano é a capacidade de pensar e cada qual pensa de uma forma e carrega dentro de si sentimentos, que apesar da existência de um padrão comum, são particulares de cada pessoa. Cada qual sabe das angustias e preocupações que carregam, daquilo que o satisfaz que o leva ao caminho da felicidade, buscado incessantemente pela humanidade. Decorre desse conceito a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, e sua necessidade de promoção.

A evolução da sociedade levou à proteção não só do patrimônio, mas também de bens jurídicos particulares do ser humano, a iniciar pelo dano moral, que se refere ao dano psicológico, a tristeza, a angústia decorrente de determinado fato.

Porém, o rol do art. 5, X da CF, não excluiu a possibilidade de se pleitear outros direitos, atinentes à personalidade, que se trata de um conjunto de particularidades humanas, seu corpo, sua mente, imagem, honra, abrindo margem para proteção de outros bens jurídicos ligados ao ser humano.

Fato é que a partir do nascimento, ocupa-se um espaço no mundo, e consequentemente um espaço no tempo. Junto com o ser humano, nasce sua história, sendo a ele garantido o direito de buscar sua felicidade, ao seu projeto particular de vida.

Este espaço no mundo, sua história nada mais é do que sua existência, que consiste na sua própria personalidade, sem existir não há personalidade. Sua existência define seu projeto de vida, suas relações sociais, familiares.

Determinados eventos afetam a existência do ser humano. Interrompem a possibilidade de seu desenvolvimento como pessoa, modificam sua imagem perante os outros, danificam, pois, sua existência. O que passamos a chamar de dano existencial.

O dano existencial tem origem no direito italiano, no início da década de 1990, sendo que seu conceito tomou forma e começou a ser melhor difundido no fim da mesma década. Seu surgimento se deu devido à impossibilidade dos chamados danos biológicos de suprir todos os danos aos direitos da personalidade.

O dano biológico, por seu turno, seria o dano aos direitos imateriais inerentes ao ser humano, que não dizem respeito somente ao dano moral, que limita-se ao prejuízo exclusivamente psicológico, segundo Julio Cesar Bebbber, o dano biológico seria “toda lesão, duradoura ou temporária, à saúde da vítima, entendida esta como bem-estar físico, psíquico e social da pessoa.”⁶⁰

Porém, percebeu-se que os danos biológicos não eram suficientes a acobertar todos os prejuízos extrapatrimoniais, como afirma Flaviana Rampazzo Soares:

Da análise da doutrina e jurisprudência italianas, é possível perceber certa vacilação quanto à nomenclatura, principalmente quanto ao que exatamente estaria abrangido no conceito de dano biológico. Conforme dito, inicialmente, a jurisprudência lançou, como integrantes do dano biológico, todos os danos que não eram enquadrados na regra do art. 2.043 do Código Civil italiano, o que gerou uma abrangência enorme ao referido tipo de dano, o qual englobava as alterações do aspecto exterior e morfológico da pessoa; as relações de eficiência psicofísica da pessoa, a alteração da capacidade social da pessoa (vida de relação); a redução da capacidade de trabalho em geral e da perda de oportunidades de trabalho em razão do dano.

Aos poucos, percebeu-se que nem todos os interesses imateriais da pessoa que fossem atingidos negativamente eram danos morais e não poderiam, igualmente, ser considerados como danos biológicos.⁶¹

A pedra de toque do dano biológico, portanto, é o prejuízo à saúde da vítima que reverbera em sua vida, não atendendo completamente todos os danos causados à chamada vida de relação, que pode não estar necessariamente ligada à saúde do ofendido. Sobre essa visão do direito italiano sobre o dano existencial destaca Marcelo Rubens Prata:

A noção de dano moral fornecida pela Corte Constitucional italiana é restrita ao dano moral subjetivo, ou seja, trata-se de um dano não patrimonial, que se consubstancia na turbção psicológica passageira, no sofrimento espiritual ou na perturbação do estado de ânimo, causados pela lesão sofrida pelo sujeito ofendido.¹⁸⁰ A doutrina e a jurisprudência da Itália, com o escopo de preencher a lacuna existente entre o dano biológico e o dano moral, formulou o conceito de dano existencial, qual seja a modificação prejudicial da atividade realizadora da pessoa, a alteração de seu universo de ação, costumes, amizades, através dos quais o indivíduo constrói a sua própria identidade, a própria existência, comprometendo a sua qualidade de vida.¹⁸¹ Trata-se, seguramente, de um dano qualificável como não patrimonial. O dano existencial pretende oferecer tutela a todas as hipóteses nas quais a pessoa seja ofendida em um direito de categoria constitucional diverso do direito à saúde.⁶²

⁶⁰ BEBBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTrn. 1, jan. São Paulo: LTr, 2009, p. 27

⁶¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009 Op. Cit. p. 42/43

⁶² PRATA, Marcelo Rubens. *Anatomia do Assédio Moral no Trabalho - uma abordagem transdisciplinar*. 1 ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 158

Outras situações que não o prejuízo à saúde podem desencadear no dano existencial, que segundo o julgado de 24 de março de 2006, No. 6572, proferido pela Corte de Cassação Italiana, transcrito em trecho do artigo de Marzo Koteich Katib, se define como:

todo prejuízo causado no cotidiano do sujeito, suscetível de ser constatado de maneira objetiva, que altera seus hábitos e seu modo de se relacionar, induzindo-o a alternativas de vida distintas, que incidem na implantação e realização de sua personalidade no mundo exterior.⁶³

O dano existencial advém desse anseio da busca da felicidade do ser humano, não ligado exclusivamente à sua condição salutar, por isso o dano biológico seria insuficiente à proteção deste bem da vida. Toda pessoa tem anseios e projeta seu plano de vida, de modo que a interferência injusta, causada por outrem, constitui em dano à sua existência, como ilustra Júlio Cesar Bebbber:

O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo de suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.⁶⁴

Trata-se de uma redução da qualidade de vida, temporária ou permanente, em que a pessoa deixa de realizar certas atividades que desempenhava ou pode não mais poder realizar certos afazeres que lhe traziam prazer, como destaca Flaviana Rampazzo Soares:

O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer em um “ter que agir de outra forma” ou em um “não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e quiçá, permanente sobre a existência da pessoa.⁶⁵

⁶³ KATIB, Marzo Koteich. La Dispersión Del Daño Extrapatrimonial en Italia. Daño Biológico vs. “Daño Existencial”. Disponível em: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersion.pdf. consulta em 23/05/2014 às 16:37.p. 7. Texto original: todo perjuicio causado en el hacer no reidual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.

⁶⁴ BEBBBER, Júlio Cesar. Op. Cit. p. 28

⁶⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Op. Cit. 44

O dano existencial pode ser definido como o ferimento ao projeto de vida e à vida de relação do indivíduo como destaca Hindemberg Alves da Frota:

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.⁶⁶

Desta forma, o dano existencial nada mais é do que o prejuízo ao projeto de vida, e à sua vida de relação; o dano decorrente do afastar do ser humano de suas relações sociais, ou daquilo que lhe dá prazer, ou seja, a redução da qualidade de vida, que modifica sua existência, causando um vazio existencial pela impossibilidade de seguir sua meta pessoal.

3.1.1 Natureza Jurídica do Dano Existencial

A principal discussão acerca do tema, origem de suas principais críticas, consubstancia-se em sua natureza jurídica. Sobretudo se se trata de uma espécie de dano moral, ou se trata de um *tertium genus* dentro da teoria do dano indenizável.

A Constituição Federal, em que pese, aparentemente tenha delimitado a possibilidade de indenização por danos materiais e morais decorrentes de violação aos direitos da personalidade, entendemos que o dano moral seria em verdade espécie do gênero “danos extrapatrimoniais” como bem observa Flaviana Rampazzo Soares:

Mesmo que o texto constitucional tenha deixado de utilizar a melhor terminologia para assegurar a proteção aos direitos imateriais (...), deve-se esclarecer que os danos morais são espécie do gênero “danos extrapatrimoniais”.⁶⁷

⁶⁶ FROTA, Hindemberg Alves. *Noções Fundamentais Sobre o Dano Existencial*. João Pessoa. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2013. p. 212

⁶⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. p. 61

Marina Santoro Franco Weinschenker em sua obra cita a visão de Pietro Perlingieri, conforme abaixo transcrito:

Pietro Perlingieri afirma que há uma elasticidade da tutela da personalidade, significando que “não só a tutela não é *numerus clausus*, mas que o que é tutelado é o valor da personalidade sem limites, ressalvados os limites postos no interesse de outras personalidades, não de terceiros”. Quer com isso dizer que a sua tutela deve ser estendida também às hipóteses (juridicamente relevantes) não previstas pelas leis ordinárias.⁶⁸

Mesmo que assim não se entenda, há que se observar o conteúdo do §2º do art. 5º da Constituição Federal que reza que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Como será visto adiante, o dano existencial não se confunde com outros de natureza extrapatrimonial, por este motivo considera-se um terceiro gênero dentro do conceito dos danos extrapatrimoniais.

3.2 Princípios e Direitos que Justificam o Dano Existencial

Para que possamos justificar o dano existencial como ente jurídico passível de reparação, é necessário conceituar quais os princípios fundamentais perseguidos pela Constituição Federal, e os direitos e garantias fundamentais nela inseridos, a iniciar pelos princípios fundamentais, dando devido enfoque ao princípio da dignidade da pessoa humana; posteriormente, os instrumentos constitucionais para garantir a dignidade da pessoa humana, voltado aos direitos inerentes à sua personalidade, que são o alicerce dos direitos extrapatrimoniais.

3.2.1 Os Princípios Fundamentais

Um dos fundamentos essenciais a ser aprofundado neste trabalho são os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, que foi a primeira constituição brasileira a estabelecer os princípios essenciais da República Federativa do Brasil.

Esses princípios fundamentais elencados no art. 1º, visam à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o

⁶⁸ WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. *A Vida Laboral e Extralaboral do Empregado – A privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais*. 1 ed. São Paulo: LTR. 2012. p. 29

pluralismo político.⁶⁹Tais fundamentos, ou princípios servem de esteio para todo o ordenamento Jurídico, objetivando a formação de uma sociedade livre e justa, conforme os preceitos do preâmbulo da Constituição abaixo transcrito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Note-se que em tais princípios há uma acentuada preocupação com relação à dignidade da pessoa humana, sendo indispensável à efetivação dos direitos sociais, sobre essa preocupação destaca José Afonso da Silva, em citação encontrada na obra de Flávia Piovesan:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das pretensões positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.⁷⁰

Os princípios fundamentais da Constituição carregam conteúdo axiológico fundamental para interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de critério para mediação de diversos temas.

Conclui-se, portanto, que tais princípios fundamentais, são a base de todo o ordenamento jurídico pátrio de modo que toda e qualquer lei, para que seja eficaz em sua aplicação deve observar o respeito aos princípios, basilares no que tange à vida em sociedade.

Neste diapasão, para que os princípios sejam de fato alcançados e acima de tudo respeitados, são necessários dispositivos legais que permitam atingir seu objetivo, função

⁶⁹ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 6 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2004. p.55

atribuída aos direitos fundamentais que se diferenciam, pois os princípios, têm maior alcance, são mais gerais, sendo que os direitos fundamentais têm o condão de efetivá-los. Caminham no sentido do cumprimento destes princípios basilares. Como destaca Amauri Mascaro Nascimento, diferenciam-se os princípios de direitos pelo seguinte motivo:

Princípios e direitos fundamentais são conceitos que se relacionam com características diferentes, mas que acabam por cumprir o mesmo fim, mais amplo nos princípios, uma vez que se destinam a presidir o ordenamento jurídico como um todo, estabelecendo as principais diretrizes que devem regular, enquanto direitos fundamentais são direcionados para a pessoa e sua esfera subjetiva de proteção da qual a ordem jurídica não pode se afastar. É claro que pode um princípio ser invocado por alguém que o quer ver aplicado no caso concreto, perspectiva sob a qual os princípios seriam a fonte da qual o direito fundamental é a faculdade nela fundamentada.⁷¹

Neste diapasão, para que haja a efetivação desses princípios, é necessário que existam direitos que tornem possível sua existência, o que vem disposto nos artigos seguintes do texto constitucional, sob o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

3.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No topo de nosso ordenamento está o direito à vida, pois sem ela não há existência, assim, para que o ser seja titular de um direito deve haver vida, que por ser um princípio basilar, deve ser protegida pelo Estado, conforme afirma Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado, assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.⁷²

O texto constitucional separa em seus quatro primeiros artigos, quais são os princípios da República Federativa do Brasil, mais especificamente no art. 1º, destaca no inciso III a dignidade da pessoa humana, de modo que “o valor da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”⁷³.

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p.382

⁷² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2005. p. 31

⁷³ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p.55

Neste sentir, deve-se interpretar o texto constitucional de maneira mais ampla possível, ou seja, o direito à vida, não deve se resumir ao simples fato de viver, mas sim de uma vida digna em sua plenitude. Neste contexto se enquadra o princípio da dignidade da pessoa humana, que na visão de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

Apesar de ser um conceito jurídico indeterminado, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana implica em um conjunto de direitos, tais como: paz, prosperidade, educação, moradia, igualdade de direitos e oportunidades. Vale dizer: a dignidade da pessoa humana é a plenitude concreta de todos os direitos fundamentais para que todos os seres humanos gozem de um tratamento idêntico e realístico quanto às condições de vida em sociedade.⁷⁴

Logo, pode-se concluir, como assevera Alice Monteiro de Barros “a dignidade representa para o direito o papel que a bússola significa para o polo: dita e informa a direção segura, a trilha certa almejada pelo seu operador cômico em busca do bem-estar do indivíduo”⁷⁵.

3.2.3 Os Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais, por consequência, tem o condão de efetivar os princípios e objetivos fundamentais da Constituição, tratando-se, inclusive de cláusula pétrea, tendo como principal meta garantir a dignidade da pessoa humana, através de princípios básicos atinentes a todo ser humano, como assevera Flávia Piovesan:

...infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.⁷⁶

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, a essência dos direitos fundamentais é a própria dignidade da pessoa humana, segue abaixo trecho de sua obra:

⁷⁴ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p.104

⁷⁵ WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. Op. Cit. p. 35

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Op.Cit. p.56/57

...defende-se que o fundamento de sustentação e justificativa dos direitos humanos é a necessidade de garantia dos valores inerentes à pessoa humana. O Direito, o Estado e a comunidade internacional, assim, passam a reconhecer essa necessidade de proteção, positivando aqueles direitos de magnitude superior, em diferentes textos jurídicos e, inclusive, no âmbito constitucional formal. A dignidade da pessoa humana é, então, reconhecida como a própria essência dos direitos humanos fundamentais.⁷⁷

Essa “necessidade de proteção” tem como objetivo evitar a violação desses direitos e, principalmente, limitar a ação do Estado e de outros cidadãos. Como na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em citação encontrada na obra de Alexandre de Moraes:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁷⁸

Deste modo, os direitos e garantias fundamentais, tem tanto a função de limitar o poder do Estado, bem como de conferir a possibilidade de reivindicação desses direitos, diante de sua violação.

A Constituição Federal, estabelece no art. 5º, que os direitos fundamentais, têm como objetivo garantir e conferir aos brasileiros e estrangeiros residente no país, os preceitos de liberdade e igualdade, e principalmente o respeito à vida, como classifica George Marmelstein:

Eles se desdobram, resumidamente, nos seguintes mandamentos ético-jurídicos: respeito ao próximo, respeito à vida, e à integridade física e moral, respeito à autonomia da vontade, respeito à liberdade, respeito aos direitos de personalidade e à segurança jurídica.⁷⁹

⁷⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos Fundamentais e Relação de Emprego*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 26

⁷⁸ MORAES, Alexandre. Op. Cit. p. 25

⁷⁹ MARMELSTEIN, George. Op. Cit. p. 78

Nesta senda, os direitos fundamentais dispostos na Constituição, tem como principal função garantir a dignidade da pessoa, possuem, portanto, “a nítida função de proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal (limitação do poder)”⁸⁰.

3.2.4 Direitos da Personalidade

A Constituição Federal, para atingir a sua finalidade, que é a dignidade da pessoa humana, além dos demais direitos nela dispostos, garante a tutela dos direitos da personalidade, como assevera Marmelstein:

O constituinte brasileiro positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro do qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. São os **direitos da personalidade**.⁸¹

Assim, todo cidadão tem direito ao livre desenvolvimento intelectual, cultural, espiritual, de buscar a paz e sua tranquilidade, direito, inclusive, ao ócio, de não ser perturbado, direito de que sua intimidade e de sua família não seja violado.

Por se tratarem de direitos intimamente ligados aos aspectos pessoais individuais de cada ser humano, estão ligados diretamente à sua dignidade, em razão desse aspecto imaterial, qualquer dano relativo à violação desses direitos atingem não só a esfera material (patrimonial), mas também e principalmente, sua esfera moral (extrapatrimonial), como destaca Mauro Schiavi:

Os direitos da personalidade são direitos que decorrem da proteção da dignidade humana e estão intimamente ligados à própria condição humana. Embora a violação a esses direitos possa ter repercussões patrimoniais, são direitos que se distinguem dos direitos patrimoniais, porque estão ligados à pessoa humana de maneira perpétua.⁸²

Diante disso, a Constituição reservou o inciso X do art. 5º para tratar do assunto, o qual segue abaixo:

⁸⁰ Ibidem. p. 78

⁸¹ Ibidem. p. 115

⁸² SCHIAVI, Mauro. Op. Cit.. p. 47

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;

Retira-se do comando normativo à impossibilidade de violação à vida privada, intimidade, honra e imagem, que dizem respeito à integridade física, à não exposição da imagem, e o respeito à vida íntima, às relações familiares e sociais, tudo o que diz respeito à existência do indivíduo na sociedade, tendo como dever negativo dos demais indivíduos e do Estado o de não violar esses direitos, e o direito positivo do indivíduo, diante de sua violação, requerer indenização no caso da transgressão atingir o seu patrimônio patrimonial ou seu conteúdo extrapatrimonial.

Por se tratarem de direitos individuais, e decorrerem do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, são atributos que compõem a pessoa, dotado de sentido extrapatrimonial, apesar da possibilidade de atingir a esfera patrimonial, sendo, portanto, intransferíveis, irrenunciáveis e de eficácia absoluta, devido seu caráter pessoal. Tem o condão de proteger tudo o que se refere ao íntimo humano, o seu desenvolvimento intelectual, psicológico, suas relações familiares e sociais.

Nesse esboço é possível considerar que as indenizações pelos danos aos direitos da personalidade não se restringem apenas aos danos materiais, e morais, devendo-se utilizar um outro conceito, já que boa parte da jurisprudência considera a expressão “danos morais” empregada pela legislação brasileira, de forma incorreta, sendo mais adequado o emprego da expressão “danos extrapatrimoniais”, já que se admite o dano estético, à imagem, dentre outros que serão objeto de estudo neste trabalho.

Os direitos da personalidade, portanto, estão ligados a todos os aspectos da vida humana, suas atividades, seu desenvolvimento intelectual, relações interpessoais, ou seja, à própria existência do indivíduo, por essa razão são classificados como direitos fundamentais, sendo imprescindível o direito à indenização diante de sua violação, decorrendo daí a necessidade da responsabilidade civil, que como anteriormente exposto, tem o condão de restabelecer o equilíbrio social. Para concluir segue trecho da obra de Flaviana Rampazzo Soares sobre os direitos da personalidade:

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, aos direitos de personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que

a pessoa realiza, ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades, físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão da existência humana.⁸³

Significa então dizer que a tutela dos direitos à personalidade, é o mesmo que tutelar a dignidade da pessoa humana, pois traduzem a essência de sua própria existência, estendendo-se a tutela dos valores intrínsecos à vida humana, “ da expressão de sua identidade” que, “vai além do texto codificado, abarcando eventuais hipóteses, desde que relevantes para o Direito”.⁸⁴

Nesta linha, insere-se o dano existencial que se trata de um dano à personalidade, dano extrapatrimonial. Sua constatação se justifica, portanto, pelos próprios princípios perseguidos pela Constituição Federal, tendo como principal anseio a garantia da dignidade da pessoa humana, através da positivação dos direitos e garantias fundamentais.

3.3 Diferença entre dano moral e dano existencial

Para ilustrar a capacidade individual, que dissemos anteriormente se tratar de um terceiro gênero dentro dos danos aos direitos da personalidade, passaremos a discutir sua diferença em relação aos outros tipos de dano discutidos neste trabalho, a iniciar pelo dano moral.

Segundo José Affonso Dallegrave Neto, não há como afastar o dano existencial do conceito de dano moral ou em algumas oportunidades do dano material, como expõe em sua obra:

A despeito de sua autonomia conceitual, de nossa parte o dano existencial sempre estará enquadrado no conceito de dano moral, na medida em que é ofensivo ao direito geral de personalidade e, algumas vezes, estará dentro do conceito de dano material, máxime quando o dano daí decorrente for suscetível de valoração econômica...⁸⁵

Entendemos, no entanto, não se tratar o dano existencial, de dano moral, muito menos de dano material, pois como anteriormente exposto, o dano material nasce do prejuízo econômico, patrimonial, do qual há a possibilidade lógica de se aferir. O dano moral, por seu turno, é o prejuízo exclusivamente psicológico, a tristeza, a angústia, o

⁸³ SOARES, Flaviana Rampazzo. Op. Cit. p. 37

⁸⁴ WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. Op. Cit. p.29

⁸⁵ NETO, José Affonso Dallegrave. Op. Cit. p. 179

sofrimento diante da ocorrência de determinado fato. Ao passo que o dano existencial se comporta de maneira distinta, por estar ligado aos afazeres cotidianos, da mudança de vida, não exatamente do sofrimento causado por esta mudança, como afirmam Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanutelli de Alvarenga:

Conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Envolve, portanto, um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago. Para Mauricio Godinho Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc., e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha.

A reparação por dano moral visa, por conseguinte, "compensar, ainda que por meio de prestação pecuniária, o desapareço psíquico representado pela violação do direito à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada".

O dano existencial, por sua vez, independe de repercussão financeira ou econômica, e não diz respeito à esfera íntima do ofendido (dor e sofrimento, características do dano moral). Trata-se de um dano que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação in pejus da personalidade).⁸⁶

O dano existencial, portanto, impõe uma reorganização no cotidiano do ofendido, já o dano moral está ligado a fatores subjetivos da vida do indivíduo, podendo dizer, assim, que é possível a cumulação do dano moral e do dano existencial.

3.4 Diferença entre dano existencial e dano pela perda de uma chance

Não há que se falar, também, na semelhança entre o dano pela perda de uma chance e o dano existencial. Consoante já demonstrado, o dano pela perda de uma chance consiste na perda real de expectativa de evento certo, o qual reverbera prejuízos fundamentalmente patrimoniais, como na visão de Raimundo Simão de Melo que o coloca entre o dano emergente e os lucros cessantes, utilizando como principal fundamento a última parte do art. 402 do CC.

Noutro giro, o dano existencial se comporta no sentido da impossibilidade de realizar determinada tarefa que modifique sua existência como pessoa, atingindo sua esfera extrapatrimonial, o “não fazer” ou “não poder mais fazer”.

⁸⁶ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_ acesso em 16/05/2014 às 15h23 min. p. 8

No dano pela perda de uma chance há a frustração da realização de determinada tarefa que poderia lhe conferir determinada vantagem econômica, “em verdade, o que se indeniza é a perda da possibilidade (perda da chance) de conseguir aquela determinada vantagem ou resultado”⁸⁷. Quando no dano existencial o prejuízo está ligado a impossibilidade de desenvolver-se socialmente, intelectualmente, ou da realização de atividades que traziam prazer ao indivíduo, alterando suas características individuais e sua existência perante à sociedade.

3.5 Diferença entre dano existencial e dano estético

O dano estético se caracteriza pela modificação morfológica, do indivíduo decorrente da ação ou omissão do agente, podendo se tratar de cicatrizes, aleijões, mutilações, alterando, assim, a condição física do indivíduo.

Tais alterações no aspecto físico da pessoa podem acarretar em invalidez, ou na impossibilidade da realização de determinada tarefa, como jogar futebol, tocar violão, ou exercer sua profissão. Essas consequências no cotidiano do ofendido se traduzem no dano existencial, ou seja, a alteração morfológica causada por um acidente pode ocasionar em uma modificação significativa ao projeto de vida da vítima, e à vida de relação.

Por este motivo, não há como confundir as duas espécies de danos extrapatrimoniais, tendo em vista que o dano estético se trata da alteração física, interna ou externa, visível ou não, mas que diz respeito à massa corporal do indivíduo.

Um exemplo é uma pessoa, acostumada a praticar esportes no seu dia-a-dia, que tem uma das pernas amputada em decorrência de um acidente automobilístico, causado por uma pessoa alcoolizada. Note-se que o dano estético se caracteriza pela modificação em sua estrutura física, há significativa diminuição de sua massa corporal; já o dano existencial se caracteriza pela impossibilidade de realizar tarefas anteriormente desenvolvidas, como praticar esportes. Poderia ser considerada até a possibilidade de adaptação a outras modalidades, mas a simples necessidade de adaptação a um novo modo de vida em decorrência do acidente, configura o dano existencial. Pois, o ofendido é obrigado a viver sob um novo paradigma, sendo que os seus planos e anseios foram alterados, devendo se submeter a uma outra realidade devido à ocorrência do ilícito.

⁸⁷ NETO, José Affonso Dallegrave. Op. Cit. p. 244

Capítulo 4-O Dano Existencial no Direito do Trabalho

O dano existencial, conforme o tópico acima, é o dano causado ao projeto de vida do ser humano, e à sua vida de relação. Ocorre quando o agente causador de alguma forma retira a possibilidade da vítima de fazer aquilo que lhe dá prazer, dos momentos de lazer, de desfrutar de suas habilidades, dispor de seu tempo para conviver com amigos e familiares, ou seja, o dano existencial se calca na ideia do “deixar de fazer” ou “não poder mais fazer”.

Portanto, a possibilidade de desenvolver seu projeto de vida e sua vida social está intrinsicamente ligado ao direito fundamental da personalidade, que incide diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para garantir o direito à dignidade é necessária uma série de garantias e direitos fundamentais, dentre eles, não só aqueles de cunho individual como no caso dos direitos da personalidade, mas, também, direitos sociais, incluído o do trabalho.

Não há atualmente como viver sem o sustento advindo do trabalho, sendo necessária sua proteção, já que proteger a dignidade do trabalhador é o mesmo que garantir a dignidade da pessoa humana. A evolução dos direitos humanos, fundamentais, tem como fim a dignidade da pessoa humana, como salienta Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

O fundamento e a evolução dos direitos humanos fundamentais revelam que os direitos sociais e trabalhistas também estão nela inseridos, tendo como essência a garantia da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a própria eficácia das normas pertinentes às relações de trabalho.⁸⁸

Logo, a conclusão que se chega é a de que se o reconhecimento do dano existencial tem fundamento nos direitos da personalidade, que se referem justamente à dignidade da pessoa humana, não havendo como excluir sua aplicação nas relações de trabalho, como salienta Márcia Novaes Guedes:

O dano existencial pode decorrer de atos ilícitos que não prejudicam a saúde nem o patrimônio da vítima, mas a impedem de continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal. No mundo do trabalho essa perda pode decorrer da dispensa injusta, do rebaixamento de função, da obrigação de trabalhar em condições desconfortáveis e inseguras, da preterição na ascensão profissional, e, especialmente, da perda da paz interior decorrente

⁸⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. Cit. p. 42

do assédio sexual ou da vexação e humilhação insidiosas próprias do *mobbing*, ainda que de natureza leve.⁸⁹

Assim quando o empregador incorre em ato ilícito que se enquadra no conceito de dano existencial, deverá a vítima ser indenizada, conforme destaca José Affonso Dallegrave Neto:

A vítima do dano existencial tem direito a ser indenizada quando estiverem presentes os requisitos da responsabilidade civil. Vale dizer o dano à existência da pessoa deverá ser reparado quando tiver pornexo causal a prática de ato ilícito do empregador que cerceou os tempos livres e de descanso legal do empregado ou mesmo lhe provocou alguma incapacidade física, mental ou emocional que o impediu de pôr em prática o seu projeto de vida pessoal.⁹⁰

Nesse contexto, é necessário explanar quais os conceitos que regem o direito do trabalho sob o enfoque constitucional, que são a base de nosso ordenamento jurídico, demonstrando que o dano existencial está intrinsicamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo excluir o trabalhador.

Para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivado, o constituinte estabeleceu além dos direitos estritamente individuais, os de caráter social, cultural e econômico, que fazem parte tanto da esfera individual como de esfera coletiva. A seguir serão discutidos esses direitos, demonstrando a preocupação com a figura do trabalhador, e o respeito a sua dignidade.

4.2 Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

Além dos direitos individuais, discutidos no capítulo anterior, existem também os direitos sociais, econômicos e culturais, que na Constituição Federal estão dispostos nos artigos 6º⁹¹ e 7º⁹².

⁸⁹ GUEDES, Márcia Novaes. Op. Cit. p. 128

⁹⁰ NETO, José Affonso Dallegrave. Op. Cit. p. 181/182

⁹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI -

Os supramencionados artigos visam à proteção dos direitos fundamentais ao trabalho, à educação, à história, lazer, segurança, previdência social, à maternidade, assistência aos desamparados, seguindo a Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, em seu art. XXII, o qual segue abaixo:

todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, *sociais*

irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família para os seus dependentes; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural; XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.⁹³

Sob essa mesma ótica, percebendo a intenção do constituinte ao inserir esses preceitos da Constituição Federal, estabelece George Marmelstein:

Por isso, o constituinte brasileiro foi bastante feliz ao positivar, junto com os demais direitos fundamentais, os chamados **direitos econômicos, sociais e culturais**, que são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna.⁹⁴

Destarte, conclui-se que os direitos sociais, econômicos e culturais, complementam os de garantia individual, pois não se tem uma vida digna sem que haja condições para gozar da vida em sua plenitude, evitando eventuais abusos do Estado e daqueles que detêm maior poder econômico sobre os hipossuficientes.

4.1.2 Direito ao trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador

A constituição no art. 6º estabeleceu como direito fundamental o direito ao trabalho, pois em um regime capitalista não há como se ter uma vida digna sem que exista o trabalho.

Em seguida, no art. 7º, a Constituição Federal estabeleceu os direitos fundamentais do trabalho, buscando garantir condições mínimas para manutenção de um trabalho digno. Como afirma Amauri Mascaro Nascimento:

Esses direitos, na esfera das relações do trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos, nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos para defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade, perante a qual tem o dever-direito ao trabalho.⁹⁵

O direito ao trabalho é fundamental para o desenvolvimento social e econômico do país, devendo ser regulado, sendo garantidas condições mínimas para que se

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p.238

⁹⁴ MARMELSTEIN, George. Op. Cit. p. 174

⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op.Cit. p. 478

desenvolva sem que haja a violação das liberdades individuais, sempre voltado à garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, princípios básicos do nosso ordenamento jurídico, como na visão de Sandra Regina Pavani Foglia:

Pode-se afirmar que em torno do trabalho circundam os demais direitos sociais, de forma direta ou indireta, pois o trabalho é um valor fundamental que permite a efetivação da dignidade inerente ao homem, garantido socialmente pelo Estado por meio de políticas públicas.⁹⁶

Nesta esteira, seguindo estes princípios, os incisos do art. 7º da Constituição Federal garantem condições mínimas para a garantir a dignidade dos trabalhadores, como salário mínimo, limite de horas laboradas, descanso semanais, férias, dentre outros. Resultado da luta dos trabalhadores através dos séculos, tendo em vista a opressão sofrida desde os primórdios da civilização moderna, fundamentalmente industrial, pois na história, desde sempre, os donos dos meios de produção oprimem os trabalhadores, utilizando-se de sua força de trabalho para seu enriquecimento.

O art. 8º da Constituição Federal enumera os direitos fundamentais coletivos do trabalho, relativos à organização do trabalho, mais especificamente quanto aos sindicatos e sua institucionalização.

O texto constitucional separou, ainda, os artigos 170⁹⁷ a 192⁹⁸ trata da ordem econômica, em primeiro lugar sob a valorização do trabalho humano, enfatizando sua importância diante do desenvolvimento de uma economia justa e democrática.

⁹⁶ FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a Ótica dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: 2013. p. 70

⁹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁹⁸ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram

Já o art. 193⁹⁹ menciona que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, colocando o trabalho como principal instrumento da ordem social.

Apesar de serem indissociáveis, as ordens econômica e social, não são sinônimas, devendo ser analisadas separadamente, como em citação encontrada na obra de Jorge Neto e Cavalcante, ao citar trecho da obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

A economia deve visar assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.¹⁰⁰

Conclui-se, portanto, que o direito ao trabalho é fundamental ao ser humano, devendo ser respeitada sua dignidade, tendo em vista ser parte essencial para o desenvolvimento econômico e social do país, buscando-se, sempre, a dignidade dos trabalhadores, que nada mais é do que o respeito ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Direito ao Lazer

Dentro deste contexto é essencial dizer que a efetivação dos direitos e garantias acima expostos, tem como fim o gozo da vida em sua plenitude, e a intensa busca do ser humano pela felicidade, sendo dever do Estado a proteção dos direitos, para que haja a mínima intervenção dos indivíduos no direito alheio, ou de intervenção do próprio Estado. Como nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

No direito comum os *diretos fundamentais* acompanharam a valorização dos direitos humanos na experiência jurídica e cultural dos povos, traduzindo-se em garantias do cidadão em garantias do cidadão perante o Estado. Proclamou-se que todos os homens foram criados iguais e dotados de direitos inalienáveis, dentre os quais o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade.¹⁰¹

⁹⁹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁰⁰ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Op. Cit. p. 107

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit. p. 477

Se o objetivo é que o homem tenha uma vida plena, nada mais adequado que a ele, além da garantia do trabalho, seja, também garantido o direito ao lazer. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 separa o art. XXIV para tratar do assunto referente ao lazer, segue abaixo seu conteúdo:

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.¹⁰²

Justamente para que possa desfrutar de seus proventos, decorrentes do trabalho, para momentos íntimos, como o disposto no próprio art. 7º, IV da Constituição Federal, que estabelece o direito ao salário mínimo que garanta o sustento do trabalhador e de sua família, como salienta Arnaldo Süssekind:

O salário mínimo deve ser capaz de atender às *necessidades vitais básicas* do trabalhador e de sua família atinentes à moradia, alimentação, educação, saúde, **lazer**, vestuário, higiene, transporte e previdência social.¹⁰³ (grifo nosso)

O direito ao lazer, faz parte do rol de direitos sociais, dispostos no art. 6º da Constituição Federal, tratando-se, portanto de um direito fundamental, sendo reforçado pelo art. 7º, IV que trata justamente sobre os direitos fundamentais do trabalho.

O direito ao lazer, seria uma oposição ao trabalho, o momento que o trabalhador se utilizaria do seu tempo livre para a prática de afazeres de seu interesse, como a prática de esportes, desenvolvimento mental, educacional, intelectual, cultural, desfrutar momentos com sua família, amigos, práticas religiosas, ou seja, poder realizar somente atividades de sua própria vontade. Como destaca Luiz Otávio de Lima Camargo em citação encontrada na obra de Sandra Regina Pavani Foglia:

um conjunto de atividades gratuitas, prazerosas, voluntárias e liberatórias, centradas em interesses culturais, físicos, manuais, intelectuais, artísticos e associativos, realizados num tempo livre roubado ou conquistado

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. p. 239

¹⁰³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 1999. p. 146

historicamente sobre a jornada de trabalho profissional e doméstico e que interferem no desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos.¹⁰⁴

Não há, pois, como ignorar a relevância do direito ao lazer, que assim como os demais direitos sociais, é direito fundamental de todo ser humano, já que não se tem uma vida digna sem que haja o direito ao tempo livre, para desfrutar dos prazeres da vida, desenvolvendo seu lado cultural, melhorando sua condição física e etc. Como salienta Beatris Francisca Chemin, em citação encontrada na obra de Sandra Regina Pavani Foglia:

O lazer, portanto, não pode mais ser encarado como atividade de sobremesa ou moda passageira, mas merece tratamento sério, como muito bem expressa Marcellino (2000b, p. 17): o adequado seria “considerá-lo não como simples fator de amenização ou alegria para a vida, mas como questão mesmo de sobrevivência humana, ou melhor, de sobrevivência do humano do homem”. Reivindicar e concretizar, pois, o direito ao tempo livre como lazer é expressar uma nova forma de se efetivar a dignidade humana.¹⁰⁵

Logo, é necessária uma atenção maior a este direito, pois o trabalho é importante, porém, a qualidade de vida é essencial para a efetivação dos direitos humanos fincados na Constituição Federal, deve-se observar, que as condições que garantem a dignidade da pessoa humana são cumulativas, são interdependentes.

Jorge Luis Souto Maior em seu artigo discorre sobre o direito à desconexão ao trabalho, que está intimamente ligado ao direito ao lazer, segue abaixo:

... quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe Domenico de Masi. Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FOGLIA, Sandra Regina Pavani. Op. Cit. p. 102

¹⁰⁵CHEMIN, Beatriz Francisca *apud* FOGLIA, Sandra Regina Pavani. Op. Cit. p. 108

¹⁰⁶ MAIOR, Jorge Luis Souto. Direito à Desconexão do Trabalho. Disponível em: “<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>” acesso dia 24/07/2014 às 15:13 horas.

O lazer, portanto, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ligado, portanto, diretamente à vida, à existência do ser humano, sua vida em sociedade, sendo que atitudes que impedem a realização desse direito traduzem em dano. O dano existencial, portanto, cumpre essa lacuna, já que até então a jurisprudência e doutrina não haviam encontrado mecanismos para penalizar o ofensor desse direito, conforme a seguir.

4.2 Dano existencial decorrente do trabalho em excesso

A Constituição Federal enumera no seu art. 7º os direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles os incisos XIII, XIV, XV e XVI:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Se o intuito é proteger a dignidade da pessoa humana, nada mais adequado do que estabelecer limites relativos à jornada de trabalho, e demais descansos como férias, intervalo intrajornada e descanso semanal remunerado. Que, aliás, historicamente é um dos principais motivos da luta dos trabalhadores em todo o mundo, como afirma James Magno Araújo Farias:

A humanização da jornada é uma conquista histórica, pois garante ao trabalhador mais tempo para sua vida privada e mais qualidade de vida, podendo cuidar de sua saúde e ficar com sua família.¹⁰⁷

Essa limitação da jornada, segundo Arnaldo Süssekind, tem como principais fundamentos:

- a) de *natureza biológica*, porque elimina ou reduz os problemas psicofísicos oriundos da fadiga;
- b) de caráter *social*, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família.

¹⁰⁷ FARIAS, James Magno Araújo Farias. *Direitos Sociais no Brasil – O trabalho como valor constitucional*. 1 ed. São Luiz: Azulejo, 2010. p. 119

- c) de *ordem econômica*, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa.¹⁰⁸

Note-se que os dois autores supramencionados destacam traços daquilo que seria o direito ao lazer, exatamente a oposição ao trabalho, o direito ao descanso, para que trabalhador possa aproveitar os prazeres da vida, desenvolvendo sua personalidade. O lazer é essencial para uma vida digna. Mauro Schiavi destaca que:

O Direito ao lazer é um direito social previsto no art. 6º, da CF e por ser um direito fundamental tem aplicabilidade imediata. Sob o prisma das relações do trabalho, presente direito tem por escopo a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, bem como resguardar sua incolumidade física, intimidade, privacidade fora do ambiente de trabalho.¹⁰⁹

Sandra Regina Pavani Foglia, salienta que a limitação do tempo de trabalho se justifica pela necessidade fisiológica do ser humano, por conta da fadiga, o combate a enfermidades pelo excesso de trabalho, e o próprio direito ao lazer, segue abaixo:

O desgaste físico e mental, o combate às doenças profissionais e acidentes de trabalho, bem como a necessidade do convívio social e familiar, do exercício do direito ao lazer, do desenvolvimento intelectual e cultural justificam a necessária limitação do tempo de trabalho.¹¹⁰

Em assim sendo, tolher a possibilidade de gozo do direito ao lazer, ao descanso, em detrimento do trabalho em excesso, causa dano à vida do trabalhador, fere sua dignidade, o retira do convívio social e reduz a possibilidade de se desenvolver, de estabelecer metas para sua vida, características do dano existencial, como destacam Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanutelli Alvarenga :

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.¹¹¹

¹⁰⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. p.196

¹⁰⁹ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 130

¹¹⁰ FOGLIA, Sandra Regina Pavani. Op. Cit. p. 96

¹¹¹ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; ALVARENGA, Rúbia Zanutelli. Op. Cit. p. 3

Desta forma, o excesso de horas extras habituais, o tempo desmedido dedicado ao trabalho e a falta de descanso prolongado, impactam diretamente no projeto de vida do trabalhador e em sua vida de relação. Como destaca José Affonso Dallegrave Neto:

Assim, muitas vezes fará parte do sonho de vida do trabalhador cursar uma faculdade ou pós-graduação, estudar música ou tocar bateria numa banda, jogar futebol, tênis ou mesmo praticar artes marciais ou pintar quadros artísticos. Da mesma forma, engloba-se na noção de projeto de vida participar de atividades associativas, recreativas ou religiosas nos períodos fora do expediente de trabalho. Há outros que planejam realizar viagens em suas férias ou visitar seus amigos em finais de semana. Cada vez que o empregado se vê tolhido injustamente em um desses itens de seu plano de vida ele estará frustrado e infeliz, caracterizando um dano existencial. O trabalhador submetido ao trabalho em horas extras em excesso, como, sofre, portanto, dano existencial. Assim, constatada a existência do labor em horas extras de forma habitual, comprova-se a existência do dano existencial, que conforme exposto anteriormente, depende de critérios objetivos para ser evidenciado.¹¹²

Há julgados que consideram ser inexistente o dano existencial, dividido a legislação já ter estabelecido uma penalização caso haja o labor em horas extras, conforme a ementa proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, abaixo transcrito:

DANO EXISTENCIAL. A prestação de trabalho em extensa jornada não configura, por si só, dano existencial passível de indenização. Hipótese em que o labor extraordinário se encontra reparado por meio do adimplemento das horas extras prestadas, objeto da condenação. (TRT-4 - RO: 00017535220115040201 RS 0001753-52.2011.5.04.0201, Relator: CARMEN GONZALEZ, Data de Julgamento: 18/07/2013, 1ª Vara do Trabalho de Canoas)

Porém, como afirma Arnaldo Süssekind, “majorar o valor do adicional da hora extra não obsta a prática condenável da prorrogação permanente da duração normal do trabalho”¹¹³. O que leva à constatação de que o pagamento a maior da hora extraordinária nada mais é do que o cumprimento do contrato de trabalho, não se presta a indenizar por eventuais danos causados ao trabalhador.

O que se discute neste caso não é o pagamento da hora extra, mas sim o dano extrapatrimonial decorrente do labor excessivo que atenta à saúde física e mental, vida privada e à dignidade do trabalhador.

¹¹² NETO, José Affonso Dallegrave. Op. Cit. p. 179

¹¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. p. 209

Desta forma, o sobrelabor comprovado através de simples checagem do cartão de ponto, ou comprovado nos autos do processo por testemunhas, é capaz de induzir ao dano existencial.

4.2.1 Dano existencial causado ao trabalhador não submetido ao controle de jornada

Uma das maiores controvérsias existentes no direito do trabalho, consiste no disposto no inc. II do art. 62¹¹⁴ da CLT que trata do cargo de confiança, e sua não submissão a controle de jornada. A lei trata do artigo como se, por se tratar de cargo de confiança, o trabalhador não teria direito ao pagamento de horas extras, assim, por não ser obrigado a um controle rigoroso de horário, a jurisprudência, simplesmente, ignora a existência de prejuízo ao trabalhador, e nem sequer ouve as partes sobre o número de horas trabalhadas por esses trabalhadores. Contudo, entendemos que os trabalhadores não submetidos ao controle de jornada, podem sim, sofrer prejuízos decorrentes do labor em excesso, como destaca Jorge Luiz Souto Maior:

Ainda que se diga que há certas atividades em que o empregador não controla, concretamente, o trabalho executado, pois é o próprio empregado que exerce a função que seria, tipicamente, a função do empregador. Há circunstâncias até em que o empregado tem total controle sobre sua atividade e sequer exerce trabalho constante e incessante, como o ora posto em discussão, mas aí o problema já é de prova da quantidade de trabalho exercido e mesmo da ausência de sobrejornada de trabalho e não da inexistência do direito ao limite. De todo modo, cabe ao empregador impedir que esta circunstância implique na utilização indiscriminada do trabalho do empregado, tendo este pressuposto repercussão em eventual discussão processual acerca do volume de horas de trabalho realizado.¹¹⁵

Alguns autores, tem inclusive, uma postura mais radical em relação ao disposto no inciso II do art. 62 da CLT, como expõe Mauro Schiavi:

¹¹⁴ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

¹¹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. Cit. p. 9

No nosso sentir, o art. 62, II, da CLT não foi recepcionado pelo art. 7º XIII da CF. Chega a ser simplória e literal a interpretação do referido dispositivo legal no sentido de que o empregado de confiança não se enquadra no regime de proteção da limitação de jornada, pois referido art. 7º XIII, se refere à jornada normal, e o empregado de confiança, por ser um tipo especial de empregado, sofrendo limitações de direitos, não se enquadraria. Ora o alto empregado tem direitos fundamentais assegurados à sua pessoa, como a intimidade e vida privada (art. 5º, V e X, da CF), também tem o direito do lazer (art. 6º da CF) e também de ter reduzidos os riscos com eventuais doenças do trabalho (art. 7º, XXII). Além disso, a limitação de jornada contribuiu para um melhor meio ambiente de trabalho. De outro lado, em momento algum o art. 7º, XVIII, da CF excluiu o empregado que exerce encargos de confiança do regime de horas extras.¹¹⁶

O que acontece, porém, é um exagero, o trabalhador, ainda mais o exercente de cargo de confiança, fica 24 horas ligado ao trabalho, muitas vezes impossibilitado de viver sua vida sem se desconectar do trabalho o que, evidentemente, interrompe planos, e atrapalha suas relações interpessoais. Não são raros os casos em que há separação, pais e filhos impossibilitados de manter diálogos, frustrações com a possibilidade de continuar os estudos, problemas de saúde decorrentes de sedentarismo. O maior problema é a sociedade encarar o fato de trabalhar demais como uma coisa normal e ser até “bonito”, sem contar com o prejuízo à sua vida.

Devemos trabalhar para viver, e não viver para trabalhar, por este motivo não há como excluir, qualquer que seja o cargo do trabalhador, de se sentir ofendido em decorrência de determinada conduta da empresa, sendo cabível, portanto, indenização pelo dano existencial.

4.2.2 Dano existencial decorrente da falta de concessão de férias

A Constituição Federal no inc. XVII do art. 7º, estabelece como direito fundamental do trabalhador o direito às férias, segue abaixo:

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

Seu período é regulamentado pelo art. 135 da CLT, que determina que:

Art. 135 - A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo.

¹¹⁶ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 131

Segundo Arnaldo Süssekind “A instituição do repouso anual compulsório se esteia nas mesmas razões que fundamentam as distintas formas de limitação do tempo de trabalho”.¹¹⁷

O período longo de afastamento do trabalho decorrente das férias se justifica pela possibilidade do trabalhador se afastar do ambiente laboral, podendo dispor de tempo para se dedicar a tarefas de seu interesse, como viajar, visitar familiares, recompor-se fisicamente e mentalmente.

Por este motivo, um período longo sem que o trabalhador desfrute das férias, permanecendo anos trabalhando sem a concessão desse descanso prolongado, evidentemente viola seu direito à personalidade, à sua intimidade; impede a realização de projetos, de viver diferentes experiências, além de impedir que disponha de tempo livre para se dedicar à sua família, tornando-se, portanto, evidente o dano existencial. O TST, inclusive já se posicionou neste mesmo sentido, conforme a ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. FATO MODIFICATIVO. TRABALHO AUTÔNOMO. 1. Do registro fático disponibilizado no v. acórdão recorrido, verifica-se que a reclamada alegou fato modificativo do direito da autora, visto que admitiu a prestação de serviços profissionais autônomos. 2. Nesse contexto, o Tribunal Regional, ao consignar que tocava à reclamada o ônus da prova da existência da prestação de serviço diversa da relação de emprego, decidiu em conformidade com dispositivos legais disciplinadores da distribuição subjetiva do ônus probatório (artigos 818 da CLT e 333 do CPC). Não caracterizada a alegada violação dos arts. 5º, XXXVI, da Carta Magna e 6º da LINDB. Revista não conhecida, no tema. DIFERENÇAS SALARIAIS. REAJUSTE. REFLEXOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Inservíveis para análise do tema os arestos transcritos, visto que oriundos de Turmas do TST, hipótese não elencada no art. 896, a, da CLT. Revista não conhecida, no tema. INDENIZAÇÃO POR DESPESAS COM CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. Havendo previsão expressa na Lei n.º 5.584/70, quanto às hipóteses em que deferidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não há falar em indenização da verba com base nos arts. 389, 395, 402, 403 e 404 do Código Civil. Precedentes. Revista conhecida e provida, no tema. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. Não configurada a oposição de embargos de declaração com intuito protelatório, porquanto demonstrado o uso regular dos meios e recursos que a reclamante dispõe para a defesa dos seus interesses em juízo. Dessarte, o fato de a autora pretender a reanálise da questão referente ao pagamento do vale-transporte, a título indenizatório, longe de demonstrar suposta conduta desleal, retrata a boa-fé da reclamante que, em momento algum, pretendeu alterar a verdade dos fatos. Por outro lado, ainda que, em tese, seja possível a aplicação da multa em comento à parte, a intenção de retardar a entrega da prestação jurisdicional, em tais hipóteses, deve estar cabalmente demonstrada. E, in casu, não resulta evidenciado que a oposição de embargos declaratórios pela reclamante - maior interessada na rápida solução do litígio - teve a finalidade de retardar o

¹¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. Cit. p. 219

andamento processual. Decisão regional proferida em afronta ao art. 538, parágrafo único, do CPC, em face da sua má-aplicação ao caso concreto. Revista conhecida e provida, no tema. VALE-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. PRECLUSÃO. MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. SÚMULA 393/TST. Consignado pelo Tribunal de Origem que o Juízo de primeiro grau de jurisdição examinou o pedido de pagamento de vale-alimentação, bem como reconheceu a natureza salarial da referida verba. Nesse contexto, a aludida questão merecia ser examinada pelo Tribunal Regional, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente, não havendo falar em preclusão. Decisão regional em conformidade com o entendimento cristalizado na Súmula 393/TST (-O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC-). Não configurada, portanto, as alegadas violações dos arts. 302, 303 e 458 do CPC. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. **DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1 . A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2 . O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (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, p. 68.). 3 . Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações . Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4 . Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física , mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST - RR: 7277620115240002 727-76.2011.5.24.0002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013) (grifo nosso)**

Considerou o Sr. Ministro Hugo Carlos Scheuermann que a reclamante, por ter passado dez anos sem gozar de suas férias, foi vítima do dano existencial, justamente pelo fato de ter violados seus direitos fundamentais, o que feriu sua dignidade, frustrando seu projeto de vida, tendo sido negligente a reclamada ao não conceder o direito às férias.

Entendimento o qual seguimos diante das circunstâncias às quais levaram a reclamante a pleitear o direito à reparação decorrente do dano existencial.

O raciocínio do Ministro Hugo Carlos Scheuermann, reforça o objetivo deste estudo, que é justamente, além de identificar a ocorrência do dano existencial, de abrir os olhos dos pensadores do direito a esse tipo de violação, muitas vezes ignorada, que veem como mero aborrecimento questões que modificam a história do ser humano, danificam, portanto, sua existência.

4.3 Dano existencial decorrente de acidente de trabalho e doença ocupacional

O dano existencial pode também decorrer de lesão à saúde do trabalhador, principalmente quando a doença causa incapacidade temporária ou permanente.

A limitação da capacidade laborativa do indivíduo não traz consequências apenas à sua vida profissional, mas atinge sua vida como um todo, modificando a realidade do trabalhador, de modo que abdique de certas atividades e passe a incorporar hábitos que até então não faziam parte de seu cotidiano, alterando sua realidade de maneira negativa.

Essa queda na qualidade de vida, decorrente da doença ocupacional, ou do acidente que deixa sequelas, evidencia a ocorrência do dano existencial, tendo em vista a necessidade de adaptação a essa nova realidade. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanutelli Alvarenga, utilizam de exemplo a LER (Lesão por Esforços Repetitivos) para tratar do dano existencial:

Quando o trabalhador é vítima de lesão por esforços repetitivos, ele não padece apenas de um dano à sua saúde, mas também de um consequente dano existencial. A razão é a seguinte: a lesão por esforços repetitivos atinge o sistema músculo-esquelético da pessoa, principalmente os membros superiores, sendo assim, pode, em estágio avançado, gerar a incapacidade para diversas atividades. A lesão por esforços repetitivos decorre de uma exposição descontrolada aos fatores que a desencadeiam, exposição essa geralmente determinada por iníquas condições de trabalho às quais o trabalhador pode ser submetido.

Nesse aspecto, "a dor intensa, o formigamento, a dormência, etc., ocasionados pela lesão por esforços repetitivos é dano à saúde e atinge, negativamente, a pessoa que, em função de tais sintomas, não consegue manter a rotina de atividades mantida no período anterior à lesão".

Em razão disso, a L.E.R., em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais, como obsta o exercício de tarefas singelas do dia-a-dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial.¹¹⁸

¹¹⁸ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; ALVARENGA, Rúbia Zanutelli. Op. Cit. p.7

O dano existencial decorrente de doença ou acidente de trabalho, portanto, é um dos possíveis prejuízos causados ao trabalhador devido sua ocorrência.

Pensemos em um trabalhador que perde um braço em um acidente de trabalho, e costumava tocar violão, era, inclusive, conhecido por todos por este seu dom. Além dos danos morais, materiais, estético e pela perda de uma chance, passíveis de reconhecimento diante da situação, não há como afastar a incidência do dano existencial, pela significativa perda em sua qualidade de vida, como destaca Hindemberg Alves Frota:

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, tais acontecimentos podem ter o condão de impedir a prática de atos de suma importância para a *autorrealização pessoal* (a exemplo do exercício de um trabalho, uma profissão, um ofício, uma atividade ou uma ocupação, bem como da possibilidade de se estabelecer ou manterem vínculos afetivos e de se fundar um núcleo familiar) e tornar facetas do cotidiano que, até então, pareciam triviais ou corriqueiras um momento de profunda angústia, tensão, dificuldade e frustração, como ir e vir, dirigir um automóvel, tomar um ônibus, manter relações sexuais com o marido ou a esposa, o companheiro ou a companheira, deixar os filhos no colégio, ler um livro, entabular uma tertúlia despreocupada com amigos e parentes, andar na rua sem estar em estado de alerta ou entrar em um espaço fechado sem se sentir asfixiado.¹¹⁹

Ou seja, o dano existencial é o dano que traz consequências à vida da vítima como um todo, aferível através de evidências objetivas, que acarretam em um diferente modo de vida tendenciado pela ocorrência de algum fato que desencadeou essa nova perspectiva à vida do ofendido, que se vê impossibilitado de exercer as mesmas tarefas, ou buscar determinada meta, ou criando maiores dificuldades, não havendo como excluir da hipótese no caso do acidente ou doença profissional que promove essa alteração na vida do indivíduo.

4.4 Dano existencial decorrente de assédio moral e assédio sexual

O dano existencial, por estar ligado aos danos à personalidade, pode decorrer de danos advindos das situações vividas no meio ambiente de trabalho, da exposição do trabalhador às situações de elevado estresse decorrentes de assédio moral e assédio sexual.

Tais situações podem modificar a vida do trabalhador de modo a interromper determinados hábitos, ou levar ao desenvolvimento de transtornos psicológicos que modifiquem sua vida de modo a atrapalhar relacionamentos e seu projeto de vida.

¹¹⁹ FROTA, Hindemberg Alves. Op. Cit. 208

Determinadas situações podem causar traumas irreversíveis na vida do ser humano. No ambiente de trabalho, um rebaixamento de função pode resultar na perda da autoestima, alterando a possibilidade do desenvolvimento profissional do indivíduo, podendo o trabalhador desistir de sua carreira, devido a humilhação sofrida.

No caso do assédio sexual, as consequências psicológicas podem atrapalhar os relacionamentos vítima em sua casa, podendo resultar na separação, ou até mesmo a perda do apetite sexual, pelo constrangimento sofrido.

Ou seja, o assédio moral e o assédio sexual podem resultar numa série de prejuízos psicológicos, que não somente a dor, a tristeza, mas podendo se desdobrar em patologias psíquicas que modificam a capacidade de desenvolvimento do trabalhador, seja em sua vida profissional ou pessoal.

O dano existencial nestes casos se evidencia da legitimação dos direitos à personalidade dispostos na Constituição Federal, que busca garantir a dignidade da pessoa humana, conferindo a possibilidade de se pleitear direitos atinentes à violação desses direitos, como destaca Márcia Novaes Guedes:

A elevação dos direitos da personalidade ao status de direitos fundamentais, a relativização do primado da autonomia privada como critério para se aferir a ilicitude dos atos nas relações interprivadas, a substituição do dogma da igualdade formal pelo da igualdade real, legitimam a invocação do dano existencial e de relacionamento, e o psicoterror está aí para demonstrar que são danos que resultam da violação de direitos subjetivos da pessoa, indenizáveis, garantidos constitucionalmente e dirigidos contra todos em face da aplicação da teoria da vinculação dos entes privados para com os direitos fundamentais da pessoa humana e do trabalhador em particular.¹²⁰

Desta forma, o assédio moral ou sexual que resultar em danos relevantes à vida de relação e ao projeto de vida do trabalhador, são passíveis de indenização pelo dano existencial, pela modificação na sua maneira de encarar o mundo, prejudicando, portanto, sua existência.

¹²⁰ GUEDES, Márcia Novaes. Op. Cit. p. 128

Capítulo 5-Dano Existencial e a Atual Jurisprudência Trabalhista.

A atual jurisprudência trabalhista vem caminhando a passos lentos no que diz respeito ao dano existencial. Até agora os parcos julgados proferidos pelos TRT's e pelo TST concedem indenização pelo dano existencial, sendo em sua maioria considerado quando há o ferimento ao direito às pausas do trabalho, seja pelo excesso de horas trabalhadas ou pela supressão do direito às férias. Abaixo serão analisadas duas jurisprudências que tratam do assunto.

5.1 Excesso de Jornada e o Fim da Relação Conjugal

Um exemplo claro de que o excesso de jornada causa danos à vida de relação do indivíduo e ao seu projeto de vida é o caso da ementa abaixo, em acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Rio Grande do Sul:

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

Neste caso a reclamante era submetida a uma extenuante rotina de trabalho. Trabalhava de segunda a sexta-feira das 8h às 20h, aos sábados das 8h às 16h e aos domingos das 8h às 13h. Seu trabalho era tão exigente, que certa vez teve de interromper um passeio com a família devido a acidente fatal ocorrido com um funcionário da empresa, em pleno domingo, conforme trecho do acórdão:

No presente caso, o contrato de trabalho da reclamante com a parte ré estendeu-se de 04.06.2007 a 01.09.2012 (termo de rescisão das fls. 54/55). Seu trabalho na reclamada - empresa de logística - desenvolveu-se como analista de gestão, com o controle de indicadores (de custo, de movimentação de carga, abastecimento de veículos, melhoria contínua) e como coordenadora de processos (controle de diesel, financeiro, recursos humanos, faturamento) de unidades da ré neste Estado. Portanto, o trabalho da reclamante envolvia o controle de inúmeros setores da empresa de logística. Ainda, constata-se que, durante a contratualidade, a trabalhadora executava extensa jornada laboral, das 08h às 20h de segunda a sexta-feira, das 08h às 16h aos sábados e das 08h às 13h em dois domingos ao mês. Também está demonstrado nos autos que teve, por exemplo, que comparecer à empresa em razão de acidente de trabalho fatal quando se encontrava em um parque aquático com o marido em um domingo. Resta incontroversa, igualmente, a realização de viagens ao interior

do Estado para visitação das estações da reclamada (depoimento da preposta - fl. 324, verso).

A carga de trabalho excessiva da reclamante teve consequências desastrosas em sua vida social, mais precisamente, culminou no fim de seu casamento, como consignou o Relator:

O trabalho desenvolvido na reclamada assumiu proporção prejudicial à vida particular da autora, inviabilizando a execução das atividades capazes de lhe trazer realização pessoal. Há efetiva comprovação do dano existencial advindos com a conduta da reclamada resta demonstrado no fato de que ocorreu o rompimento conjugal da reclamante. Estas conclusões são corroboradas pela minuciosa descrição das reações da autora realizada pelo Julgador de origem em sentença: *"na audiência, o questionamento a respeito da separação foi deixado para o final. A pergunta foi direta: "O Rodrigo que teve iniciativa de se separar? "A reclamante contraiu os ombros, apertou os lábios, ficou com os olhos marejados. Não respondeu de imediato. Respirou e falou que sim. Não teatralizou. Tentou esconder a emoção, mas não conseguiu. Foi contida, sincera e não deixou a menor sombra de dúvida de que sua narrativa é verdadeira". Resta, portanto, demonstrada que a reclamada provocou lesão existencial à reclamante.*

O Ilustre Relator termina seu voto da seguinte forma:

No que tange ao valor a ser indenizado, é necessário que se leve em conta o princípio da razoabilidade, bem como as condições do ofendido e do ofensor, e a reprovabilidade da conduta praticada. A indenização deve ter caráter preventivo, punitivo e ressarcitório. No caso em análise, reprovável a conduta da reclamada ao exigir que autora executasse extensa carga horária de trabalho como parte de sua rotina. Necessário que a indenização não só puna essa conduta como também tenha um caráter preventivo, para que o fato não se repita. Assim, levando em consideração as questões fáticas (salário de aproximadamente R\$ 3.300,00 mensais em um contrato de quase cinco anos), a extensão do prejuízo (rompimento conjugal), entende-se que a verba indenizatória deve ser reduzida para R\$ 20.000,00, a qual se mostra mais adequada aos parâmetros precitados.

Dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para reduzir a indenização por dano existencial a R\$ 20.000,00 (item f do dispositivo da sentença)

O Relator atribui o dano existencial diante da clara demonstração de que houve prejuízo às suas relações interpessoais e ao seu projeto de vida. Vale destacar que conforme anteriormente ressaltado o dano existencial é caracterizado por critérios objetivos, e o fato de ter ocasionado a separação da reclamante, apenas reforça o argumento de que a carga excessiva de trabalho causa danos à vida do trabalhador, atingindo os direitos da personalidade, e sua dignidade. Se a Constituição preza pela vida, e pela sua qualidade, não é crível que se admita situações como a do caso em discussão.

O curioso é que no mesmo julgamento, houve voto divergente, que ao nosso ver, *data maxima venia*, traduz uma visão equivocada da situação e do que seria o dano existencial. Segundo o magistrado, a legislação possui mecanismos próprios para indenizar a prestação de horas extras, além de que se houvesse dano, este seria moral, estando nele enquadrado o existencial:

No que pertine às ditas longas jornadas prestadas pela autora e, ainda, os demais fatos narrados pela sentença, tais como sonegação de descansos semanais, impõe-se referir que não configuram, per se e em tese, o suposto dano moral.

A prestação de trabalho extraordinário tem por contrapartida a contraprestação correspondente às horas trabalhadas, com o adicional previsto em lei. A redução das horas de lazer e de convívio familiar e social, de fato, ocasionam prejuízos ao empregado, que não se configuram, entretanto, como geradores de dano moral. Neste, deve haver efetivo agravo à moral do trabalhador, o que implica ofensa ao seus direitos de personalidade, o que não se verifica nos autos.

O Desembargador consignou ainda que a reclamante foi responsável pela carga horária extensa, pois gostaria de crescer profissionalmente, com base em depoimento:

Quanto à separação conjugal da reclamante, esta, ao prestar depoimento pessoal, referiu o seguinte:

"... que a depoente no período em que estava desempregada ficava bastante em casa e seu marido chegava em casa por volta das 17h; quando entrou na reclamada queria muito crescer profissionalmente; que passaram a se ver pouco em razão do trabalho; que quando a depoente passou para Canoas passava muito tempo em trajeto (viagens); que a depoente passou a ficar muito tempo fora; ..." (sem destaque no original).

Emerge de tais declarações o fato de que a reclamante optou pelo crescimento profissional, circunstância que, como é consabida, muitas vezes, acarreta maior tempo de dedicação ao trabalho, deslocamentos, estudos, etc., em detrimento da vida pessoal, o que, por evidente, ocasionou um contraste com a situação pessoal do tempo de desemprego. Nessa perspectiva, ainda que lhe fossem exigidas extensas jornadas, não

verifico conduta ilícita da reclamada a ensejar a indenização postulada.

Observa-se, que segundo o voto divergente, a própria reclamante concorreu para o ocorrido, transferindo à empregada o ônus decorrente do trabalho excessivo, desconsiderando o lucro gerado pelo seu trabalho, que além do mais sequer era compensado com o pagamento de horas extras, pois como constou nos autos a reclamada considerava que o cargo da reclamante era de confiança, portanto, não submetido a controle. Concluiu o Magistrado o voto divergente da seguinte maneira:

Dou parcial provimento ao apelo da reclamada para fixar a jornada da reclamante como sendo das 08h às 20h, com 60min de intervalo, de segundas às sextas-feiras, e em dois sábados e dois domingos por mês, nos horários

fixados na sentença, bem como dou provimento ao recurso para excluir da condenação a indenização por dano moral (existencial).

No nosso sentir, a visão do Magistrado é equivocada, pois o pagamento das horas extras e adicional não bastam a indenizar os danos efetivamente causados à sua vida, e à sua personalidade, pois a reclamante foi submetida a condições degradantes de trabalho, causando dano à sua existência, retirando a reclamante de seu convívio social e o pior estragando os planos de sua vida, acabando com seu casamento, sendo caracterizado, portanto o dano existencial.

5.2 Caso da trabalhadora sem férias

Neste caso a trabalhadora que pleiteou a indenização por dano existencial, requereu seu pagamento devido à supressão do direito às férias. Segundo restou consignado no processo, a reclamada deixou de conceder referido direito durante os dez anos em que a reclamante trabalhou na empresa. Segue abaixo o trecho da ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, cujo texto integral esta transcrito no item 4.2.2:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1 . A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2 . O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (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, p. 68.). 3 . Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações . Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4 . Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física , mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da

Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST - RR: 7277620115240002 727-76.2011.5.24.0002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013) (grifo nosso)

Neste caso, a reclamante pleiteou o pagamento de indenização por danos morais, conforme disposto no acórdão:

Inconformada, nas razões do recurso de revista (fls. 252-8), a reclamante pugna pelo pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que "a falta de férias ao longo dos 10 anos de contrato a impediu de se recompor física e psiquicamente dos males causados pelo trabalho exaustivo a que estava submetida." (fls. 252). Alega que teria sido "acometida de notório e especial desgaste físico e mental, bem como fora privada do convívio intenso com a família e amigos materializando-se o dano moral" (fl. 257). Assevera, ainda, que "o pagamento em dobro visa punir o atraso na concessão de férias e não a negação do direito de férias" (fl. 258). Aponta violação dos arts. 5º, V, e X, da Lei Maior; 186 e 927 do Código Civil. Indica arestos ao confronto de teses.

Diante da pretensão da reclamante quanto ao pagamento de danos morais pela supressão do direito às férias, o Ministro do TST, Hugo Carlos Scheuerman, traz a discussão para a questão do dano existencial, a fim de justificar a ocorrência do dano moral, por conta da violação aos direitos da personalidade dispostos nos art. 5º, V e X da Constituição Federal, atribuindo o pagamento da indenização pelo dano moral, diante da ocorrência do dano existencial, destacando, inclusive, que o dano existencial é caracterizado por fatores objetivos, segue o trecho abaixo:

O dano moral resulta da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado, ao passo que ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, porquanto importa em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a consequente perda da qualidade de vida do trabalhador, visto que obstado o direito do trabalhador de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada.

Além disso, discute-se, também, se o pagamento das férias em dobro, conforme prevê o art. 137¹²¹ da CLT, se presta a indenizar o trabalhador de maneira satisfatória, segue abaixo o trecho:

¹²¹ Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração. § 1º - Vencido o mencionado prazo sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas. § 2º - A sentença dominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida. § 3º - Cópia da decisão judicial transitada em julgado

O disposto no art. 137 da CLT, assegura ao empregado o pagamento em dobro da respectiva remuneração, em virtude da não concessão de férias no período legal.

In casu, no entanto, a questão não se refere ao pagamento de férias não concedidas, e sim à violação do direito às férias.

Desse modo, entendo que a negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, viola o patrimônio jurídico personalíssimo da empregada, por atentar contra a saúde física, mental, e a vida privada da reclamante.

Destarte, o dano existencial se refere ao ferimento ao direito às férias que gera prejuízo aos direitos extrapatrimoniais do empregado, caracterizado pelo dano à vida de relação e ao projeto de vida, portanto, dano existencial. Enquanto que o pagamento das férias em dobro, trata-se de penalização pelo descumprimento legal, não abraçando os danos eventualmente causados pela supressão do referido direito.

Mesmo que o Ministro tenha se utilizado do dano existencial para caracterizar o dano moral, contrariando a tese debatida ao longo desta pesquisa, pois consideramos que as duas espécies de dano não são sinônimas, é importante destacar a discussão acerca do dano existencial no Tribunal Superior do Trabalho.

Vale destacar, outrossim, que a existência de poucos julgados acerca do tema decorre da falta de estímulo, poucos são os pedidos de dano existencial. Em contrapartida, não são raras as situações em que há sua ocorrência. O que ajudará no desenvolvimento e aperfeiçoamento do tema, é justamente a provocação do Judiciário para que decida litígios que versam sobre o tema, inclusive quanto sua aplicabilidade e validade diante da legislação brasileira.

será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo.

Considerações Finais

O Direito tem como um de seus princípios gerais o dever de não lesionar; o dever de não adentrar à esfera de direitos de outrem, de modo negativo, sendo que quando a ação ou omissão causa prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, há o dever de indenizar, a chamada responsabilidade civil.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, de modo que para sua caracterização é necessário o preenchimento de seus pressupostos essenciais, quais sejam: o dano, fato do dano, nexo de causalidade e a culpa ou dolo do agente. O último critério é o que diferencia a responsabilidade civil subjetiva da objetiva, sendo que nessa não há averiguação da existência do dolo ou da culpa, enquanto naquela a análise deste pressuposto é imprescindível.

Ocorre que para que haja a caracterização da responsabilidade civil objetiva, há a necessidade da verificação da existência do risco criado pela atividade do ofensor, só assim, podendo descartar a necessidade da averiguação da existência da culpa ou dolo, que depende de prova. Tais disposições, encontram-se nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, sendo que no último há a definição do que seria a responsabilidade objetiva, estabelecendo o dever de indenizar àquele que comete ilícito, pelos prejuízos materiais e morais eventualmente causados.

Não somente o Código Civil, mas a própria Constituição Federal de 1988, como em seu art. 5º, incisos V e X atribui como direito fundamental o dever de reparação, pelos danos morais e materiais causados pela exposição prejudicial da vítima, e pela violação dos direitos à vida, imagem, honra e à intimidade, os chamados danos à personalidade.

Além do disposto no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, outra disposição que trata da responsabilidade civil está no art. 7º, XXVIII, que trata do dever de indenizar por conta de acidente de trabalho, estabelecendo que o empregador responde pelos prejuízos causados, apenas se incorrer em culpa. Entretanto, não há como excluir o trabalhador da aplicação da responsabilidade civil objetiva, devido ao risco criado pela atividade que na maioria das vezes é a causa dos acidentes e doenças, tendo como esteio o próprio *caput* do art. 7º, que estabelece como direitos fundamentais do trabalhador, além daqueles previstos em seus incisos, outras disposições legais que visam a melhoria da condição de vida dos trabalhadores, não podendo, portanto, excluir a possibilidade de aferição da responsabilidade objetiva decorrente de acidentes de trabalho.

Não há como falar no dever de indenizar sem estabelecer quais os danos indenizáveis. As ações ou omissões do agente causador do dano podem atingir o ofendido em duas esferas, a patrimonial e extrapatrimonial. Diz-se dano patrimonial aquele que exsurge do prejuízo causado a bens materiais da vítima, o chamado dano material. Prejuízo que pode nascer do fato que causou o dano (dano emergente) ou pode ocorrer pela impossibilidade de obtenção de lucro certo (lucros cessantes). Há, também, a possibilidade da ação ou omissão impedir a obtenção de vantagem possível, a chamada perda de uma chance, que se enquadra dentro dos chamados danos materiais.

Já os danos extrapatrimoniais podem atingir a vítima de várias maneiras, como o dano moral, que se refere à tristeza, ao sofrimento decorrente da ação ou omissão do agente; o dano estético, que é alteração morfológica; o dano em ricochete, que se trata do dano indireto, causado a vítima diversa, que, porém, pode prejudicar pessoas próximas ao principal ofendido, causando prejuízos materiais ou morais. Há condutas, também, que podem causar uma série de prejuízos, sendo, portanto, indenizáveis, como o assédio moral, que é a pressão desmedida, constrangimentos e exposição do trabalhador causada pelo empregador ou colegas de trabalho que agride a dignidade do trabalhador, e o assédio sexual, que se trata do constrangimento de cunho sexual causado por superior hierárquico em troca da manutenção no emprego, ou promoção.

Os atos ilícitos cometidos pelo infrator podem atingir os direitos da personalidade do ofendido, como no caso do dano moral e do dano estético. Ocorre que determinados acontecimentos podem prejudicar as relações sociais e os planos futuros da vítima, alterando o curso dos acontecimentos de sua vida. Quando identificada a ação ou omissão que tem como consequência a necessidade de um viver de modo diferente do habitual do ser humano, está-se diante do dano existencial.

O dano existencial, portanto, tem fundamentos calcados no dano à vida de relação e ao projeto de vida do indivíduo, que são intrinsecamente ligados aos direitos da personalidade, fundamentais segundo a Constituição Federal, que, por seu turno, dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, pode-se dizer que o dano existencial é o dano aos direitos da personalidade do indivíduo, que por conta de um evento causado por outrem, altera seu modo de vida habitual de maneira negativa, obrigando a vítima a desenvolver novos hábitos, dando outro sentido à sua existência, seja momentaneamente ou permanentemente, causando um vazio existencial.

Desta forma, o dano existencial se difere das demais espécies de dano, pois não está ligada a fatores subjetivos, como no dano moral; não diz respeito necessariamente ao dano estético, pois não se refere ao afeamento decorrente do infortúnio, mas sim de eventual necessidade de um viver diferente diante das consequências do fato que engendrou os danos passíveis de indenização; nem tampouco diz respeito ao dano pela perda de uma chance, que depende da possibilidade real da obtenção de vantagem econômica, quando o dano existencial, está ligado a fatores objetivos, que induzem à modificação da existência do indivíduo e não necessariamente a perda de possível vantagem economicamente aferível.

A Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais, dentre eles os sociais, e do trabalho, que tem como principal intuito garantir a dignidade da pessoa humana, e como consequência a dignidade do trabalhador, estabelecendo como direitos fundamentais, os direitos da personalidade, e aqueles de cunho social, em especial o próprio direito ao trabalho e, por outro lado, o direito ao lazer, de se desconectar do trabalho.

Neste sentir, submeter o trabalhador a carga de trabalho excessiva, tolher os direitos fundamentais do trabalhador às pausas, como descansos semanais, intervalos entrejornadas, às férias, estabelecidos no art. 7º incisos XII, XIII, XIV e XV da Constituição Federal, e submeter aqueles, supostamente, excluídos ao controle de jornada, sob o pretexto do disposto no art. 62, inc. II da CLT, ao trabalho desmedido, sem direito ao lazer, evidencia-se o dano existencial, sobretudo pela violação de seus dois pilares, quais sejam a vida de relação e o projeto de vida do trabalhador.

Não somente o labor excessivo pode obrigar o trabalhador a viver de um modo diferente, alterando sua condição de vida, os danos à saúde, também, podem ser causa do dano existencial. Tais danos à saúde do trabalhador podem decorrer de acidente de trabalho, doenças profissionais, ou, também, pelo terror psicológico decorrente do assédio moral e assédio sexual, causando bloqueios psicológicos e transtornos mentais que alteram a realidade do trabalhador.

A jurisprudência vem caminhando a passos lentos no que diz respeito ao dano existencial, os casos dispostos no Capítulo 5 deste exercício monográfico, demonstram que o dano existencial pode repercutir de maneira extremamente prejudicial na vida do trabalhador, como no primeiro caso em que a empregada submetida a carga de trabalho excessiva viu seu casamento ruir. Essa exacerbação do poder diretivo do empregador

causou o ilícito à trabalhadora, causando danos à sua vida de relação e a seus planos futuros, fazendo jus, portanto, ao percebimento da indenização, devido a evidente ocorrência do dano existencial.

No outro caso, a empregada foi impedida de usufruir suas férias durante dez anos, não havendo necessidade alguma de se provar o prejuízo, justamente pelo seu caráter objetivo. Vale ressaltar que, malgrado tenha o Ministro do TST justificado o dano moral em decorrência do dano existencial, é importante o destaque da decisão, pois auxilia no desenvolvimento da matéria, fomentando sua discussão.

Assim, conclui-se que o dano existencial decorre da violação aos direitos da personalidade, que por sua vez, tem o objetivo de garantir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, sendo que qualquer atitude que impeça o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e que impossibilite o convívio social e principalmente familiar, modificando o sentido de sua existência, configura-se como ilícita, sendo passível de indenização pelo dano existencial.

Referências Bibliográficas

1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, ANAMATRA. Disponível em http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm acesso em 30/05/2014 21:45

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Responsabilidade Civil do Empregador e Acidente de Trabalho. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rei, 2003.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. Revista LTrn. 1, jan. São Paulo: LTr, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. 3 ed. São Paulo, LTR. 2009 p. 210

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 2

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17.ed. (aument. E atual. De acordo com o Novo Código Civil – lei nº 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, James Magno Araújo Farias. Direitos Sociais no Brasil – O trabalho como valor constitucional. 1 ed. São Luiz: Azulejo, 2010.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina/_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_ acesso em 16/05/2014 às 15h23

FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a Ótica dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: 2013.

FROTA, Hindemberg Alves. Noções Fundamentais Sobre o Dano Existencial. João Pessoa. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2013.

GAGLIANO, Paulo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Direitos Fundamentais e Relação de Emprego. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro V. IV – Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 3 ed. São Paulo. LTR. 2008

KATIB, Marzo Koteich. La Dispersión Del Daño Extrapatrimonial en Italia. Daño Biológico vs. “Daño Existencial”. Disponível em: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersion.pdf. consulta em 23/05/2014 às 16:37

MAIOR. Jorge Luis Souto. Direito à Desconexão do Trabalho. Disponível em: “<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>” acesso dia 24/07/2014 às 15:13 horas.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Responsabilidade Civil Objetiva Pelo Risco da Atividade – Uma Perspectiva Civil – Constitucional.. 1 ed. São Paulo. Editora Método: 2010.

MARMELSTEIN, George. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988:Visão Geral.2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTR. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. 3 ed. São Paulo: LTR. 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo:Editora Atlas. 2005
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2013

NETO, José Affonso Dallegrave. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 4 ed. São Paulo: LTR. 2010.

NETO, José Afonso Dallegrave. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5 ed. 2014. LTR. São Paulo

PEREIRA, Caio Mário da Silva apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes;
PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 6 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2004

PRATA, Marcelo Rubens. *Anatomia do Assédio Moral no Trabalho - uma abordagem transdisciplinar*. 1 ed. São Paulo: LTR, 2008

SCHIAVI, Mauro. *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR. 2013.

SILVA, Michel Hideo Atakama. et. al. *Responsabilidade Civil. Volume V*. São Paulo: RT. 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009

STADLER, Denise de Fátima. *Assédio Moral - Uma Análise da Teoria do Abuso de Direito Aplicada ao Poder do Empregador*. 1 ed. São Paulo: LTR, 2008

STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. Ed., ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 1999.

WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. *A Vida Laboral e Extralaboral do Empregado – A privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais*. 1 ed. São Paulo: LTR. 2012.