



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CRISTIANE CATARINA CINTRA MAIA**

**O DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO EM DECORRÊNCIA DE  
LABOR EXCESSIVO**

Salvador  
2015

**CRISTIANE CATARINA CINTRA MAIA**

**O DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO EM DECORRÊNCIA DE  
LABOR EXCESSIVO**

Monografia apresentada ao curso de  
Graduação em Direito, Faculdade Baiana  
de Direito, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Adriana Brasil Vieira  
Wyzykowski

Salvador  
2015

## TERMO DE APROVAÇÃO

**CRISTIANE CATARINA CINTRA MAIA**

### **O DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO EM DECORRÊNCIA DE LABOR EXCESSIVO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e Instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2015.

A Deus, por ser presença viva sempre em minha vida.

Ao meu esposo, meu grande amor e companheiro.

Aos meus filhos, amores infinitos.

Aos meus pais, por estarem sempre presentes.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado força para continuar a cada dia.

Ao meu esposo, por ter me estimulado desde sempre, apoiando-me, incentivando-me e sendo compreensivo todas as vezes que precisei estar ausente, para poder me dedicar às várias etapas da minha caminhada acadêmica.

Aos meus filhos, que basta olhar seus rostinhos e sorrisos para ver que todo o sacrifício enfrentado valeu a pena.

À professora e orientadora Adriana Wyzykowski, pela sua orientação, dedicação, paciência e estímulo, mostrando que sempre é possível superar e fazer melhor.

E a todos aqueles que estão presentes em minha vida, que me estimulam, torcem e acreditam que tudo dará certo, que todo esforço, no final, será recompensado com o início de uma nova carreira, tão desejada e esperada por mim.

“O destino não é uma questão de sorte, é uma questão de escolha. Não é algo pelo que se espera, mas algo a alcançar”.

Willian Jennings Bryan

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o que vem a ser o dano existencial e sua presença nas relações de emprego, decorrente de violação a direitos trabalhistas por parte do empregador, resultando em danos ao projeto de vida do indivíduo e comprometimento de uma vida de relações sociais, afetivas e familiares. Essa violação a direitos trabalhistas, não raras vezes, se dá em função de uma sobrecarga imposta ao empregado. Não há obediência às limitações legais do horário de trabalho, aos intervalos legais e aos demais direitos - como férias, descanso semanal remunerado –, observa-se o desrespeito aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, como o lazer, o direito de desconexão, atingindo o indivíduo como ser humano, sem honrar a sua dignidade e liberdade. O dano existencial altera significativamente a vida do empregado. O excesso de labor imposto pelo poder diretivo do empregador pode e restringe o tempo que terá para dedicar a si mesmo, às suas atividades extralaborais, aos relacionamentos com outras pessoas, a desenvolver atividades que contribuam para o seu crescimento pessoal, descansar, desconectar-se de todas as obrigações e estresses que o dia a dia pode causar. Assim, o dano existencial tem adquirido cada vez mais aceitação na doutrina e jurisprudência, embora confundido por alguns doutrinadores ou encontrado em alguns julgados como dano moral. Não se pode, contudo, confundir o dano existencial, como será explicitado neste trabalho. Esta monografia também possui o intuito de destrinchar os requisitos da responsabilidade civil pelo dano existencial, sua aplicabilidade na seara trabalhista, sua pretensão indenizatória, a diferenciação do dano existencial com outras espécies de danos e como vem sendo aceito pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Ademais, ressalta os instrumentos jurídicos preventivos e repressivos necessários à tutela do dano existencial, mostrando que este é uma nova espécie de dano extrapatrimonial, autônomo aos já existentes, que deve ser ressarcido por aquele que o ocasionou como uma medida pedagógica e punitiva, proporcionando ao ofendido uma reparação.

**Palavras-chave:** Dano moral; Dano existencial; Dignidade da pessoa humana; Jornada de trabalho; Responsabilidade civil; Lazer.

## ABSTRACT

This study aims to examine what is existential damage and its presence in employment relationships as a result of violation of labor rights by the employer, resulting in damage to the individual's life project and injury of social life, and emotional and family relationships. This violation to the labor rights is not rare and sometimes occur due to a excessive journey imposed on the employee without respecting the legal limitations of working hours, legal intervals, and other rights such as vacation, paid weekly rest, going over fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution as, e.g., leisure and the right to disconnect, reaching the individual as a human being, without respecting their dignity and freedom. The existential damage modifies the employee's life significantly, and the excess of labor imposed by the directive power of the employer restricts the time that will have to dedicate yourself to your extralaborais activities and relationships with other people to develop activities that contribute for your personal growth, to rest and disconnect from all obligations and stresses that everyday life can cause. Thus, the existential damage gained increasing acceptance in doctrine and jurisprudence, although it still is confused by some scholars or found in some judged as moral damages. However, it may not be mistaken as will be explained in this study. This study also has the intention to tease out the requirements of civil liability for existential damages, its applicability in labor field, its indemnification claim, the differentiation of the existential damages to other species of damages and to expose how it has been accepted by Brazilian doctrine and jurisprudence. Furthermore, it emphasizes preventive and repressive legal instruments for the protection the existential damage, exposing that the existential damage is a new kind of off-balance sheet damage, autonomous when it is compared to damages already existing, to be reimbursed by the one who caused the damage as an educational and punitive measure, giving a repair to the victim.

**Keywords:** Moral injury; Existential damage; Dignity of the human person; Working hours; Civil responsibility; Leisure.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ACP	Ação Civil Pública
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DRT	Delegacia Regional do Trabalho
MPT	Ministério Público do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/BA	Tribunal de Justiça da Bahia
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	14
<b>2.1</b>	<b>Conceito</b> .....	15
<b>2.2</b>	<b>Pressupostos gerais da responsabilidade civil</b> .....	16
2.2.1	Conduta humana .....	18
2.2.2	Nexo causal .....	20
2.2.3	Culpa .....	25
2.2.4	Dano .....	28
<b>2.3</b>	<b>Espécies de responsabilidade: objetiva e subjetiva</b> .....	29
<b>2.4</b>	<b>Funções da responsabilidade civil</b> .....	31
<b>2.5</b>	<b>Responsabilidade civil no Direito do Trabalho</b> .....	34
<b>3</b>	<b>A ANÁLISE DO DANO NA SEARA TRABALHISTA</b> .....	38
<b>3.1</b>	<b>Conceito de dano</b> .....	39
<b>3.2</b>	<b>Tipos de danos</b> .....	41
3.2.1	Dano material.....	44
3.2.1.1	Dano emergente .....	45
3.2.1.2	Lucros cessantes .....	46
3.2.2	Dano moral .....	48
3.2.2.1	Noções históricas.....	49
3.2.2.2	Conceito e classificação.....	52
3.2.2.3	A reparação do dano moral.....	55
3.2.3	Dano estético .....	59
3.2.4	Dano punitivo .....	62
<b>3.3.</b>	<b>Dano moral na relação de emprego</b> .....	65
<b>4</b>	<b>DANO EXISTENCIAL</b> .....	71
<b>4.1</b>	<b>Dano existencial na seara cível</b> .....	72
<b>4.2</b>	<b>Dano existencial x Dano moral</b> .....	77
<b>4.3</b>	<b>O dano existencial no Direito do Trabalho</b> .....	80
4.3.1	Análise casuística de dano existencial no Direito do Trabalho .....	83
4.3.1.1	Excesso de jornada .....	86
4.3.1.2	Controle por meios tecnológicos.....	93
<b>4.4</b>	<b>Responsabilidade civil pela prática de dano existencial na seara</b>	

	<b>trabalhista</b> .....	98
4.4.1	Da tutela do dano existencial na responsabilidade civil .....	100
4.4.2	Dos instrumentos jurídicos preventivos da tutela ao direito existencial .....	105
4.4.3	Dos instrumentos jurídicos repressivos da tutela ao direito existencial .....	108
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	110
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	115

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a analisar aspecto inovador na jurisprudência trabalhista atinente ao nominado dano existencial.

O dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial presente não raras vezes nas relações de emprego, uma vez que o empregador, com seu poder diretivo, visa, cada vez mais, obter maiores e melhores resultados do labor desempenhado pelo seu empregado. Para tanto, gradativamente, exige do seu empregado dedicação quase que exclusiva, com extensão da jornada de trabalho em uma frequência que vai além do permitido pelo ordenamento jurídico.

Os próprios avanços tecnológicos permitem uma comunicação em tempo real entre pessoas em qualquer lugar do planeta. Isso, porém, facilita a conexão entre empregador e empregado em horários fora da jornada de trabalho, fazendo com que este, muitas vezes, não consiga utilizar o seu direito de desconexão e lazer, afetando sua vida privada, com prejuízos a projetos de vida e às relações interpessoais, configurando-se, então, o dano existencial nas relações de emprego.

Diante dessa problemática, cada vez mais frequente nas relações de emprego no mundo contemporâneo, em que o homem quer as coisas sempre em caráter de urgência, que o amanhã é tarde e que a busca do lucro move o mundo capitalista, o empregador menospreza os Direitos Fundamentais do obreiro. Tais direitos foram conquistados ao longo dos anos, por meio de lutas acirradas contra toda a exploração do homem pelo homem no seu local de trabalho, sendo necessário o ordenamento jurídico brasileiro impor aos particulares e ao Estado o dever de respeito ao homem à sua existência, à sua dignidade e aos direitos trabalhistas.

É inadmissível que o hipossuficiente empregado seja lesado em seus direitos trabalhistas pelo seu empregador. O trabalho, que deveria ser visto como uma forma de dignificar o homem e como meio para proporcionar realizações pessoais e profissionais, é utilizado como uma forma de atingir o indivíduo na sua existência, ceifando-lhe a liberdade de escolha, de traçar seu destino, de realizar seus projetos de vida e manter uma vida de relações.

A relevância jurídica do tema se justifica pela necessidade de proteção da parte vulnerável da relação de emprego: o empregado. A atual realidade brasileira, na

qual campeia a falta de importância ao bem-estar dos empregados, por parte dos empregadores, merece atenção e amparo do sistema legal e jurídico brasileiro. A falta de uma regulamentação expressa sobre danos existenciais pode ser suprida pelo desenvolvimento do instituto pela doutrina e pela jurisprudência, de modo a restar construída como fonte de direito a principiologia do instituto.

O presente trabalho busca mostrar o que caracteriza o dano existencial na relação de emprego. Além da imposição dos pressupostos necessários a todos os tipos de danos, exigem-se dois elementos indispensáveis à sua caracterização: dano ao projeto de vida e o comprometimento a uma vida de relações. Assim, os requisitos necessários para a responsabilização civil por dano existencial enfocam ainda como prevenir e reprimir a ocorrência do dano existencial na relação de emprego.

Utilizou-se como metodologia, para este estudo, a pesquisa descritiva fundada na doutrina e jurisprudência nacional, buscando-se vasto referencial bibliográfico em artigos científicos e na análise de julgados dos tribunais brasileiros sobre o dano existencial, com o objetivo de conhecer a posição doutrinária e jurisprudencial sobre essa espécie de dano. O dano existencial é um tema relativamente novo, tendo surgido em 1986, na Corte Italiana, de forma restrita, ao ser apenas um dano biológico ou à saúde e só se ampliou em 1999, quando passou a englobar a dignidade da pessoa humana. Percebe-se, ao longo dos capítulos, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm ampliando a proteção do trabalhador aos interesses existenciais. Logo, este trabalho científico visa analisar toda essa problemática descrita.

No segundo capítulo, será abordado o instituto da responsabilidade civil e sua aplicação no Direito do Trabalho, perpassando pelo conceito, seus elementos essenciais e espécies de responsabilidade civil. Tratar-se-á, ainda, das funções da responsabilidade civil, bem como da responsabilidade civil na seara trabalhista, temática importante para o deslinde desta monografia.

Já no terceiro capítulo, será abordado o pressuposto da responsabilidade civil, dano, seu conceito, os diversos tipos, com aprofundamento do dano moral, visando proporcionar um conhecimento mais detalhado dessas espécies. Seguiu-se essa trilha para que fosse possível fazer um comparativo com o dano existencial, a fim de

se concluir se o dano à existência humana é realmente um dano novo, autônomo, ou se é um dano já existente. Traz ainda o dano moral para a seara trabalhista.

Por fim, no último capítulo, tratar-se-á do dano existencial, tema deste trabalho, desde o conceito, passando pelo polêmico questionamento doutrinário se o dano moral e o dano existencial são ou não autônomos, trazendo o dano existencial para a seara trabalhista, a aplicação do instituto da responsabilidade civil como forma de reparar o dano existencial e os instrumentos preventivos e repressivos da tutela do dano existencial nas relações de emprego.

Assim, faz-se necessária, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, uma digressão mais minuciosa sobre a tutela do dano existencial na seara trabalhista, dada a sua importância no que tange à consagração da dignidade do trabalhador.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho constitui-se ramo/subdivisão do Direito que, por sua vez, também se subdivide em temas objetivos e subjetivos. O objetivo é o direito tutelado pela norma de forma expressa, *verbi gratia*, direito ao FGTS, às horas extras, férias, entre outros. E os subjetivos são derivados de normas abertas, que permitem o encaixe de fatos da vida como infrigentes ou não da norma principiológica escrita.

Um desses temas é a responsabilidade civil no Direito do Trabalho, oriunda da responsabilidade civil, com destaque para a tutela do hipossuficiente trabalhador, destinatário principal de tal tutela.

Conforme entendimento de Rui Stoco (2013, p. 163), responsabilidade jurídica consiste no dever jurídico, através do qual uma pessoa se obriga a responder por ação ou omissão de uma conduta previamente estabelecida em lei como crime, ou por ofensa à legislação não penal, sendo instada à reparação do dano material ou moral causado a outrem. Assim, o autor divide a responsabilidade jurídica em responsabilidade civil e responsabilidade penal, em que o ilícito penal infringe normas de Direito Público, tipificando condutas puníveis com penas afliativas e restritivas da liberdade por ofenderem a sociedade como um todo. Já o ilícito civil viola o Direito Privado e, conseqüentemente, leva ao dever de reparar o indivíduo que sofreu o dano.

Por sua vez, Cavalieri Filho (2014, p. 29 e 30) reflete a respeito da separação da responsabilidade civil e penal, trazendo que a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, de acordo com o interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço, não encontrando uma diferença substancial entre o ilícito civil e o penal, pois ambos violam um dever jurídico, infração da lei. Invocando Beling, com o qual concorda, Cavalieri Filho (2014, p. 29 e 30) diz que as condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais mais relevantes, são sancionadas pela lei penal, enquanto que as condutas menos gravosas são reprimidas pela lei civil, podendo uma mesma conduta incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à penal.

Para o campo trabalhista, a responsabilidade civil é importante frente à necessidade de amparar o empregado hipossuficiente tutelado, que se encontra em posição

desfavorável ao empregador, razão de ser e essência no Direito do Trabalho. Justamente em decorrência de tal hipossuficiência, há necessidade de proteção jurisdicional na garantia de seus direitos, para que os mesmos sejam respeitados, ou que, quando violados, possam ser resolvidos, garantindo a solução mais favorável ao trabalhador. O Estado, assim, cria regras mínimas que devem ser respeitadas para a proteção do mais fraco – o empregado – na relação de emprego, prevenindo ou reprovando com sanções os danos que venham a ser acometidos aos empregados, com base na Constituição Federal de 1988. O art. 5º traz garantias fundamentais, entre elas, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar no art. 1º, III, além de leis infraconstitucionais que garantem ao empregado a proteção.

Portanto, o dano causado na relação trabalhista pode levar a uma responsabilização civil do agente, com enfoque na reparação e ressarcimento ao indivíduo que sofreu o dano, protegendo o indivíduo vulnerável e frágil da relação, que é o empregado.

## **2.1 Conceito**

O Código Civil de 2002 normatiza que todo aquele que cometer ato ilícito, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ou exceder os limites impostos no exercício de um direito, fica obrigado a reparar o dano. Positiva ainda que, em casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida do autor do dano resultar em risco para o direito de alguém, implicará responsabilidade civil independentemente de culpa, como versam os artigos 7º, 186, 187 e 927 do Código Civil vigente (BRASIL. Código Civil. 2013)

O Código Civil de 2002 (CC/02) dispõe que a responsabilidade civil com o dever de indenizar o dano causado a outrem pode se dar tanto de forma objetiva, trazendo a teoria do risco na sua justificativa ou imposição legal, quanto subjetiva, baseada na culpa, com o intuito proteger e ressarcir aquele que sofreu a agressão.

De acordo com Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 53), quando alguém atua de forma ilícita, viola uma norma jurídica preexistente legal ou contratual. Como consequência do ato danoso, surge uma obrigação de reparar, sendo a responsabilidade um pressuposto da atividade danosa de alguém.

Os autores retrocitados apontam ainda que surge para o infrator, decorrente de uma agressão a um interesse eminentemente particular, a responsabilidade civil, que resulta no pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado de coisas. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 53).

Maria Helena Diniz (2011, p. 50) leciona sobre responsabilidade civil da seguinte forma:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisas ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva) e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

A autora entende que tanto o dano moral quanto o patrimonial causados a alguém devem ser ressarcidos, seja devido à imposição legal ou por conduta do próprio agente ou por quem ele é responsável. A proteção de danos à pessoa é ampla, uma vez que esta responde por esses de forma objetiva ou subjetiva.

No particular, as lições de uso se encaixam no campo laboral, remetendo à responsabilidade do empregador / empresa por atos praticados por seus prepostos, sejam esses superiores perante os subordinados ou entre qualquer empregado diante de outro enquanto na execução da atividade laboral. Tomam-se como exemplo humilhações praticadas por colegas contra determinado empregado no local de trabalho, não reprimidas a tempo e modo pela direção da empresa, o que atrai a responsabilidade e o conseqüente dever de indenizar.

## **2.2 Pressupostos gerais da responsabilidade civil**

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 69) extraem do artigo 186 do CC/02 os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, seja ela positiva ou negativa; o dano ou prejuízo causado pelo agente e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano causado.

Os autores acima refletem acerca do elemento culpa, entendendo não ser um pressuposto geral para caracterizar a responsabilidade civil, pois há a responsabilidade objetiva, que independe de culpa para a responsabilização.

Afastam, assim, a generalidade de tal elemento, indo de encontro ao entendimento do Código Civil de 1916, no qual a responsabilidade subjetiva era a tônica do Código de Beviláqua -- devido ao pouco desenvolvimento tecnológico, se desconheciam os efeitos das atividades de risco. Porém, com os avanços da tecnologia e mudanças da sociedade, a culpa deixa de ser um elemento essencial da responsabilidade civil, fortalecendo a ideia da responsabilidade calcada na atividade de risco (objetiva). (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 69-71).

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 53-54), o dever de indenizar trazido pela responsabilidade civil pode decorrer de atos ilícitos, por uma conduta omissiva ou comissiva, culposa ou dolosa do agente, pode, ainda, se fundar na ideia de risco, desvinculando-se da culpa. Porém, há casos de responsabilidade civil por ato lícito, como o abuso de direito, ou determinação legal por ato humano do próprio imputado ou de terceiro ou animal por ele responsável. Faz-se necessária a prova real e concreta dessa lesão moral ou patrimonial para o dever de indenizar, podendo, conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2013), cumular o dano patrimonial e moral, tendo que existir o nexo de causalidade entre a ação e o dano.

Para Carlos Gonçalves (2015, p. 52), os pressupostos da responsabilidade civil extraídos do art. 186 do CC/02 são quatro: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Ainda Carlos Gonçalves (2015, p. 52-53) destrincha todos os elementos da responsabilidade civil, dizendo que será responsabilizada qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem, por ato próprio; ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente; ou danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. Culpa ou dolo do agente também são pressupostos trazidos pelo autor, em que o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa consiste na falta de diligência, tendo a vítima que provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente para obter a reparação do dano, de acordo com a teoria subjetiva adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em algumas hipóteses específicas, por essa prova ser difícil de ser conseguida, existe a responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco.

O autor acima diz que a teoria subjetiva distingue a culpa conforme a sua natureza e extensão em:

Culpa lata ou grave, que é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*).

A Culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in comittendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou algum objeto. (GONÇALVES, 2015, p.54-55).

Acerca dos pressupostos referentes à causalidade e ao dano, finaliza Carlos Gonçalves (2015, p. 54-55) que o primeiro é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, para que surja a obrigação de indenizar, pois, se houver o dano e este não estiver relacionado com o comportamento do agente, não se falará em relação de causalidade e, conseqüentemente, não se terá a obrigação de indenizar. O dano deverá ser provado para que haja a responsabilidade civil do indivíduo, podendo ser material ou moral. Assim, a obrigação de indenizar decorre da violação de direito e do dano, concomitantemente.

### 2.2.1 Conduta humana

A doutrina dá ênfase à conduta humana como força motriz da responsabilidade civil, a ser demonstrado adiante. Contudo, entende esta autora que, no campo trabalhista, paralelamente ao elemento “conduta humana”, há também a responsabilidade civil fruto de fatos que não guardam elementos vinculados à conduta humana, como, por exemplo, o acidente de trabalho em que não houve agente, nem concurso da vítima e que ainda assim configura responsabilidade objetiva do empregador.

Veja-se que, para Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 73-74), a conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil. Apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser responsabilizado civilmente, sendo a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) humana voluntária o pressuposto necessário para configurar a responsabilidade civil.

A voluntariedade da conduta consiste na liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz, não traduzindo

a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo, ocorrendo tanto na responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa) quanto na responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco). Em ambas, a voluntariedade do agente causador do dano está na sua livre capacidade de autodeterminação, pois essa consciência reflete o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não sendo necessária a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Já Cavalieri Filho (2014, p. 38-39) entende que a conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, acarretando consequências jurídicas. Afirma também que a ação, ou omissão, é o aspecto físico, objetivo da conduta, e a vontade, o aspecto psicológico ou subjetivo. Para ele, a ação consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, já a omissão caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida, só podendo ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, ou seja, que esteja em uma situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado.

Para Flávio Tartuce (2011, p. 411-412), a conduta humana que leva a uma responsabilidade civil pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, caracterizando o dolo e a culpa, respectivamente. No caso da ação, ou conduta positiva, há regra, uma vez que, para responsabilizar por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato e a prova de que a conduta não foi praticada, e ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Carlos Gonçalves (2015, p. 59), por sua vez, ao abordar a responsabilidade civil por conduta omissiva do agente, diz que, para tal conduta ser considerada omissão, o ordenamento jurídico deve impor o dever de praticar determinado ato e o seu não agir resultar em um dano que poderia ter sido evitado.

Flávio Tartuce (2011, p. 413), com base no art. 942, *caput*, do Código Civil, assegura que, quando o agente causador do dano responder com o seu patrimônio, o ordenamento brasileiro abraça o princípio da responsabilidade civil patrimonial, em sede de responsabilidade extracontratual, ou seja, o agente, além de responder por

ato próprio, pode responder por ato de terceiro (art. 932, CC), por fato de animal (art. 936, CC), por fato de uma coisa inanimada (arts. 937 e 938, CC) ou por produto colocado no mercado de consumo (arts. 12, 13, 14, 18 e 19 da Lei 8.078/1990).

Maria Helena Diniz (2011, p. 56) indica que a ação, como elemento constitutivo da responsabilidade civil, advém do ato humano, praticado pelo próprio agente, ou de terceiros, ou de animais por eles responsável, decorrente de um comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e objetivamente imputável, que cause dano a um indivíduo, gerando, conseqüentemente, o dever de indenizar. Compartilha do entendimento de que a responsabilidade civil poderá se dar tanto de forma subjetiva, baseada na ideia de culpa, quanto na objetiva, fundada na Teoria do Risco, bastante crescente na atualidade ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 39), a regra é que o indivíduo responde por conduta própria, ou seja, responde pelo fato que lhe dá causa, com base no princípio da reparação. Pode ser responsabilizado por fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável esteja ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado, ou ainda por dano causado por animal ou coisa que esteja sob sua guarda (fato da coisa), de acordo com os arts. 936, 937 e 938/CC. Logo, a lei responsabiliza a pessoa que tinha o dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiu do seu cumprimento.

A conclusão é que a responsabilidade civil geral guarda vínculo quase unânime com o elemento “ação humana”, entendendo-o como essencial para a ocorrência da responsabilidade civil. É imperioso observar que, no campo trabalhista, como já dito, tal elemento não é essencial, vez que a responsabilidade civil pode não decorrer de qualquer ação humana ativa ou passiva.

### 2.2.2 Nexo causal

Conforme preleciona Cavalieri Filho (2014, p. 61 e 62), o nexo causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil, tendo função de estabelecer medida para a obrigação de indenizar. O nexo causal não se limita ao agente ter praticado uma conduta ilícita, ou a vítima ter sofrido um dano, é necessário que esse dano tenha

sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre ambos uma relação de causa e efeito. Assim, o ato ilícito é a causa do dano, e o prejuízo sofrido pela vítima é o resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.

Carlos Gonçalves (2015, p. 359), com base no art. 186/CC, certifica que, sem a relação de causalidade entre o fato ilícito e o dano produzido, não se admite a obrigação de indenizar, pois o artigo 186 a exige expressamente para a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violou direito e causou dano a outrem. É necessário, para que o dano gere responsabilidade, haver nexos de causalidade entre ele e o seu autor.

Compartilha do mesmo entendimento Maria Helena Diniz (2011, p. 127), ao estabelecer a necessidade de haver o nexo causal entre o evento danoso e a ação que o produziu, para existir o dever de indenizar. Não é necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, mas sim que este não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

De acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 62-63), o nexo causal não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídico. Do ponto de vista naturalista, é o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, concluindo, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano e determinando se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Porém, é também preciso um elo jurídico, normativo, principalmente quando há várias causas concorrendo para determinado resultado, como também no caso de omissão. É um processo técnico de probabilidade, em que o juiz elimina os fatos irrelevantes para a efetivação do dano, consistindo em um critério eliminatório, o qual demonstra que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que se revelar a mais idônea para produzir o resultado.

Vale ressaltar a hipótese da ocorrência de concausas, que são causas concorrentes para se atingir determinado resultado. Tome-se como exemplo hipotético a depressão de um empregado que pode ser gerada tanto por predisposição genética quanto por sobrecarga de trabalho, devendo a análise, para fins de responsabilidade, mensurar o grau de contribuição das causas em concurso,

concausas para o efeito. Vê-se aqui o primeiro registro de exemplo que remete ao objeto principal deste trabalho.

Cavaliere Filho (2014, p. 63) reforça o entendimento doutrinário acerca da necessidade de existir o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso, para haver a imputação de responsabilidade civil, ao trazer o entendimento do Tribunal Superior sobre esse tema:

A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). STJ, REsp 719.738/RS, Primeira Turma. (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 63).

Segundo Flávio Tartuce (2011, p. 420 e 421), para se configurar a responsabilidade civil, deve existir a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Na responsabilidade subjetiva, conforme o art. 186/CC/02, o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita. Já o art. 927/CC/02, parágrafo único, dispõe que, na responsabilidade objetiva, o nexo causal é formado pela conduta cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco.

Tepedino e Cruz *apud* Tartuce (2011, p. 421 e 422) trazem três teorias justificadoras do nexo de causalidade:

- a Teoria da Equivalência das Condições ou do histórico dos antecedentes *sine qua non* – explica que todos os fatos relativos ao dano podem ser utilizados como forma de explicação para a responsabilização civil, ampliando demasiadamente o nexo de causalidade, não sendo tal teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro.
- Teoria da Causalidade Adequada – considera, para a responsabilização civil, apenas o fato relevante ao evento danoso. Essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do Código Civil, prevalecendo na opinião desse autor.
- Teoria do Dano Direto e Imediato ou teoria da interrupção do nexo causal – defende que somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. É aplicada no art. 403 do CC, sendo a prevalecente segundo parcela considerável da doutrina, e traz que

tanto os tribunais inferiores quanto os tribunais superiores hesitam entre as duas últimas teorias.

A Teoria da Equivalência das Condições não é aceita na responsabilidade civil, pois todos os fatos e circunstâncias que contribuíssem para o evento danoso poderiam ser considerados causas, ampliando em muito a responsabilização. Já os fatos que estivessem ligados indiretamente poderiam ser considerados.

Por sua vez, a Teoria da Causalidade Adequada é mais aceita e a adotada por Flávio Tartuce (2011), uma vez que, para ser considerada causa do dano, é necessário que a condição seja capaz, adequada à produção do dano.

Na Teoria do Dano Direto e Imediato, entende-se que o nexo causal está relacionado à conduta direta do agente que resultou no dano.

Essas duas últimas teorias são mais aceitas na jurisprudência brasileira, devido ao fato de serem mais condizentes aos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que estão relacionadas à conduta do agente, nexo causal e dano, não destrinchando demasiadamente todo o evento que está relacionado ao dano para se chegar à causa, como ocorre na Teoria da Equivalência das Condições, em que um fato indireto e remoto pode ser considerado causa do dano.

Conforme análise de Stolze e Pamplona Filho (2015, p.146-149), existe uma imprecisão doutrinária acerca da teoria adotada pelo Código Civil brasileiro referente ao nexo de causalidade. Respeitável parcela doutrinária nacional e estrangeira e a própria jurisprudência abraçam a Teoria da Causalidade Adequada. Há quem entenda que o Código Civil adotou a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, na vertente da causalidade necessária. Muitas vezes, a jurisprudência e a doutrina confundem ambas as teorias, não dispensando, em nenhuma das hipóteses, a investigação necessária da causa.

Provada pela vítima (ônus seu) a ocorrência do fato lesivo – e que, de acordo com um juízo abstrato, se apresenta adequado à produção de determinado resultado – presume-se a adequação até prova em contrário. Sobre aquele que praticou o fato lesivo recai o ônus de provar que não houve adequação entre o fato e o dano (concepção negativa de causalidade). Esse é o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 85).

Serão analisadas, a seguir, as causas excludentes de responsabilidade.

De acordo com Rui Stoco (2013, p. 207-208), devem sempre ser levadas em consideração pelo julgador as causas que rompem o nexu causal entre a conduta do agente e o dano, como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Em concordância com o que lecionam Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 157), são causas de exclusão da responsabilidade civil: o estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima; fato de terceiro e cláusula de não indenizar.

O art. 188/CC/02 reza que não se consideram atos ilícitos o agir em legítima defesa, o exercício regular de um direito ou estado de necessidade.

Para Cavalieri Filho (2014, p. 86), as hipóteses de exclusão do nexu causal da responsabilidade civil constituem caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Sob o ponto de vista de Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 162-164), se o agente atuar no exercício regular de um direito reconhecido, não lhe caberá responsabilidade civil. Haverá, porém, abuso de direito se extrapolar os limites racionais do exercício de direito. Se for um ilícito, pode o excesso ser punível, com repercussão na seara penal, não necessitando que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, basta que exceda os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Assim, esse autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa. São seguidas as diferenciações apontadas por Orlando Gomes, todavia, consigne-se que muitos doutrinadores e julgadores entendem que tais conceitos são sinônimos. (TARTUCE, 2011, p. 423).

O fato exclusivo da vítima como causa de exclusão da responsabilidade civil advém

do seu comportamento, que representa o fato decisivo para o acometimento do evento, não se falando em simples ausência de culpa, mas em causa de isenção de responsabilidade do causador direto do dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 86-87).

O fato de terceiro para excluir a responsabilidade civil deve romper o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima, mas, se a conduta do agente também concorrer para o resultado, não poderá invocar o fato de terceiro para afastar a responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 87-88).

Segundo Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 176-177), a cláusula de não indenizar pode se encontrar presente na responsabilidade civil contratual, em que as partes, por meio de convenção, excluem o dever de indenizar no inadimplemento da obrigação. Essa cláusula, entretanto, não é bem vista nos dias de hoje, em que o Direito Privado está atrelado a princípios constitucionais e influenciado por valores de solidarismo social, sendo condicionada a parâmetros, como a igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos de ordem pública. Conclui-se, assim, que essa cláusula só é admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, não levando à renúncia de direito da parte economicamente mais fraca.

A hipótese acima elencada remete, entre outros, ao campo trabalhista, visto que não se admite cláusula no contrato de trabalho que exclua o dever da reparação civil.

### 2.2.3 Culpa

O elemento “culpa” na responsabilidade civil é algo que possui variantes, conforme o ramo do Direito que se está a analisar. Por exemplo, a culpa na responsabilidade civil por acidente de trânsito pode não influenciar sobremaneira a análise jurisdicional, pois há sempre análise dos elementos e especificidade da ocorrência. Por outro lado, a culpa no acidente do trabalho é considerada de forma mais rigorosa, por exemplo, o dever de fiscalizar se o empregado está usando os equipamentos de proteção individual (EPI) e, caso não os esteja portando e venha a sofrer algum dano, a responsabilidade do empregador é considerada mais expressiva, porque a não fiscalização resulta em culpa.

Na linha do exemplo citado linhas atrás, Flávio Tartuce (2011, p. 413) diz que, ao falar em responsabilidade civil com ou sem culpa, está-se referindo à culpa genérica ou *lato sensu*. Esta engloba o dolo e a culpa estrita ou *stricto sensu*. Sendo o dolo uma ação ou omissão voluntária, uma violação intencional do dever jurídico, com o intuito de prejudicar alguém, aplicando-se, quando presente, o princípio da reparação dos danos causados à vítima, não se pode falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiro para afastar a responsabilização civil. Porém, se a vítima tiver contribuído culposamente para o evento danoso, deve-se avaliar sua culpa em conjunto com a do autor do dano para fixar sua indenização.

Já o elemento dolo na responsabilidade civil geral é sempre entendido como atrativo direto da responsabilidade e da reparação integral, tal qual leciona Flávio Tartuce (2011, p. 414). Presente o dolo na conduta praticada pelo agente, deve-se arcar integralmente com todos os prejuízos causados ao ofendido.

Já para Cavalieri Filho (2014, p. 45-47), tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente. Explica que, no dolo, a conduta já nasce ilícita, a vontade do agente se dirige a um resultado antijurídico, enquanto, na culpa, a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita ao desviar dos padrões socialmente adequados decorrentes de falta de cuidado. O dolo tem como elementos a representação do resultado (previsão, antevisão mental do resultado antes de praticar a conduta) e a consciência da sua ilicitude, agindo, assim, conscientemente, de forma contrária ao dever jurídico, embora pudesse ter agido de acordo com o ordenamento jurídico.

Analisando o tema, Maria Helena Diniz (2011, p. 58-59) pensa que a culpa em sentido amplo implica dolo e culpa em sentido estrito. Traz o mesmo entendimento de que o dolo compreende uma violação intencional do dever jurídico, consistindo em uma vontade consciente de violar o direito, enquanto que a culpa *stricto sensu* caracteriza-se por imperícia, imprudência ou negligência do agente, sem o intuito de violar o direito. Entende que não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

Participa do mesmo entendimento da autora acima, quanto a dolo e culpa, o doutrinador Rui Stoco (2013, p. 179-180), ao dizer que o dolo é o comportamento consciente, voluntário e dirigido a um fim ilícito. Já a culpa em sentido estrito é o comportamento em que a pessoa não tem a intenção de lesar ou de violar direito,

porém, há ação ou omissão decorrente de imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); negligência (quando o agente se omite, deixando de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras regidas pelo bom senso, que levam o indivíduo a proceder com cuidado, atenção e zelo); e imperícia (atuação de um profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e leva a um dano).

O Código Civil de 2002, nos seus artigos 186 e 927, consagra a responsabilidade civil por culpa, isto é, aquele que acometer um dano decorrente de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência terá a obrigação de indenizar (BRASIL, 2013).

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 69-70) defendem que os pressupostos da responsabilidade civil são: conduta humana positiva ou negativa; dano ou prejuízo e o nexó de causalidade, colocando a culpa como elemento accidental e justificando a existência de outra espécie de responsabilidade, que é a objetiva.

Carlos Gonçalves (2015, p. 327) concorda com o entendimento de que a culpa *stricto sensu* ou aquiliana abrange a imprudência, a negligência e a imperícia.

A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de certo modo, perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana, segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima (RODRIGUES, 2000, p. 147).

O entendimento clássico diz que, para a vítima ser ressarcida do dano, devido à responsabilidade civil, deveria provar, além do liame de causalidade, o comportamento culposo do agente causador do dano. Tal entendimento evoluiu como consequência do desenvolvimento industrial, em que se percebeu que, devido à dificuldade do ônus da prova, vários danos se tornavam irressarcidos (GONÇALVES, 2015, p. 335).

Conforme ensina Carlos Gonçalves (2015, p. 335-336), a teoria da responsabilidade civil passou por várias fases. Aos poucos, foi abrando o rigor de se exigir a prova da culpa do agente, até chegar à última etapa da evolução, que é a Teoria do Risco,

em que não se fala em culpa, bastando a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Algumas das leis que adotam a Teoria do Risco são rigorosas, ao ponto de o causador do dano ser responsabilizado independentemente de culpa e não se admitir excludentes da responsabilidade. Contudo, a excludente força maior deve ser sempre acolhida por romper o nexo causal. Leis mais benignas, que responsabilizam o causador do dano, admitem expressamente excludentes, como a culpa exclusiva da vítima (não se admitindo na hipótese de culpa concorrente) e o fortuito e força maior (GONÇALVES, 2015, p. 337).

#### 2.2.4 Dano

Jovi Barboza (2007, p. 128) entende que o dano é resultado de um fato oriundo da atuação humana, que tem consequência negativa, surgindo o dever de indenizar o direito alheio violado.

Ao que se percebe, à definição do doutrinador falta registro de especificidade no que tange à conduta ativa e omissiva, pois o dano nem sempre é resultado de ato ativo, podendo incidir também em face da conduta omissiva.

O Código Civil de 2002, no seu art. 927, traz que, para haver a obrigação de indenizar na responsabilidade civil, deve existir o dano (BRASIL, 2013).

Flávio Tartuce (2011, p. 424), em sua obra, enfatiza que, em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda, conforme o art. 333, I, do CPC.

De acordo com Cavalieri Filho (2014, p.92), não há que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não ocorrer o dano. Para haver o dever de reparar, o indivíduo deve praticar ato ilícito e causar dano a outrem, precisando haver uma lesão ao patrimônio econômico ou moral do lesado, uma vez que indenização sem dano resultaria em enriquecimento ilícito, e o objetivo da indenização é reparar o dano sofrido pela vítima ou reintegrá-la ao estado *quo ante*.

Conforme Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 84-90), todos os danos devem ser ressarcíveis, sendo essa reparação ocasionada pela responsabilidade civil, que é uma sanção imposta ao causador do dano em favor do lesado. Diante da

impossibilidade de determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, deverá se fixar uma compensação em pecúnia, sendo necessários como requisitos mínimos para que o dano seja indenizável: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; a certeza do dano (dano certo, efetivo) e a subsistência do dano (o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante).

Já para Flávio Tartuce (2011, p. 425), o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 37, admite, em uma mesma ação, a cumulação de pedido de danos materiais e morais, tendo, posteriormente, o STJ ampliado o teor da Súmula reconhecendo novos danos. Para tanto, editou a Súmula 387, em 2009, na qual admite a cumulação dos danos estéticos com danos morais e também com danos materiais. Diante disso, o autor aponta, como danos clássicos ou tradicionais, os danos materiais e danos morais, e, como danos novos ou contemporâneos, os danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance.

Talvez esse tema tenha sido o embrião que permitiu o desenvolvimento do dano existencial, pois quebrou dogma antigo e ampliou a visão para múltiplas espécies de dano.

Esse assunto será mais bem abordado posteriormente.

### **2.3 Espécies de responsabilidade: objetiva e subjetiva**

A responsabilidade civil tem como espécies: a civil subjetiva, a objetiva, a civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana. São objetos do presente estudo as responsabilidades subjetiva e objetiva.

De acordo com o entendimento de Sílvia Rodrigues (2000, p. 11), a responsabilidade subjetiva se inspira na ideia de culpa para reparar um dano, enquanto que a objetiva se baseia na Teoria do Risco. Na visão tradicional, prevalece a responsabilidade subjetiva, sendo a responsabilidade do agente causador do dano focada se o indivíduo agiu com culpa ou dolo, isto é, no seu comportamento. É necessária a prova da culpa do agente para existir o dever de indenizar.

Na responsabilidade objetiva, não tem relevância a ideia de culpa ou dolo para surgir o dever de indenizar, necessitando, para tal, existir relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato do agente. Nela, se encontra a Teoria do Risco, que imputa o dever de indenizar aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, ainda que essa atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa (RODRIGUES, 2000, p. 11-12).

Segundo Flávio Tartuce (2011, p. 444-445), a responsabilidade subjetiva é baseada na teoria da culpa, sendo regra geral no ordenamento jurídico pátrio. É preciso, para surgir o dever de indenizar, a prova da culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia). Já na responsabilidade objetiva, o autor fala que o parágrafo único do art 927/CC admite expressamente a possibilidade de indenização de um dano provocado independentemente de culpa, fundado na Teoria do Risco.

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 57-59) diferenciam responsabilidade civil subjetiva de responsabilidade civil objetiva, dizendo que a primeira é em decorrência de dano causado em função de ato doloso ou culposo. A culpa, segundo os autores, decorre de negligência ou imprudência, extraindo tal entendimento do artigo 186/CC/02, que traz como consequência jurídica do ato ilícito o dever de indenizar (reparar o dano), cabendo o ônus da prova ao autor. Enfatizam que a responsabilidade civil pode ser indireta, isto é, provocada por um terceiro que ocasionou um dano, com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Por sua vez, na responsabilidade civil objetiva, exclui-se o dolo ou a culpa, bastando estar presente o elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para surgir o dever de indenizar.

Para Flávio Tartuce (2011, p. 420-421), o nexos de causalidade na responsabilidade subjetiva é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita, já na objetiva, é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco.

Carlos Gonçalves (2015, p. 48) informa que, na teoria clássica da responsabilidade civil, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, para configurar o dano com o dever de indenizar, é necessário haver a culpa ou o dolo por parte do agente. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Já a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade legal, diz que todo dano é indenizável e deve ser reparado por

quem a ele se liga por nexo de causalidade, independentemente de culpa. Trata-se de uma imposição legal, em que a responsabilidade não depende de culpa, fundamentando-se no risco. Para essa Teoria do Risco, todo indivíduo que exerce uma atividade que cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a reparar, não importando se sua conduta seja isenta de culpa. Porém, seja na responsabilidade civil objetiva ou na subjetiva, não se pode responsabilizar quem não deu causa ao evento.

A responsabilidade objetiva se baseia na ideia de que um indivíduo deve responder pelos riscos derivados da sua atividade (culposa ou não), sendo uma responsabilidade independente de culpa, formada pela Teoria do Risco, que inclui a Teoria do Risco-proveito, a Teoria do Risco-criado, a Teoria do Risco de empresa, a Teoria do Risco integral, a Teoria do Risco mitigado e assim por diante (SCHREIBER, 2013, p. 28-29)

#### 2.4 Funções da responsabilidade civil

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz (2011, p. 21-22), é de suma importância a responsabilidade civil no restabelecimento do equilíbrio moral e patrimonial violado pelo dano, que ocasiona a perda ou diminuição do patrimônio do lesado ou o dano moral que gera a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. Nesses casos, leva ao dever de indenizar, trazendo uma ideia ampla de reparação, em que se pode ter como fundamento do dever de indenizar a culpa do agente ou bastando apenas o risco objetivamente considerado para o direito de outrem. A indenização da responsabilidade civil tem o intuito de restituir o lesado à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante.

A mesma doutrinadora conclui que a responsabilidade civil tem como função garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil, reparando o dano causado ao lesado, punindo o agente do dano e desestimulando a prática de novos atos lesivos. Assim, a responsabilidade civil possui função indenizatória, ressarcitória ou reparadora. (DINIZ, 2011, p. 24-25).

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 65-66) defendem que a reparação civil tem como objetivo a compensação do dano à vítima, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. Na compensação do dano à vítima, frente à impossibilidade de retornar a coisa ao *status quo ante*, deve-se ter o pagamento de um *quantum* indenizatório equivalente ao valor material do bem, ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

A punição do ofensor e a indução a não praticar mais atos danosos aparecem como uma punição secundária relativa à reposição das coisas ao estado em que se encontravam ou à prestação imposta ao ofensor na impossibilidade do *status quo ante*. Tem, também, como consequência a função socioeducativa, tornando público que condutas semelhantes não serão toleradas, restabelecendo o equilíbrio e a segurança almejados pelo Direito. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 65-66).

Os doutrinadores acima pensam que o ressarcimento do dano na responsabilidade civil tem como principal objetivo a punição do ofensor ao pagamento de um valor pecuniário à vítima, com intuito punitivo e de reduzir o prejuízo da vítima do dano sofrido, uma vez que muitos danos provocados não poderão retornar o indivíduo ao *status quo ante*, como acontece nos danos da personalidade. Como consequência, tem-se um caráter socioeducativo, pois serve para mostrar à sociedade que todos aqueles que causarem danos a outrem serão punidos com penas pecuniárias, o que resulta na proteção almejada pelo Direito. Vale registrar também que, umbilicalmente ligado a tal raciocínio, está o caráter pedagógico da responsabilidade civil. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 65-66).

É válido tratar individualmente do caráter pedagógico, mas de forma sintética, pois é também muito importante que tal aspecto seja sempre considerado, a fim de não terminar resultando como um estímulo à manutenção das práticas ilícitas. Aqui, diz-se isso porque há casos em que grandes empresas preferem não adotar boas práticas, pois consideram que é menos oneroso lidar com uma reparação eventual gerada por alguém que não se cale diante da má prática. Logo, a função pedagógica reside em majorar a condenação para que aquele agente se veja compelido a adotar boas práticas.

Nesta mesma linha e de acordo com o pensamento acerca das funções da responsabilidade civil, os doutrinadores Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e

Felipe Braga Netto (2015, p. 37) dizem que possui função reparatória a transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado, com o objetivo do reequilíbrio patrimonial; função punitiva é uma sanção ou aplicação de uma pena civil ao causador do dano, que visa desestimular comportamentos reprováveis; a função precaucional pretende inibir atividades potencialmente danosas e, quanto à função preventiva, eles pensam que a prevenção não seria uma quarta função, e sim um princípio do direito de danos, sendo uma consequência da incidência das três teorias. (CHAVES; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 37).

Os doutrinadores, ao dizerem que a pena pecuniária imposta aos causadores do dano à vítima resulta em reequilíbrio patrimonial, afirmam que o prejuízo patrimonial causado ao indivíduo deve ser ressarcido, tendo o magistrado que avaliar cuidadosamente esse *quantum* indenizatório, evitando enriquecimento ilícito e a ruína do ofensor. Essa sanção é de natureza punitiva, uma vez que, de acordo com o ordenamento jurídico, todo aquele que cometer um dano a alguém deve repará-lo, servindo como exemplo social e desestimulando que outras pessoas cometam novos danos, resultando em função socioeducativa e preventiva.

Cavaliere Filho (2014, p. 26) ressalta, na função da responsabilidade civil, o princípio da reparação integral utilizado em todos os sistemas jurídicos com o objetivo de se chegar a mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, prestigia implicitamente o princípio da reparação integral, através do qual deve ser ressarcido à vítima do dano, além do que efetivamente perdeu, também o que razoavelmente deixou de lucrar. Salaria o entendimento doutrinário que o ressarcimento do dano deve ser equivalente ao prejuízo causado, para que a responsabilização civil não seja causa de enriquecimento ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27-28).

Esse doutrinador salienta que o Código Civil, no seu art. 944, dá competência ao magistrado de fixar indenização, conforme seu arbítrio, em casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano acometido. Evita, assim, que a reparação integral dos danos prive o ofensor de um mínimo necessário à sua sobrevivência, com base nos princípios da dignidade humana e da solidariedade, devendo o artigo ser aplicado restritivamente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 28).

O Poder Judiciário passou a acolher o ressarcimento de novos danos, em decorrência da perda da importância da culpa e do nexo causal, mostrando uma alteração gradativa da jurisprudência acerca da estrutura da responsabilidade civil e refletindo uma valorização da função compensatória e reparação dos danos. Ganha força, pois, o pressuposto da responsabilidade civil “dano” diante dos outros pressupostos “culpa” e “nexo causal”. (SCHREIBER, 2013, p. 83).

O fundamento da responsabilidade civil está relacionado à responsabilização de um indivíduo por ter provocado dano injusto, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. A injustiça do dano está relacionada aos interesses em conflito, tendo a responsabilidade civil a função de mediar esses interesses em conflito, como reação a um juízo de desvalor previamente tido como relevante pelo ordenamento. (ROSENVALD, 2013, p. 65-66).

## **2.5 Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**

Falar de responsabilidade civil no Direito do Trabalho resulta em adicionar à percepção outros elementos não presentes na responsabilidade civil geral, como, por exemplo, a subordinação, a habitualidade do convívio, a dependência econômico-financeira, tudo que denota a hipossuficiência do empregado, pois, ocorrências que, isoladas, não teriam potencial danoso na responsabilidade civil geral no campo laboral, já se estampam. Exemplo típico é de um simples apelido engraçado que, na ótica da responsabilidade civil geral, não teria, a princípio, potencial causador de dano. Já no ambiente de trabalho, poderia gerar sérios danos ao empregado que se visse conhecido na empresa inteira por um apelido que, apesar de engraçado, não lhe agradasse.

Conforme explanado no item 2.3 acerca da responsabilidade civil, a doutrina traz duas espécies de responsabilidades: a objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva, preponderante no nosso ordenamento jurídico, traz a ideia de culpa genérica (culpa ou dolo) na reparação do dano cometido pelo indivíduo, enquanto que a responsabilidade civil objetiva independe de culpa, basta o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, fundando-se na Teoria do Risco.

A responsabilidade civil se encontra presente no ramo do Direito do Trabalho, uma vez que as relações de trabalho são, na maioria das vezes, duradouras, pessoais, infungíveis e de trato sucessivo. O ordenamento jurídico tem se preocupado com a proteção do trabalhador devido à sua condição de hipossuficiência em face do empregador, baseado nos princípios da proteção do empregado, da continuidade da relação de emprego e da dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2003, p. 7).

A relação de emprego é de trato sucessivo, duradouro, em que se observa a condição de hipossuficiência do empregado – a parte mais frágil da relação. Por isso, as normas trabalhistas buscam proteger esse trabalhador diante do seu empregador, imputando a este responsabilização civil toda vez que provoca dano ao seu empregado, seja aplicando a teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, observando-se o caso concreto para melhor aplicação da responsabilização, em que se busca ressarcir o trabalhador de todo o dano causado.

Quanto à responsabilidade civil aplicada ao Direito do Trabalho, pode-se analisá-la nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A responsabilidade civil por dano acometido nas fases pré e pós-contratual decorre não da violação de um contrato de trabalho, mas de um dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o indivíduo, fundando-se no princípio da boa-fé, podendo se dar tanto no momento das negociações preliminares quanto após a rescisão contratual, o que leva ao dever de indenizar. (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 136-137).

Esse autor entende que a responsabilidade civil pré-contratual tem como alicerce a tutela da confiança negocial, sendo a reparação do dano baseada no interesse contratual negativo, ou seja, naquele em que o indivíduo perdeu ou deixou de ganhar em face da negociação frustrada pela parte adversa. Pode ser visto quando o indivíduo, com o propósito de se preparar para tal contratação, realizou despesas, ou até mesmo deixou de contratar outras pessoas, ou realizar outros negócios, trazendo a *culpa in contrahendo* ou culpa presumida em virtude do inadimplemento das tratativas. (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 137-138).

Como a responsabilidade civil na fase pré-contratual se baseia em culpa (culpa ou dolo), conforme o entendimento doutrinário, conclui-se que tal culpa presumida do agente acarreta responsabilidade civil subjetiva.

A CLT, no seu art. 2º, adota expressamente a responsabilidade civil objetiva, ao dizer que o empregador assume os riscos do negócio em qualquer circunstância, fundamentando-se na Teoria do Risco, ou seja, o dever de indenizar do empregador independe de dolo ou culpa, bastando o dano sofrido pelo empregado, seja ele moral, patrimonial ou ambos. Deve, assim, o empregador, independentemente de ter contribuído para o evento danoso, responder pelo pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas, além de ser o responsável pelos acidentes de trabalho e doenças profissionais. Visa a CLT, desse modo, prevenir ameaças à vida, à integridade, à saúde, a acidentes de trabalho, doenças do trabalho, à crescente dificuldade de se provar a causa de grande parte de sinistros e mesmo a culpa do autor do ato, seja ele lícito ou ilícito. (SANTOS, 2003, p. 3-4).

Ao adotar a responsabilidade objetiva do empregador, o ordenamento jurídico almeja proteger o empregado, que, como já dito, na relação de emprego é a parte mais frágil, tendo que, muitas vezes, se sujeitar a aceitar condições de trabalho indevidas, por necessidade de se manter no emprego e dele tirar seu sustento e de sua família. Há, muitas vezes, quando lhe acontece um dano, dificuldade de provar a culpa ou dolo do autor, por isso, o ordenamento, em algumas situações, adota a Teoria do Risco, buscando essa proteção e o ressarcimento do dano causado.

A doutrinadora Carmen Victor Rodrigues Gontijo (2010, p. 3) compartilha do pensamento de que a CLT, no seu art 2º, consagra a responsabilidade objetiva do empregador, fundando-se na Teoria do Risco ao entender que caberá ao juiz identificar quais atividades seriam de risco, uma vez que o art. 927/CC não define o que seja “atividade de risco”.

Oliveira *apud* Gontijo (2010, p. 2) que a responsabilidade objetiva não derogou a responsabilidade civil subjetiva, mas que não poderia deixar de indenizar o empregado em situações que lhe fosse demasiadamente oneroso o ônus da culpa.

A teoria da responsabilidade civil objetiva é amplamente aceita e aplicada pelos operadores do Direito no tocante a acidente de trabalho (acidentes-tipo, doenças profissionais e do trabalho), fundando-se na Teoria do Risco o dever de indenizar o trabalhador pelo empregador, devendo a reparação do dano causado ser da maneira mais completa possível, ou seja: da reconstituição do dano, quando

possível, até a substituição ou compensação em dinheiro correspondente à diminuição patrimonial sofrida pela vítima (GONTIJO, 2010, p. 2).

Cleder Araújo (2015, p. 4-5), em artigo publicado sobre responsabilidade civil na Justiça do Trabalho, amplia a responsabilidade civil do empregador, trazendo, além do art. 2º da CLT e art. 927/CC, que adotam a responsabilidade objetiva decorrente da Teoria de Risco, já retrocitados, posição do Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 34. Esta presume a culpa do empregador por ato culposo cometido por seu subordinado, seja ele empregado ou preposto, respondendo, assim, pelo dever de indenizar pelo ato cometido.

A doutrina, acertadamente, entende que o trabalhador, ao sofrer um dano, deve ser ressarcido. Não pode ser prejudicado pelo prejuízo sofrido quando o ônus da prova desse dano se faz difícil, não dependendo de comprovação de culpa do seu empregador se aplicado a atividades em que o labor do empregado seja de risco.

Há estreita ligação do Direito do Trabalho com o instituto da responsabilidade civil, que repercute no dever de indenizar pelo empregador, visando à proteção do empregado e sua dignidade como ser humano. Fica garantida, dessa maneira, a proteção aos direitos trabalhistas. Entende-se que, para a responsabilização do empregador diante do dano sofrido pelo empregado, pode ser utilizada tanto a responsabilidade civil subjetiva – que depende dos seus pressupostos dano, culpa e nexos causal – quanto a responsabilidade civil objetiva – que independe de culpa, bastando o dano sofrido pelo empregado – o que lhe garante, assim, a proteção aos direitos trabalhistas e direitos como pessoa humana.

### 3 A ANÁLISE DO DANO NA SEARA TRABALHISTA

O Direito do Trabalho advém do Direito Civil, e, embora tenha se tornado um direito autônomo, há institutos, regras e princípios do Direito Civil que são aplicados na área trabalhista, quando compatíveis esses segmentos jurídicos. O instituto da responsabilidade civil tem aplicabilidade no Direito do Trabalho, fixando critérios de responsabilidade baseados na culpa, vistos nos casos de danos acidentários, conforme o art. 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988 (CF), e critérios objetivos de responsabilidade civil, encontrados nas atividades laborais desenvolvidas quando a atividade, por sua natureza, implica risco de danos ao empregado, de acordo com o art. 927, parágrafo único, CC/02. (DELGADO, 2014, p. 79-80).

Alice de Barros (2012, p. 510) concorda com o entendimento de que o instituto da responsabilidade civil tem aplicabilidade no ramo do Direito do Trabalho, tendo o art. 186 do Código Civil de 2002, ao mencionar dano, englobado tanto o dano material como o moral.

Os danos decorrentes das relações de emprego são processados e julgados na Justiça do Trabalho. Esse entendimento já é pacificado na doutrina e jurisprudência nacionais, sejam eles de cunho patrimonial e/ou moral. O dano moral é passível de ocorrer na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual. Ao acontecer na fase contratual, poderá resultar na dissolução do contrato. A responsabilização por dano nessa fase tem fundamento na tutela da confiança recíproca, que incide no dever de agir, conforme o princípio da boa-fé objetiva, desde a fase de negociações preliminares (BARROS, 2012, p. 514-515).

Os danos sofridos pelo empregado em decorrência do contrato de emprego e sua execução resultam em indenizações com base na Constituição Federal de 1988, embora, antes da CF/88, já existisse o amparo da responsabilidade civil de forma mais restritiva. (DELGADO, 2014, p. 642-643).

As indenizações por danos sofridos pelo empregado podem ser em decorrência de dano moral ou dano à imagem, não vinculadas à saúde e à segurança laborativa, encontradas nas situações de uso indevido da imagem do trabalhador ou em discriminações raciais da empresa diante do empregado. As indenizações laborais podem ocorrer devido a danos à segurança e à saúde física e moral do empregado,

como vistas nas lesões acidentárias, com indenizações resultantes de efeitos conexos do contrato de trabalho, seja por dano material, moral ou dano estético (DELGADO, 2014, p. 643).

Ao acontecer o dano, surge a responsabilidade de reparação, não se requisitando prova do dano moral, uma vez que não se exige a demonstração de seu sofrimento, enquanto o dano material necessita de comprovação, não se podendo presumi-lo. (BARROS, 2012, p. 515).

A autora acima, ao afirmar que não se exige a comprovação do dano moral por não ser exigida a demonstração da dor causada ao lesado, demonstra que entende como dano moral o sofrimento sentido pela vítima, indo de encontro à posição da doutrina mais contemporânea. Esta concebe o dano moral como uma violação ao direito da personalidade, uma lesão à dignidade humana, sendo toda a dor, angústia e sofrimento causados por essa mera consequência do dano, devendo, para o ressarcimento do dano moral, fazer prova da violação a um direito da personalidade, independentemente se o dano causou ou não sofrimento à vítima. (BARROS, 2012, p. 515).

### **3.1 Conceito de dano**

O Código Civil brasileiro de 2002 traz, expressamente, nos seus arts. 186, 187 e 927, que deverá ser ressarcido todo indivíduo que sofrer um dano, podendo ser este moral ou patrimonial. (BRASIL, 2013).

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, juntamente com a conduta humana e o nexos causal. Concorde com esse pensamento a doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 77), ao ressaltar que o dano é um dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual, pois não existe o dever de indenizar se não houver um dano a um bem jurídico tutelado, um prejuízo a reparar. É necessária, para a responsabilização civil, a prova da existência de um dano patrimonial ou moral: a vítima.

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 82) conceituam dano ou prejuízo como sendo lesão patrimonial ou não a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, decorrente de uma ação ou omissão do causador do dano. Pode, assim, tal

agressão ser de natureza extrapatrimonial, que acomete direitos personalíssimos, tendo como exemplo o dano moral.

Vólia Cassar (2011, p. 936) entende que o dano é fato determinante do dever de indenizar, não há que se falar em pagamento de indenização ou de reparação sem a presença do dano, ainda que o indivíduo pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse de direito. Se, por exemplo, o empregador não faz manutenção na máquina e, mesmo assim, nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar. O dano pode ser patrimonial ou não patrimonial. A doutrinadora deixou de ressaltar que nem sempre que acontece o dano há o dever de indenizar, podendo haver excludentes de responsabilidade que afastam o dever de ressarcimento do agente.

O dano é núcleo da responsabilidade civil, pois não existiria o dever de indenizar nem de ressarcir, se não houvesse o dano a outrem. Deve-se concretizar a conduta lesiva ao patrimônio econômico ou moral da vítima, uma vez que indenização sem dano levaria a enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse. O objetivo ao se indenizar é a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92).

Segundo Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 84-85), para que o dano seja efetivamente reparável, é necessária a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica e a certeza do dano, somente o dano certo, efetivo, é indenizável, pois a certeza do dano implica, em regra, a sua demonstração em juízo.

Alice de Barros (2012, p. 511) pensa que, para haver a responsabilidade civil, deve haver a ocorrência de um dano, embora possa haver dano sem a responsabilidade de ressarcimento, mesmo porque ele poderá ter sido ocasionado pela própria vítima. A autora, em suas reflexões mostra a importância do dano como pressuposto para a responsabilidade civil, preocupando-se em salientar que nem todo dano é indenizável, uma vez que este poderá ter sido ocasionado pela vítima. Existem, porém, outras causas de excludentes da responsabilidade civil, não se limitando à culpa exclusiva da vítima.

O dano é um pressuposto da responsabilidade civil de suma importância, porque

não há que se falar em responsabilidade de ressarcimento se não houver um dano, se não houver uma lesão ao indivíduo, seja da ordem moral ou patrimonial. Ainda que existisse uma intenção de prejuízo a outrem, se esse não houvesse se concretizado, não haveria o que se indenizar, uma vez que o ressarcimento de algo que não causou prejuízo a alguém resultaria em enriquecimento ilícito.

Carlos Gonçalves (2015, p. 367) define “indenizar o dano” como a forma de reparar integralmente o dano sofrido pela vítima, uma vez que inexista a impossibilidade de restaurar o *statu quo ante* – estado anterior à ocorrência do ato ilícito –, sendo uma forma de compensar monetariamente a vítima pelo dano sofrido. Assim, o dano patrimonial abrange o que efetivamente se perdeu (dano emergente ou perdas e danos) e aquilo que se deixou de lucrar (lucro cessante). Concorde-se com Alice de Barros, quando ela diz que, embora possa haver responsabilidade sem culpa, não há que se falar em responsabilidade civil se não houver dano.

O autor acima se associa ao pensamento de que não há responsabilidade civil com o dever de indenizar, se não houver o dano. A sua presença obriga ao agente o dever de repará-lo integralmente, visando a uma compensação à vítima pelo prejuízo causado. O dano material é visto de forma abrangente (danos emergentes e lucros cessantes), não comentando o autor, contudo, acerca do ressarcimento a danos morais. (GONÇALVES, 2015, p. 367).

### **3.2 Tipos de dano**

Alvim *apud* Gonçalves (2015, p. 366) tipifica o dano em moral e/ou patrimonial. O dano, em sentido amplo, é a lesão de qualquer bem jurídico, nele incluso o dano moral. Já em sentido estrito, é a diminuição sofrida no patrimônio.

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 90-94) elencam as espécies de dano: patrimonial e moral. Eles dizem que o dano patrimonial ou material é a lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Acerca do dano patrimonial, são referidos os seguintes aspectos: o dano emergente e os lucros cessantes. O dano emergente consiste no efetivo prejuízo material sofrido pela vítima, isto é, o que a vítima perdeu. Já o lucro cessante é o que a vítima deixou de lucrar decorrente do dano sofrido. A vítima deve comprovar, em ação indenizatória, os danos emergentes e o lucro cessante sofrido, para que se evitem aventuras processuais e uma

“indústria de indenização”. O dano moral atinge bens da vítima de cunho personalíssimo, ou seja, é uma lesão aos direitos da personalidade.

Os autores entendem como dano moral ou dano extrapatrimonial a lesão aos direitos da personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e os bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal de 1988. O seu conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, porém apresenta reflexos materiais, pois o que se indeniza é o dano patrimonial que decorre da lesão à esfera moral do indivíduo, e não o dano moral propriamente dito. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 107).

Seguindo a linha de raciocínio de Stolze e Pamplona Filho acerca de danos morais e danos materiais, o doutrinador Carlos Gonçalves (2015, p. 368-369) compartilha do pensamento dos autores citados ao afirmar que os danos materiais ou patrimoniais são aqueles que afetam somente o patrimônio do ofendido, e que os danos morais ou extrapatrimoniais não atingem o patrimônio, e sim seriam ofensa ao indivíduo como ser humano. O autor estende a espécie de dano em direto e indireto. O dano indireto, também conhecido como dano reflexo, ou dano em ricochete, acontece quando um indivíduo sofre o reflexo de um dano causado a outrem. Esse dano é reparável desde que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada. (GONÇALVES, 2015, p. 370).

De acordo com Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 96 e 97), há outras espécies de danos, além dos danos morais e materiais, como: dano reflexo ou em ricochete, em que é o prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita, podendo resultar em reparação civil, desde que o dano reflexo seja certo e de existência comprovada. Não se pode confundir o dano indireto com os danos reflexos ou por ricochete, pois os danos diretos e indiretos se referem ao interesse juridicamente tutelado que tenha sido violado, trazendo como exemplo, para melhor esclarecimento, uma difamação, que gera um dano moral, mas pode gerar indiretamente um dano patrimonial. Já o dano reflexo ou ricochete se refere ao sujeito vitimado, seja por ser a vítima propriamente dita ou por ser o lesado por ricochete, isto é, aquele que tem uma dependência com a vítima direta do ilícito.

Apesar de abrirem o caminho para novas espécies de dano, esses doutrinadores

não chegam a citar na obra estudada o dano existencial no Direito do Trabalho.

Ainda Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 98-99) apontam que, com a evolução da sociedade e o surgimento de uma consciência de cidadania, passam a ser tutelados direitos coletivos, com o objetivo de se evitar danos coletivos *lato sensu*, através de um procedimento especial, a ação coletiva, podendo qualquer interesse coletivo violado gerar reparação por danos coletivos, bastando que estejam reunidos os requisitos genéricos para a reparação. Trazem três espécies de danos coletivos *lato sensu*: difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos.

Os direitos difusos e coletivos, designados por José Carlos Barbosa Moreira como direitos 'essencialmente coletivos' – ao revés dos individuais homogêneos, que seriam apenas 'acidentalmente coletivos' -, têm como nota comum o caráter transindividual, de natureza indivisível, ou seja, que transcendem a esfera de um único sujeito individualizado (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 100).

Para o Superior Tribunal de Justiça, a fim de se configurar o dano moral coletivo, é imprescindível que o fato seja de razoável significância e extrapole os limites do tolerável, trazendo sofrimento social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 99).

Alice de Barros (2012, p. 511) é a favor do pensamento de que o dano poderá ser material e/ou moral, com base no art. 186/CC. Entende a autora que o dano material é a lesão aos bens materiais de alguém que possua avaliação econômica, sendo o dano emergente os gastos tidos pela vítima do dano, que deverão ser ressarcidos por quem o provocou, e o lucro cessante é o que a vítima deixou de ter, em certo período, como consequência de ter sofrido o dano.

Oliveira *apud* Barros (2012, p. 511) ressalta que parte da doutrina faz distinção entre os danos materiais e os danos patrimoniais. Estes são formados por bens corpóreos e bens incorpóreos; os bens corpóreos são constituídos de valor econômico suscetível de apropriação; nos bens incorpóreos, encontram-se os direitos autorais, também suscetíveis de valor econômico. A distinção se dá porque o patrimônio do indivíduo não é constituído apenas de bens materiais, trazendo como dano moral uma dimensão mais ampla, que é a violação aos direitos da personalidade.

### 3.2.1 Dano material

Tema abordado anteriormente, Alice de Barros (2012, p. 511) concorda com o posicionamento de parte da doutrina ao fazer distinção entre danos materiais e danos patrimoniais. Diz a autora que o patrimônio do indivíduo não se limita apenas a bens materiais, podendo ser constituído por bens corpóreos e incorpóreos, ambos com valoração econômica.

Outra parte da doutrina entende o dano patrimonial e o dano material como sinônimos.

Cavaliere Filho (2014, p. 93-94) junta-se ao entendimento de que o dano patrimonial ou material atinge os bens que integram o patrimônio da vítima, abrangendo tanto os bens corpóreos quanto os incorpóreos. Ressalta, porém, que nem sempre o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais, como se pode encontrar na violação de bens personalíssimos – o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra podem refletir no patrimônio da vítima, o que, para alguns autores, configura o dano patrimonial indireto.

É possível o dano material atingir o patrimônio da vítima tanto no presente quanto no futuro, podendo levar à sua diminuição, ou também impedir o seu acréscimo, subdividindo-se em danos emergentes e lucros cessantes. (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 94).

Flávio Tartuce (2011, p. 425) também segue a linha de pensadores que traz como sinônimo dano patrimonial e dano material, asseverando que esse dano resulta em perda ou prejuízo que atinge o patrimônio corpóreo de alguém. Ao fazer uma análise dos arts. 186 e 403/CC, ele conclui que não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando, em regra, da prova efetiva do dano. Subclassifica o dano material, com base no art. 402/CC, em danos emergentes ou danos positivos e lucros cessantes ou danos negativos.

Segundo Varela *apud* Diniz (2011, p. 84), o dano patrimonial consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais da vítima, suscetíveis de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Traz como exemplos a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho,

a ofensa à sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

Maria Helena Diniz (2011, p. 84), utilizando-se do entendimento de doutrinadores como Aguiar Dias, Fischer, Antunes Varela, dentre outros, explana que o dano patrimonial avalia-se pelo resultado da diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e o valor que teria no mesmo momento, caso não tivesse sofrido o dano. O dano patrimonial é a perda do valor patrimonial do bem, pecuniariamente determinado, avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial, quando não é possível a reconstituição natural, retornando-se ao *statu quo ante*.

Como se observa, portanto, a doutrina e a jurisprudência moderna subdividiram o conceito de dano material, especificando-o como dano emergente e lucro cessante, objeto de análise individual a seguir.

#### 3.2.1.1 Dano emergente

O dano emergente ou positivo, previsto no Código Civil em seu art. 402, caracteriza-se como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu em razão do ato ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

Flávio Tartuce (2011, p. 425) advoga do mesmo entendimento acerca do que vem a ser dano emergente ou positivo, ou seja, o que, de fato, se perdeu com o dano sofrido pela vítima.

Conforme pensamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 85), o dano positivo ou emergente se configura por um déficit real e efetivo no patrimônio da vítima, isto é, um real prejuízo, seja porque houve uma concreta diminuição do patrimônio, seja porque acarretou um aumento do passivo. Não cabe indenização em danos eventuais ou potenciais, a não ser que eles sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. Uma vez havida a condenação ao pagamento de indenização por dano emergente, poderá o lesante ser condenado a proceder à restauração do bem danificado ou a pagar o valor das obras necessárias a essa reparação. Pretende-se, assim, com a indenização relativa ao dano emergente, restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava, porém, caso não seja possível, resultará em pagamento em pecúnia e com base no

art. 404/CC, incidindo juros de mora e custas processuais, sem prejuízo de pena convencional.

O doutrinador Cavalieri Filho (2014, p. 94) relata que a mensuração do dano emergente compreende a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que o indivíduo tinha antes e depois do ato ilícito.

### 3.2.1.2 Lucros cessantes

O ato ilícito pode provocar ao patrimônio da vítima, além do dano emergente, danos mediatos ou futuros que reduzem a consequência futura de um fato já ocorrido, chamado lucros cessantes. O lucro cessante consiste na perda do ganho esperado, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima, não se fundando em algo meramente hipotético, imaginário, sendo, resumidamente, aquilo que se deixou de lucrar de forma razoável. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95).

Os lucros cessantes correspondem aos ganhos futuros que fariam parte do patrimônio da vítima se não houvesse o dano. Sua aferição requer um juízo de razoabilidade em relação à probabilidade do proveito econômico que teria se não tivesse ocorrido o dano injusto, não sendo apenas o ganho que o credor deixou de lucrar, mas todo o ganho que ficou privado, ou seja, aquilo que lucraria no curso habitual das coisas. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 226).

Cavalieri Filho (2014, p. 97-99) associa o lucro cessante à perda de uma chance, aplicando-se, nesse caso, o princípio da razoabilidade. A perda de uma chance representa a perda da probabilidade de um evento, de um benefício futuro para a vítima decorrente de ato ilícito praticado por outrem, isto é, a perda de uma chance de ganho ou vantagem da vítima decorrente de conduta de outrem. É possível ocorrer a perda de uma chance também por condutas omissivas quando, se estiver em curso um processo de dano, aquele que tinha o dever jurídico de interrompê-lo deixa de fazê-lo, podendo, assim, ter privado o indivíduo de uma chance. Utilizando-se o princípio da razoabilidade ao dizer que a chance tem que ser séria e real, deve-se verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não consistiria em mera eventualidade, suposição ou desejo, para que se reparem as

oportunidades perdidas. A chance é a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de evitar um dano, não se exigindo a certeza do dano, e sim a certeza da probabilidade.

De acordo com Maria Helena Diniz (2011, p. 86), para se computar o dano negativo ou o lucro cessante ou frustrado, deve-se condicioná-lo a uma probabilidade objetiva. Esta resulta do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto, computando-se não só o eventual benefício perdido como também a perda da chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade que se teria obtido), caso não houvesse a interrupção pelo dano provocado. Torna-se necessária uma avaliação criteriosa do órgão julgante para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. Quando relacionado o dano à perda de uma chance, a indenização não diz respeito ao que se deixou de ganhar, mas sim à chance frustrada, que consiste na perda de uma expectativa ou probabilidade, levando a um prejuízo moral ou patrimonial, por um ato omissivo ou comissivo do lesante.

Os doutrinadores Cavalieri Filho (2014) e Maria Helena Diniz (2011) concordam com o fato de que os lucros cessantes englobam a perda de uma chance, ao dizerem que o dano provocado pode ter privado o indivíduo de uma chance de ganho, devendo seu ressarcimento computar a chance frustrada. Porém, como bem vaticinam Cristiano de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2015), os lucros cessantes correspondem ao dano injusto causado ao indivíduo, que resultam na perda de algo que ele deixou de lucrar e de todo o ganho que teria no curso natural do processo, ou seja, com o dano injusto, há certeza da perda, enquanto a perda de uma chance é embasada em uma probabilidade de perda, em uma incerteza, mostrando que são diferentes.

Flávio Tartuce (2011, p. 425) resume lucros cessantes como aquilo que se deixou de lucrar em decorrência do dano sofrido.

Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 93) enfatizam que a jurisprudência do STJ frisa a necessidade de o julgador utilizar cautelosamente o bom senso para aferir o lucro cessante. Devem ser apenas indenizados os danos emergentes e lucros cessantes que resultarem diretamente da conduta ilícita do agente, excluindo os danos remotos.

### 3.2.2 Dano moral

Conforme entendimento de Oliveira *apud* Barros (2012, p. 511), o dano moral, por muitos anos, viveu à sombra do Direito Patrimonial, pois o centro da preocupação era a proteção ao patrimônio, e não à pessoa humana.

O autor diz que o dano à pessoa englobava apenas a violação do direito à vida e à honra, sendo o conceito de vida mais restritivo do que o de hoje. Não se visualizavam determinadas situações – enfermidades mentais, traumas, complexos, depressões, etc. –, associando-se tais acontecimentos à situação de fatalidade ou azar. A classe dominante e a burguesia apoiavam aqueles que causavam o dano, e não quem os sofria, como os assalariados, não se cogitando danos à vida de relações, danos estéticos, dentre outros. (BARROS, 2012, p. 511).

Iturraspe *apud* Barros (2012, p. 511-512) diz que, com os avanços sofridos pelo tempo, o homem toma consciência da importância da sua integridade biológica e da gravidade de qualquer depreciação ou violação a ela. Assim como sua saúde, tranquilidade emocional e alegria de viver, o sentido de justiça se dá pela busca de uma reparação condigna a qualquer vítima que sofreu prejuízo, caminhando essa reparação do dano sofrido de forma harmoniosa com os direitos humanos e com os direitos da personalidade, respeitando-se, assim, a dignidade do homem.

Cavaliere Filho (2014, p. 107) traz o conceito de Kant para se entender melhor a respeito da ofensa da dignidade humana no dano moral:

Atribui-se a Kant a seguinte lição: 'A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna'.

O dano moral tem como causa uma agressão à dignidade da pessoa humana, não necessariamente estando vinculado à presença de dor, vexame ou sofrimento para a sua configuração. (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 107).

O autor quis esclarecer que, para se configurar o dano moral, basta haver agressão à dignidade da pessoa humana por outrem, não importando a comprovação de tal

dano ter provocado na vítima sensações internas, como dor ou sofrimento, pois seria difícil sua comprovação, não resultando em uma responsabilização civil.

Conforme preleciona Flávio Tartuce (2011, p. 428), a reparabilidade dos danos morais no País se pacificou com a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, V e X. Utilizando-se do juízo do autor Rubens Limongi França, Tartuce (2011) diz que o entendimento doutrinário dominante no Brasil conceitua danos morais como lesão a direitos da personalidade.

Destarte, compreende-se que o dano moral é um dano extrapatrimonial, uma lesão à dignidade da pessoa humana ou a um direito da personalidade, que pode trazer ao homem, como consequência, angústia, dor, sofrimento, humilhação. Esses sentimentos não são o próprio dano moral, mas sua consequência, portanto, não se exige a presença de tais sentimentos para o dever de ressarcir, bastando comprovar a lesão à dignidade ou ao direito da personalidade.

### 3.2.2.1 Noções históricas

De acordo com Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 108-109), embora a ampla reparabilidade por danos morais tenha se pacificado na maioria das legislações contemporâneas há pouco tempo, historicamente, sempre houve preceitos normativos que amparavam algumas dessas pretensões.

Segundo Paulo Oliveira (2002, p. 40), as primeiras notícias sobre reparação do dano pessoal vêm da Mesopotâmia (1792 a 1750 a. C.), efetuadas pelo rei da Babilônia, Hamurabi. Lá, existia o Código de Hamurabi, que já fazia menção à injúria e à difamação da família, estabelecendo penalidades para a reparação do dano pessoal causado.

Reis e Zenun *apud* Barboza (2007, p. 156) prelecionam que o Código de Hamurabi é considerado pela doutrina como um dos mais remotos pontos de estudos acerca do dano moral, nele já encontrada a reparação à injúria com sanção corporal.

Para Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 110), o Código de Hamurabi condena o agente que causou a lesão a reparar as lesões materiais ou morais acometidas, com o sofrimento de ofensas idênticas, de acordo com a “Lei de Talião” ou o pagamento de um valor pecuniário.

Segundo Paulo Oliveira (2002, p. 41), o Código de Manu advém da tradição hindu, na linha da tradição bramânica. Manu foi o homem que sistematizou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo através do Código de Manu, que trazia a reparação da vítima pelo dano sofrido, um valor pecuniário arbitrado pelo legislador. Diferia-se, assim, do Código de Hamurabi, que trazia como ressarcimento à vítima outra lesão ao lesionador.

O Código de Manu resultou em um avanço para a humanidade, uma vez que as sanções impostas ao causador do dano deixam de ser aplicadas com o próprio corpo, em retribuição ao mesmo mal causado, como no Código de Hamurabi, passando, então, a penas pecuniárias, arbitradas por lei.

Na Bíblia Sagrada, no Antigo Testamento, em várias passagens, encontram-se ensinamentos que mostram que a honra era amplamente tutelada, levando a uma reparação por danos morais, como: aplicação de castigos corporais, indenização pecuniária e proibição de jamais se divorciar. (STOLZE; PAMPLONA, 2015, p. 111-112).

Na Grécia antiga, a civilização grega contribuiu muito para a história da humanidade. Suas leis conduziram a um avanço do sistema jurídico, com a necessidade de proteção jurídica do homem e de seus bens, afastando a vingança privada e conferindo sempre um caráter pecuniário à reparação dos danos causados a outrem. Os danos extrapatrimoniais passaram a ser compensados economicamente, com o pagamento de pesadas multas. (STOLZE; PAMPLONA, 2015, p. 112-113).

Zenun e Silva *apud* Oliveira (2002, p. 42-43) relatam que, no Direito romano, inicialmente, as garantias que se davam pelas obrigações assumidas eram o próprio corpo do indivíduo. Caso houvesse inadimplência do pacto, essa era adimplida com penas dispostas na Lei das XII Tábuas, com castigos corporais, venda do indivíduo como escravo e até mesmo a morte, chegando ao cúmulo de esquarterar o devedor se houvesse um concurso de credores, não havendo a previsão de reparar o dano em dinheiro ou equivalente.

Com o passar dos tempos, começa uma evolução lenta: os danos causados não são mais compensados com a Lei de Talião e da vingança privada, passando a existir a compensação por multas, até chegar o momento de o juiz ser autorizado a condenar nos limites da equidade. (OLIVEIRA, 2002, p. 42-43).

No Direito canônico, havia a preocupação em proteger a honra: sua ofensa acarretava reparação material e espiritual. Foi adotado o Princípio da Reparabilidade pelo não cumprimento da promessa de casamento, com a reparação dos danos e prejuízos decorrentes da não celebração do matrimônio. Havia a distinção da infâmia de fato (perda ou diminuição da boa reputação, devido a mau comportamento ou à prática de um delito, ou por costumes depravados, que levavam o indivíduo a perder a boa fama entre os fiéis probos) e a infâmia de direito (são as situações expressamente estabelecidas pelo Direito canônico), em que tanto os clérigos quanto os leigos poderiam ser apenados pelo cometimento da infâmia de direito. (AMARANTE, 1996, p. 25-29).

A infâmia de fato não consistia formalmente de penalidades, mas na perda da boa reputação. Havia outras penalidades no Direito canônico, como a injúria, etc., todas ligadas à fé e à atividade administrativa da Igreja. Com isso, percebe-se a preocupação com os bens espirituais da pessoa humana, garantindo, através de seus tribunais, proteção à vida, integridade pessoal, honra, entre outros. (AMARANTE, 1996, p. 25-29).

O Direito canônico atual (Código de Direito Canônico, em vigor a partir de 27 de novembro de 1983) segue pensamento da doutrina jurídica moderna. Não deixa de enunciar penalidades para clero e leigos, uma vez que ambos formam o conjunto “povo de Deus”. (AMARANTE, 1996, p. 29-30).

No Brasil Colônia, não havia regra sobre o ressarcimento do dano moral. Com o Código Civil de 1916, surge no Brasil o dever de ressarcir o dano provocado, seja ele patrimonial ou moral, por meio de uma ação adequada pelo lesado, tendo como exemplos os danos morais à honra, à dignidade e à liberdade. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 116-118).

O doutrinador Yussef Cahali (1998, p. 52-53) afirma que a Constituição Federal de 1988 afastou qualquer dúvida sobre a reparabilidade do dano moral, ao estabelecer, no seu art. 5, incisos V e X, que é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral. O Superior Tribunal de Justiça, com base no preceito constitucional, consolidou a Súmula 37, que permite a cumulação de indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Conclui que a Constituição

Federal de 1988 elevou a reparabilidade dos danos morais à condição de garantia dos direitos individuais.

Conforme ensinam Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 118), o Código Civil de 2002 traz, expressamente, nos seus arts. 186 e 927, o reconhecimento do dano moral e o seu dever de repará-lo, adequando a legislação civil ao novo perfil constitucional.

Como se vê, a evolução histórica do instituto da reparação civil por dano moral é fruto do amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, que terminou por eclodir no acolhimento dado pelo texto de lei expresso, CF: da obrigação de indenizar.

Do mesmo modo que tal evolução ocorreu com o conceito de dano moral, compreende esta autora que a doutrina e a jurisprudência também vêm evoluindo para entender o dano existencial como uma nova espécie de dano. Resta, por ora, ao legislador propor ao Congresso as mudanças na CLT para enquadramento expresso da conduta ilícita que repercute no dano existencial. Quiçá este trabalho mostre-se útil como repositório de informações que servirão de proposta para eventual projeto de lei a ser submetido ao parlamento.

### 3.2.2.2 Conceito e classificação

O dano moral é o dano a valores não econômicos, é o prejuízo extrapatrimonial. (ZENUN, 1996, p. 101-102).

O conceito de danos morais trazido por Rizzatto Nunes *apud* Barboza (2007, p. 132-133) prega que o dano moral é aquele que atinge o íntimo do indivíduo, causando dor e sofrimento. Esses autores, ao limitarem o dano moral à lesão de sentimentos íntimos, que causam dor e sofrimento, restringem muito sua amplitude, pois, com o passar do tempo, houve evolução do seu entendimento, abarcando qualquer lesão à dignidade da pessoa humana. Não necessariamente o dano moral tem que causar dor e sofrimento ao indivíduo, pode-se configurar o dano moral na ausência destes, ou até mesmo ter a presença destes e não ser configurado o dano moral.

Carlos Gonçalves (2015, p. 388) tem um entendimento mais atual do que vem a ser dano moral, quando consigna que é aquele que ofende o indivíduo como pessoa, que atinge direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc. Os estados de espírito, como a dor, a angústia, o

desgosto, a aflição espiritual e a humilhação são a consequência do dano, e não propriamente o dano moral.

Compartilham do mesmo entendimento acerca do dano moral Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 107), ao aduzirem que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Percebe-se a evolução do conceito de dano moral na doutrina mais moderna, ao entender que o dano moral não é a dor ou sofrimento causado à pessoa em si, e sim o dano à personalidade, à dignidade da pessoa humana, sendo a dor ou sofrimento a consequência desse dano.

O que se indeniza acerca de danos morais são os reflexos materiais causados pelo dano, e não o dano propriamente dito, ou seja, é o dano causado ao patrimônio do indivíduo que decorre da lesão à esfera moral. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 107).

Gardênia Moraes (2003, p. 31-32) utiliza-se da “teoria do reflexo”, avaliando as consequências que surgem decorrentes da lesão, para diferenciar o dano material do dano moral. No primeiro, as consequências do dano pertencem à esfera dotada de economicidade, enquanto que no dano moral seus resultados têm cunho moral ou espiritual.

Zannonni *apud* Gonçalves (2015, p. 389) classifica o dano moral em direto e indireto:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos tributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.

Participam dessa classificação dos danos morais em diretos e indiretos os doutrinadores Stolze e Pamplona Filho (2015, p. 119), mencionando que os danos morais diretos constituem o acometimento de um dano a um direito extrapatrimonial, como, exemplo, uma lesão ao direito da personalidade. Já o dano moral indireto,

entendem os autores ser um dano a um bem ou interesse patrimonial, com reflexo de prejuízo na esfera extrapatrimonial, trazendo como exemplos o furto de um bem com valor afetivo ou o rebaixamento de função de um empregado, que, além de trazer prejuízos materiais, provoca efeitos morais nocivos ao trabalhador.

Gardênia Moraes (2003, p. 32-33) especifica ainda mais a classificação dos danos morais, dizendo que os danos diretos são considerados danos puros, que atingem diretamente a personalidade do indivíduo; e os danos morais indiretos ou reflexos são aqueles que atingem os bens patrimoniais com reflexos extrapatrimoniais. Amplia a classificação para danos morais objetivos e subjetivos, sendo os objetivos aqueles que podem se estender à esfera familiar ou social do indivíduo; e os subjetivos se limitam à esfera íntima da pessoa.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, dizem respeito à esfera mais íntima do indivíduo, não mensuráveis economicamente, voltados a valores existenciais, com enfoque na própria pessoa, em seus múltiplos aspectos físico, psíquico, intelectual e em suas projeções sociais. (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 149-150).

Para Gardênia Moraes (2003, p. 38-39), ao serem feridos os direitos da personalidade, surge o dever de indenizar, seja moral ou patrimonialmente, porém, não se pode limitar tais direitos apenas aos trazidos pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, X, pois tal rol é apenas exemplificativo, os direitos e garantias expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O ordenamento jurídico alarga ainda mais o dever de indenizar o dano causado a outrem, uma vez que, com base no Código Civil de 2002, nos seus arts. 186, 187 e 927, todo aquele que causar dano a outrem comete um ilícito que deve ser ressarcido de acordo com o instituto da responsabilidade civil, não se limitando o ressarcimento a danos elencados na Constituição Federal, no seu art. 5, X.

Portanto, vê-se que o dano moral já encontra pacificidade de conceito na doutrina e jurisprudência, por outro lado, o mesmo não se pode dizer sobre pacificidade de aplicação e incidência. Veja-se, por exemplo, a atual posição do STJ quanto à incidência de dano moral por mero descumprimento de cláusula contratual. Consigna o Tribunal Superior que não incide dano moral quando a ocorrência é de

quebra contratual por si só, entendendo que são necessárias outras ocorrências que tipifiquem o dano moral.

### 3.2.2.3 A reparação do dano moral

Algum tempo atrás, nos ordenamentos de tradição romano-germânica, não se admitia qualquer pagamento indenizatório ao dano extrapatrimonial, sendo considerado contrário à moral e ao Direito, salvo nos casos permitidos expressamente pelo legislador civil. As motivações se davam por dificuldades de se verificar a existência e extensão do dano moral, bem como a transitoriedade das dores da alma que o tempo se encarregava de curar, e ainda quanto ao número de vítimas afetadas pela conduta danosa. Assim, não é o dano passível de medida e, como consequência, não é passível de indenização. (MORAES, 2007, p. 145-147).

No decorrer do tempo, o que era antes considerado inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente, não sendo mais possível ignorar o dano moral. Passou-se a ter o entendimento de que não se pagava a dor, e sim à vítima lesada em sua esfera extrapatrimonial, para que esta fosse (re)compensada pecuniariamente, a fim de contrabalançar os efeitos do dano ao seu espírito. (MORAES, 2007, p. 145-147).

A reparação do dano moral encontra amparo na Constituição Federal, no seu art. 5, X, ao assegurar o direito à indenização decorrente de dano material ou moral. (GONÇALVES, 2014, p. 509).

Jovi Barboza (2007, p. 162) faz uma análise bastante complexa acerca do ressarcimento dos danos morais, dizendo que estes têm natureza jurídica abstrata de prejuízo, que somente o indivíduo que sofre tem como mensurar, por não afetar o patrimônio, e sim a alma, ficando a cargo apenas do magistrado a mensuração legal. Traz também que o dano moral provoca uma conturbação tão forte na alma da pessoa que esta “perde” suas forças de recuperação, sendo tal perda o prejuízo que deve ser ressarcido. Isso vai de encontro a essa tese, ao entendimento de que o dano moral deve ser reparado ou indenizado, e não ressarcido, pois o dano moral sofrido pela vítima, ao ser reparado, jamais poderá fazê-la retornar ao *status quo ante*.

O ressarcimento do dano moral tem fundamento no valor da pessoa humana, sendo tal dano uma invasão à integridade da pessoa, causando enorme prejuízo que deverá ser reparado. (BARBOZA, 2007, p. 192).

O ser humano é formado por corpo e espírito, por isso, o dano à pessoa que é exteriorizado por sentimentos de dor, angústia e tristeza deve ser compensado, buscando garantir direitos humanos e direitos da personalidade, uma vez que deve ser preservado o valor do homem e sua dignidade. (BARROS, 2012, p. 512).

Os autores acima mostram que o dano moral não é a dor, a tristeza e o sofrimento em si, mas uma consequência desses. Ele afeta os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, por isso, deve haver uma compensação, uma vez que ela não poderá retornar ao estado anterior ao dano, buscando mostrar que valores humanos devem ser preservados e esses danos, repreendidos. (BARBOZA, 2007, p. 192; BARROS, 2012, p. 512).

Conforme Cavalieri Filho (2014, p. 123) a respeito da quantificação da reparabilidade do dano moral e do *quantum debeatur*, a lei manda que deve ser feita pelo arbitramento judicial, art. 953, parágrafo único do Código Civil de 2002, cabendo ao juiz, de forma prudente, na quantificação da reparação do dano moral, avaliar a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor.

Destrinchando o *quantum debeatur* da reparação do dano moral, esse autor ressalta que o magistrado deve utilizar o princípio da razoabilidade para nortear tal valor reparatório, pois o dano não pode ser fonte de lucro, devendo a sanção ser suficiente para reparar o dano, evitando enriquecimento sem causa. Assim, a sanção deve ser proporcional ao dano moral acometido. Deve o juiz arbitrar uma quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, p.125).

O juiz, para quantificar os danos à pessoa humana, deve utilizar-se de critérios preestabelecidos na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, fundamentando adequadamente sua decisão. Separa, assim, o arbitramento da arbitrariedade. (MORAES, 2007, p. 270).

De acordo com Clayton Reis (2000, p. 136), a verba condenatória dos danos morais

deve servir como uma efetiva punição ao ofensor, desestimulando novas ações ilícitas e a compensação do pranto da vítima. Possui, desse modo, natureza de correção, e não de reposição.

Flávio Tartuce (2011, p. 429) salienta que o entendimento da doutrina e jurisprudência a respeito dos danos morais repousa no fato de que estes não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos sofridos pela pessoa no dia a dia. Cabe ao magistrado analisar o caso concreto, aplicando sua experiência para ver se a reparação imaterial é cabível ou não.

A tese que prevalece na jurisprudência nacional quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais é que esta tem caráter principal reparatório e caráter pedagógico ou disciplinar acessório, visando, assim, coibir novas condutas. (TARTUCE, 2011, p. 432).

Nos danos morais, para que ocorra o dever de indenizar, deve-se provar a violação a um direito da personalidade, e não a dor que acometeu o indivíduo, sendo chamado de dano *in re ipsa*, que é o dano demonstrado pela força dos próprios fatos, pela natureza da conduta perpetrada (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 86).

Para Carlos Gonçalves (2015, p. 400), em regra, não se faz necessária a prova em concreto da perturbação da esfera anímica do lesado, sendo presunção absoluta, pelo fato de se passar no interior da personalidade e existir *in re ipsa*, salvo casos especiais, como o inadimplemento contratual. Cita como exemplos: não precisa a mãe provar que sentiu a morte do filho; ou a vítima, em sua honra, demonstrar que sentiu a lesão; ou o indivíduo provar que ficou angustiado com a inserção de seu nome no uso público da obra.

Na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve utilizar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do *quantum* indenizatório, para evitar o enriquecimento sem causa ou a ruína do ofensor. (TARTUCE, 2011, p. 433-434).

De acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 116), tanto o dano patrimonial como o dano extrapatrimonial exigem prova do fato lesivo, pois o dano deve ser certo e sua existência deve ser provada para não haver dúvidas quanto à sua ocorrência, utilizando-se qualquer meio de prova em juízo admitido (documental, testemunhal,

pericial, etc.). Não é permitida a simples alegação da existência do fato lesivo e da responsabilidade do agente para se ter o direito à reparação:

Correto, portanto, o entendimento consagrado pela doutrina e a jurisprudência quanto à prova do dano moral. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais se lhe-á exigido provar, por isso, que o dano moral está *in re ipsa*; decorre, inexoravelmente, da gravidade do próprio ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. No AgRg no Ag 106288, Relator o Min. Sidnei Beneti, a Terceira Turma do STJ decidiu: 'Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve provar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se o dano *in re ipsa*'. No mesmo sentido decidiu a referida Terceira Turma no Resp 1059663, Relatora a Min. Nancy Andrighi: 'Nos casos de protesto de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica'. Por último, a Quarta Turma do STJ, REsp 1087241, Relator o Min. Luis Felipe Salomão: 'Inscrição indevida em órgãos de restrição ao crédito. Dano moral presumido. Desnecessidade de comprovação. Obrigação de indenizar'.

Assim, de acordo com a doutrina e jurisprudência, o dano moral se configura *in re ipsa*, prescindindo de prova, bastando apenas a comprovação da existência da ofensa ao lesado, para surgir o dever de ressarcir o dano provocado. O dano moral é o dano à personalidade da pessoa humana, é a ofensa à dignidade humana. Uma vez provado, estar-se-ão provados o dano moral e o dever de indenizar. A dor, o sofrimento, a angústia são apenas a consequência do dano, constituem o sentimento nutrido pela vítima ao sofrer o dano moral, e não necessariamente precisa ser sentido para a configuração do dano moral.

Vale registrar ainda que tais conceitos sobre a quantificação do dano moral são dogmas que se veem aplicados no Direito brasileiro, entretanto, o Direito americano, de forma pública e notória, possui tradição em fixar valores da indenização pelo dano moral em montantes significativamente superiores aos que se aplicam no Brasil, vigendo lá uma interpretação conceitual sobre o *quantum debeat* diversa da brasileira.

### 3.2.3 Dano estético

O dano estético é o dano provocado à beleza física de uma pessoa, ou seja, é o prejuízo estético que resulta em modificação sofrida por ela em relação ao que era (LOPEZ, 1999, p. 37).

O dano estético é a ofensa à integridade do ser humano. Tal dano não se limita à ofensa física, leva ao indivíduo que sofreu o dano um comprometimento de sua autoestima, com sensação de vexame e constrangimento perante si e os outros. Esse tipo de dano é considerado uma lesão ao direito da personalidade. (NEREIDA SILVA, 2004, p. 21-22).

Para Nereida Silva (2004, p. 25), o dano estético está ligado à ofensa aos direitos da personalidade – integridade física e integridade moral – ao relatar que:

O dano estético, na maioria das vezes, ao afetar a integridade física, acaba também lesionando a integridade moral, uma vez que atinge sua honra, ou seja, o sentimento de dignidade, de respeitabilidade do indivíduo perante ele próprio e as demais pessoas.

Para Grandov e Bascary *apud* Barros (2012, p. 513-514), o dano estético pode ser resultado de uma ferida que gera cicatriz ou de amputação de uma parte do corpo do indivíduo, afetando a harmonia física e causando impacto à própria vítima e a quem percebe. A reparação do dano estético visa proteger a normalidade do aspecto de uma pessoa, e não a beleza física, buscando reparar o fato de a vítima se ver como alguém diferente ou inferior diante dos outros, por ter sofrido tal dano.

O dano estético ofende o direito à imagem ao ficar comprometida a aparência. Repercute no modo como as pessoas passaram a ver esse indivíduo, adotando um conceito amplo de imagem, como a própria fisionomia desse indivíduo lesado (NEREIDA SILVA, 2004, p. 27-29).

Conforme entendimento de Teresa Lopez (1999, p. 39-40), para que se configure o dano estético, além de ser necessário o desequilíbrio provocado pelo dano ao indivíduo em relação ao que era e ao que passou esteticamente a ser, é necessário que a lesão seja duradoura, ou seja, que haja a irreparabilidade do prejuízo para se falar em dano estético propriamente dito.

Para a autora, os danos estéticos acarretam danos morais, por achar que a ofensa à integridade física do indivíduo conduzirá a um sofrimento moral, causando-lhe humilhação, tristeza, desgosto, constrangimentos, também podendo levar a um dano material. (LOPEZ, 1999, p. 44).

De acordo com Flávio Tartuce (2011, p. 435), os danos estéticos são uma modalidade de novos danos extrapatrimoniais, assim tratados atualmente pela doutrina e jurisprudência:

Repise-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo há tempos que o dano estético é algo distinto do dano moral, pois há no primeiro uma 'alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desgosto e repulsa'. Já no dano moral há um 'sofrimento mental – dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo'. O dano estético seria visível, 'porque concretizado na deformidade' (STJ, REsp 65. 393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.10.2005 e REsp 84.752/RJ, Min. Ari Pargendler, j. 21.10.2000). Consolidando esse entendimento, o teor da Súmula 387 do STJ, de setembro de 2009: 'é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral'.

Conforme preleciona Cavalieri Filho (2014, p. 135), o dano estético, inicialmente, estava associado às deformidades físicas sérias, que provocavam aleijões e repugnâncias. Com o decorrer do tempo, esse conceito de dano foi ampliando e passou-se a admitir marcas ou defeitos físicos que levem a vítima a sentir complexo de inferioridade ou desgosto, como no caso de uma cicatriz no rosto de uma modelo ou atriz. Tal dano travou uma discussão doutrinária e jurisprudencial: o dano estético era um aspecto do dano moral ou uma nova modalidade de dano, além dos já existentes danos morais e materiais? Para o autor, apesar de a Corte Superior de Justiça entender que o dano estético é algo distinto do dano moral, dando causa a uma indenização especial, Cavalieri Filho (2014, p. 135) mantém sua posição de que o dano estético é uma modalidade de dano moral, defendendo que o ressarcimento por dano moral deverá ser maior arbitrado caso a vítima sofra deformidades físicas.

Sebastião Geraldo *apud* Delgado (2014, p. 646) compartilha do entendimento de que o dano estético é uma especificidade do dano moral, com fundamento na interpretação da Constituição Federal, ao dizer “dano moral OU à imagem”, percebendo, assim, como sinônimos, justificando que, caso não se acolha que o dano estético é uma especificidade do dano moral, a própria Constituição, ao menos, o engloba no dano à imagem.

O autor se contradiz acerca do entendimento de que o dano estético é uma especificidade do dano moral, ao relatar que a ordem jurídica permite a cumulação de indenização por dano material, dano moral e dano estético ainda que a lesão acidentária tenha sido a mesma. (DELGADO, 2014, p. 646).

Nereida Silva (2004, p. 34-36) faz um apanhado doutrinário para a configuração do dano estético, visto que é necessário que a deformidade acometida ao indivíduo seja aparente, a fim de que haja o reconhecimento jurídico no âmbito da reparação. Não se exige que seja visível a todo o momento, podendo ser vista somente em determinadas circunstâncias, bastando que tais lesões estéticas provoquem constrangimentos à vítima, como sensação de desprezo, situações de ridículo ou até mesmo complexo de inferioridade.

Para a configuração do dano estético, é também imprescindível que a deformidade seja permanente, definitiva, irreparável pelos meios terapêuticos comuns. Não se fala em danos estéticos como aquelas lesões corporais que não deixam sequelas à vítima, com reflexos no estado psicossocial do ofendido, tendo a indenização por danos estéticos a compensação à irreparabilidade de uma lesão que jamais irá desaparecer. (NEREIDA SILVA, 2004, p. 36-38).

Segundo Alice de Barros (2012, p. 513), a Súmula n. 37 do STJ diz que cabe cumulação de danos morais e patrimoniais resultantes do mesmo fato. Admite-se também a cumulação de danos morais e estéticos oriundos do mesmo fato, com fundamentos distintos.

Para a fixação do *quantum debeatur* acerca de danos estéticos após configuração da natureza da lesão, é necessário que se avalie o prejuízo causado na ordem material e moral do indivíduo. (NEREIDA SILVA, 2004, p. 77).

O ordenamento jurídico, assim como a doutrina e a jurisprudência, adota o entendimento de que o dano estético é um dano autônomo do dano moral, permitindo a cumulatividade de ressarcimento desses danos, ainda sobre o mesmo fato. Uma vez que o dano é estético, configura-se uma lesão à harmonia física do indivíduo, que leva a um dano irreversível capaz de lhe provocar sensação de inferioridade perante as outras pessoas, um abalo emocional na própria pessoa decorrente do dano sofrido, ou até mesmo a quem percebe a lesão. Diferencia-se do dano moral por este ser uma lesão à dignidade da pessoa humana, um dano ao

direito da personalidade, não resultando necessariamente em uma lesão física que provoque repulsa no próprio indivíduo ou nas outras pessoas. A dor e o sofrimento do dano moral são uma consequência do dano, enquanto a causa do dano estético é a lesão física provocada no indivíduo.

### 3.2.4 Dano punitivo

Conforme entendimento de Maria Celina Moraes (2007, p. 217-218), atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm aderindo à tese da função punitiva da reparação do dano moral.

A reparação do dano moral tem um duplo aspecto: caráter compensatório, para confortar a vítima do dano injusto sofrido, atenuando todo o sofrimento causado, e caráter punitivo, com uma penalidade indenizatória do ofensor à vítima, que tem como objetivo o desestímulo de novas ofensas, tanto do ofensor como de terceiros que o têm como exemplo. (MORAES, 2007, p. 219).

Cavaliere Filho (2014, p. 125-127) concorda com a tese de que, hoje, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, com algumas exceções, admitem o caráter punitivo do dano moral, tendo como objetivos a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). A reparação por danos morais tem natureza de pena privada em favor da vítima, sendo uma justa punição contra aquele que feriu algum direito extrapatrimonial, como a honra, o nome ou a imagem de outrem, sendo mais uma forma de punição a um comportamento censurável (dolo; culpa grave; quando o agente obtiver lucro decorrente do ilícito; condutas ilícitas reiteradas), que propriamente uma compensação. O arbitramento de tal valor pecuniário deve ser moderado e equitativo, para o sofrimento não passar a ser visto como fonte de lucro.

De acordo com Carlos Gonçalves (2015, p. 406), há uma discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da reparação dos danos morais. Parte da doutrina diz que possuir caráter punitivo e outra parte, compensatório, prevalecendo o entendimento de que a reparação do dano moral tem caráter duplo, servindo como uma compensação para a vítima (atenuando-lhe o dano sofrido) e uma punição para o ofensor (desestimulando a prática de novos atos lesivos à personalidade de outrem).

De acordo com o entendimento de José Affonso Dallegrave Neto (2014, p. 189) acerca do caráter punitivo do dano moral:

Em face do caráter cada vez mais publicista que permeia o Direito Civil e do Trabalho, máxime a partir do solidarismo contratual advindo da Carta Constitucional de 1988, não há como negar a aproximação da responsabilidade civil com a responsabilidade penal, as quais, em sentido ontológico, compõem uma unidade conceitual, diferenciando-se apenas em grau valorativo. Essa proximidade se evidencia no caráter ressarcitório-sancionatório que norteia as demais indenizações trabalhistas, a exemplo de alguns dispositivos da própria legislação trabalhista: art. 467, da CLT, que prevê multa de 50%, caso o pagamento das verbas rescisórias incontroversas não seja efetuado em primeira audiência; art. 137, da CLT, que impõe pagamento dobrado das férias não concedidas tempestivamente; Lei n. 605/49, art. 9º, que estabelece o pagamento dobrado quando do labor em dias de feriados oficiais não compensados. Não há dúvida de que tais multas legais, bem como a incidência dos juros moratórios sobre o crédito corrigido, representem o caráter *reparatório-sancionatório* do dano trabalhista infligido ao empregado no curso de seu contrato de trabalho.

O STJ aderiu à tese do caráter punitivo da reparação por danos morais, como forma de desestimular o ofensor à prática de novas condutas danosas. (MORAES, 2007, p. 225):

Ementa  
 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROTESTO INDEVIDO. PESSOA JURÍDICA. DANO *IN RE IPSA*. PRECEDENTES. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.  
 1. A caracterização do dano moral decorrente do protesto indevido de título independe de prova, observando-se que, ao assim decidir, o aresto recorrido alinhou-se à jurisprudência desta Corte, que diz: 'nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica' (REsp 1.059.663/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 17/12/2008).  
 2. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do *quantum* indenizatório em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).  
 3. Agravo regimental não provido. Processo: AgRg no AREsp 550357 RS 2014/0176752-9. Relator: Ministro Raul Araújo (1143). Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data da Publicação: DJe 14/05/2015. (BRASIL, STJ, 2015).

O julgado demonstra o entendimento do Tribunal acerca do caráter punitivo e compensatório do ressarcimento do dano moral, evidenciando, assim, que a jurisprudência adota o caráter duplo do ressarcimento do dano moral, conforme já explicitado por Carlos Gonçalves linhas atrás.

A sanção punitiva no Direito Privado remete à ameaça de uma consequência maior ao agente causador do dano, em relação ao mal causado por este ao violar uma norma, com função intimidativa de natureza aflitiva por criar uma ameaça de punição a quem pratica um ilícito. Logo, as sanções civis de caráter punitivo têm função preventiva, desestimulando a prática de condutas ilícitas. (ROSENVOLD, 2013, p. 14-15).

Nelson Rosenvold (2013, p. 18-19) faz uma análise sobre as funções da responsabilidade civil, sendo ela contratual ou extracontratual, levantando o seguinte questionamento: os mecanismos da responsabilidade civil utilizados são eficazes para reparar os danos causados à vítima, censurar comportamentos ilícitos, evitar futuros danos e assegurar a proteção da dignidade humana? Conclui que as sanções civis punitivas têm o intuito de reagir contra essa incerteza à segurança jurídica, sendo um misto de prevenção ilícita e punição pela ofensa a um dever ou obrigação, reafirmando a proteção da pessoa e sua dignidade.

O caráter punitivo da reparação por danos morais encontra-se na figura intermediária entre o Direito Civil e o Direito Penal, uma vez que tem por objetivo a punição do agente causador do dano de uma pena pecuniária à vítima. (MORAES, 2007, p. 258).

Para Salomão Resedá (2009, p. 181-183), atualmente, a doutrina não adota a função exclusivamente sancionadora do dano moral, que serve para reprimir a atitude do ofensor, não se falando em reparação do dano moral. Seus defensores adotam essa corrente com o intuito de castigar o agente causador do dano com uma sanção, não importando para eles o valor pago à vítima. Compreende-se que tal pensamento não se sustentou por não haver uma norma que autorize a aplicação da penalidade a um ato não tipificado por lei e, ademais, pelo medo do enriquecimento sem causa do ofendido.

A jurisprudência brasileira adota dois critérios que configuram o caráter punitivo da reparação por danos morais: a gradação da culpa e o nível econômico do ofensor. Configura a punição ao arbitrar o valor reparatório do dano com base em quem o praticou, e não no que se fez (*rectius*, o que se sofreu). (MORAES, 2007, p. 259).

Em outro giro verbal, há a aplicação do binômio necessidade-possibilidade, pois a regra de fixação do *quantum debeatur* deve observar tanto a situação do ofendido

como a possibilidade do ofensor, de modo que seja equalizado o caráter punitivo da indenização e, ao mesmo tempo, que esta não represente enriquecimento ilícito.

### 3.3 Dano moral na relação de emprego

Com base na CF/88, *caput* do seu art. 5, toda e qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira residente no País, é titular de direitos fundamentais com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e universalidade. (SARLET, 2012, p. 211).

A CF/88, ainda no *caput* do art. 5<sup>o</sup>, enumera como direitos fundamentais: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Iguala todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo, assim, a todo indivíduo tais direitos, sendo cláusula pétrea. (BRASIL. 2013).

Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 543) defende que:

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma qualidade intínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Segundo Amauri Nascimento (2009, p. 477-478), os direitos fundamentais evoluíram historicamente, acompanhando a valorização dos direitos humanos, na seara jurídica e cultural dos povos, resultando em garantias do homem perante o Estado, sublinhando que todos os homens são iguais e dotados de direitos inalienáveis, como à vida, à liberdade e à procura da felicidade. Essas conquistas resultam de lutas dos povos ao longo dos tempos, encontradas na declaração de direitos individuais. As declarações de direitos sociais em documentos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou específicos, como a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais e a Carta Social Europeia e outros, exaltam a dignidade do trabalho, o direito ao emprego, o direito ao descanso, o direito ao justo salário, o direito de associação sindical e outros.

Para Arion Romita (2007, p. 265-266), os direitos fundamentais encontram-se presentes nas relações de trabalho individuais ou coletivas. Nas relações individuais, o poder diretivo do empregador não pode interferir em certos direitos do trabalhador, embora a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não tenha dispositivo específico que limite o poder diretivo do empregador em face dos direitos da personalidade do empregado, encontrando-se a proteção do trabalhador em leis espaciais na CLT e no ordenamento jurídico. A proteção dos direitos fundamentais do trabalhador nas relações de trabalho acha fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que é o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais aplicados nas relações de trabalho devem garantir um mínimo ético a todo aquele que prestar um trabalho subordinado, não se limitando apenas ao empregado, mas estendendo-se ao trabalhador temporário, avulso, eventual, intermitente e todo aquele que vier a ser enquadrado na rede de proteção da legislação trabalhista. (NASCIMENTO, 2009, p. 478).

Os tribunais brasileiros têm reconhecido os direitos fundamentais nas relações trabalhistas (empregado e empregador), assegurando os direitos à igualdade, ao segredo da vida privada, o respeito à honra e à liberdade dos empregados na execução de sua atividade profissional, baseando-se na Constituição Federal nos arts. 5<sup>o</sup> e 7<sup>o</sup>, assim como também no ordenamento internacional sobre direitos humanos. Estão inseridas nesse quadro a proibição de discriminar e a dignidade da pessoa humana. O Direito do Trabalho, no Brasil, tem visado à proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, sendo eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (BARROS, 2012, p. 492-493).

Os direitos da personalidade possuem natureza extrapatrimonial, sua relação com o Direito do Trabalho almeja a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador (como trabalhador e como cidadão), não deixando tal proteção limitada à autonomia individual dos contratos de trabalho. São direitos absolutos por gerar um dever de abstenção para sua defesa, sendo indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil mensuração. (NASCIMENTO, 2009, p. 505).

Alice de Barros (2012, p. 493-494) também compreende que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Sua ameaça ou lesão, além de outras sanções previstas em lei, gera

perdas e danos. O Direito do Trabalho tem utilizado essas normas civis como fonte subsidiária, em que as lesões aos direitos da personalidade nas relações de emprego (empregado e empregador) serão decididas na Justiça do Trabalho, enquanto que os danos morais presentes nas relações de trabalho autônomas ou eventuais serão disciplinados pelo Direito Civil.

De acordo com Gardênia Moraes (2003, p. 75), a relação de emprego é propícia para se encontrar o dano moral, pois se dá por uma relação de desigualdade entre o empregado e empregador, na qual a subordinação é um dos pressupostos para a sua caracterização. Podem emergir dessa relação inúmeras situações de desrespeito a direitos dos empregados, embora não se afaste o dano moral ao empregador, por ser uma relação de caráter sinalagmático, sendo tutelados os direitos do empregado e empregador, com possibilidade a ambos de ressarcimento por danos morais. Busca, assim, o Direito do Trabalho garantir o respeito à dignidade do trabalhador e o reestabelecimento do equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho.

Pamplona Filho (2002, p. 92-93) advoga o pensamento de que a relação trabalhista é um campo fértil para o acometimento de danos materiais e morais, devido à submissão do empregado diante do empregador, muitas vezes, acompanhada de subordinação socioeconômica. Também entende, por outro lado, que nada impede que o dano moral atinja o empregador, por compreender que o contrato de trabalho é sinalagmático, isto é, existem obrigações recíprocas, devendo o trabalhador reparar o empregador caso lhe provoque dano extrapatrimonial, pois a miserabilidade não justifica o acometimento de danos morais ou extrapatrimoniais a quem quer que seja.

Pedreira *apud* Pamplona Filho (2002, p. 94-95) diz que o dano moral pode ocorrer nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. A fase pré-contratual pode se dar nas negociações anteriores à formação do vínculo de emprego. Na contratual, o dano moral poderá ocorrer durante o curso do vínculo de emprego, com lesões ao patrimônio moral do empregado ou trabalhador. Na fase pós-contratual, os danos morais causados são em decorrência de uma relação pretérita de emprego.

A vida humana é o principal direito da personalidade, sua violação pode implicar danos irreversíveis, como a morte. Por isso, o empregador poderá, em decorrência

de uma conduta própria ou de um preposto ou outro empregado, responder por dano moral em casos de acidentes de trabalho ou doença ocupacional, uma vez presente a prova do dolo ou culpa advinda do exercício do trabalho ou em razão dele, assim como implica dano moral nos casos de violação à integridade física ou psíquica no transporte de valores feito pelo empregado sem a proteção adequada. (BARROS, 2012, p. 494).

Assim, os direitos da personalidade no local de trabalho devem ser protegidos tanto em face do empregador quanto dos empregados que lá trabalham, sob a pena de incorrer em culpa *in vigilando* por falta de uma vigilância maior do empregador, para evitar constrangimentos no local de trabalho ou em decorrência do vínculo empregatício de um colega com outro. (NASCIMENTO, 2009, p. 510).

Carlos Gonçalves (2015, p. 426) defende que, de acordo com o art. 5º, X, da CF, a honra e a imagem de qualquer pessoa são invioláveis, ganhando maior importância esse entendimento no âmbito trabalhista, uma vez que o obreiro depende do seu trabalho para sobreviver, devendo o empregador indenizar o dano moral causado ao empregado.

Os direitos da personalidade referem-se também à honra e à moral. Na relação de trabalho, o dano moral é resultado de uma agressão moral, do assédio moral e do assédio sexual, que repercutem tanto na vida profissional do trabalhador como na própria empresa. (NASCIMENTO, 2009, p. 515-516).

A psicóloga Hirigoyen apud Amauri Nascimento (2009, p. 518) define assédio moral no trabalho:

O assédio moral, no trabalho, é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atende, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima no trabalho.

A diferença entre assédio sexual e agressão moral reside no fato de o primeiro ser ocasionado por uma conduta reiterada tipificadora do assediador, com o intuito de causar constrangimento ou molestar o assediado com intenção sexual, sem receptividade deste, a ponto de atingir sua dignidade, enquanto que a segunda é um ato instantâneo suficiente para causar o dano, provocado pelo empregador ou superiores hierárquicos ao empregado, excepcionando-se os casos de legítima defesa. (NASCIMENTO, 2009, p. 517-518).

#### Ementa

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E TRABALHISTA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO. EMPREGADO DOMÉSTICO.

1. Compete à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de compensação por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregado doméstico em seu ambiente de trabalho, ainda que por parte de familiar que nesse não residia, mas que praticou o danosamente porque a ele livre acesso possuía.

2. Na configuração do assédio, o ambiente de trabalho e a superioridade hierárquica exercem papel central, pois são fatores que desarmam a vítima, reduzindo suas possibilidades de reação.

3. Nas relações domésticas de trabalho, há hierarquia e subordinação não apenas entre a pessoa que anota a Carteira de Trabalho e Previdência Social e o empregado doméstico, mas também na relação desse com os demais integrantes do núcleo familiar.

4. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do JUIZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE JAÚ - SP, juízo suscitante. PROCESSO CC 110924 / SP CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2010/0041857-0. RELATORA: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). PUBLICAÇÃO: DJe 28/03/2011 (BRASIL, STJ, 2011).

O STJ, conforme demonstra o julgado citado, entende que o dano moral decorrente de assédio moral nas relações de emprego deve ser reprimido, competindo à Justiça do Trabalho processar e julgar a reparação por dano moral.

O trabalhador, por ser o hipossuficiente em uma relação de emprego, não raras vezes, se submete a arbitrariedades para manter o seu trabalho, por necessidades econômicas. Por isso, há tutela de direitos que acarretam sua proteção nas relações trabalhistas. Os direitos da personalidade do trabalhador são protegidos no ordenamento jurídico e sua violação acarreta danos morais devidos pelo empregador, seja por conduta própria, seja por falta de vigilância de atos praticados por seus subordinados. A caracterização do dano moral na relação de emprego leva a uma reparação do “valor” ferido que atingiu a dignidade do trabalhador. Esse valor não tem preço, mas gera conforto em saber que o lesante foi repreendido, com o intuito de não cometer novas vítimas.

O que tem se visto na jurisprudência atual das Cortes trabalhistas é uma gama cada vez maior de atos praticados pelos empregadores, que vêm sendo objeto de repressão com condenações em danos morais. Como exemplo, tem-se o dano moral devido pela imposição ao empregado de transporte de quantias em dinheiro, limitações ao direito de usar o banheiro, jornadas extenuantes, entre outros que a

Justiça laboral vem cuidando de conhecer e julgar. A partir daí, começou a aplicação do dano existencial, a seguir, analisado individualmente.

#### 4 DANO EXISTENCIAL

O Direito serve para tutelar a vida do homem em sociedade. Com base nisso e nos avanços sofridos ao longo do tempo, o Direito vem acompanhando as mudanças e passando a tutelar valores antes não protegidos com tanta veemência pelo ordenamento brasileiro. Hoje, se fala em novos danos e, com isso, na busca de proteção de novos direitos.

Tem-se, atualmente, o direito à busca da felicidade. Embora ainda não tutelado expressamente pelo ordenamento pátrio, já se encontra a proteção dele em decisões judiciais, e até mesmo seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Tal “busca da felicidade” passou a ser um direito importante, protegido e mencionado em vários lugares do mundo, como na própria Declaração de Independência dos EUA, na Constituição do Japão, Constituição da Coreia do Sul e passando até mesmo a ter um dia próprio da felicidade, consagrado pela Resolução n. 66/281, da Assembleia Geral da ONU. No Brasil, nasceu o Movimento Mais Feliz, que defende a meta da felicidade para as políticas públicas. O senador Cristovam Buarque apresentou um projeto (PEC da Felicidade n. 19/10) propondo alterar o art. 6º da Constituição Federal, incluindo a busca da felicidade como um direito social essencial. Assim, esse valor jurídico “Felicidade” tem ganhado força na sociedade pós-moderna. (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 175-177).

Especificamente no ambiente de trabalho, diz-se feliz o empregado que trabalha com o que gosta e que recebe um salário justo, tendo as suas expectativas atendidas (arts. 460 a 462, CLT e 422, CC). Ainda, pode-se dizer feliz o empregado que trabalha em um ambiente saudável e hígido (art. 200, VIII, CF), sem ser vítima de qualquer prática de abuso, assédio, estresse e humilhações da chefia ou colegas (art. 187, CC, art. 5º, X, CF e art. 482, ‘j’ e art. 483 da CLT). Em suma, empregado feliz é aquele que é tratado não apenas como pessoa abstrata, mas como gente digna, de carne e osso, que anela, sonha, ri e busca felicidade (art. 1º, III, CF). (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 178).

Há um avanço no entendimento de que o homem é um ser completo, que devem lhe ser garantidos tais direitos antes não tutelados, como a felicidade, que é um estado de completo sentimento de bem-estar, de satisfação naquilo que o indivíduo é, faz, se relaciona e está à sua volta. Esse avanço teve repercussão no Direito como um todo. A felicidade foi tutelada no Direito do Trabalho, ao buscar adequar o ambiente de trabalho às reais necessidades do homem, às suas aptidões, qualidades,

relações interpessoais. Pretende proporcionar um ambiente de trabalho mais sadio, prazeroso, estimular o indivíduo sempre a um ambiente melhor, respeitando-o como ser humano, tratando-o de forma digna.

A felicidade está ligada ao bem-estar, logo, quando o empregador extrapola seu *jus variandi* e impõe medidas ao seu empregado, que lhe resultem em obstrução ao seu projeto de vida pessoal, estar-se-á falando de dano existencial ou dano ao projeto de vida, hoje reconhecido pela doutrina e jurisprudência (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 178-179).

Em que pese todo indivíduo ter o direito de traçar seu destino, projetando alcançar metas futuras que dizem respeito a escolhas pessoais de vida, bem como ter o direito de desfrutar de relações interpessoais e de atividades prazerosas extralaborais, sem interferências externas, tal garantia jurídica termina por ser violada em alguns episódios fáticos da vida, seja na esfera trabalhista ou na esfera cotidiana. Com base nisso, tem-se a necessidade de observar essa infringência e criar mecanismos de tutela, nascendo a chamada “reparação ao dano existencial”.

#### 4.1 Dano existencial na seara cível

A dignidade da pessoa humana, no último século, passou a ser considerada como valor fundamental. Associada à aplicação direta das normas constitucionais, fez exigir a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, passando a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, acometidas pelo Estado ou por particulares. (SCHREIBER, 2013, p. 90-91).

Jovi Vieira Barboza (2007, p. 163) associa a dignidade da pessoa humana à integridade da honra, virtude, consideração da pessoa humana.

Para Madeu *apud* Barboza (2007, p. 166) que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre estar presente na aplicação do Direito, para que se possa fazer a justiça esperada.

Há uma evolução histórica na proteção dos danos existenciais. Em 1960, não se cogitava haver ressarcimento em decorrência do dano à privacidade, hoje, a privacidade é interesse tutelado juridicamente, levando ao dever de indenizar a sua lesão, visualizado nos casos de condenação por revista ou vídeo-vigilância não

autorizada em ambiente de trabalho ou por abuso no direito à informação. A doutrina e os tribunais brasileiros ampliaram a proteção de outros interesses existenciais, considerando como danos ressarcíveis o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psicofísica. Porém, a dignidade humana não se limita a apenas esses interesses existenciais, abrindo-se em uma expansão gigantesca, chamada “o grande mar” da existencialidade. (SCHREIBER, 2013, p. 91-92).

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, elencado pela Constituição Federal no seu art. 1º, III, traz uma proteção máxima à pessoa humana por meio do ordenamento jurídico, garantindo obrigatoriedade de respeito absoluto ao indivíduo e existência digna e protegida de qualquer ofensa, seja praticada pelo Estado ou pelo particular. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 26).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, é o núcleo da existência humana, sendo inata a todo indivíduo. É um direito fundamental, devendo ser garantidas as condições mínimas para uma existência digna, com respeito à vida e à integridade física e moral do ser humano. Consolida-se na medida em que são respeitados os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Inseridos no primeiro, o direito à vida, à integridade física, às partes do corpo, à liberdade e ao direito de ação. Já o direito da personalidade inclui o direito à honra, ao pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo, ao direito moral de autor e outros. Assim, ao se falar em dignidade da pessoa humana, enfatiza-se o respeito a uma existência digna do ser humano, tendo o dever de reparar o dano todo aquele que violar um direito fundamental ou infraconstitucional da pessoa por uma ação ou omissão dolosa ou culposa. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 26-29).

Cunha *apud* Zainaghi (2010, p. 145) cita o trabalho como um direito social fundamental, ao associar a relação de trabalho com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, através do labor, o homem produz, progride e tem uma vida digna como pessoa humana.

Na relação de emprego, o trabalhador possui direitos fundamentais que devem ser respeitados. O fato de o empregado estar sujeito ao poder diretivo do empregador, decorrente do vínculo de emprego, não o priva de seus direitos e liberdades. Os direitos fundamentais também devem ser garantidos aos trabalhadores autônomos,

aos parassubordinados, a todos os indivíduos que exercem atividade remunerada a alguém ou de quem dependem economicamente. (ROMITA, 2007, p. 203).

O surgimento do dano existencial se deu em 1986, com a prolação da sentença 184/185 da Corte Constitucional Italiana. É uma nova espécie de dano não patrimonial indenizável, dano biológico ou dano à saúde, distinto do dano patrimonial e do dano moral, onde se busca a proteção indenizatória absoluta do ser humano contra qualquer agressão aos direitos da personalidade constitucionalmente garantidos, quer cometido por particulares, quer pelo Estado, por meio de ilícito civil ou penal e independentemente da constatação de um prejuízo econômico à vítima. Passa a integrar a tipologia da responsabilidade civil, por ser indispensável para a proteção e o respeito da tranquilidade existencial, ou dignidade do ser humano, trazendo como pressuposto para a reparabilidade do dano a demonstração da injustiça do dano e a lesão a uma posição protegida pela Constituição. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 41-43).

O dano existencial se ampliou em 1999, com o pronunciamento da sentença 7.713/2000 pela Corte de Cassação Italiana, deixando de abranger apenas o dano-evento da lesão do direito à saúde e passando a englobar a dignidade da pessoa humana. A sentença se refere à condenação de um genitor por não prestar assistência emocional a um filho por toda sua vida, privando o menor de seu direito fundamental de condição de filho. Causou-lhe danos pessoais pelo injusto comportamento, sendo absolvido de ressarcimento por danos patrimoniais e morais, já que materialmente não faltava nada ao menor. Fundamentaram-se os magistrados em uma ofensa a um direito fundamental da pessoa, de ser tratado com dignidade, seja pela condição de filho ou por ser menor. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 41-43).

As sentenças italianas trouxeram uma nova espécie de dano extrapatrimonial – o dano existencial – que se baseia em um dano injusto à pessoa, atingindo o indivíduo em sua dignidade, em uma vida de relações interpessoais, em um direito fundamental garantido constitucionalmente. Diferencia o autor acima os danos existenciais dos danos materiais e morais:

O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, 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, 2005, p. 42).

O dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial, ora considerado um tipo de dano moral, ora considerado dano autônomo. Caracteriza-se por provocar um prejuízo ao bem-estar pessoal ou ao projeto de vida, comprometendo, assim, a qualidade de vida do indivíduo, sendo considerado um dano consequência. Sua lesão interfere nas realizações de interesses cotidianos da pessoa e compromete sua qualidade de vida. (LOPEZ, 2014, p. 291).

Hidemberg da Frota e Fernanda Bião (2011, p. 35-36) entendem que o dano existencial provoca no indivíduo uma privação à sua vida de relação e/ou a um projeto de vida. Resulta em uma alteração no curso da história de vida, ao frustrar a execução de metas, objetivos e ideais que dão sentido à existência da pessoa, com repercussão em uma vida de relações, sejam afetivo-familiares, sociais, profissionais, cívicas, recreativas, religiosas, dentre outras.

Almeida Neto *apud* Colpo (2012, p. 115) interpreta o dano a uma vida de relação como sendo aquele que alguém provoca uma ofensa física ou psíquica a uma pessoa, que a impede de desfrutar de atividades recreativas e extralaborais, interferindo no seu ânimo e, conseqüentemente, em seus relacionamentos sociais e profissionais.

Ainda Colpo (2012, p. 115) compartilha do pensamento que o dano existencial é um dano que provoca alteração relevante na qualidade de vida da pessoa, com repercussão permanente na sua existência, quando o indivíduo terminou por agir de forma diferente do pretendido. Registra que, no Brasil, o dano existencial é caracterizado em alguns julgados como dano moral.

O dano existencial é chamado de dano ao projeto de vida, ao destino escolhido pela pessoa, ao que resolveu fazer com sua vida, podendo sua liberdade de escolha e provocando frustração, um vazio existencial à pessoa por frustrar esse destino. O dano existencial provocado independe de repercussão financeira ou econômica e não diz respeito à esfera íntima, característica do dano moral, como a dor e o sofrimento. No dano existencial, há imposição da reprogramação do indivíduo, que o obriga a relacionar-se de outro modo no contexto social, causando frustração e impedindo sua realização pessoal. (BEBBER, 2009, p. 28).

O autor citado entende que o dano existencial não se assemelha ao dano moral, sendo um dano autônomo, pois aquele é uma ofensa a um projeto de vida, uma mudança no que o indivíduo planejou para sua vida, causando-lhe frustração e interferindo na sua liberdade de escolha. O doutrinador diferencia as duas espécies de danos, existencial e moral, trazendo erroneamente a interpretação sobre danos morais, associando-o ao sentimento de dor e sofrimento causado à pessoa por outrem. No dano moral, como abordado no item 3.2.2.2, prevalece o entendimento de que esse é o dano extrapatrimonial que atinge os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, sendo a dor e o sofrimento consequências do dano. Não necessariamente precisam estar presentes tais sentimentos para caracterizar o dano moral, nem surgir o dever de ressarcir o dano provocado. (BEBBER, 2009, p. 28).

Júlio César Bebber (2009, p. 28-29) pensa que, para ser considerado dano existencial, os seguintes tópicos deverão ser analisados:

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

Os bens jurídicos atingidos no dano existencial são o “projeto de vida” e a “vida de relações”. O projeto de vida tem um alto valor existencial, dá a ideia de realização pessoal integral, é aquilo que dá sentido à vida do indivíduo, está relacionado àquilo que determinada pessoa escolheu para fazer com a sua vida. Já a vida de relações é inerente à sua existência, é o conjunto de relações interpessoais das quais o indivíduo faz parte, nas quais estabelece vínculos familiares, divide interesses com seus pares, compartilha pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, aspirações, proporcionando seu desenvolvimento contínuo, de forma ampla e saudável. Portanto, o Direito tem que tutelar esses importantes valores, pois a destruição ao projeto de vida acarreta um dano quase sempre irreparável ou, ao menos, de difícil reparação. Assim como não há um projeto de vida sem uma vida de relações, a frustração ao seu projeto e, conseqüentemente, à sua vida de relações, caracteriza

o dano existencial. (NASCIMENTO, 2014, p. 968).

A frustração ao projeto de vida causada ao indivíduo, que decorre do dano existencial, coloca-o em um sentimento de inferioridade, no aspecto da felicidade e do seu bem-estar, não acarretando, necessariamente, prejuízo econômico, mas ofendendo diretamente sua dignidade. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 48).

Para que um ato ilícito cometido por um indivíduo, que leva a um dano existencial ao projeto de vida de outrem, seja indenizável, é necessário, além de ter a execução desse projeto prejudicada por ato ilícito, ainda possuir objeto lícito e também coeficiente mínimo de razoabilidade, isto é, antes do cometimento do ato ilícito ao projeto de vida do indivíduo, deveria existir um programa de ações realista e exequível, de possível ou provável concretização, estando tudo em conformidade com o ordenamento jurídico. (FROTA; LEITE, 2011, p. 40).

Para Amaro de Almeida Neto (2005, p. 50-51), a ressarcibilidade dos danos existenciais encontra previsão na CF, arts. 1º, III, e 5º, V e X, e, além da Constituição Federal, encontra amparo no Código Civil de 2002, nos arts. 12, *caput*, 186, 927, 948, 949, e a própria jurisprudência confirmando a legislação nas Súmulas 37, do STJ, e 491, do STF.

Assim sendo, em conclusão, podemos afirmar que também entre nós, como já consagrado na Itália, um ato, doloso ou culposos, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado, como um dano existencial, um dano à existência do ser humano. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 51).

Esta autora se posiciona no sentido de que o dano existencial tem como pressuposto a alienação do indivíduo por fator externo, causador do dano, que resulta em perda do convívio social e modificação ao projeto de vida do indivíduo. Os exemplos de ocorrência podem ir desde o abandono afetivo dos pais, passando pela alienação parental de um genitor em face do outro, até incidir na própria relação trabalhista.

#### 4.2 Dano existencial x Dano moral

Há alguns anos, no Direito italiano, só eram reconhecidas apenas duas espécies de

danos indenizáveis: os danos patrimoniais e os danos morais. O dano moral é aquele que ofende a esfera psíquica da pessoa, sem repercussão patrimonial, causando-lhe dor e sofrimento, passível de indenização nos casos previstos em lei, que tem como causa um ilícito civil ou se originado de uma conduta típica penal, existindo uma lacuna na lei referente à tutela dos danos que limitavam ou impediam definitivamente o indivíduo na prática de atividades do cotidiano. No início dos anos 60, a doutrina reconheceu uma nova espécie de dano injusto à pessoa, chamado de “dano à vida de relação” ou dano ao relacionamento em sociedade, que atinge indiretamente a capacidade laborativa da vítima. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 34-35).

O autor argumenta que a vida de relações em sociedade, com atividades diversas extralaborais, proporciona ao homem bem-estar físico e psíquico que repercute em outras atividades, ao estimulá-lo a executar seu trabalho, a tentar crescer profissionalmente e aumentar seus rendimentos. Diferencia-se do dano moral por este não produzir consequências diretas ou indiretas no patrimônio do ofendido, concluindo-se que, na verdade, o dano à vida de relações não é um dano extrapatrimonial, e sim um verdadeiro dano patrimonial, que propicia avanço no campo da responsabilidade civil no Direito italiano. É a linha mestra do que hoje é chamado de “dano existencial”, dando ênfase ao princípio de que todo ser humano tem o direito de não ser molestado na sua existência, de viver com dignidade. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 36-37).

Almeida Neto (2005, p. 36-37) entende que surgiu uma nova espécie de dano, um dano autônomo aos já existentes danos patrimoniais e morais. É um dano a uma vida de relações, um dano à necessidade do homem se relacionar com outras pessoas, manter uma vida de relações interpessoais e atividades sociais diversas das laborativas. Toda essa vida extralaboral permite ao indivíduo se afastar do estresse do cotidiano, proporcionando bem-estar físico e mental que se reflete em todas as outras áreas da sua vida, pois lhe proporciona ânimo de buscar coisas novas, de exercer suas atividades e melhorar profissionalmente, procurando crescimento pessoal, profissional e dos seus rendimentos. Tem, assim, repercussão econômica e no trabalho, enquanto que o dano moral não se lhe assemelha por não possuir repercussão patrimonial e atingir apenas a esfera psíquica da pessoa. Já o dano existencial pode atingir a esfera física e psíquica do indivíduo, por exemplo,

quando um cirurgião comete uma falha no procedimento cirúrgico e impossibilita um atleta de voltar a correr, atinge a esfera física refletindo profissionalmente.

Maccarone *apud* Almeida Neto (2005, p. 47) diferencia dano moral de dano existencial ao dizer que o primeiro é um sentir, é a esfera emotiva da pessoa, é o sentimento de sofrimento e angústia provocado pelo dano, enquanto o dano existencial está relacionado ao exterior do indivíduo, a um deixar de agir ou deixar de fazer como o pretendido, passando a dever agir de modo diverso ao planejado.

Conforme explanado pelo autor acima, seu entendimento compreende que o dano moral e o existencial são diversos. O dano existencial é causado por uma frustração ao projeto de vida do ser humano, ofensa à dignidade da pessoa humana e à liberdade do indivíduo, pois o força a conduzir sua vida de maneira diferente do planejado, ao esperado, enquanto que o dano moral está relacionado ao prejuízo íntimo à pessoa, a dor, angústia e sofrimento causado pelo dano. Porém, como já explicitado anteriormente, o dano moral vem a ser o dano a um direito da personalidade, à dignidade do ser humano. Todo o sofrimento sentido pelo indivíduo é consequência do dano, e não do dano moral propriamente dito, pois, para configurar o dano moral, não necessariamente precisa provocar no ofendido dor e sofrimento, bastando a lesão a um direito da personalidade. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 47).

Frota e Bião *apud* Colpo (2012, p. 117) entende que:

A nosso juízo, o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima.

Rampazzo *apud* Colpo (2012, p. 118-119) compreende que o dano existencial é um dano autônomo, não o associando ao dano moral ao explicitar a diferença entre ambos. Diz que este é, essencialmente, um sentir, enquanto o dano existencial é um não poder fazer, um dever agir diferente do que se tinha projetado, é sofrer interferência nas relações interpessoais, levando a uma condução diferente da vida do indivíduo.

Segundo Paolo Cendon, citado por Pasquinelli, o dano existencial não se identifica com o sofrimento *damna*, naquele sofrimento psicológico no qual se concretiza o dano moral. Assim entendeu o Tribunal de Palermo, em 2001, quando declarou que o dano moral é essencialmente o sentir e o dano existencial é um não poder fazer o que fazia. Vemos, portanto, que o

dano moral é interno e subjetivo e o dano existencial é externo e objetivamente constatado, porquanto o que há é o comprometimento das atividades de realização. (LOPEZ, 2014, p. 292-293).

Os autores Marciano Colpo (2012, p. 118-119) e Teresa Lopes (1999, p. 292-293), quando tratam da diferença entre dano moral e dano existencial, se referem erroneamente ao primeiro. Eles argumentam que esse dano é essencialmente um sentir, citando a consequência de todo sofrimento e dor geralmente causados ao ofendido, como se fosse o próprio dano moral. Como abordado anteriormente, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o dano moral é um dano à dignidade do homem, ao direito da personalidade, e toda dor causada é consequência desse dano.

Para Jorge Boucinhas Filho e Rúbia de Alvarenga (2013, p. 456), o dano moral e o dano existencial constituem um tipo de dano extrapatrimonial, contudo, não são sinônimos, pois o dano moral é uma lesão a um direito da personalidade que atinge a pessoa em seu íntimo, com aspecto não patrimonial, enquanto o dano existencial independe de repercussão financeira, não estando relacionado à esfera íntima da pessoa, e sim a uma frustração ou uma projeção que impede a realização pessoal do trabalhador.

Marciano Colpo (2012, p. 122-123) ressalta que, no Brasil, há muitos julgados das mais variadas instâncias e tribunais que poderiam ser classificados como danos existenciais, mas o são como danos morais.

Por fim, percebe-se que o dano existencial é um dano autônomo, não se confundindo com o dano moral, uma vez que este é uma lesão ao direito da personalidade, uma ofensa à dignidade da pessoa humana, que não tem repercussão patrimonial e pode trazer como consequência angústia, dor e sofrimento ao indivíduo. Já o dano existencial é a frustração de um projeto de vida, que faz com que o indivíduo passe a agir de forma diferente do planejado, é o dano a uma vida de relações interpessoais, que pode provocar repercussão patrimonial, pois afeta o bem-estar do indivíduo e sua felicidade, fazendo com que interfira no seu estado ânimo e até no seu trabalho e rendimentos.

#### 4.3 O dano existencial no Direito do Trabalho

Após o estudo pormenorizado dos institutos correlatos que, juntos, formam os pilares do dano existencial, passará agora este trabalho a tratar do dano existencial no Direito do Trabalho em seu tema central, buscando compreender seus múltiplos aspectos e nuances.

O dano existencial, como vem sendo abordado, ao afetar o projeto de vida do indivíduo e sua vida de relações, leva-o a um estado de desânimo, de infelicidade, de desestímulo que pode provocar repercussões em outros ramos da sua vida, como no trabalho, fazendo com que ele se sinta desestimulado, não buscando melhorar e crescer e, conseqüentemente, afetando seus rendimentos.

O dano existencial é bastante presente nas relações de emprego, uma vez que, com a vida moderna e a globalização, cada vez mais o mercado exige profissionais preparados, qualificados. Com isso, o indivíduo tem que, para dar conta da demanda de trabalho, dedicar-se ao seu ofício quase que exclusivamente, com sobrejornadas de trabalho que afetam uma vida de relações e atividades extralaborais e que o fazem abrir mão de projetos pessoais, projetos de vida e de conviver com familiares e amigos, sofrendo, assim, sem se dar conta, de um dano à sua existência: o dano existencial.

No ramo do Direito do Trabalho, o dano existencial está presente nas relações de trabalho, decorrente de condutas impostas pelo empregador, as quais acarretam ofensa ao projeto de vida e à vida de relações interpessoais e familiares do empregado, dificultando ou mesmo impedindo seu convívio social ou de conseguir realizar seus projetos pessoais, profissionais ou sociais, em decorrência do trabalho interferir direta e prejudicialmente no seu tempo livre. (NASCIMENTO, 2014, p. 969).

O dano existencial no Direito do Trabalho, chamado de dano à existência do trabalhador, surge quando o empregador, utilizando seu poder diretivo, impede o obreiro de ter uma vida de relações e conviver em sociedade por meio de atividades extralaborais que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou provoque interferência no seu projeto de vida, responsável pelo crescimento ou realização profissional, social e pessoal, interferindo no seu direito fundamental de liberdade, de livre dispor do seu tempo, fazendo ou deixando de fazer o que melhor lhe satisfaz. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 451).

O dano existencial nas relações de trabalho configura-se quando o empregador

impõe excesso de trabalho ao empregado, de forma a prejudicar consideravelmente o desenvolvimento do seu projeto de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, impossibilitando a prática de atividades extralaborais, culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, dentre outras. Ou quando lhe submete a um trabalho à condição análoga de escravo. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 452).

Não apenas a doutrina, como também a jurisprudência brasileira vêm admitindo a presença de danos existenciais nas relações de trabalho, observados frequentemente em jornadas excessivas de trabalho e não fruição de descansos legais e férias. Além de resultar em frustração do tempo livre do empregado, que o impossibilita de ter uma vida de relações interpessoais e usufruir de atividades extralaborais, provoca prejuízo ao seu projeto de vida, podendo ocasionar também prejuízos à saúde física e mental do trabalhador. (NASCIMENTO, 2014, p. 970-971).

O trabalho é um direito de todo homem. É através dele que o indivíduo pode ter uma vida digna, ter uma renda que lhe assegure um mínimo de saúde, habitação, alimentação e educação. Por isso, é preciso haver equilíbrio entre as condições de trabalho e a vida pessoal.

Para ser caracterizado o dano existencial, não basta o empregado estar submetido a uma sobrejornada de trabalho ou não ter gozado férias por longos períodos, pois, nesses casos, já existe punição imposta ao empregador pelo ordenamento jurídico – como o pagamento de multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias, pagamento em dobro de férias. Para haver o dano existencial na relação de emprego, deve ser comprovado o prejuízo ao projeto de vida e/ou à vida de relações e o nexo de causalidade com a conduta. (NASCIMENTO, 2014, p. 971)

Como demonstrado por Sônia Mascaro Nascimento (2014), para restar caracterizado o dano existencial com o dever de ressarcir o prejuízo causado ao empregado, faz-se necessário preencher os pressupostos da responsabilidade civil: dano, nexo causal e a conduta do agente. O dano existencial é o dano provocado a uma vida de relação ou a um projeto de vida do empregado, não bastando o empregador ter submetido o obreiro a uma jornada excessiva de trabalho, ou não lhe ter concedido seu direito a férias ou intervalos legais.

Em recente pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), verificou-se que o trabalho está interferindo direta e prejudicialmente no

tempo livre do trabalhador, decorrente da dificuldade para se desligar totalmente do trabalho remunerado, mesmo após o término da jornada diária. Isso acarreta diminuição do tempo livre em razão do excesso de atividades exigidas no trabalho e da obrigação de levar atividades laborais para realizar em casa. Resta clara a existência de frustrações ao seu projeto de vida e à sua vida de relações, configurando-se, assim, o dano existencial. (NASCIMENTO, 2014, p. 969).

Fatos da vida que talvez passem despercebidos pela maioria da população, somados, terminam por caracterizar e consumir a ocorrência do dano existencial. Toma-se como exemplo o mundialmente conhecido aplicativo WhatsApp e os *e-mails*, que se tornaram quase que um requisito para o trabalho. Seu uso ultrapassa com grande intensidade os limites da jornada de trabalho, impondo aos trabalhadores uma ligação contínua com seus afazeres laboriais, isto é, não são raras as vezes que não conseguem se desconectar mentalmente do trabalho, o que afeta seus momentos de relaxamento e o desfrute de momentos prazerosos de convivência com a família ou amigos.

#### 4.3.1 Análise casuística de dano existencial no Direito do Trabalho

Como já explicitado anteriormente, o dano existencial ou à existência da pessoa consiste em um dano a um direito fundamental tutelado pela Constituição Federal, prescindindo de qualquer repercussão financeira passível de decorrer do fato. Provoca uma alteração no projeto de vida da pessoa, que pode até mesmo ser consequência de um dano extrapatrimonial sofrido por um filho, cônjuge ou parente. (COLPO, 2012, p. 116-117).

O dano existencial se apresenta na relação de trabalho seja decorrente de horas extras em tempo superior ao permitido por lei ou por esgotamento do trabalhador devido ao excesso de atribuições impostas que lhe impedem de desfrutar do seu tempo livre, ou até mesmo com a permissão do próprio trabalhador visando ao acréscimo salarial ou por medo de demissão. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2015, p. 242).

Nas relações trabalhistas, o dano existencial é encontrado também nas situações de submissão do trabalhador análogas às de escravo, assédio moral, acidentes e

doenças ocupacionais, dentre outras. (NASCIMENTO, 2014, p. 969).

Como já relatado no decorrer do trabalho, para ser configurado o dano existencial nas relações trabalhistas, não basta apenas que o empregador, com seu poder diretivo, imponha ao empregado uma jornada excessiva de trabalho, ou que este não utilize o seu direito legal de intervalos interjornada ou intrajornada, ou demais direitos trabalhistas, como férias, descanso semanal remunerado. Para tais infrações, já existem punições impostas pelo ordenamento jurídico, como a aplicação de multas administrativas, o pagamento de férias em dobro e de horas extraordinárias com adicional de 50%. A configuração do dano existencial deverá comprovar a conduta ilícita do empregador, o nexo causal, o dano causado ao empregado e que esse dano tenha afetado a sua vida de relações ou seu projeto de vida, devendo o magistrado analisar casuisticamente cada situação em particular para decretar sua presença.

O dano existencial nas relações de trabalho, por ocasionar prejuízo ao projeto de vida do empregado e à vida de relações, viola direitos fundamentais de sua personalidade, como direito à integridade física, psíquica e intelectual, bem como o direito à integridade social. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 171).

O dano, para ser considerado existencial, deve contar com os elementos inerentes a toda espécie de dano, como existência de prejuízo, ato ilícito do causador e nexo de causalidade, e também, obrigatoriamente, dois outros elementos: o projeto de vida e a vida de relações. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 54).

Para Frota *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 55), o projeto de vida está relacionado às escolhas feitas pelo indivíduo para a sua autorrealização integral, sendo que as metas são os objetivos a serem atingidos e os ideais que dão sentido à sua existência, enquanto a vida de relações compreende as relações interpessoais, que permitem ao indivíduo, através delas, construir sua história, se desenvolver como pessoa, compartilhar emoções e vivências de vida.

Como já relatado anteriormente ao abordar o tema “dano existencial no Direito do trabalho”, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira vêm reconhecendo a ocorrência do dano existencial nas relações de emprego, mais frequentemente observado em jornada excessiva de trabalho e não fruição de descansos legais, quando estes acarretam prejuízos a uma vida de relações e/ou danos a projetos de

vida, conforme julgado a seguir:

Ementa

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO À JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS

1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.

2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual 'aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações.

3. A sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação.

4. A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou por apenas nove meses. Não se afigura razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado.

5. Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (*workaholic*), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações.

6. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR 1548020135040016. Relator: João Oreste Dalazen. Órgão Julgador: 4a Turma. Publicação: DEJT 31/03/2015. (BRASIL, TST, 2015).

O julgado do Tribunal Superior do Trabalho (TST) demonstra, de forma clara, o seu entendimento quanto à diferenciação de dano moral e dano existencial. Para se configurar o dano existencial na relação de emprego, não basta a demonstração de que ocorreu lesão a um direito trabalhista, deve o empregado comprovar que essa lesão ocasionou frustração ao seu projeto de vida ou à sua vida de relações,

deixando de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor.

Para Enrico Pasquinelli *apud* Teresa Lopez (2014, p. 293), a prova do dano existencial se dá na análise do caso concreto, avaliando o antes e depois do evento danoso. O magistrado deve se atentar à repercussão negativa do evento, ao comprometimento das relações da vida, sendo sua demonstração feita por meio de fatos notórios. O dano existencial deve afetar as atividades normais da vida do indivíduo que antes eram realizadas e que, após o dano, impossibilitaram-no de praticar, como lazer.

Almeida Neto *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 451), pensa que todo ser humano é livre, apenas sujeito a normas legais e de conduta e, como tal, deve ser respeitado em todos seus aspectos da vida, sem sofrer interferência de ninguém nas suas escolhas pessoais, no seu projeto de vida e nas suas expectativas, tendo o direito de ser feliz e ter uma vida de relações, de atividades extralaborais, enfim, gozar a vida com dignidade.

O dano existencial não pode ser invocado pelo indivíduo por motivos fúteis, por mera insatisfação negocial. O dano à existência humana serve de proteção à dignidade do ser humano individual e social, protegendo a pessoa de danos ao bem-estar e aos prazeres da vida. (LOPEZ, 2014 , p. 301).

O indivíduo, nos tempos modernos, no mundo globalizado, onde as coisas mudam a cada dia, onde o homem deve acompanhar as mudanças diárias do mercado de trabalho, a fim de não perder espaço para seu concorrente, vive cada vez mais para o trabalho. Ele se esquece de vivenciar coisas tão importantes como família, amigos, filhos, uma vida de relações que lhe permita ver-se como ser humano, compartilhar emoções, praticar atividades extralaborais que lhe causem prazer e diminua todo o estresse do dia a dia. O direito por ser dinâmico vem para tutelar todo esse prejuízo na vida humana, causado pelo excesso de trabalho e competitividade, através do ressarcimento de um dano novo causado ao homem na sua relação de emprego, que é o dano existencial.

#### 4.3.1.1 Excesso de jornada

Com base em toda a proteção jurídica dada ao empregado, devido à sua condição

de hipossuficiência na relação trabalhista, em que as partes se encontram em posição de desigualdade, empregado versus empregador, o legislador estabeleceu a jornada de trabalho visando a uma política de saúde no trabalho.

A jornada laboral tem uma grande importância no Direito do Trabalho, pois quanto menor a carga de trabalho, mais tempo o empregado terá para si e sua família. O tripé de oito horas laborando, oito horas de lazer e oito horas de descanso é pouco utilizado no mercado de trabalho contemporâneo. Por isso, a jornada estabelecida em lei é de suma importância para garantir a saúde do trabalhador, com direito ao lazer e descanso.

Maurício Delgado (2014, p. 904-905) faz distinção entre duração, jornada e horário de trabalho. A duração de trabalho compreende o tempo que o empregado permanece à disposição do seu empregador em decorrência do contrato de trabalho, podendo ser mensurada em dia (jornada), semana (duração semanal) e ano (duração anual). A jornada diária é o tempo em que o empregado está à disposição do empregador, para que este utilize sua força de trabalho durante um dia. Já o horário de trabalho é o lapso de tempo entre o início e o fim da jornada laborativa, podendo ser computado durante um dia ou até mesmo semana (horário semanal), sendo semanal a aferição das jornadas diárias durante a semana, computando os intervalos intrajornadas.

A jornada de trabalho é o tempo em que o empregado se encontra disponível para o empregador durante um dia, por isso, chamada de jornada diária de trabalho. Nunca a jornada deve ser relacionada à semana ou ao mês. (MARTINEZ, 2014, p. 334).

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 522-523) entende que a fixação, pelo ordenamento jurídico, da duração do trabalho tem por fundamento preservar a integridade física do empregado, evitando-lhe fadiga, estresse e, conseqüentemente, prejuízos à saúde. Busca também a prevenção de acidentes do trabalho, além de contribuir para a ordem econômica, uma vez que o empregado descansado tem o rendimento aumentado e a produção aprimorada, e para a ordem social, com a necessidade de manter relações interpessoais (familiares e sociais).

Continuando, a mesma autora distingue jornada de trabalho de horário de trabalho, ou seja, a jornada de trabalho, com base no art. 4º da CLT, é o período durante um dia onde o empregado labora, ou permanece à disposição do trabalhador

aguardando ordens. Já o horário de trabalho é a delimitação do período, que vai do início ao término da jornada diária, incluindo os intervalos (BARROS, 2012, p. 523).

Para Amauri Nascimento (2012, p. 788), o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria restrita do tempo efetivamente trabalhado, considerando a jornada de trabalho, o tempo em que o empregado permanece à disposição do empregador, seja laborando ou aguardando ordens, em casos especiais, computa como jornada o tempo *in itinere* (tempo que o empregado se locomove para atingir o local de trabalho), quando o trabalho for prestado em local de difícil acesso, não servido por transporte público e a empresa fornecer condução. Bem, como será computada a jornada de trabalho no serviço ferroviário, no caso das turmas de conservação da via permanente desde a hora da saída da casa da turma até a hora que cessar o serviço em qualquer ponto nos limites da respectiva turma. O ferroviário, ao trabalhar fora dos limites da turma, terá computado como jornada o tempo gasto no percurso de volta a esses limites.

Para o TST, são computados como horas *in itinere* a incompatibilidade do transporte público regular e os horários de início e término da jornada de trabalho. Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, será remunerado como horas *in itinere* o trecho não alcançado pelo transporte público. Caso o tempo extrapole a jornada legal, deve ser pago o adicional de horas extras. (NASCIMENTO, 2012, p. 789-790).

Em regra, não será computado como jornada de trabalho o trajeto feito pelo empregado residência/trabalho/residência, com base no art. 58, parágrafo 2 da CLT. Para que as horas de itinerário sejam consideradas, é imprescindível que, no horário de trabalho (início e término da jornada), não exista transporte público, de acordo com a Súmula 90, II e III, do TST, sendo necessário o empregador fornecer a condução do empregado até o local do trabalho. (MARTINEZ, 2014, p. 335-336).

Conforme leciona Delgado (2014, p. 905), o avanço do Direito do Trabalho traz para a jornada laboral não só o tempo que o empregado trabalha ou se encontra à disposição do empregador durante um dia, como também o tempo tido como contratual estritamente por imposição legal, caso dos intervalos remunerados.

A CLT, nos artigos 58 e 59, prega que a jornada de trabalho, período de duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não

excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite, podendo ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. (BRASIL, CLT, 2013).

A CF/88, no art. 7º, XIII e XIV, traz os dois limites constitucionais de jornada de trabalho: o limite padrão retrocitado e o limite para aqueles que trabalham em regime de turno de revezamento, que é de seis horas, podendo estender a jornada de quem trabalha em sistema de turno até oito horas, com permissão da CF/88 e Súmula 423, TST. (BRASIL, 2013).

A CLT prevê, no art. 59, que poderá haver acréscimo de horas trabalhadas, não excedentes de duas horas, desde que haja acordo escrito entre empregado e empregador ou mediante acordo coletivo de trabalho. Porém, a própria CLT, no art. 61, determina que isso somente aconteça em decorrência de motivo de força maior (descrito no art. 501, CLT), ou para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. Mostra, assim, que a extensão da jornada de trabalho deve se dar de forma excepcional, preservando o tempo livre do empregado, para seu melhor proveito de vida. (BRASIL, 2013).

Luciano Martinez (2014, p. 345), com enfoque no art. 7º, XIII da Constituição Federal, diz que é direito de todo trabalhador, urbano e rural, que a duração do trabalho normal não seja superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, podendo haver redução contratual da jornada. Caso venha acompanhada de redução do salário, deve haver uma negociação coletiva, mas se a redução da jornada não acompanhar a redução salarial, será feita através de via autônoma por significar uma melhoria para o empregado.

O mesmo autor informa que poderá haver um acordo firmado entre o empregado e o empregador referente à prorrogação de horas diárias de trabalho, sendo possível acrescentar horas suplementares em quantidade ordinariamente não excedente de duas horas, mediante contrato individual escrito ou contrato coletivo de trabalho (acordo ou convenção coletiva), em virtude de circunstâncias excepcionais. O empregado não é obrigado a prestar horas extraordinárias, caso não tenha acordado por escrito individual ou coletivo, nem sequer ser punido ou despedido por justa

causa pelo motivo de insubordinação, ressalvadas apenas as necessidades imperiosas. O limite legal de duas horas diárias não retira do empregador o dever de pagar todas as horas extraordinárias trabalhadas. (MARTINEZ, 2014, p. 365-366).

As horas extraordinárias são as horas de trabalho que excedem as horas normais estabelecidas por lei ou por contratos próprios para tal fim. Observe-se que a lei fixa diferentes jornadas normais e que convênios coletivos respeitam os limites máximos impostos pela lei, estabelecendo parâmetros diversos. O ordenamento jurídico brasileiro permite estabelecer horas extras em acordo de prorrogação, sistema de compensação, força maior, conclusão de serviços inadiáveis e recuperação de paralisação. (NASCIMENTO, 2012, p. 795).

O trabalho extraordinário decorrente de necessidade imperiosa é enumerado por Alice de Barros (2012, p. 523) com base no art. 61 da CLT:

a) a força maior, definida no art. 501 da CLT, entendida como acontecimento imprevisível para o qual o empregador não concorreu nem direta nem indiretamente, como um terremoto, por exemplo; b) a recuperação do tempo perdido em virtude de força maior ou causas acidentais; c) a conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos ao empregador, dada a sua própria natureza (produtos perecíveis, por exemplo, que devam ser colocados em refrigeradores).

A CF/88, no seu art. 7º, XVI, reza que a hora extraordinária de trabalho, no mínimo, corresponde a cinquenta por cento da hora normal. (BRASIL, 2013).

Luciano Martinez (2014, p. 366) afirma que o adicional de hora extra pode ser maior que cinquenta por cento, por lei específica ou contrato, nunca menor que isso, nem mesmo por convenção coletiva, por esse valor ser um direito constitucional mínimo.

A regra no Direito do Trabalho é que as jornadas laborais do empregado sejam dirigidas, fiscalizadas e controladas pelo empregador, em relação à sua qualidade, intensidade e frequência. Porém, a lei não estabelece procedimentos especiais de controle quando se trata de trabalho interno, em pequeno estabelecimento empresarial de até dez trabalhadores, mesmo assim, não afasta a jornada controlada nesses casos. Nos trabalhos internos em estabelecimentos com mais de dez trabalhadores, a CLT, no art 74, parágrafo 2, traz procedimentos formais de controle da jornada, com o objetivo de facilitar a prova de jornada legal padrão ou prova de horas extraordinárias trabalhadas, sendo obrigatória, conforme o Ministério do Trabalho, a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual,

mecânico ou eletrônico, e a pré-assinalação do período de repouso. O trabalho realizado externamente deve ser submetido a alguma forma de fiscalização e controle da jornada laborada, sendo possível se falar em horas extras. (DELGADO, 2014, p. 940-941).

Existem jornadas de trabalho não fiscalizadas e controladas pelo empregador que impedem a aferição da real jornada laborada pelo empregado. Como consequência, não é possível computar as horas extraordinárias. Encontradas tais situações, com base no art. 62, I e II e parágrafo único da CLT, nos empregados que exercem atividades externas incompatíveis com a fixação do horário de trabalho e nos exercentes de cargos de gestão que recebam acréscimo salarial igual ou superior a 40% do salário do cargo efetivo, é uma presunção legal o afastamento das regras sobre jornada de trabalho, uma vez que, se comprovado que havia efetiva fiscalização e controle do empregador sobre a jornada laborada, incidem as regras clássicas de duração do trabalho, cabendo o ônus da prova ao empregado. (DELGADO, 2014, p. 941-942 ).

Como se vê, a classificação de jornada de trabalho e a incidência em jornada extraordinária, por si só, já guardam relação material de reparação, não importando em relação direta com configuração de dano existencial.

Na mesma linha, é válido citar julgado do TST, em que a submissão do empregado à jornada extenuante não configurou dano existencial em razão de não ter sido provado o prejuízo:

**Ementa**

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO À JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO.

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Diferentemente do

entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é *'in re ipsa'*, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido. Recurso de Revista – RR 14439420125150010. Relatora: Maria de Assis Calsing. Julgamento: 15/04/2015. Órgão Julgador: 4a Turma. Publicação: DEJT 17/04/2015 (BRASIL, TST, 2015).

O TST entende que não é uma conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que faz com que se configure o dano existencial, é necessário que o dano perdure no tempo, impedindo o empregado de manter uma vida de relações interpessoais, ou lhe provoque prejuízo no seu projeto de vida.

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região entende que não basta o empregado ter sido submetido a uma sobrejornada de trabalho para se configurar o dano existencial, tem que ser comprovado que o excesso de horas trabalhadas comprometeu sua vida de relações ou seu projeto de vida. Esses são pressupostos necessários para a configuração do dano existencial, conforme demonstra o julgado anteriormente transcrito, do TST, no qual não se configura o dano existencial por jornada excessiva de trabalho ao empregado que não conseguir comprovar que o empregador exigiu-lhe uma sobrejornada de trabalho e esta, de alguma forma, comprometeu sua vida de relações. Vide ementa a seguir:

Ementa  
 RECURSOS DAS PARTES. MATÉRIA COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA.  
 Embora inafastáveis os transtornos havidos na vida do reclamante em razão da extensa jornada de trabalho a que submetido, entendo que tal circunstância, por si só, não tem o condão de violar seus direitos de personalidade, não ensejando à percepção de reparação por danos existenciais. Absolvição que se impõe. Processo: RO 00011814520115014121 RS 0001181-45.2011.5.04.0121. Relator: João Batista De Matos Danda. Julgamento: 30/10/2013. Órgão: 1a Vara do Trabalho de Rio Grande (RIO GRANDE DO SUL, TRT, 4ª. REGIÃO, 2013).

No mesmo sentido, são julgados, a seguir transcritos, da 4ª Região que delimitam pressupostos para configuração do dano:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa

Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20/03/2013, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti) (RIO GRANDE DO SUL, TRT, 4ª. REGIÃO, 2013).

DANO EXISTENCIAL. Há dano existencial quando a prática de jornada exaustiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar. Prática reiterada da reclamada em relação aos seus empregados que deve ser coibida por lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0001133-16.2011.5.04.0015 RO, em 18/04/2013, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz) (RIO GRANDE DO SUL, TRT, 4ª. REGIÃO, 2013).

Portanto, é de se ver que não é possível aplicar como regra matemática e lógica que a simples incidência em jornada excessiva configuraria o dano existencial e de forma isolada, pois é preciso a prova, pelo empregado, de ocorrência de dano ao projeto de vida e/ou à vida de relações.

#### 4.3.1.2 Controle por meios tecnológicos

O poder diretivo patronal ou poder de comando é a prerrogativa que o empregador possui, por conta do vínculo de emprego, de exigir determinado comportamento lícito do seu empregado, com o propósito de atingir um bem comum de ordem econômico-social. Subdivide-se em poder de organização ou poder diretivo, poder de fiscalização e poder disciplinar. O poder de organização é o poder que o empregador tem, dentro dos limites legais de determinar o modo como devem ser realizados os serviços. O poder de fiscalização permite ao empregador, dentro dos limites da lei, controlar a execução e a maneira como os serviços foram prestados por seus empregados, utilizando sua própria atuação ou por meio de seus encarregados (chefes, gerentes, supervisores, coordenadores, dentre outros) ou por aparatos mecânicos/eletrônicos. O controle poderá ocorrer tanto no âmbito do cumprimento do horário de trabalho quanto no de produção, podendo-se usar algumas tecnologias de vigilância e monitoramento. Já o poder disciplinar é o poder que o empregador tem, de modo pessoal e intransferível, dentro dos limites legais,

de aplicar sanções ao empregado por não ter cumprido as ordens e/ou comandos determinados pelo empregador. (MARTINEZ, 2014, p. 243- 247).

Para Maurício Delgado (2014, p. 688-689), o poder fiscalizatório ou poder de controle são as prerrogativas consentidas pelo ordenamento jurídico ao empregador para que este acompanhe continuamente toda a prestação de trabalho do empregado e realize a vigilância interna do espaço laboral. É possível visualizar o poder de controle referente a horário e frequência, circuito interno de televisão, controle de portaria, revistas, prestações de contas em algumas funções, dentre outras. O poder fiscalizatório é uma manifestação do poder diretivo e pressuposto do poder disciplinar.

Segundo o mesmo autor, devem existir limites ao exercício de atividades de fiscalização e controle interno pelo empregador, visando à proteção à liberdade e dignidade do trabalhador. Tais limites são encontrados em alguns ordenamentos jurídicos mais avançados, a exemplo da Itália, que possui o Estatuto dos Direitos do Trabalhador, que proíbe algumas medidas de controle do empregador. No Brasil, há regras e princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 que, com base em um Estado Democrático de Direito, reprimem condutas de fiscalização e controle do empregador que atinjam a liberdade e dignidade básica do trabalhador, encontrados no art. 5º , *caput* e incisos III, X, LIII e LIV da CF, além de dispositivos legais: Lei 9.799/1999, que proíbe revistas íntimas em empregadas ou funcionárias pelo empregador ou preposto. (DELGADO, 2014, p. 689-690).

Ao empregador cabe fiscalizar e controlar o tempo de serviço do empregado, até mesmo se este será submetido a controle de horário, início e fim da duração do trabalho. Por determinação do art. 444 CLT, ao estabelecer que as relações de trabalho podem ser livremente pactuadas, desde que sejam respeitadas as normas de proteção ao trabalho, por lei ou por contrato coletivo, o fato de não haver um controle de marcação de ponto não contraria nenhuma norma trabalhista, quando não utilizada para fraudar a lei. (NASCIMENTO, 2012, p. 803-804).

O controle de horário de trabalho é realizado pelo empregador, por meio das técnicas previstas em lei ou por convênios coletivos, tendo o art. 74 da CLT realizado a dispensa automática de controle nos estabelecimentos com até dez empregados, e obrigando o registro de horários nos estabelecimentos com mais de

dez empregados. Esses registros podem ser efetuados por meio manual, mecânico ou eletrônico, devendo haver pré-assinalação do período de repouso, sendo o controle externo realizado através da ficha ou papeleta de assinalação. (NASCIMENTO, 2012, p. 804).

O mesmo autor comenta que o cartão de ponto de papelão se encontra em desuso, por não raras vezes ocorrerem registros não verdadeiros de horários de início e fim do trabalho, são vistos com marcação de horários invariáveis e exatos. Com os avanços tecnológicos, surge o relógio de ponto, em que se faz a marcação do horário de forma automática e mecânica. Esse método não impede, porém, que os empregados sejam orientados a registrar o horário de entrada e saída na hora estabelecida e continuar laborando sem o registro da hora extraordinária. Assim, o mais indicado é o registro eletrônico, que pode se dar por cartão e por digitação, feito pelo próprio empregado através do terminal nas agências ou via internet, com o uso de uma senha pessoal. Se o empregado não realizar o registro, abre um código de ocorrência, com fechamento periódico, que será utilizado para fiscalização trabalhista. Por sua vez, o funcionário de serviços externos tem um registro auxiliar que ficará em poder do empregado, podendo os meios de controle ser feitos por sistemas alternativos estipulados por acordo ou convenção coletiva. A jurisprudência dos tribunais trabalhistas repeliu o registro da jornada de trabalho feito por um preposto do empregador. (NASCIMENTO, 2012, p. 804-806).

O direito de desconexão traz uma discussão doutrinária acerca dos temas “excesso de jornada” e o “direito fundamental ao lazer”. A limitação da jornada de trabalho é um direito concedido pelo ordenamento jurídico a todo trabalhador, que visa protegê-lo de abusos de empregadores. A Constituição Federal de 1988 garantiu a todo trabalhador, como direito social, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, com o intuito de evitar a prática de jornadas excessivas, que atingem diretamente a dignidade do homem, ao impossibilitar o empregado de desfrutar de seus vínculos sociais, projetos pessoais, direito de se desconectar, de utilizar seu direito constitucional ao lazer. O direito de desconexão está tutelado tanto em tratados internacionais quanto no ordenamento brasileiro, ao trazer o direito ao descanso, à limitação da jornada de trabalho, o direito ao lazer (BARBIERO DA SILVA, 2015, p. 15).

Os avanços tecnológicos vão de encontro ao direito à desconexão do trabalhador, visto que, cada vez mais, as pessoas se encontram reféns das novas tecnologias, *smartphones*, redes sociais, WhatsApp, *e-mails*, mensagens. Assim, o trabalhador fica disponível 24 horas por dia através desses recursos, por não conseguir se desconectar. Entende o autor que o empregado, ao não se desconectar das atividades laborais, por utilização de práticas que fazem com que estendam sua jornada, impossibilitando-o de desfrutar do convívio social, familiar e prejuízos ao seu projeto pessoal de vida, está sofrendo dano existencial provocado pelo empregador, já reconhecido pela jurisprudência trabalhista. (BARBIERO DA SILVA, 2015, p.16).

Para Barros *apud* Cassar (2015, p. 1), quando o trabalhador tem o dever de levar consigo, fora do seu ambiente de trabalho, qualquer tipo de tecnologia que permite que ele possa ser encontrado, conectado ou chamado a trabalhar ou resolver algum problema, ainda que de forma esporádica, pelo seu empregador, deverá ser remunerado pelo tempo à disposição, por ter sido privado de exercer seu direito de desconexão ao final da jornada de trabalho, seja pelo uso de *laptop*, *bip*, celular, *pager*, telerrádio ou qualquer outro tipo de intercomunicador. A autora informa que a jurisprudência do TST entende que o mero uso do *bip* não caracteriza sobreaviso, com base na OJ 49 da SDI-I da TST.

Todo trabalhador tem o direito fundamental ao descanso, o direito de se desconectar do seu ambiente de trabalho e de todas as suas responsabilidades profissionais do dia a dia, utilizando o tempo livre para o lazer, atividades sociais, recreativas, religiosas, uma vida de relações interpessoais, projetar seu futuro e lutar para a realização de seu projeto de vida, sem permitir que o trabalho seja um empecilho para a realização de suas projeções, ideais, anseios e sua felicidade. O trabalho deve ser um meio para propiciar vida digna e de realizações ao homem, e não uma fonte geradora de problemas que interfiram na vida pessoal do trabalhador.

Nos julgados a seguir, o TRT da 1ª. Região deixa claro seu entendimento sobre os avanços tecnológicos que levam o homem a se manter conectado vinte e quatro horas por dia para estar sempre atualizado. Resta evidenciado que a tecnologia não pode prejudicar o mesmo direito que o homem tem de manter uma vida pessoal, independente da vida laboral. O tempo em que o empregado se encontra conectado

fora da sua jornada de trabalho, permitindo ficar à disposição do empregador para possível necessidade, deve ser remunerado, pois a Constituição Federal tutela o direito de desconexão do empregado, visando à sua saúde física e mental.

Ementa

ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO.

Em que pese o artigo 244 da CLT referir-se à categoria dos ferroviários, quanto ao adicional de sobreaviso, nada impede a sua aplicação a empregados que exercem outras atividades, por analogia, ainda mais que se trata de norma de proteção à saúde e higidez do empregado. Nestes termos, inclusive, a súmula nº 428 do c.TST. A qualquer cidadão é garantido o direito constitucional ao lazer, ao descanso, sendo este imprescindível inclusive para a higidez física e mental de qualquer ser humano. Assim, manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria estar descansando, os colocando à disposição do trabalho por meio de aparelho móvel, fere o que modernamente vem sendo chamado de direito à desconexão do empregado. Processo: RO 00016097420125010024 RJ. Relator: Leonardo Dias Borges. Julgamento: 03/09/2014. Órgão Julgador: Décima Turma. Publicação: 11/09/2014 (RIO DE JANEIRO, TRT, 2004).

Ementa

HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO.

Tempo livre é aquele no qual a subjetividade do trabalhador se distancia dos problemas, questões e compromissos - potenciais ou efetivos - concernentes ao mundo do trabalho permitindo-lhe -esquecer- e descansar, repousar e usufruir de seu direito ao lazer (CRFB, Art. 6º). Em contraponto, o tempo em que o empregado deve permanecer conectado à empresa, ainda que por meio do aparelho celular, é tempo de trabalho e deve ser remunerado. As horas de sobreaviso, diante da desterritorialidade do trabalho no mundo contemporâneo, não se definem pela exigência da fixação a um local aguardando ordens, mas pela fixação a um aparelho móvel que aprisiona seu portador às demandas potenciais do empregador. A utilização da analogia é admitida expressamente pelo art. 8º da CLT e se constitui em importante recurso de integração das lacunas surgidas diante das transformações tecnológicas e produtivas e se constitui em importante modo de atualização do Direito do Trabalho e uma das razões para a permanência da CLT. Recurso patronal a que se nega provimento. Processo: RR 01538005420095010204 RJ. Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Julgamento: 16/03/2015. Órgão Julgador: Sétima Turma. Publicação: 24/04/2015 (RIO DE JANEIRO, TRT, 2004).

Para esta autora, mesmo que se evidencie em uma relação de emprego o excesso de labor em razão da constante utilização de meios da tecnologia para atribular o empregado, não se configura por si só o dano existencial, pois, como já visto no decorrer deste trabalho, o dano existencial tem por imprescindível a prova real e concreta de que o empregado teve planos de vida frustrados e isolamento social.

#### 4.4 Responsabilidade civil pela prática de dano existencial na seara trabalhista

Como tratado neste trabalho científico, a responsabilidade civil é um instituto do Direito Civil aplicado ao ramo do Direito do Trabalho, que serve para tutelar direitos ao garantir a todo aquele que sofreu um dano ser ressarcido pelo seu causador.

No Direito do Trabalho, a responsabilidade civil garante que, nas relações de emprego, sejam assegurados ao empregado, que é hipossuficiente, direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Visa prevenir e reprovar, com sanções, todo dano causado pelo empregador ou seus prepostos, seja por uma conduta omissiva ou comissiva, culposa ou com ausência de culpa. Baseia-se na Teoria do Risco, em que o empregador, por determinação legal, assume todos os riscos do negócio jurídico, quando existem atividades laborativas que podem resultar em qualquer espécie de dano ao obreiro. O empregador responde por esse risco, ressarcindo o dano provocado independentemente de culpa, o que mostra ser o ordenamento jurídico brasileiro protetivo ao trabalhador – o qual se encontra sempre em posição de desigualdade e fraqueza diante do seu empregador – com base no princípio da proteção ao trabalhador e no princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo direitos trabalhistas.

O dano é o pressuposto mais importante da responsabilidade civil, existindo a conduta do agente, o nexo causal. Não havendo o dano, não há o que se falar em responsabilidade civil, pois se estaria falando em enriquecimento ilícito e prejuízo ao ofensor. O dano nas relações de emprego pode ocorrer tanto da forma material quanto extrapatrimonial, devendo sempre ser ressarcido, ressalvadas as causas de exclusão da responsabilidade.

A responsabilidade civil no Direito do Trabalho, explicitada no item 2.5 deste trabalho, mostra que o ordenamento jurídico brasileiro protege o trabalhador em todas as fases da relação trabalhista – pré-contratual, contratual e pós-contratual – por ser uma relação de natureza contínua, duradoura e por haver a hipossuficiência do empregado em face do empregador. Devem sempre prevalecer a boa-fé objetiva e a obrigação do empregador e seus prepostos em respeitar direitos trabalhistas, não lesar o empregado, tratá-lo de forma digna, como ser humano possuidor de direitos, anseios, vontades e garantidor de uma vida pessoal extralaboral, em que terá direito ao lazer, a construir e manter relações interpessoais, projetar seu

presente e futuro. Todo dano causado ao empregado, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, deve ser reparado.

O dano existencial, encontrado no universo dos diversos danos que podem ser causados ao empregado em decorrência da relação de emprego, é uma espécie de dano extrapatrimonial praticado contra o empregado, por suas atividades laborais interferirem em sua vida de relações ou em seu projeto de vida, afetando seu bem-estar, sua felicidade, sua liberdade de escolha em conduzir sua vida da forma como melhor achar que será feliz, enfim, a dignidade do trabalhador. Passa o empregador, com base no instituto da responsabilidade civil, a ter o dever de ressarcir o empregado por todo dano pessoal causado, necessitando que o obreiro prove judicialmente que o seu trabalho afetou esses dois pressupostos do dano existencial, projeto de vida e uma vida de relações. Assim é a responsabilidade civil, como cita Almeida Neto (2005) no item 4.1: indispensável para a proteção e respeito da tranquilidade existencial e dignidade do trabalhador.

O trabalho é um direito fundamental de todo ser humano, é através dele que o homem consegue meios para construir sua vida, sua independência, seu sustento, ter uma vida digna, realizar-se pessoal e profissionalmente. Não deve o trabalho ser um empecilho para realizações pessoais, de ter uma vida extralaboral, na qual possa se relacionar com outras pessoas, construir sua família, amigos e projetar seu futuro, buscando a realização dos seus projetos, sejam eles pessoais ou profissionais. O trabalho é uma virtude que deve ser vista pelo homem como meio para que ele atinja sua felicidade, sendo o empregador responsabilizado toda vez que utiliza o labor como forma de intervir num projeto de vida ou em uma vida de relações, dano existencial. Tal entendimento vem sendo abraçado pela doutrina e pela jurisprudência, ora como uma espécie de novo dano, ora confundindo o dano existencial com o dano moral, como demonstrado em julgado a seguir:

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. REPARAÇÃO DEVIDA.

A limitação da duração do trabalho constitui-se exigência que surge como medida de higidez e segurança, com vistas a preservar a saúde física e psíquica do trabalhador. O dano extrapatrimonial, sob a modalidade dano existencial, deve ficar restrito a situações extremamente graves, nas quais demonstrado que o trabalhador sofreu severa privação em virtude da imposição de um estilo de vida que represente impossibilidade de fruição de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência

familiar, o que restou caracterizado no caso concreto, em face da jornada de trabalho extenuante a que a autora estava submetida, inclusive em três domingos por mês, sem a fruição de intervalo intrajornada. Apelo da reclamante provido, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais), ante a necessidade de que a reparação possua, também, caráter pedagógico, tendente a evitar práticas de mesma natureza por parte da empregadora. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. A supressão parcial do intervalo intrajornada confere à empregada o direito ao pagamento do tempo integral da pausa prevista no art. 71 da CLT. O intervalo mínimo legal constitui-se medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, de maneira que a empregadora somente se desincumbe da obrigação legal quando assegura à trabalhadora o período mínimo previsto em lei, o que, no caso, não ocorreu, conforme arbitramento realizado na sentença. Apelo negado. Processo: RO 00002531120135040029 RS0000253-11.2013.5.04.0029. Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ. Julgamento: 15/05/2014. Órgão Julgador: 29a Vara do Trabalho de Porto Alegre (RIO GRANDE DO SUL, TRT, 2014).

#### 4.4.1 Da tutela do dano existencial na responsabilidade civil

De acordo com o apanhado doutrinário trazido no item 4.3, esta autora entende que o dano existencial é uma nova espécie de dano extrapatrimonial, presente nas relações trabalhistas ao configurar dano ao empregado por seu trabalho causar prejuízo à vida de relações familiares, sociais e ao seu projeto de vida, sentindo-se o mesmo privado de direitos e garantias constitucionais como lazer, descanso, atividades que lhe proporcionem bem-estar, felicidade, crescimento pessoal.

Há uma divergência doutrinária acerca do que vem a ser o dano existencial, sendo unânime sua caracterização como um dano extrapatrimonial. Embora, para alguns doutrinadores, o dano existencial seja confundido com o dano moral, prevalece doutrinaria e jurisprudencialmente a tese de que é uma nova espécie de dano, autônomo do dano moral. Este, como concluído no item 4.2, diferencia-se do existencial por ser um dano ao direito da personalidade, da honra, do bom nome, da boa fama, uma lesão à dignidade da pessoa humana, não possuindo repercussão econômica. Muitas vezes, é confundido por alguns autores como o próprio sofrimento e dor causado ao indivíduo, embora a dor, a angústia e o sofrimento sejam apenas uma consequência de tal dano, não necessitando estar presentes para sua configuração e ressarcimento. Já o dano existencial é um dano que provoca no indivíduo prejuízo à vida de relações e/ou projeto de vida. Quando ocorre nas relações de emprego, provoca ao obreiro prejuízos em suas atividades extralaborais

– recreativas, religiosas, culturais, educativas –, impedindo-o de praticá-las, de manter um convívio social e familiar, tão essencial à existência humana ou quando tem que alterar seu projeto de vida em favor do trabalho assumido, causando limitação e prejuízos de vários direitos tutelados pelo ordenamento jurídico – lazer, descanso, direito de desconexão, convívio familiar e social, seus anseios e projetos de vida –, ou seja, tolhe a liberdade de conduzir sua própria vida, podendo causar infelicidade, desânimo e prejuízos econômicos.

De acordo com o entendimento trazido por Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, 451-452), abordado no item 4.3, o dano existencial nas relações de emprego encontra-se presente quando o empregador, ao exercer seu poder diretivo, impõe excessos de jornada de trabalho, de modo a interferir na vida pessoal do empregado, impossibilitando-o de ter uma vida de relações interpessoais, de exercer atividades extralaborais, de executar seu projeto de vida, o que prejudica sua liberdade e atinge a dignidade.

Como já demonstrado por esta autora no decorrer deste trabalho científico, para se configurar o dano existencial, além da presença obrigatória de todos os elementos indispensáveis a todas as espécies de danos, como conduta do agente, nexos de causalidade e prejuízo à vítima, é imprescindível existir dois outros elementos indispensáveis ao dano existencial: dano à vida de relações e/ou dano ao projeto de vida. Os tribunais brasileiros, nos julgados transcritos no item 4.3.1.1 do trabalho, demonstram o entendimento de que é necessária a comprovação, pelo empregado, de que o excesso de horas trabalhadas comprometeu sua vida de relações ou seu projeto de vida, não sendo tal prejuízo pontual, mas perdurando no tempo.

O dano existencial compromete, de maneira considerável, o homem na sua existência. Decorre de um ato ilícito, que provoca dano injusto ao homem, limitando, consigo e com as outras pessoas, sua liberdade no mundo. (FROTA; BIÃO, 2011, p. 37).

Diante do exposto pelo autor acima, o dano existencial preenche os requisitos da responsabilidade civil, sendo, conseqüentemente, um dano indenizável. Possui, como já dito anteriormente, os pressupostos de todo dano, como conduta do agente, prejuízo a alguém e nexos causal e, além desses, os requisitos específicos do dano existencial, que é causado ao projeto de vida ou a uma vida de relações. O Código

Civil brasileiro estipulou que todo aquele que cometer um dano a alguém, comete um ilícito que deve ser indenizado, tendo o dano existencial o condão de ser ressarcido.

Conforme entendimento de Amaro de Almeida Neto (2005, p. 50-51) já explicitado no item 4.1, a ressarcibilidade do dano existencial fundamenta-se no instituto da responsabilidade civil nos arts. 186 e 927 do CC/02, no Código Civil de 2002, no seu art. 12, *caput*, nos tribunais superiores, através das Súmulas 37 STJ e 491 STF, além da própria Constituição Federal, com base no art. 1º, III e art. 5º, V, X.

Para Bebber *apud* Frota e Bião (2011, p. 39), para que o dano existencial seja indenizável em decorrência de um dano ao projeto de vida, deve ser necessário que este tenha sido prejudicado por ato ilícito, que esse projeto de vida possuísse um objeto lícito, que houvesse a possibilidade de ações realistas e exequíveis, com possível ou provável concretização, não se fundando a indenização por danos existenciais em possibilidades fantasiosas e genéricas.

O dano existencial ao projeto de vida deve ser ressarcido, analisando-se a razoabilidade em que o projeto do indivíduo tem de se concretizar, caso não fosse o dano injusto cometido por alguém, pois o ordenamento jurídico e a jurisprudência não podem estimular buscas aventureiras ao Judiciário, com o fundamento de uma suposta possibilidade de algo que, no mundo real, não possua indícios de uma concretude.

O dano existencial não deve ser visto como mais uma possibilidade de ressarcimento de danos imateriais decorrentes da responsabilidade civil, mas uma forma ou maneira de quantificar o ilícito sofrido, por ter atingido a dignidade humana. Compreende o autor que, no Brasil, o dano existencial tem sido aplicado, porém, rotulado de dano moral (COLPO, 2012, p. 128).

O dano moral e o dano existencial são espécies de danos extrapatrimoniais, contudo, não podem ser confundidos, uma vez que dano moral atinge um direito da personalidade – a moral, a honra, o nome, a dignidade do homem – enquanto o dano existencial é um dano que atinge a vida de relações do indivíduo ou projeto de vida da pessoa, a existência humana. Ambos devem ser ressarcidos com base no instituto da responsabilidade civil, preenchidos todos os requisitos para a responsabilização do causador do dano.

O dano existencial iniciou-se nos tribunais italianos. Ao longo do tempo, sua aceitação nos tribunais brasileiros vem crescendo, em especial, na Justiça do Trabalho, condenando empregadores ao pagamento de indenizações por dano existencial aos empregados, quando há comprovação de que estes são submetidos a jornadas de trabalho extenuantes ou têm suprimidos seus direitos de férias, provocando prejuízo ao convívio familiar e social e comprometendo seu direito fundamental ao lazer, alteração indesejada no seu projeto de vida. Pouco importa se as horas extraordinárias foram remuneradas, basta a comprovação de que houve o extrapolamento do limite legal e este alterou seu cotidiano e seu projeto de vida, para surgir o dever de indenizar, tendo os tribunais trabalhistas encontrado fundamento na própria Constituição Federal, quando ela estabelece direitos e garantias que regulam as relações de emprego, tais quais: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV da CF), o direito social à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança (art. 6º da CF), o direito ao livre desenvolvimento profissional (art. 5º, XIII, da CF) e o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias (art. 7º, XIII, da CF). (BONATTO, 2014, p.1-2).

Os tribunais vêm reconhecendo a presença do dano existencial nas relações de trabalho, sendo mais frequente em decorrência da violação, pelo empregador, de direitos trabalhistas por excesso de jornada, supressão de férias e de repouso semanal remunerado. Tal situação interfere diretamente na vida do empregado, resultando em prejuízos ao seu projeto de vida e dificuldade de manter relações interpessoais sociais, familiares, afetivas, o que estabelece pagamento de indenização ao trabalhador vítima do dano existencial. Ressalta-se que a jurisprudência entende que o mero excesso de jornada, além do limite estabelecido por lei, ou a supressão de férias, descanso semanal remunerado, entre outros direitos trabalhistas, por si só não caracterizam o dano existencial, sendo imprescindível a comprovação, por parte do empregado, de que tais danos repercutiram prejudicando seu projeto de vida e a vida de relações para a responsabilização civil do empregador por dano existencial. Caso contrário, a responsabilização dar-se-á apenas por multas administrativas, como pagamento de horas extraordinárias, férias em dobro, etc. como vistos em julgados a seguir:

A reparação de danos existenciais exige comprovação do dano concreto e real às ocupações pessoais do trabalhador, a ponto de afetar sua qualidade de vida. Ao contrário do dano moral, o dano existencial não pode ser presumido. Processo: RO 01055201410603000 0001055-62.2014.5.03.0106. Relator(a): Convocado Rodrigo Ribeiro Bueno. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: 06/08/2015 (BELO HORIZONTE, TRT, 2015).

Ementa

DANO EXISTENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O trabalho em extensas jornadas não é bastante a ensejar a indenização por dano existencial, sendo devida, tão somente, a reparação patrimonial, consubstanciada no pagamento das horas extras realizadas. Processo: RO 00263001220095040401 RS 0026300-12.2009.5.04.0401. Relator: Fernando Luiz de Moura Cassal. Julgamento: 27/03/2014. Órgão Julgador: 1a Vara do Trabalho de Caxias do Sul (RIO GRANDE DO SUL, TRT, 2014).

Ementa

DANO EXISTENCIAL. CONFIGURADO. A comprovação de que o trabalhador cumpre jornadas de trabalho, extremamente, elastecidas, de 17, 18, 20 horas de labor, além de ficar por longos períodos sem a concessão de repouso semanal, caracteriza o direito à reparação pelo dano existencial, pois é elemento suficiente a demonstrar, por si só, o desrespeito à dignidade do trabalhador e a violação à sua saúde e ao seu convívio familiar e social. Processo: RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047. Relator: Jose Ernesto Manzi. Órgão Julgador: Secretaria da 3A Turma. Publicação: 16/09/2015 (SANTA CATARINA, TRT, 2015).

Para Delgado *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 456), poderá haver cumulação de dano moral e dano existencial na relação de emprego, desde que proveniente do mesmo fato. Configura-se quando ocorre por excesso de trabalho a cumulação de prejuízo aos prazeres da vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado, com o dano à sua saúde, mesmo que a sequela causada pelo acidente de trabalho não seja responsável pela redução da capacidade de trabalho.

Ledur *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 458) estabelece que, para a fixação do *quantum* indenizatório do dano existencial, é preciso observar a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do causador do dano, com o intuito de obter um efeito pedagógico e econômico. Deve ser um valor relevante para a empresa, para que resulte em desestímulo de novas práticas danosas, embora tenha que se ter o cuidado de estabelecer valores que preservem a saúde da organização.

Como já descrito no tópico 4.3, Beber *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 458) entende que, para a fixação do valor da indenização por dano moral, o

magistrado deve observar determinados elementos, como a injustiça do dano, razoabilidade do projeto de vida, alcance do dano e os atos praticados.

Para esta autora, a fixação do valor da indenização deve sempre observar o binômio necessidade-possibilidade, bem como a especificidade do caso concreto, pois, indubitavelmente, a dosimetria da penalidade sempre deve variar de acordo com o montante da prova e do dano.

#### 4.4.2 Dos instrumentos jurídicos preventivos da tutela ao direito existencial

De acordo com Oliveira *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 58), o dano existencial que acomete o empregado afronta direitos da personalidade do trabalhador, tais como: direito à integridade física e à psíquica, direito à integridade intelectual e direito à integridade social.

Outro direito do trabalhador que o dano existencial fere é o seu direito fundamental ao descanso, de ter um tempo livre para si, de se desconectar do trabalho e utilizá-lo para outras atividades extralaborais, como lazer, convívio familiar, social, esportes, estudos, entretenimentos, de estar consigo mesmo. Por isso, o ordenamento jurídico impõe um limite de jornada de trabalho e os descansos obrigatórios, visando à saúde do trabalhador. (NASCIMENTO, 2012, p. 786).

O excesso de jornada de trabalho proporciona uma ofensa ao direito humano, fundamental e social do empregado, que é o lazer. Assim, o ordenamento jurídico estabelece limites máximos de jornada que devem ser respeitados com base no princípio da dignidade humana, sendo o lazer definido como o tempo livre que o homem tem para dedicar a si. (FROTA, 2013, p. 27-28).

Compartilha do entendimento do que vem a ser o lazer Dumazedier *apud* Adriana Wyzykowski (2012, p. 132-133), conceituando-o como o tempo em que o indivíduo está livre de todas as suas obrigações, seja do trabalho, familiares, sócio-espirituais e sócio-políticas, para que possa utilizar esse tempo para si em busca de bem-estar. Diverge a autora da concepção de Dumazedier ao afirmar que o lazer não inclui os momentos de descanso, argumenta que o descanso é o momento em que o indivíduo recarrega suas energias para o trabalho, concluindo que o lazer é todo o tempo livre de obrigações, utilizado para si e seu desenvolvimento pessoal.

Para Mascaro Nascimento *apud* Sônia Nascimento (2014, p. 969), o lazer é um meio de se combater e evitar a fadiga, o obreiro pode utilizar o tempo livre para dedicar-se a atividades que lhe agradam ou para descansar.

O lazer é um direito fundamental de todo ser humano, garantido pela Constituição Federal como um direito social no seu art. 6º, porém, como relata Adriana Wyzykowski (2012, p. 156), tal direito é, não raras vezes, lesado nas relações de emprego, em que o empregado, em sua posição de hipossuficiência em face do empregador, sofre abusos e, dentre os vários abusos, está o desrespeito do direito ao lazer.

Otavio Calvet (2006, p. 2) relata que o lazer é um direito garantido a todo trabalhador, seja empregado ou não. Com base nesse direito fundamental, deve ser respeitada a determinação legal do limite máximo de duração de trabalho pelo tomador de serviço, que deve reparar o dano imaterial provocado. Possui eficácia negativa ao estabelecer que nem o Estado, nem o empregador podem violar o direito fundamental ao lazer. E eficácia positiva ao conceder o direito ao trabalhador de provocar a jurisdição toda vez que sofrer ameaça ou lesão ao seu direito ao lazer pelo empregador. Se sofrer ameaça, há o direito de postular judicialmente uma tutela inibitória, com fixação de multa, para afastar o empregador da conduta danosa. Ao apresentar seu direito lesado, poderá postular uma reparação pelo dano sofrido, entendendo ser compensação por dano moral, arbitrado pelo órgão judicial.

Como já abordado anteriormente no item 4.3.1.2, o trabalhador tem o direito de se desconectar do trabalho, de descansar após o fim da jornada de trabalho. É uma verdadeira efetivação dos direitos do trabalhador garantidos pelo ordenamento jurídico, como o direito à limitação da jornada de trabalho, ao descanso, às férias, à redução de riscos de doenças e acidentes do trabalho. Não podem os avanços tecnológicos do mundo contemporâneo prejudicar os direitos do trabalhador devido à facilidade de acesso do empregador ao seu subordinado, interferindo no seu direito à desconexão, que se liga aos direitos constitucionais fundamentais à saúde, higiene e segurança do trabalho, bem como à limitação de jornada, redução dos riscos de doenças e acidentes do trabalho, ao descanso, às férias (MARETO, 2013, p. 1-2).

O excesso de trabalho gera prejuízo tanto para o empregado quanto para o

empregador, visto que provoca ao trabalhador desgaste físico e mental, estresse, fadiga, redução dos seus momentos de lazer, de convívio interpessoal, de dedicação ao seu projeto de vida, com redução bastante significativa da produtividade em consequência do esgotamento do empregado. Causa prejuízo também ao empregador, que precisa utilizar os mecanismos de controle de jornada de trabalho, proporcionando-lhe a aferição da produtividade do empregado e permitindo ao obreiro saber exatamente o tempo trabalhado, a quantidade de horas extras laboradas e o valor a receber por elas. Isso evita que o empregador sonegue o pagamento das horas a receber e exija jornada fora dos limites permitidos por lei. (FOGAROLLI FILHO, 2015, p. 1).

O empregador deve fiscalizar a jornada de trabalho dos seus empregados, através de registro obrigatório, utilizando o controle de ponto, seja manual, mecânico ou eletrônico, quando tiver mais de dez empregados, conforme estipulam as leis trabalhistas, no art. 74, parágrafo 2 e o Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula 338. Caso não haja o registro determinado legalmente, existe uma presunção relativa de veracidade do direito alegado pelo empregado. O ordenamento jurídico limitou as horas a serem trabalhadas, visando à integridade e saúde física e mental do empregado, ao direito de desconexão, devendo-se ter a máxima atenção e tutela do Estado (THAYS BRASIL, 2015, p. 17).

Para a mesma autora (2015, p. 17), as empresas, como medida de solução para toda essa problemática, deveriam aumentar as suas contratações visando ao incremento do quadro de funcionários, e não utilizar horas extras superiores às permitidas e aumento de execução de atividades de labor fora do local de trabalho, através de recursos tecnológicos.

Fernanda Muraro Bonatto (2014, p. 3) afirma que, para as empresas minimizarem os riscos de pagamentos de indenizações por danos existenciais nas relações de trabalho, necessitam evitar a sobrejornada de trabalho, devendo tais situações ser aplicadas quando for preciso, como exceção, e não como regra.

Para esta autora, os mecanismos preventivos da tutela ao direito existencial repousam, no caso concreto do Direito do Trabalho, na adoção de boas práticas trabalhistas pelo empregador, que vão desde atuar de forma a manter os empregados orientados e conscientes dos seus direitos, educando-os para que

façam autogestão do seu tempo e, em caso de ocorrência de práticas abusivas, más práticas, até mesmo denúncias anônimas ao Ministério Público do Trabalho (MPT).

É fato que tal sugestão dificilmente se vê em prática no mundo real, pois as empresas mais se preocupam em se autoprotoger do que com o social.

#### 4.4.3 Dos instrumentos jurídicos repressivos da tutela ao direito existencial

O dano existencial caracteriza-se por um dano ao projeto de vida do indivíduo e comprometimento de uma vida de relações, decorrente, não raras vezes, de exploração do homem pelo homem. Tal situação é encontrada com frequência nas relações trabalhistas por hiperexploração da mão de obra humana e violação ao direito de lazer dos trabalhadores. O Estado, por sua vez, tem o dever de fiscalizar tais condutas abusivas e reprimi-las, para a proteção do hipossuficiente trabalhador. Quando isso não ocorre, deve o Estado garantir o acesso jurisdicional ao ofendido, a fim que este garanta a efetividade dos seus direitos sociais, de forma coativa, através de ações judiciais. O Estado deve não somente resolver o caso concreto de forma pontual, como reprimir a violação ao direito ao lazer, com o intuito de obter, cada vez mais, auferição de lucro, em detrimento da dignidade do empregado. (THAYS BRASIL, 2015, p. 39).

Além da tutela jurisdicional em si mesma, considerando os processos individuais em que o trabalhador busca o reconhecimento e a reparação do dano existencial, há ainda, como mecanismos de repressão ao dano existencial, as ações coletivas movidas pelo MPT, pois as Ações Civas Públicas (ACPs) possuem natureza de controle coletivo de más práticas trabalhistas, que têm por objetivo apurar, fazer cessar e punir os empregadores que pratiquem tal conduta ilícita.

As ACPs, por se tratarem de ações que visam tutelar direito difuso e coletivo, podem ser usadas para tratar de prática geral em determinado ambiente de trabalho. Têm atuação restrita, não podendo, em tese, ser utilizadas para tratar de casos individuais, nem buscar punição por dano existencial coletivo, pois, como já dito, o dano existencial incide de acordo com a prova e a natureza do caso concreto, portanto, sempre observando a especificidade de cada caso. Apesar de ser incompatível com a tutela coletiva, tal análise, em sede de ACPs, não impede o

pedido e deferimento do dano moral coletivo, pois, além de típico de ACPs, também, como já visto, o dano moral não possui impedimento de coexistir com o dano existencial.

Em outro giro verbal, significa dizer que o dano moral, no caso concreto, por se tratar de espécie *in re ipsa*, decorre da própria prática do ato ilícito, podendo ser deferido em sede de dano moral coletivo. Já o dano existencial, por se tratar de dano que depende da repercussão do fato para a vida de cada indivíduo, não pode ser objeto de jurisdição em sede de juízo coletivo.

Outro mecanismo de repressão do dano existencial é a atuação fiscalizadora da Delegacia Regional do Trabalho (DRT), que também tem por função zelar pela regularidade e respeito às normas de proteção ao trabalhador.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foram abordados múltiplos aspectos e institutos de Direito Civil e Direito do Trabalho, com o objetivo de se cotejar os elementos que deram ensejo e fazem parte da formação e surgimento desta nova espécie de dano, o dano existencial.

Aqui se viu, desde o início, histórico de alguns elementos, até o aprofundamento do estudo com a análise de vários doutrinadores, para, então, se chegar ao tema central em estudo: o dano existencial.

Conclui-se, portanto, através desta monografia, que:

I – A responsabilidade civil é um instituto jurídico que obriga todo aquele que causou prejuízo a alguém ressarcir o indivíduo lesado, deste que estejam presentes todos os pressupostos da responsabilidade, tais como, o dano, a conduta lesiva e nexo de causalidade, ressalvadas as causas de exclusão da responsabilidade civil.

II - A responsabilidade civil pode ser subjetiva, baseada na culpa do agente, ou responsabilidade objetiva, que independe de culpa, fundando-se na Teoria do Risco. Tem como função a garantia de que a vítima não ficará com o prejuízo, que seu direito lesado terá indenização pelo causador do dano, levando a uma segurança jurídica, pois evita que o homem queira fazer justiça com as próprias mãos, como nos primórdios.

III - Deve ser aplicado o instituto da responsabilidade civil toda vez que alguém comete um dano injusto a outrem. O pressuposto dano é de suma importância para essa aplicação, pois não há que se falar em dever de indenizar se não houver o dano, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, pois assim haveria enriquecimento ilícito para aquele que recebesse tal montante.

IV - O instituto da responsabilidade civil é bastante aplicado na seara trabalhista, uma vez que se observa, na relação de trabalho, que o empregador, utilizando-se de seu poder diretivo, impõe condutas e normas a serem seguidas por seus empregados, parte hipossuficiente na relação. Tal conduta resulta na violação de inúmeros direitos trabalhistas, muitos deles passando por cima de valores e garantias constitucionais, como a própria dignidade humana, interferindo não apenas na relação de trabalho, mas chegando a atingir o indivíduo como pessoa, sua

essência, seus projetos de vida pessoal, relações interpessoais, seu sentimento mais profundo, a felicidade. Não pode deixar de ser responsabilizado o empregador por todo o dano causado ao empregado, que, na maioria das vezes, suporta tal imposição e interferência por ter no seu trabalho o único meio de se manter. Não pode o ordenamento jurídico permitir tamanho prejuízo ao empregado, devendo ser aplicado o instituto da responsabilidade civil ao empregador, para que este indenize todo o dano causado.

V– O dano é um dos pressupostos essenciais para que haja a responsabilidade civil com o dever de indenizar. Sem ele, não há que se falar em indenização. Pode o dano ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, devendo haver a prova judicial do dano sofrido. O dano patrimonial é o prejuízo causado a um direito mensurável economicamente, englobando tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, devido à ideia da reparabilidade integral ao prejudicado.

VI – Com relação ao dano extrapatrimonial moral, há uma divergência doutrinária sobre sua conceituação, pois muitos autores se referem erroneamente a tal dano, como o sofrimento causado ao indivíduo, a dor, a angústia provocada na alma humana. Porém, a doutrina moderna acertadamente se refere ao dano moral como o dano aos direitos da personalidade, cujo conteúdo não tem natureza pecuniária. O sentir humano é a consequência provocada pelo dano ao homem, não necessita ter a sua presença para que haja o dever de indenizar imputado pela responsabilidade civil. Sem dúvida, isso mostra que o Direito evoluiu no tempo, buscando preservar a integridade do homem como um todo.

VII – No dano moral, por ser de difícil mensuração, pelo fato de seu conteúdo não ter natureza pecuniária, o magistrado, na fixação do *quantum* indenizatório, deve utilizar critérios preestabelecidos na lei, na doutrina ou na jurisprudência, avaliando a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, sempre fundamentando sua decisão.

VIII – O dano estético, assim como todas as espécies de dano, resulta em reparação ao ofendido em decorrência da aplicação da responsabilidade civil ao ofensor. Este dano caracteriza-se por prejuízo à estética do ofendido, mexendo com a autoestima e provocando sensação de inferioridade. Para caracterizar esse dano, ele deve ser

duradouro, com uma alteração considerável da harmonia física do indivíduo, fazendo uma comparação com o tempo antes e após o dano.

IX - O instituto da responsabilidade civil é aplicado toda vez que há prejuízo a um direito de alguém, sendo o dano estético um dano extrapatrimonial que fere o direito à imagem da pessoa humana. É uma nova modalidade de dano extrapatrimonial, não se podendo confundir com o dano moral, pois sua ofensa é bem específica, afeta, de forma duradoura, a integridade física, provocando na vítima complexo de inferioridade perante os outros, enquanto o dano moral é a ofensa aos direitos da personalidade, tais como a honra e o bom nome, permitindo a ordem jurídica haver cumulação de indenização por danos morais e danos estéticos.

X – A relação de emprego é, na sua essência, uma relação em que prepondera a desigualdade, na qual o empregador, com seu poder diretivo, dita regras a serem obedecidas pelo empregado, e este, por encontrar-se em situação de subordinação, para poder manter seu emprego, termina acatando as ordens dadas, muitas vezes, ferindo seus direitos. A relação de trabalho é, assim, propícia para a ocorrência de danos, sejam de ordem patrimonial ou moral. Os danos morais causados ao empregado são provocados pelo empregador, visando somente ao seu próprio benefício, ferindo direitos da personalidade e não respeitando a dignidade humana. Apesar de ser mais frequente o dano moral no empregado, não impede de ocorrer no empregador, devendo os direitos da personalidade ser protegidos na relação de emprego.

XI – O dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial, que se caracteriza por causar prejuízo ao projeto de vida do indivíduo ou à sua vida de relações, enfim, o dano existencial fere a própria existência humana, a liberdade de escolha do indivíduo em conduzir sua vida, a dignidade humana e os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, tais como o lazer, ou direito de desconexão.

XII – O dano existencial não pode ser confundido com o dano moral, apesar de alguns julgados tratarem ambos como sinônimos, ou uma parte da doutrina ter tal entendimento. Razões não assistem a associá-los, pois o dano moral é um dano a direitos da personalidade, que não tem na sua natureza repercussão patrimonial, enquanto que o dano existencial, além de exigir todos os pressupostos da responsabilidade civil – dano, nexo causal e conduta do agente – para que haja a

reparação ao lesado, tem dois elementos que são imprescindíveis estar presentes: dano ao projeto de vida do indivíduo ou dano à vida de relações, não encontrados no dano moral. Além de o dano existencial provocado independe de repercussão econômica ou financeira, sendo considerado por alguns doutrinadores como dano consequência, pois provoca prejuízo na sua qualidade de vida ao mexer com o cotidiano do ofendido, ele é uma nova espécie de dano extrapatrimonial, autônomo do dano moral, podendo haver cumulação de ambos para a responsabilização civil do seu causador.

XIII – O dano existencial se faz presente nas relações de emprego, e é reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileira, sendo aplicado o instituto da responsabilidade civil para justificar sua reparação, desde que presentes todos os pressupostos exigidos.

XIV – O dano existencial ocorre nas relações de emprego, quando o empregador impõe situações ou atividades laborais que interferem no projeto de vida do empregado ou em sua vida de relações, como exemplo, jornadas de trabalho excessivas, além do permitido por lei, ou imposições de metas a serem atingidas pelo empregado, pois este termina por dedicar todo o seu tempo ao labor, abrindo mão de projetos pessoais, de convívio com amigos, familiares, de ter uma vida social extralaboral, resultando em enormes prejuízos. O dano provocado fere a sua existência como pessoa humana, a liberdade de condução de sua própria vida, ocasionando-lhe, muitas vezes, a infelicidade, e passa por cima do direito e das garantias tuteladas pelo ordenamento jurídico. O dano existencial é inadmissível, devendo utilizar, para tal, instrumentos preventivos e repressivos.

XV – O trabalho não pode afetar a vida pessoal do indivíduo, alterando o curso da sua história, não pode podar sua liberdade de escolha, impondo uma condução diferente ao seu projeto de vida, nem causar-lhe isolamento social, por intervir na sua vida de relações, provocando infelicidade ao indivíduo. Quando o labor afeta alguma dessas questões levantadas, caracteriza um prejuízo que é considerado como dano existencial, ou seja, é um dano à existência humana. O reconhecimento desse dano vem crescendo progressivamente por todo o mundo, não podendo se confundir com outras espécies de danos já existentes, porque nele se encontram

presentes elementos bem específicos – dano ao projeto de vida ou dano a uma vida de relação – não achados em outros danos existentes.

XVI – Assim, conclui-se que o dano existencial é uma nova espécie de dano, autônomo, com requisitos de incidência e ocorrência específicos, que não se confundem com o dano moral, e que tem por imprescindível a prova da alteração de projetos individuais do empregado e alienação social, como fruto da exigência demasiada de labor do empregado.

XVII – O dano existencial ocorre muito nas relações de emprego, pois o empregador, visando, cada vez mais, ao lucro, utiliza do seu poder diretivo exigindo do empregado sobrejornadas de trabalho. O próprio avanço tecnológico permite o prolongamento do labor fora do horário de trabalho, uma vez que facilita o acesso do empregador ao empregado, impondo-lhe atividades fora do seu horário laboral, reduz o tempo que o empregado tem para dedicar a si mesmo, aos seus projetos pessoais, a manter relações familiares e afetivas, poder acompanhar o crescimento de seus filhos e à condução de sua educação, causando frustração a projetos pessoais traçados e à vida de relações.

XVIII – Como tutela jurisdicional, se viu aqui que é possível o ressarcimento ao empregado por dano existencial, decorrente do prejuízo sofrido em razão da alteração do projeto de vida, ou ao prejuízo de uma vida de relações, podendo haver cumulação de indenização com o dano moral.

XIX – Logo, o que se propõe com esta conclusão é demonstrar que

- a) o dano existencial é uma nova espécie de dano extrapatrimonial, autônomo, independente de outras espécies existentes e que não deve ser confundido com o dano moral.
- b) o dano existencial, na seara trabalhista, frente à hipossuficiência do empregado e ao poder diretivo do empregador, pode ser evitado através da adoção de boas práticas trabalhistas por parte do empregador, que vão desde manter o empregado consciente de todos os seus direitos, perpassando por respeito a esses direitos e, principalmente, ao empregado, como ser humano, até a utilização de medidas repressivas através de tutelas jurisdicionais e fiscalização pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial à tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, ano 6, n. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O dano existencial e o direito do trabalho**. 2013. Disponível em: <[www.aplicação.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39828/011\\_alvarenga\\_bouc\\_inhasfilho.pdf?sequence=1](http://www.aplicação.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39828/011_alvarenga_bouc_inhasfilho.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 06 abr. 2015.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Cleder. **Responsabilidade civil aplicada ao direito do trabalho: acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e assédio moral**. Disponível em: <[www.clederaraujo.jusbrasil.com.br/artigos/112492680/responsabilidade-civil-aplicada-ao-direito-do-trabalho-acidentes-de-trabalho-doencas-ocupacionais-e-assedio-moral](http://www.clederaraujo.jusbrasil.com.br/artigos/112492680/responsabilidade-civil-aplicada-ao-direito-do-trabalho-acidentes-de-trabalho-doencas-ocupacionais-e-assedio-moral)>. Acesso em: 13 out. 2015.

BARBIERO DA SILVA, William. **O direito à desconexão: um direito fundamental ao não trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. Artigo. (Curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho). Fundação Escola da Magistratura do Trabalho, Porto Alegre. Disponível em: <[www.femargs.com.br](http://www.femargs.com.br)>. Acesso em: 13 out. 2015.

BARBOZA, Jovi Vieira. Dano Moral. **O Problema do Quantum Debeatur nas Indenizações por Dano Moral**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2012.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – Breves considerações. **Revista LTR – Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 73. n. 1, jan. 2009.

BONATTO, Fernanda Muraro, O reconhecimento do dano existencial na jurisprudência trabalhista. 2014. Disponível em: <[www.santossilveiro.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Dano-existencial.pdf](http://www.santossilveiro.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Dano-existencial.pdf)>.2014

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, v. 46, n. 91, julho/dezembro 2013. (BRP)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo RR1548020135040016. Ementa. Relator: João Oreste Dalazen. Brasília, 31 mar.2015. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 out. 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência CC110924 SP

2010/0041857-0. Processo cc 110924 / SP. Ementa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi (1118). Brasília, 28 mar. 2011. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR 14439420125150010 (TST). Ementa. Recorrente: Município de Itirapina. Recorrido: Márcio Henrique Martins. Relatora: Maria de Assis Calsing. Brasília, 15 abr. 2015. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 550.357 RS. Agravante: Vitarça Tecnologia em Alimentos Ltda. Agravado: Gilberto Zolotorevsky Alves Júnior. Relator: Ministro Raul Araújo (1143). Brasília, 16 abr. 2015. Disponível em: <[stj.jusbrasil.com.br](http://stj.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 13 out. 2015

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **CLT**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **STJ**. Súmula 37, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Thays. **O Dano Existencial aplicado ao Direito do Trabalho**. 2015. Disponível em: <[thaysbrasil.jusbrasil.com.br/artigos/160189540/o-dano-existencial-aplicado-ao-direito-do-trabalho](http://thaysbrasil.jusbrasil.com.br/artigos/160189540/o-dano-existencial-aplicado-ao-direito-do-trabalho)>. Acesso em: 17 out. 2015

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho. Parte II. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª. Região**. 2010.

Disponível em:

<[www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;4000880193](http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;4000880193)>. Acesso em: 17 out. 2015.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. Direito Individual e Coletivo. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009.

CALVET, Otavio Amaral. **O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho**. 2006. Disponível em:

<[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/otavio\\_calvet\\_direito\\_ao\\_lazer.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2015.

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

COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**, ano 1, n. 1, jan/jun 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3**. Responsabilidade Civil. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FOGAROLLI FILHO, Paulo Roberto. Controle de jornada de trabalho beneficia empresa e empregado. 2015. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2015-abr-11/controle-jornada-trabalho-beneficia-empresa-empregado](http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/controle-jornada-trabalho-beneficia-empresa-empregado)>. Acesso em: abr. 2015.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano 23, n. 577, dez. 2011.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do Direito comparado. **Revista Forense**. ABDR. Rio de Janeiro, ano 106, v. 411, set/out 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONTIJO, Carmen Victor Rodrigues. **A responsabilidade civil do empregador em face das condutas lesivas ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador**. 2010. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8482](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8482)>. Acesso em: 14 out. 2015.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 15, v. 57, jan/mar., 2014.

\_\_\_\_\_. **O Dano Estético**. Responsabilidade Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARETO. Elisângela Belote. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2014. Disponível em: <drwelitonrogeralton.jusbrasil.com.br/artigos/111560645/do-direito-a-desconexao-do-trabalho>. Acesso em: 28 jul. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região. Processo: RO 01055201410603000 0001055-62.2014.5.03.0106. Recorrente: Helindemberg de Lima Costa. Recorrido: FL Logística Brasil Ltda. (1) e Spal – Indústria Brasileira de Bebidas S.A. Relator: Convocado Rodrigo Ribeiro Bueno. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: 06 ago. 2015. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 21 out. 2015.

MORAES, Gardênia Borges. **Dano Moral nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista LTR – Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 78, n. 8, agosto 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O Dano Pessoal no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTR, 2002.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª. Região. Processo: RO 00011814520115014121 RS 0001181- 45.2011.5.04.0121. Ementa. Recorrente: Clóvis Cirilo Silva dos Santos (1). WMS Supermercados do Brasil Ltda.(2). Recorrido: Os mesmos. Relator: João Batista de Matos Danda. Órgão: 1ª Vara do Trabalho de Rio Grande. Julgado em 30 out. 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª. Região, 1ª. Turma. Acórdão: 0002125-29.2010.5.04.0203 RO. Recorrente: Rita de Cássia Leal Souza. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator. Relator: José Felipe Ledur.

Órgão: 1a Vara do Trabalho de Rio Grande. Julgado em 30 out. 2013. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 27 jul. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª. Região, 2ª. Turma. RO 0001133-16.2011.5.04.0015. Recorrente: Luciano Soares Maciel (1). WMS Supermercados do Brasil Ltda Recorrido: Os mesmos. Relator: Desembargador Raul Zoratto Sanvicente. Julgado em 18 abr. 2013. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho, 29ª.. RO 00002531120135040029 RS0000253-11.2013.5.04.0029. Recorrente: Fernanda Lauls Nunes. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator: Alexandre Corrêa da Cruz. Vara do Trabalho em Porto Alegre. Julgado em 15 maio 2014. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 21 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. Processo: RO 00263001220095040401 RS 0026300-12.2009.5.04.0401. Recorrente: Gilberto Becker. Construtora Guaíba Ltda. Recorrido: Os mesmos. Relator: Fernando Luiz de Moura Cassal. Julgado em 27 mar. 2014. 1a Vara do Trabalho de Caxias do Sul. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 21 out. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª. Turma. RO 00016097420125010024 RJ. Recorrente: Bianca de Souza Camelo Moura. Recorrido: Nextel Telecomunicações Ltda. Relator: Leonardo Dias Borges. Julgado em 03 set. 2004. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 20 out.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho, 7ª. Turma. RR 01538005420095010204 RJ. Recorrente: Nokia Solutions and Networks do Brasil Serviços Ltda. Recorridos: Nokia Siemens Network Telecomunicações do Brasil Ltda. e Telemar Norte Leste S/A. Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Julgado em 16 abr. 2015. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 20 out.2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTR, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. A reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho 12. Processo: RO 00030980320145120047 SC 0003098-03.2014.5.12.0047. Acórdão. Recorrente: Sandro Marcelo Dias (1) e Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos. Recorridos: Os mesmos. Relator: Jose Ernesto Manzi. Publicado em 16 set. 2015. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 21 out. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A responsabilidade subjetiva e objetiva da empresa em face do novo Código Civil**. 2003. Disponível em: <[www.portal.trt15.jus.br/documents/124965/125420/Rev23Art9.pdf/5250383e-ead5-](http://www.portal.trt15.jus.br/documents/124965/125420/Rev23Art9.pdf/5250383e-ead5-)

47fd-978f-5f9265a037da>. Acesso em: 13 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da Erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Nereida Veloso. **Dano Estético**. São Paulo: LTR, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Método, 2011.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do Direito Fundamental ao lazer nas relações de emprego**. 2012. Disponível em: <[www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/adriana%20brasil%20vieira%20wyzkowski%20-%20dissertação.pdf.2012](http://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/adriana%20brasil%20vieira%20wyzkowski%20-%20dissertação.pdf.2012)>. Acesso em: 17 out. 2015.

ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua reparação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.