



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAYSSA ROCHA RAMOS

**O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO EM
DECORRÊNCIA DO EXCESSO DE JORNADA LABORAL**

Salvador

2015

RAYSSA ROCHA RAMOS

**O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO EM
DECORRÊNCIA DO EXCESSO DE JORNADA LABORAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Josaphat Marinho Mendonça

Salvador

2015

ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nesta data do mês de _____ do ano de dois mil e quinze, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/Bahia, reuniu-se a banca examinadora para aferição da monografia de final de curso abaixo identificada. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência do orientador e integrantes que passaram a arguir o aluno (a). A banca examinadora atribuiu ao graduando (a) as seguintes notas:

Aluno (a): Rayssa Rocha Ramos

Monografia: O dano existencial nas relações de emprego em decorrência do excesso de jornada laboral

Prof. Orientador: Josaphat Marinho Mendonça

Nota: (_____) Assinatura _____

Membros da Banca:

1. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura _____

2. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura _____

Observações:

Salvador, ____ de _____ de 2015

RESUMO

A presente pesquisa tem como cerne de estudo a caracterização do dano existencial nas relações de trabalho em decorrência do excesso de jornada laboral. A reflexão do tema é extremamente relevante nas relações jurídicas, especialmente, nas relações de trabalho, tendo em vista que estas têm um histórico pautado na violação de direitos, incluindo-se os que estão assegurados constitucionalmente: os direitos fundamentais. O histórico do Direito do Trabalho mostra que até ser construída uma legislação protetiva aos operários, estes foram explorados, massacrados, humilhados, vez que durante muito tempo foi uma mão-de-obra barata. Ademais, até mesmo as crianças faziam parte desse grupo escravizado. Mesmo após inúmeras evoluções na seara trabalhista, é patente que ainda hoje esses mesmos direitos supramencionados, continuam sendo violados, conforme será demonstrado ao longo da monografia. Diversas situações, que decorrem da relação trabalhista, ensejam o dano existencial, porém, trazer-se-á, em destaque, à baila, o dano à existência em decorrência de um excesso de jornada imposto ao empregado, impossibilitando-o de fazer suas escolhas e impondo decisões exclusivas do empregador. O tema ora tratado demonstra que em muitas situações a vida pessoal do empregado é limitada/prejudicada, cabendo uma reparação cível ao operário. Este trabalho monográfico comprova que, mesmo havendo dificuldades dos Tribunais em identificar o dano existencial, este permeia o ordenamento jurídico. Desse modo, o enfoque é demonstrar que há ainda uma precariedade com relação à concretude e proteção dos direitos trabalhistas, uma vez que o empregador ainda se utiliza da hipossuficiência do empregado para benefício próprio, assim como para explorar a mão-de-obra operária.

Palavras-chave: responsabilidade civil; relação de trabalho; dano existencial; direitos sociais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|------------------------------------|
| art. | artigo |
| CC | Código Civil |
| CF/88 | Constituição Federal da República |
| CPC | Código de Processo Civil |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |
| Des. | Desembargador |
| HC | <i>Habeas Corpus</i> |
| Rel. | Relator |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| CLT | Consolidação das Leis Trabalhistas |
| Min. | Ministro |

Sumário

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL | 9 |
| 2.1 ESCORÇO HISTÓRICO | 11 |
| 2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 14 |
| 2.2.1 Conduta..... | 14 |
| 2.2.2 Culpa | 15 |
| 2.2.3 Nexo de causalidade | 16 |
| 2.2.4 Dano | 17 |
| 2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL | 18 |
| 2.4 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 21 |
| 2.4.1 Princípio da reparação integral..... | 23 |
| 2.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL | 24 |
| 2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR | 26 |
| 3 DANO | 29 |
| 3.1 DANO PATRIMONIAL..... | 31 |
| 3.1.1 Danos emergentes | 34 |
| 3.1.2 Lucros cessantes | 35 |
| 3.1.3 Perda de uma chance..... | 36 |
| 3.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL..... | 37 |
| 3.2.1 Danos morais..... | 39 |
| 3.2.2 Dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana | 41 |
| 3.2.3 A caracterização do dano moral nas relações de emprego | 43 |
| 3.2.4 Dano estético | 50 |
| 3.2.5 Dano biológico | 52 |
| 3.2.6 Dano existencial | 53 |
| 3.2.6.1 A dignidade da pessoa humana e a necessidade de proteção das relações | 55 |
| 3.2.6.2 Dano existencial como espécie de dano imaterial..... | 58 |
| 4 JORNADA DE TRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 62 |
| 4.1 DISTINÇÃO ENTRE DURAÇÃO DO TRABALHO, JORNADA DE TRABALHO E HORÁRIO DE TRABALHO | 63 |
| 4.2 JORNADA DE TRABALHO | 64 |
| 4.2.1 Jornada suplementar | 66 |

| | |
|--|------------|
| 4.3 TEMPO EFETIVAMENTE TRABALHADO X TEMPO À DISPOSIÇÃO | 67 |
| 4.4 TEMPO DE SOBREAviso E TEMPO DE PRONTIDÃO | 69 |
| 4.5 CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO | 73 |
| 4.5.1 Jornadas controladas | 73 |
| 4.5.2 Jornadas não controladas | 74 |
| 4.5.2.1 Atividade externa incompatível com o controle de jornada | 74 |
| 4.5.2.2 Exercentes de cargo de gestão | 75 |
| 4.6 JORNADA NOTURNA..... | 76 |
| 4.7 TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO..... | 77 |
| 4.8 JORNADA EXTRAORDINÁRIA | 78 |
| 4.8.1 Jornada de prorrogação | 78 |
| 4.8.1.1 Hipótese de jornada extraordinária lícita | 79 |
| 5 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO | 83 |
| 5.1 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO EM RAZÃO DO EM RAZÃO DO EXCESSO DE JORNADA LABORAL..... | 84 |
| 5.1.1 Responsabilidade civil do empregador pelo excesso de jornada..... | 94 |
| 5.1.1.1 Responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida..... | 95 |
| 5.1.1.2 O reconhecimento da conduta ilícita no excesso de jornada..... | 98 |
| 5.1.2 A (in) aplicabilidade do dano existencial em jornadas não-controladas..... | 102 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 109 |
| REFERÊNCIAS..... | 110 |

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, para compreender a matéria discutida na presente pesquisa, faz-se mister trazer à baila algumas noções gerais referentes a responsabilidade civil e, conseqüentemente, partir-se-á à análise da responsabilidade civil no Direito do Trabalho.

Em razão deste estudo se tratar de uma análise pautada na relação de trabalho, é imprescindível entender e perceber até onde é permitida a intervenção do empregador na vida pessoal e social do empregado e, a partir disto, as possíveis situações que ensejariam a responsabilidade civil do empregador.

Desta forma, traz-se um aprofundamento maior no que consiste a responsabilidade civil e suas espécies, quando ela se mostrar apta a ser aplicada e de que forma está relacionada ao direito do trabalho.

Para ensejar uma responsabilidade civil, necessariamente deve haver um dano, uma lesão a direitos de um indivíduo, caracterizando assim algumas modalidades de dano que compõem o ordenamento jurídico, como o dano patrimonial, extrapatrimonial e suas subespécies, além do dano à existência.

Em razão do dano moral ter passado por uma “vulgarização”, há uma resistência muito grande da doutrina e da jurisprudência em visualizar a espécie dano existencial.

Antes de aprofundar no tema “dano existencial no Direito do Trabalho”, é imprescindível a análise do dano existencial na área cível, contexto na qual originalmente surgiu.

Com relação à configuração do dano existencial no Direito do Trabalho, já há uma maior flexibilização, sendo reconhecida essa lesão em decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme será demonstrado no presente trabalho.

Nessa pesquisa, será abordado como o dano existencial repercute diretamente no projeto de vida e na vida de relação da vítima, violando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente o direito ao lazer. Especificamente, tratar-se-á sobre o dano existencial decorrente do excesso de

jornada laboral quando desrespeitado o limite estabelecido pela Constituição Federal.

O dano existencial ainda pode se configurar em razão de outros descumprimentos patronais, refletindo até mesmo em danos à saúde. Contudo, tais danos serão apenas mencionados nessa pesquisa, visto que o cerne deste trabalho é com relação ao dano existencial como consequência do excesso de jornada laboral.

O tema dano existencial é pré constituído com base nesses conceitos, sendo muito influenciado em tais institutos, vez que a sua essência se resume a compensar a lesão causada à vítima, gerando assim a necessidade de da responsabilização.

Visto isso, analisar-se-á como o dano existencial pode impactar na vida – e na violação de direitos - de um indivíduo, afetando seu futuro, suas perspectivas, sonhos, desejos, além das relações familiares, sociais, profissionais e afetivas de uma pessoa.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil busca, através dos seus princípios, restaurar um equilíbrio patrimonial e/ou moral do sujeito lesado, vez que um estrago não reparado ensejará, em algum momento, incômodo à vítima.¹ Nesse sentido, os ordenamentos visam cada vez mais reparar/compensar os danos causados com a finalidade de evitar a constância dessas lesões irrisarcidas².

Veza que falar-se-á sobre lesões irrisarcidas, é fundamental se atentar às características de um dano reparável. Assim, a primeira ideia que surge a respeito da expressão “dano reparável” é a possibilidade de consertar, reparar aquele dano ocasionado.

O dano reparável é aquele de natureza jurídica, no entanto, nada obsta que possuam, concomitantemente, características de cunho moral, social, ético.³ Isso evidencia, portanto, o que dispõe o Código Civil sobre a possibilidade de uma reparação – indenização – quando houver uma violação simplesmente moral.

O termo responsabilidade civil faz referência à ideia de reparação de um dano, uma recomposição daquilo que sofreu uma lesão desde que haja prejuízo, caso contrário, não há que se falar em obrigação em indenizar.⁴

O referido instituto é dividido em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva, havendo ainda uma divisão no âmbito da responsabilidade contratual e extracontratual.

A categoria da responsabilidade subjetiva determina que havendo o elemento culpa, estará configurado o dano que vai ensejar uma reparação, enquanto que a objetiva sustenta que a culpa não é elemento determinante, haja visto que há situações em que mesmo sem haver culpa, nascerá o direito à indenização.⁵

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.1 e 2

² *Ibidem*, p. 2

³ *Ibidem*, *loc. cit*

⁴ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 93

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p. 2

O mais importante é analisar e identificar quando a conduta praticada pelo agente vai ser um dano, dependendo a partir de aí quando deverá indenizar ou não. Logo, um indivíduo pode ser responsabilizado independentemente de ter ou não praticado um ato antijurídico.

Nessa toada, o dano pode ser direto – quando praticado pelo próprio causador do dano – ou indireto – terceiro que, no ordenamento jurídico brasileiro, está ligado ao ofensor. Caso o agente que tenha ocasionado o dano não possa ser identificado, a vítima arcará com o prejuízo.⁶

Essa isenção de responsabilidade se justifica pela impossibilidade de impor uma conduta de reparação a um indivíduo inocente. Perante essa situação, o mais correto é não imputar uma responsabilidade, mesmo havendo uma violação.

A questão era que, mesmo com a crescente divulgação da responsabilidade civil, havia ainda lacunas não tratadas, lacunas estas que eram mitigadas em razão da prioridade disponibilizada ao ato ilícito.

Assim, em determinado momento, com base na evolução da teoria da responsabilidade subjetiva, a teoria da responsabilidade civil não é mais pautada exclusivamente no ato ilícito, enfatizando, portanto, o ato que gerou o dano.⁷

Desse modo, em razão da ausência de fundamentação à teoria da culpabilidade, surgiu a teoria do risco, que sustenta que será responsável pela indenização aquele que causou ou dano/risco, mesmo que aplicasse toda a cautela e cuidado para evitar a lesão.⁸

Diante desse cenário, com a evolução societária, o ordenamento jurídico foi ampliando cada vez mais o alcance da responsabilidade civil, conforme pode se observar, por exemplo, no direito do consumidor, no Direito do Trabalho.

Venosa observa que para configurar a obrigação de indenizar, são imprescindíveis alguns elementos, quais sejam: conduta; nexos causal, dano e culpa.⁹ Contudo, a presença do elemento culpa vem sendo flexibilizada, devendo ser

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p. 4

⁷ *Ibidem*, p.7

⁸ *Ibidem*, p.6

⁹ *Ibidem*, p.5

dispensado, vez que a jurisprudência tem tentado alargar cada vez mais, as hipóteses de cabimento de indenização.

Acresça-se que, de outro lado, há ainda as categorias de responsabilidade contratual e extracontratual.

A responsabilidade extracontratual tem seu objeto central na ocorrência de um ato ilícito, pois em que pese não exista vínculo contratual entre o agente e a vítima, há uma conexão legal, vez que decorre de violação de direito ou conduta que cause dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral.¹⁰

Já com relação à responsabilidade contratual – ou negocial, pois decorre de um contrato celebrado -, pode se desdobrar também por meio de atos unilaterais de vontade, como uma promessa de recompensa, a gestão de negócios.¹¹

A responsabilidade extracontratual tem seu objeto central na ocorrência de um ato ilícito, pois em que pese não exista vínculo contratual entre o agente e a vítima, há uma conexão legal, vez que decorre de violação de direito ou conduta que cause dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral.¹²

Já com relação à responsabilidade contratual – ou negocial, pois decorre de um contrato celebrado -, pode se desdobrar também por meio de atos unilaterais de vontade, como uma promessa de recompensa, a gestão de negócios.¹³

Assim, com os pequenos passos que a responsabilidade civil foi dando no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu a espécie dano, categoria essa subdividida em dano material/patrimonial e dano extrapatrimonial/moral.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

O instituto da responsabilidade civil é contemporâneo, tendo surgido pela primeira vez no Direito francês, no final do século XVIII, estando na legislação

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p. 2

¹¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹² *Ibidem, p. 6*

¹³ *Ibidem, loc.cit.*

francesa a sua primeira formulação expressa, dissipando-se assim pelos outros ordenamentos jurídicos.¹⁴

O primeiro Código Civil brasileiro foi criado em 1916, mantendo muitos dos dispositivos previstos no código civil francês. Em 2002 adveio o Novo Código Civil, passando a vigorar em 2003, mas sem extremas alterações.

Contudo, em que pese o Novo Código Civil tenha mantido a formatação do Código de 1916, ele trouxe uma alteração substancial: a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral através do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é uma espécie do direito obrigacional que quando há a ocorrência de um ato ilícito faz nascer uma obrigação de reparação, a qual se resolve em perdas e danos.¹⁵

Alguns juristas entendem que os termos obrigação e responsabilidade possuem o mesmo significado e uma corrente entende que essa compreensão está equivocada, devendo ser diferenciados.

Primeiramente, atente-se que uma obrigação decorre da lei ou da vontade das partes, devendo ser cumprida voluntariamente. Todavia, quando essa obrigação não é cumprida de forma espontânea, eis o momento em que surge a responsabilidade.¹⁶

Ora, a lógica demonstra por si só que não como confundir tais institutos, visto que em verdade um decorre do outro, ou seja, a responsabilidade civil é o resultado, o produto de um inadimplemento obrigacional.

De forma mais minuciosa, significa que a responsabilidade civil surge quando o devedor não cumpre uma obrigação sua constante no contrato ou age em desconformidade com o ordenamento que rege sua vida.¹⁷

Conclui-se, portanto, que responsabilidade civil é a circunstância de indenizar a lesão, podendo ser esta uma lesão moral ou patrimonial.¹⁸

¹⁴ *Ibidem*, p. 2

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p.45

¹⁶ AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.13

¹⁷ *Ibidem*, p.14

¹⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

Para chegar até a ideia de reparação de um dano através da responsabilidade civil é necessário lembrar o início dos tempos e o tratamento que era dado quando configurado um dano aos indivíduos.

Nos primórdios havia uma provocação direta ao ofendido, razão pela qual imperava a vingança privada, uma forma brutal, mas ao mesmo tempo humana, utilizada por todos, para solucionar e reparar aqueles danos causados. Em razão da aplicação de uma vingança privada, esta passou a ser regulamentada, resultando na aplicação da lei do talião “olho por olho, dente por dente”.¹⁹

Até então não havia uma diferenciação entre os delitos mais graves (delitos públicos) e os de natureza privada - não havia uma distinção entre “pena” e “reparação”. Por isso, em um determinado momento, os romanos, passaram a fazer tal separação, de forma que o Estado tomou para a si a função de punir, quando dos delitos públicos e, com relação aos privados, tal responsabilidade cabia à vítima.²⁰

Portanto, quando o Estado começou a exercer a função repressiva, surgiu a figura da indenização e, assim, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal passaram a caminhar lado a lado.²¹ Eis que surge a figura da indenização.

A palavra indenizar deriva do latim *indemne* que significa intacto, íntegro, sem dano. Logo, o termo indenização perpetua o sentido de retirar o prejuízo, ou seja, retornar ao estado anterior. No entanto, como nem tudo é absoluto, no que se refere ao dano moral, não existe a possibilidade de retorno ao estado que antecede a lesão, havendo apenas a chance de uma compensação.²²

Hoje, havendo a figura da responsabilidade civil – inclusive perante o dano moral -, o que ocorre é uma entrega determinada de quantia de dinheiro para que tal montante seja utilizado como meio de suprimir o desgaste causado à vítima, visto que a reparação do dano, propriamente dito, não é viável. O mesmo não se pode dizer com relação ao dano material, já que esse é passível de reparação, retorna-se ao estado anterior e o dinheiro entregue objetiva pagar as despesas e prejuízos

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 47

²⁰ *Ibidem*, p. 47/48

²¹ *Ibidem*, p. 48

²² DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 94

(dano emergente) e aquilo que a vítima deixou de perceber (lucros cessantes) em razão da lesão sofrida.²³

Por um tempo, a responsabilidade civil estava sendo insatisfatória. Porém, com o tempo, o progresso mundial e a multiplicação dos danos, acabou surgindo novas teorias com o objetivo de oferecer mais proteção às vítimas desses danos, facilitando assim a instauração da responsabilidade civil.²⁴

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Prevalece hoje uma divergência com relação aos pressupostos de responsabilidade civil. Há quem defenda que existem apenas três pressupostos da responsabilidade civil, como Maria Helena Diniz, e quem sustente que são quatro, conforme preleciona Venosa.

Em razão de existir a culpa como elemento da teoria do risco, serão analisados os quatro pressupostos trazidos por Silvio, ressaltando que nem sempre será exigido o referido elemento.

2.2.1 Conduta

A conduta pode ser omissiva ou comissiva e pode ocorrer através de um ato lícito ou ilícito. Via de regra, quando houver prática de atos ilícitos, a responsabilização vai surgir em razão da culpa. Assim, aquele que agisse contra o ordenamento, praticaria um ato ilícito e deveria ser responsabilizado por tal se causasse dano a outrem.²⁵

Contudo, nem sempre a responsabilidade estará vinculada à ideia de culpa.

²³ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 48

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**. 5.ed. Saraiva. 2011. p. 53

Para tanto, destaca-se que a responsabilidade pode ocorrer quando houver prática de ato em conformidade com a lei, anulando a relação culpa e dano, e deslocando a responsabilidade para o risco.²⁶

O agente ofensor poderá ser identificado como responsável pela ocorrência da lesão ainda que ele não tenha sido aquele que praticou o ato danoso.

A responsabilidade do agente pode decorrer de um ato dele mesmo, mas também pode ser por um ato de terceiro que seja de responsabilidade dele e ainda por coisas que estejam sob a sua guarda.²⁷

O fundamento da responsabilidade por ato próprio advém do próprio princípio da teoria da reparação, pois se alguém, por conduta pessoal, infringir dever legal ou social, prejudicar outrem, tem obrigação de reparar o dano/lesão.²⁸

Já com relação à responsabilidade por ato de terceiro, ocorrerá não por um ato próprio, mas por ato daquele que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição dele.

Essa responsabilidade por ato de terceiro visa proteger a vítima. Por fim, o agente será obrigado a reparar quando o dano for causado por coisa ou animal que estava sob a sua proteção.²⁹

2.2.2 Culpa

O segundo requisito para que haja a responsabilidade pela reparação do dano é culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo.³⁰ Esse elemento ocupa posição preponderante na ideia da responsabilidade subjetiva.

A legislação prevê que se um indivíduo causar dano a outrem através de uma conduta omissiva ou comissiva voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, estará ele obrigado a reparar. Nessa situação, a vítima deverá fazer

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**. 5.ed. Saraiva. 2011. p. 53

²⁷ *Ibidem, loc.cit.*

²⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 18.ed. Saraiva. 2000. p. 14

²⁹ *Ibidem*, p. 15

³⁰ *Ibidem*, p. 16

prova de que aquele comportamento do agente causador tenha sido doloso ou ao menos danoso.³¹

Em casos de culpa, o dano ocorrerá em razão de uma impudência, imperícia ou negligência do agente, porém não haverá por parte do ofensor a intenção de causar prejuízo. Já o dolo estará presente quando ele tenha tido a intenção de causar um prejuízo e causou.

Em algumas situações a prova de culpa imposta à vítima é tão difícil que a responsabilização se torna intangível.³² Por esse motivo que alguns doutrinadores, como José Aguiar Dias, defendem a teoria objetiva, vez que essa teoria não exige o ônus – muitas vezes, inalcançável – de provar a culpa.³³

Excepcionalmente, esse elemento não será exigido como pressuposto que enseje a responsabilidade, pois, conforme já exposto anteriormente, o direito positivo brasileiro admite, em algumas situações, a possibilidade de haver responsabilidade civil sem culpa (teoria do risco).³⁴

2.2.3 Nexo de causalidade

O penúltimo pressuposto é o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, já que a responsabilidade civil nasce, necessariamente, dessa relação.

Para que surja a responsabilidade de reparar, é imprescindível que se prove uma relação de causalidade entre a conduta voluntária do agente e o prejuízo suportado pela vítima.³⁵

Se um determinado indivíduo sofrer um dano, mas esse dano não tem qualquer relação com o comportamento, com os atos do réu, não há uma responsabilidade civil. Assim como na esfera penal, na área cível tem que haver uma causa de excludente de responsabilidade.³⁶

³¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 18.ed. Saraiva. 2000. p. 14

³² *Ibidem*, p. 17

³³ *Ibidem*, *loc cit*

³⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**.5.ed. Saraiva. 2011. p. 54

As hipóteses de excludente de responsabilidade devem ser manifestadas quando há culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Assim, não havendo relação de causalidade entre o dano e o comportamento culposos, não surge obrigação de indenizar.

2.2.4 Dano

Por fim, o último elemento a ser analisado é o dano.

Partindo do princípio do artigo 186 do Código Reale, o dano é circunstância elementar para a responsabilidade civil. Sem ele, não existe a opção de imputar a um indivíduo qualquer indenização.³⁷ Ou seja, a responsabilidade civil em indenizar não se configurará se não houver dano, já que o ato ilícito só se manifesta no direito civil quando causar lesão a outrem.³⁸

Quando houver um dano causado à vítima em razão de um ato, comissivo ou omissivo, de um agente, terceiro ou por quem o imputado responde, ou por um fato de um animal ou coisa a ele vinculada, haverá a responsabilidade porque não se pode haver a ideia de responder sem haver dano. Para que haja qualquer responsabilização civil, deve haver um dano causado a outrem. A única exigência para tal responsabilidade é que deve ser certo (a um bem ou interesse jurídico), deve haver prova e uma lesão concreta³⁹.

Em determinadas situações pode haver um dano material cumulado com um dano moral e, nesses casos, cada um deve ser indenizado individualmente, pois são lesões a esferas distintas, com responsabilidades distintas, não havendo portanto o *bis in idem*.

Esse é o posicionamento do STJ que já sumulou a ideia supramencionada de que o dano moral e o dano material são cumuláveis - súmula 37 do STJ.⁴⁰

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 37

³⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 18.ed. Saraiva. 2000. p. 18

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**.5.ed. Saraiva. 2011. p. 54

⁴⁰ *Ibidem, loc.cit.*

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Conforme dito anteriormente, a responsabilidade civil se destina a recompor ou reparar o estrago causado à vítima, podendo ser de três formas distintas: in natura, na forma pecuniária ou até mesmo em uma forma mais emocional, através de uma carta de retratação ou um pedido de desculpas formal, nos casos de um dano moral.⁴¹ Portanto, significa dizer que na responsabilidade civil é relevante a presença de uma lesão moral ou material do ofendido.

Como já mencionado, para que se enquadre a responsabilidade, a culpa pode ser considerada ou não como elemento obrigatório para a reparação do dano causado.

Assim, baseada na teoria clássica, também chamada de teoria subjetiva, a culpa é um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil e, subentende-se, portanto, que se não houver culpa, não há que se falar em responsabilidade. Para que haja indenização, deve haver prova inequívoca de que houve culpa. É nessa ideia que se pauta a responsabilidade do causador do dano: na culpa.⁴² Essa teoria defende uma análise do comportamento do ofensor, para verificar se ele contribuiu para a lesão sofrida pela vítima. Isso significa, portanto, que não é qualquer fato humano que está apto a ensejar um efeito ressarcitório.⁴³

Todavia, com o tempo, surgiu uma outra corrente que passou a defender que, em algumas situações, em havendo responsabilização civil, não seria essencial a presença do elemento culpa, o que robustecia ainda mais que o dever de indenizar era uma decorrência da responsabilidade civil.⁴⁴

⁴¹ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 94

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p..48

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 29

⁴⁴ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 93

Assim, surgiu na França, a teoria do risco, mais precisamente o chamado risco criado, a qual considera que é a conduta do agente que gera uma exposição ao perigo.⁴⁵

Embora essa nova teoria tenha ampliado as possibilidades de responsabilização civil, o legislador foi categórico ao estabelecer as situações hipotéticas em que ela poderia ser aplicada. Vejamos.

A responsabilidade objetiva ou sem culpa é exceção e só poderá ser aplicada quando houver previsão legislativa expressa que autorize ou no julgamento do caso concreto, como faculta o parágrafo único do artigo 927.⁴⁶

Configuraria uma responsabilidade objetiva – teoria do risco -, por exemplo, uma empresa que tem como finalidade a apresentação de espetáculos com fogos de artifício. Ora, não há o que se discutir que há um perigo intrínseco a essa atividade, vez que os trabalhadores irão manipular materiais com pólvora e explosivos, o que representa um risco em si mesmo.⁴⁷

Para a responsabilidade objetiva ou legal a reparação de um dano se faz independentemente de haver ou não o elemento culpa, ou seja, prescinde de culpa, bastando apenas o dano e o nexo causal a quem. Tal teoria é baseada na ideia de que todo dano é indenizável, devendo sempre ser reparado, mesmo que sem culpa.⁴⁸

Nessa teoria, é levado em consideração o perigo da atividade e dos meios utilizados pelo causador do dano nas suas condutas.⁴⁹ Deve-se atentar que elemento indispensável na teoria do risco é o nexo causal, vez que, mesmo no caso da responsabilização objetiva, não se pode imputar a outrem responsabilidade de algo que não tenha sido ocasionado por ele.⁵⁰

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano V, n.27. Magister. 2008. P.38

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p. 11

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano V, n.27. Magister. 2008. p. 39

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 60

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p. 9

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 60.

Assim, a tese objetiva é que qualquer atividade desenvolvida cria uma expectativa de dano e, por isso, se gerado, esse deve ser reparado, mesmo que sem culpa.⁵¹

Com a coexistência dessas duas teorias no ordenamento jurídico brasileiro, surge a dúvida sobre qual seria a teoria adotada pelo CC de 2002 ou se haveria a concomitância das duas doutrinas.

Observando-se o artigo 186, constata-se que Código Civil brasileiro de 2002 adotou a teoria “subjetiva” que indica o dolo e culpa como fundamentos para obrigação de reparar o dano.⁵² Em razão de uma aplicação de forma bastante eficaz, a responsabilidade civil passou a ser considerado instituto de grande relevância para o sistema jurídico brasileiro.

Todavia, em que pese esteja clara a adoção do Código Civil pela teoria subjetiva como regra, há também a adoção da teoria objetiva, excepcionalmente, como se vê nos artigos 936, 937, 938.⁵³

A doutrina do risco não foi completamente recebido pelo Código Civil brasileiro, incidindo apenas para algumas situações. Ainda que se mostrando fiel à teoria da culpa, o Código Civil demonstra uma coexistência com a teoria do risco.⁵⁴

Com o advento do Código Civil de 2002, o legislador passou a tratar da responsabilidade civil em dois capítulos: um sobre a obrigação de indenizar e outro sobre a indenização propriamente dita.⁵⁵

O legislador modificou os artigos 186 e 187, tratando-os de forma mais sistêmica, unificando um pouco de cada no artigo 927, dispondo que quem causasse um dano a outrem estaria responsabilizado a reparar os prejuízos àquele causado.⁵⁶

A teoria objetiva não substituiria a teoria da culpa, mas seria utilizada em diversas situações em que as vias comumente utilizadas não fossem suficientes para proteger as vítimas, tendo-se como exemplo o operário vítima de um acidente

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p.60

⁵² *Ibidem*, p. 60.

⁵³ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 23

⁵⁵ AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p. 23

⁵⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

de trabalho.⁵⁷ Nesse caso, esse empregado sempre faria jus a uma indenização, tivesse culpa ou não, visto que tal reparação seria em razão da atividade que o dono da maquinaria fosse o responsável, independentemente de qualquer outro elemento, mas tão somente pelo motivo de ele realizar uma atividade de responsabilidade do patrão, de perigo.⁵⁸

O surgimento da teoria do risco inspira-se em razões de ordem prática e de ordem social, contudo, é insuficiente para a realidade do ordenamento jurídico, pois impõe a prova de culpa ao ofensor.⁵⁹

Observe-se que o comportamento do agente que causou o dano nada mais é que a culpa do agravante, a qual abrange a culpa propriamente dita e o dolo do ofensor.⁶⁰

Seja pela adoção da responsabilidade objetiva, seja pela da responsabilidade subjetiva, o interessante é que hoje no ordenamento jurídico brasileiro há uma maior proteção àqueles que sofrem um dano – material ou moral – através da indenização e das funções do referido instituto: reparadora e punitiva.

2.4 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após concluída a análise de como se configura a responsabilidade civil, é necessário estudar também a sua função.

A partir do momento em que um indivíduo causa dano a outrem, o primeiro elemento a se identificar é o sentimento de fazer justiça, já que a estabilidade anteriormente existente entre o causador do dano e o lesionado, é rompida.⁶¹

Diante dessa mudança na esfera do indivíduo lesionado, tenta-se retornar ao *status quo ante*, e tal rota é percorrida através do princípio da *restitutio in integrum*

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 49

⁵⁸ *Ibidem, loc cit*

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 23

⁶⁰ *Ibidem*, p.30

⁶¹ FILHO CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. p. 26

naquelas situações em que seja possível. Essa restituição é feita, normalmente, através de uma indenização estipulada em proporção ao prejuízo causado.⁶²

Com a nova codificação civilista a reparabilidade do dano moral passou a ter previsão expressa quando reconheceu o direito a indenização quando houvesse violação de direito ou fosse causado dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Logo, o que o Novo Código Civil foi igualar as lesões físicas e psíquicas, o que resultou em uma igualdade com relação à responsabilização civil nas duas referidas esferas.

Assim, no que diz respeito às funções da responsabilidade civil, são diversas e não há qualquer hierarquia entre elas. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal defendem a existência de três funções: função reparatória, função preventiva e função precaucional, havendo ainda uma função subjacente às anteriores, que é a função preventiva.⁶³

A reparatória é a função clássica e ainda dominante da responsabilidade civil. A ideia da lesão está no centro da responsabilidade civil e sua função é reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico atingido pelo dano. O fundamento reparatório remete aos motivos pelos quais alguém está sendo responsabilizado por um dano (injusto), patrimonial ou extrapatrimonial.⁶⁴

Com relação à função preventiva, a reparação do dano consiste na punição que segue à concretização da responsabilidade. Logo, a função é aplicar uma sanção para coibir, desestimular práticas reprováveis.⁶⁵

A terceira função é produzir efeitos inibitórios, já que o risco da sanção desestimula atividades potencialmente danosas na responsabilidade civil (e em outras áreas).⁶⁶

Assim, a pluralidade de funções na responsabilidade civil, permite que haja um alcance maior nas tentativas de coibir cada vez mais danos que lesionem o patrimônio patrimonial e/ou extrapatrimonial.

⁶² FILHO CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. p. 26

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 37

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Atlas. 2015. p. 38

⁶⁵ *Ibidem*, p. 41

⁶⁶ *Ibidem*, p. 49

Essas três espécies de função incidem de forma simultânea e em que pese tenham objetivos distintos, o efeito é o mesmo: criar uma sensação de justiça àquele que foi lesionado.

2.4.1 Princípio da reparação integral

O princípio da reparação integral foi desenvolvido no ordenamento francês no momento em que estabeleceu que a indenização em razão dos danos decorrentes do inadimplemento de obrigação originada de um contrato iria abarcar tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Esse princípio tem sido o meio mais buscado pelos ordenamentos jurídicos do mundo para restituir as vítimas das lesões a elas causadas, visto que esse é o principal objetivo da responsabilidade civil.⁶⁷

Assim como o Direito francês, o Direito brasileiro sempre valorizou o princípio da reparação integral. Em seu artigo, 1.059, o Código Civil de 1916 positivou, ainda que implicitamente, o referido princípio.⁶⁸

O mesmo conteúdo do dispositivo acima indicado continua em vigência hoje no artigo 402 do Novo Código Civil, mantendo a ideia da reparação integral através de uma indenização daquilo que o indivíduo efetivamente perdeu e/ou daquilo que ele tinha probabilidades reais de receber, mas não recebeu em decorrência da lesão ocorrida.

Mas não foi só o Código Civil de 2002 que reproduziu a ideia da reparação integral, outras codificações também apoiaram a aplicação do princípio da *restitutio in integrum*.

Assim, mais adiante, com o advento da Constituição Federal de 1988, reforçou-se ainda mais essa ideia reparar os danos causados injustamente à pessoa humana. Determinou-se, assim, o dever de restituir aquele que injustamente foi lesionado, intensificando-se tal orientação no Novo Código Civil no artigo 944 quando dispõe que a indenização deve ser correspondente ao valor do dano e

⁶⁷ FILHO CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. p. 27

⁶⁸ *Ibidem*, loc.cit.

também no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, quando estabeleceu essa reparação como um direito básico do consumidor.⁶⁹

2.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Além da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, a responsabilidade contratual e a extracontratual também são espécies do gênero de responsabilidade civil.

Como a culpa é elemento comum da responsabilidade contratual e extracontratual, a doutrina aproxima as duas categorias.⁷⁰ A responsabilidade contratual diz respeito à inexecução obrigacional, enquanto que a responsabilidade extracontratual é pautada no inadimplemento normativo.⁷¹

Nesse sentido, enquanto que uma é decorrente do inadimplemento de um contrato, a outra decorre do inadimplemento de uma norma legal.

Na culpa contratual, o seu fundamento é o inadimplemento, os termos e limites da obrigação. Já na culpa aquiliana ou extranegocial, o fundamento é a conduta do agente e a culpa em sentido lato.⁷²

A responsabilidade aquiliana, também conhecida como responsabilidade extracontratual, cuidou de estabelecer as bases jurídicas dessa espécie, criando uma via pecuniária para a indenização da lesão causada.⁷³

Perceba-se que o que distingue a responsabilidade nas espécies contratual e extracontratual não é a mera existência de um contrato celebrado entre as partes,

⁶⁹ FILHO CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. p. 27

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.18

⁷¹ AZEVEDO, Álvares Villaça. **Responsabilidade Civil**. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.15

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.4: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.18

⁷³ AZEVEDO, Álvares Villaça. **Responsabilidade Civil**. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.16

mas a lesão que tenha que ser reparada decorrente de uma inadimplência contratual delas.⁷⁴

Ademais, entre essas duas espécies de responsabilidade não há distinções ontológicas, mas meramente didática e, ainda que cada uma possua princípios próprios, isso não influencia em nada.⁷⁵

Porém, até um certo tempo, havia uma dificuldade em aceitar a indenização por um dano moral se o mesmo não tivesse ocasionado uma repercussão financeira. Contudo, com a vinda da Constituição Federal de 1988, passou-se a acolher – quase que integralmente – a indenização nessa perspectiva.⁷⁶

A Carta Magna corroborou o entendimento previsto o artigo 186 do Código Civil:

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*⁷⁷

O artigo supramencionado traduz a ideia de que quando um indivíduo, através de uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária – dolo -, negligência ou imprudência – culpa -, viola direito ou causa um dano a outro indivíduo, configura um ato ilícito, devendo o mesmo ser responsabilizado pela reparação dos prejuízos. Assim, a responsabilidade está pautada na culpa, sendo esta em sentido amplo, ou seja, a culpa em todas as formas de negligência e a culpa gravíssima, que é o dolo, direcionada ao de um ilícito.⁷⁸

Porém, há um importante direcionamento com relação a uma violação ainda que moral. O dispositivo em questão evidencia que não somente aquele dano que repercute na esfera pecuniária será passível de indenização, mas também aquele que viole o círculo não tangível.

⁷⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p.97

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: **Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.19

⁷⁶ AZEVEDO, Álvares Villaça. **Responsabilidade Civil**. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.18

⁷⁷ Código Civil

⁷⁸ AZEVEDO, Álvares Villaça. **Responsabilidade Civil**. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353, p.19.

Destaque-se que Venosa defende que ainda pode haver uma responsabilidade contratual a terceiros atingidos por um negócio jurídico anterior. Essa responsabilidade possui repercussões no montante e no limite da indenização que são estabelecidos no contrato.⁷⁹ Inicialmente, a execução pessoal do devedor, porém, em um certo momento, passou a limitar. Mesmo com a vedação da execução pessoal, em determinados casos ela continuou existindo e somente no Baixo Império e na Idade Média veio renascer.⁸⁰

Em razão dessa proibição da execução pessoal, surgiu o princípio que sustenta que o patrimônio do devedor deve responder pelas dívidas, afastando assim a responsabilização do indivíduo devedor.⁸¹

A regra é que, conforme preceitua o artigo 942 do Código Civil de 2002, a execução se dá sob o patrimônio do devedor.⁸²

2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

No âmbito trabalhista, determinados fatos jurídicos constituem, concomitantemente, ilícito penal, civil e trabalhista.⁸³ Neste tópico, tratar-se-á da responsabilidade civil nas relações de trabalho, analisando se haverá ou não responsabilidade civil por parte do empregador.

Observe-se assim, o artigo 932, inciso III do Código Civil que trata da responsabilidade “empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Assim, da leitura do artigo supramencionado, conclui-se, de modo absoluto, que quando um empregado praticar um ilícito, mesmo que sem culpa sua, o empregador se responsabilizará pelo ato daquele. O inciso III do referido artigo

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.4: **Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo. Atlas. 2006. p.18

⁸⁰ AZEVEDO, Álvares Villaça. *Responsabilidade Civil*. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.15

⁸¹ *Ibidem*, loc.cit.

⁸² *Ibidem*, p.16

⁸³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 95

dispõe para que o empregador seja responsabilizado, os empregados, serviçais e prepostos devem estar no exercício do seu trabalho ou em razão dele.⁸⁴

A título de exemplo, imagine um operário vítima de um acidente de trabalho. Segundo a teoria do risco, esse empregado sempre faria jus a uma indenização, tivesse culpa ou não, visto que tal reparação seria em razão da atividade que o dono da maquinaria fosse o responsável, independentemente de qualquer outro elemento, mas tão somente pelo motivo de ele realizar uma atividade de responsabilidade do patrão.⁸⁵

Observe que nesse exemplo supramencionado é exatamente a hipótese que se adequa à previsão do inciso III do artigo 932 do Código Civil: “no exercício do seu trabalho ou em razão dele”.

O Tribunal Superior do Trabalho assim vem entendendo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - DESCARACTERIZAÇÃO - CULPA DE TERCEIRO. Tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, o dever de reparação só persiste quando presentes os pressupostos do instituto da responsabilidade, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexó de causalidade e a culpa ou o dolo. In casu, verifica-se ausente a culpa da reclamada, eis que o acidente automobilístico foi causado por culpa de terceiro, não havendo como atribuir culpa ou ônus a quem não lhes deu causa, restando indevida a indenização por danos morais, nos termos dos artigos 7º, XXVIII, parte final, da Constituição Federal e 186 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise do tema remanescente. (TST. Nº RR - 136640-72.2004.5.05.0012. Min. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 25/03/2015. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.2:acordao;rr:2011-03-30;136640-2004-12-5-40> Acessado em 27 de outubro de 2015).⁸⁶

Ressalte-se que essa presunção absoluta é baseada no fato de que os empregadores tem o dever de escolher bem seus funcionários, bem como de fiscalizá-los, sob pena de serem responsabilizados, respectivamente, por culpa na

⁸⁴ AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.26

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p.49

⁸⁶ TST. Nº RR - 136640-72.2004.5.05.0012. Min. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 25/03/2015. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.2:acordao;rr:2011-03-30;136640-2004-12-5-40> Acessado em 27 de outubro de 2015

má escolha (*culpa in eligendo*) e em sua vigilância (*culpa in vigilando*), e até mesmo quando não houver culpa.⁸⁷

Nesse viés, é completamente possível transportar a responsabilidade extracontratual para a relação entre empregado e empregador, mesmo quando o dano emergente não tiver qualquer relação com o contrato de trabalho, ou nem mesmo quando o agente e a vítima estiverem ocupando as funções de contratante ou contratado.⁸⁸

Esclareça-se que quando o empregador, ainda que sem culpa, é obrigado a indenizar por algo por culpa de seu empregado, teoricamente, é o empregado que paga, visto o direito de regresso do empregador contra o empregado. Contudo, na responsabilidade pelo risco da atividade, não haverá esse direito de regresso do empregador contra o empregado já que esse não tem qualquer responsabilidade desenvolvida pelo empregador, este é quem arca com o risco do empreendimento.⁸⁹

Assim, em um acidente de trânsito, por exemplo, mesmo que o subordinado extrapole os limites de suas atividades, permanecerá a responsabilidade do seu empregador, sendo possível a este o direito de regresso contra aqueles com relação ao montante que fora devido a título de indenização a quem sofreu a lesão.⁹⁰ Destaque-se que esse direito de regresso será sempre possível, ressalvada a hipótese em que o próprio empregador tenha dado causa ao dano.

⁸⁷ AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. Revista Jurídica. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p.26

⁸⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. Editora LTr. 2014. P.97

⁸⁹ AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.p. 20

⁹⁰ *Ibidem*, p. 27

3 DANO

O legislador constitucional elegeu três espécies de dano quando promulgou a Constituição Federal de 1988, sendo eles o dano material, o dano moral e o dano à imagem, reconhecendo, ainda, autossuficiência a cada um deles.⁹¹ Desse modo, o Código Civil de 2002 estabeleceu, expressamente, um dispositivo que passou a assegurar tratamento igualitário às ofensas tanto físicas, quanto morais.

Com essa inovação, admitiu-se, portanto, a configuração de um dano não apenas material, mas um dano que fosse além e atingisse uma esfera extrapatrimonial. Por isso, cabe trazer alguns aspectos que caracterizam a lesão e, conseqüentemente, como isso ensejaria a responsabilidade civil daquele que praticou a conduta.⁹²

Juntamente com os elementos culpa ou dolo na conduta, é essencial a presença de um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, suportado pela vítima para que haja uma indenização.⁹³ Essa é a regra: para haver responsabilidade, tem que haver dano.

Entretanto, o Novo Código Civil não tutela, taxativamente, os bens jurídicos que ensejam indenização, surgindo assim a possibilidade de reparação dos danos materiais e imateriais. Há, contudo, entendimento contrário.

Uma corrente doutrinária defende que a mera lesão de direitos ensejará a responsabilidade civil. Embora coexistam os dois posicionamentos, o entendimento majoritário é que para que o ato ilícito seja caracterizado, é essencial que a lesão de direitos e o dano.⁹⁴

Essa corrente majoritária é corroborada pelo artigo 186 do Código Civil que indica que para ensejar responsabilidade civil, exige-se o elemento dano, independentemente de sua categoria.

⁹¹ ANDRADE JÚNIOR, Luís Carlos Vilas Boas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A torre de babel das novas adjetivações de dano**. p. 10. Acessado em 05 de junho de 2015.

⁹² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.279

⁹³ *Ibidem*, p.280

⁹⁴ *Ibidem*, *loc.cit*

Com o surgimento do dano moral, surgiram muitos debates a respeito de situações em que haveria lesões tanto materiais, quanto imateriais. Como causa de tantas dúvidas, em 1992, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37 que dispunha acerca da possibilidade de cumulação, em uma mesma demanda judicial, de danos morais e danos patrimoniais, encerrando assim qualquer celeuma.

INDENIZAÇÃO – ‘DANOS ESTÉTICOS’ OU ‘DANOS FÍSICOS’ – INDENIZABILIDADE EM SEPARADO. 1. A jurisprudência da 3.^a Turma admite que sejam indenizados, separadamente, os danos morais e os danos estéticos oriundos do mesmo fato. Ressalva do entendimento do relator. 2. As sequelas físicas decorrentes do ato ilícito, mesmo que não sejam visíveis de ordinário e, por isso, não causem repercussão negativa na aparência da vítima, certamente provocam intenso sofrimento. Desta forma, as lesões não precisam estar expostas a terceiros para que sejam indenizáveis, pois o que se considera para os danos estéticos é a degradação da integridade física da vítima, decorrente do ato ilícito. 3. Os danos morais fixados pelo Tribunal recorrido devem ser majorados pelo STJ quando se mostrarem irrisórios e, por isso mesmo, incapazes de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar completamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima. 4. Provido o recurso especial da parte que pretendia majoração dos danos morais, fica prejudicado o recurso especial da parte que pretendia a redução da indenização. (STJ, REsp 899.869/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.^a Turma, j. 13.02.2007, DJ 26.03.2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44113490&num_registro=201402884241&data=20150226&tipo=5&formato=PDF>Acessado em: 04 de junho de 2015).⁹⁵

Em setembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça editou um novo enunciado, Súmula 387, pacificando, expressamente, que a cumulação de danos extrapatrimoniais e danos estéticos é possível, conforme se verifica no entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. FALTA. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535,

⁹⁵BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 899.869/MG**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.^a Turma, j. 13.02.2007, DJ 26.03.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=672225&num_registro=200600464423&data=20070326&formato=PDF>. Acesso em: 04 de junho de 2015

II, DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA 387/STJ. REVISÃO DOS VALORES FIXADOS A TÍTULO DE PENSIONAMENTO E DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Pela análise das razões recursais apresentadas, verifica-se que a agravante não trouxe nenhum argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada. 2. A impugnação do óbices processuais constantes da decisão monocrática deve ser feita de maneira clara e objetiva, com a efetiva demonstração da fragilidade dos impedimentos incidentes – ocorrência esta não comprovada nas razões recursais. 3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor fixado a título de danos morais, estéticos e pensionamento somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não se configura na presente hipótese. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 609.199/AM, Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.^a Turma, j. 12/02/2015, DJ 26/02/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44113490&num_registro=201402884241&data=20150226&tipo=5&formato=PD> Acessado em 04 de junho de 2015).⁹⁶

Assim, patente que o entendimento do STJ quanto a cumulação dos danos morais, patrimoniais e estéticos, deve ser feita uma análise com todos aqueles tipos de lesão que constituem o ordenamento jurídico, não se restringindo tão somente aos clássicos.

3.1 DANO PATRIMONIAL

Por dano material entende-se ser aquele constituído pelo conjunto de relações jurídicas suscetível de valoração pecuniária. O dano material pode existir independentemente de existir um dano imaterial, visto que são danos independentes, não implicando na existência de um para que haja o outro.

A Constituição Federal de 1988 positivou a inviolabilidade dos direitos da personalidade e, caso haja tal lesão, conforme a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, a vítima terá direito a indenização independentemente de o dano ser moral ou material.

⁹⁶BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 609.199 - AM (2014/0288424-1)**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44113490&num_registro=201402884241&data=20150226&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 de junho de 2015

O doutrinador Flávio Tartuce entende que os danos materiais (patrimoniais) são aqueles decorrentes de uma violação ao patrimônio tangível de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado.⁹⁷ Já Bebbber vai além, entendendo que o dano material compreende toda e qualquer lesão ao que represente o patrimônio do lesado, sendo caracterizado como patrimônio aquilo que seja passível de valoração pecuniária.⁹⁸

Todavia, o pensamento sustentado por Bebbber mostra-se um tanto limitado. O fato de ser passível de mensuração não define que o dano seja patrimonial. O indivíduo possui um patrimônio tangível e um não tangível, sendo este composto por todos os bens jurídicos da esfera imaterial.

Frise-se que já é entendimento consolidado pela doutrina e pela jurisprudência que para gerar reparação do dano ocasionado tem que ter, obrigatoriamente, elemento probatório efetivo, não sendo considerado danos hipotéticos ou eventuais.⁹⁹

Ou seja, não basta uma probabilidade real, tem que haver de fato um dano concreto, pois o poder jurisdicional não pode prever mensurações hipotéticas e/ou prováveis de acontecer. Elas precisam integrar a realidade fática do ordenamento.

E o Judiciário assim vem decidindo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – PERDAS E DANOS – INDENIZAÇÃO PELA NÃO IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO – DANO HIPOTÉTICO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL – SÚMULA 7/STJ. 1. Impossibilidade de indenizar-se, em ação de desapropriação, expectativa de lucros advindos de implantação de empreendimento imobiliário, ainda que aprovado pelas autoridades competentes. 2. Na desapropriação, a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial de exploração econômica do imóvel. 3. Possibilidade de indenização por danos materiais, se comprovados. 4. Questão relativa ao prejuízo quanto à impossibilidade de implantação do projeto após a desapropriação que se insere no contexto fático-probatório e que, por isso, esbarra no teor da Súmula 7/STJ. 5. Possibilidade de fixação de honorários em percentual inferior ao mínimo legal quando vencida a Fazenda Pública, sendo inviável, em recurso especial, reexaminar-se

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p. 285

⁹⁸ BEBBER, Júlio César. *Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações*, v. 73, n1. 1.ed. **Revista LTr**. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 26

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p. 286

os elementos de fato que influenciaram no arbitramento da verba pelo Tribunal *a quo* (Súmula 7/STJ). 6. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 325.335/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.^a Turma, j. 06.09.2001, DJ 24.03.2003, p. 191. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125966&num_registro=200100673250&data=20030324&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 04 de junho de 2015).¹⁰⁰

Embora não esteja incorreta a denominação “reparação”, a doutrina, preferencialmente, utiliza a expressão “ressarcimento” quando se trata de danos materiais. Já com relação aos danos morais, não é recomendável a nomenclatura ressarcimento, devendo se limitar a “reparação”.¹⁰¹

Em que pese seja uma questão apenas de nomenclatura, a relevância é que fica evidenciado que um dano extrapatrimonial nunca será devolvido, vez que o retorno do *status quo ante* é impossível. Por isso, o ideal é a palavra é reparação, demonstrando assim uma tentativa de diminuição do estrago, mas nunca uma restituição integral.

Nesse viés, a teoria patrimonial da reparação dos bens lesados determina que quando houver indenização por danos imateriais, deve-se equivaler os elementos prejuízo e compensação.¹⁰²

Um bem material, que não possa ser substituído por outro igual, deve sofrer uma reparação pecuniária. A lesão deve ser averiguada em moeda e o agravante deve pagar o *quantum* determinado. Concluído o pagamento, a obrigação reparatória se dá por satisfeita.¹⁰³

Os danos materiais, conforme se verifica do artigo 402 do Código Civil, são classificados em duas espécies: danos emergentes e lucros cessantes. Este faz referência à perda de ganhos futuros e danos emergentes referem-se ao prejuízo que a vítima efetivamente perdeu.

¹⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 325.335 - SP (2001/0067325-0)**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125966&num_registro=200100673250&data=20030324&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 04 de junho de 2015

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.286

¹⁰² SILVA. Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 15.ed.São Paulo. Editora Saraiva. 2014. p.363

¹⁰³ *Ibidem, loc.cit.*

3.1.1 Danos emergentes

Conforme mencionado, o dano material é gênero das espécies dano emergente e lucros cessantes. Os danos emergentes ou danos positivos são constituídos quando o patrimônio da vítima é diminuído, ou seja, é uma indenização em razão do lesionado ter suportado o dano pretérito, aquilo que efetivamente se perdeu.¹⁰⁴

O artigo 1.059 do Código Civil de 1916 dispõe que será indenizável aquilo que o credor “efetivamente perdeu” e o que “razoavelmente deixou de lucrar”. Com o advento do Código Civil de 2002, o entendimento foi mantido, mas o referido artigo passou a ser tratado no dispositivo 402.

Para que ocorra o dano emergente, é necessário que haja prejuízo decorrente de uma ação ou omissão danosa. Quando o legislador faz referência àquilo que o credor efetivamente perdeu, menciona o prejuízo atual, denominado de dano emergente (*damnu emergens*).¹⁰⁵

A definição dada pelo doutrinador Cristiano Chaves de Farias é que é um dano que corresponde ao valor indispensável para suprir as perdas decorrentes da violação, de forma a gerar um equilíbrio ao patrimônio da vítima, independentemente de ter sido ocasionado pela ação ou omissão danosa.¹⁰⁶

No Código Civil, artigo 948, inciso I, há uma previsão de quando seria cabível o dano emergente. Esse dispositivo preleciona que nos casos de homicídio, os familiares da vítima deverão ser reembolsados pelos gastos com o tratamento do morto (gastos com funeral, por exemplo). Destaque-se que essa indenização deve ser pautada no princípio da razoabilidade, afastando qualquer pedido exacerbado.¹⁰⁷

A referida modalidade danosa possui uma vantagem quando comparada ao lucro cessante, que é a prova, pois naquela é viável definir com precisão o desfoque patrimonial.

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.287

¹⁰⁵ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1996. p.10

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p. 223

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.288

Cabe trazer à baila uma peculiaridade relacionada à indenização do dano emergente quando for um bem substituível (bem fungível).

O artigo 947 do Código Civil estabelece que, quando se tratar de bem móvel que possa ser substituído por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade, o agravante poderá entregar um bem equivalente e assim estará eximido da indenização. Desse modo, o ressarcimento pecuniário será a opção subsidiária do julgador, quando a reparação *in natura* não se mostrar adequada.¹⁰⁸

Ressalte-se que as duas formas reparatórias não são autoexcludentes, pois vige no ordenamento o princípio da reparação integral, (artigo 944 da Lei Civil), podendo ser exigida tanto a reparação natural quanto a pecuniária.¹⁰⁹

3.1.2 Lucros cessantes

Os lucros cessantes ou lucros negativos são devidos em razão de valores que o agravado deixou de auferir, ou seja, aquilo que razoavelmente deixou de lucrar, vide artigo 186 do Código Civil de 2002.¹¹⁰

Esse dano se relaciona àquilo que não foi ganho, ou seja, refere-se ao prejuízo futuro, que é o *lucrum cessans*.¹¹¹ Traduzindo-se, ganhos que, provavelmente, passariam a compor o patrimônio da vítima, caso não ocorresse a lesão.

Para compreender melhor, exemplifique-se. Se ocorre um acidente de carro envolvendo um taxista, por culpa exclusiva do outro motorista, isso gera dois danos ao trabalhador. O primeiro diz respeito à reparação material do táxi em face do acidente; e o segundo diz respeito às corridas que o taxista viria realizar, impedindo assim esse acréscimo. Observe que esse segundo prejuízo caracteriza o *lucrum cessans*, pois trata-se de ganho efetivamente provável, não sendo uma mera expectativa.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p. 225

¹⁰⁹ *Ibidem*,. p. 226

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.288

¹¹¹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1996. p.10

Sintetizando, o lucro cessante não se refere tão somente a uma vantagem potencialmente frustrada em razão do dano, mas àquele que o credor não irá obter, ainda que, desde antes, não estivesse obtendo.

3.1.3 Perda de uma chance

A perda de uma chance consiste na combinação de dois requisitos opostos, sendo eles a certeza e, ao mesmo tempo, a incerteza.¹¹² Essa espécie de danos materiais se configura quando, pela ocorrência de uma prática injusta, for dissipada a possibilidade de auferir vantagens ou de evitar prejuízos.¹¹³

A teoria da perda de uma chance consiste na ideia de que o dano pode se dar na cessação de uma possibilidade de ganho que, mesmo que incerta, é razoável.¹¹⁴

O elemento certeza faz referência à ocorrência de um fato antijurídico que impede o alcance de uma oportunidade ou impede a possibilidade de afastar uma lesão.¹¹⁵ Já o requisito incerteza decorre da impossibilidade em determinar que a perda da chance levaria, efetivamente, ao objetivo pretendido, pois ainda assim, mesmo que se tratando de uma situação provável, há elementos externos que podem influenciar o resultado.¹¹⁶

A perda de uma chance é composta pela “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um prejuízo futuro”, excluindo apenas a “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu.”¹¹⁷ Essa

¹¹² AFONSO NETO, José. A responsabilidade Civil: a teoria da perda de uma chance. **Revista CAAP**. 2009. p.352 Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaacp/index.php/revista/article/view/33/32>. Acessado em 19/10/2015

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p. 230

¹¹⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. 1.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2008. p. 59

¹¹⁵ AFONSO NETO, José. A responsabilidade Civil: a perda de uma chance. **Revista CAAP**. 2009. P. 352

¹¹⁶ *Ibidem, loc cit*

¹¹⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo. Editora Atlas. 2012. p.45

teoria clássica entende que para gerar uma indenização, o dano deve ser direto e imediato.¹¹⁸

A aposta é um parâmetro para compreender em que consiste a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois diz respeito a uma oportunidade de perda e de vitória, possibilitando assim a vítima de auferir – ou não - um ganho. Assim, observe que a diferença entre a perda de uma chance e outras espécies de dano é a completa inexistência probatória de causa entre a aposta e o ato danoso, considerando que a chance perdida tem como característica inerente o risco.¹¹⁹

Assim, nunca ficará determinado se foi realmente o agente do fato danoso que necessariamente causou a perda da aposta (perda de uma chance).¹²⁰

Tanto o dano emergente, quanto a perda de uma chance se pautam em uma ideia de razoabilidade, mas divergem porque o primeiro diz respeito a um prejuízo concreto e real, enquanto que o segundo se refere a uma possibilidade não efetivada.

3.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

Com o advento da Magna Carta de 1988, tornou-se pacífica a tese que previa a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. Até então, não era possível a reparação do dano moral, já que a doutrina e a jurisprudência tinham resistência para visualizar a determinação e quantificação deste. A CF representou uma evolução tão significativa que os danos imateriais passaram a incidir em diversos ramos do Direito, dentre eles, no Direito do Trabalho.¹²¹

¹¹⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. 1.ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2008. p.59

¹¹⁹ SILVA, Rafael Peffite. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo. Editora Atlas. p. 12

¹²⁰ *Ibidem*, p.13

¹²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.290

O artigo 1º, inciso III da legislação constitucional de 1988 garante o direito à existência digna das pessoas, tutelando o indivíduo contra qualquer dano injusto causado a qualquer bem, seja material, seja imaterial.¹²²

Quando a Lei Maior previu, como um dos seus fundamentos a tutela para a dignidade da pessoa humana, o dano imaterial ganhou extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do momento em que o indivíduo atribui relevância a um objeto específico, concede um valor a esse objeto, independentemente de ele ser tangível ou intangível. Logo, resta patente que há um interesse desse sujeito que atribui valor àquele objeto. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro deixou de tutelar apenas o direito material, abrindo espaço também para o dano incorpóreo.

Os bens imateriais começaram a ser aceitos como integrantes do patrimônio e, em razão disso, obtiveram a possibilidade de compensação, quando ocorrida a lesão. Contudo, alguns entraves foram mantidos com relação à amplitude do que poderia consistir uma "categoria de danos imateriais".¹²³

O dano extrapatrimonial se configura como aquele que viola bens ou valores carentes de quantificação pecuniária, sendo inviável a correspondência em moeda.

Nesta senda, pode-se classificar como danos extrapatrimoniais os danos aos dados pessoais, à privacidade, danos biológicos, estéticos, à imagem, e à vida de relação.

O Código Civil traz em alguns artigos previsão de indenização a respeito das violações imateriais. Contudo, tais previsões legislativas não especificam os bens jurídicos que venham a ser tutelados. Isso se dá em razão de serem normas abertas, permitindo assim que seja caracterizado como ilícito o ato que, injustamente, obste as atividades da pessoa humana.¹²⁴

¹²² BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr.** 1.ed. São Paulo (?). Editora LTr. 2009. P.26.

¹²³ ANDRADE FILHO, Antônio Carlos Barros de. **Dano imaterial: a compreensão dos interesses jurídicos e de sua lesão segundo volume tridimensional da dignidade humana.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20826/dano-imaterial-a-compreensao-dos-interesses-juridicos-e-de-sua-lesao-segundo-volume-tridimensional-da-dignidade-humana#ixzz3I786nUEh>> Acessado em 7 de junho de 2015.

¹²⁴ BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr.** 1.ed. São Paulo (?). Editora LTr. 2009. P.27.

3.2.1 Danos morais

Da leitura dos artigos 11 a 21 do Código Civil, depreende-se que o dano moral consiste em uma lesão de direitos da personalidade. Para a reparação, não é necessário um preço para o sofrimento causado, mas sim um meio de amenizar os prejuízos imateriais.

Ratificando o já dito, a doutrina não recomenda a utilização da expressão ressarcimento, pois o dano moral não tem como finalidade acrescer o patrimônio da vítima, mas sim compensá-lo pelos prejuízos causados.

Diferentemente do que já exposto com relação ao dano material, o dano moral não pode ser reparado; não há como retornar ao *status quo ante*.

O dano moral corresponde ao dano *in natura*, já que se refere a um sofrimento, angústia, tristeza causada ao agravado. Vale lembrar que para caracterizar um dano moral não é obrigatória a presença de sentimentos humanos negativos, o que é corroborado pela Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê a possibilidade de configuração de pessoa jurídica: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.¹²⁵

Por um longo tempo, o dano moral foi entendido como uma “dor na alma” e este foi o fundamento utilizado para negar a possibilidade de configuração do dano moral à pessoa jurídica, haja vista a impossibilidade de uma pessoa jurídica sentir dor.

Todavia, esse pensamento é obsoleto, não havendo nem mesmo previsão legislativa que exclua as pessoas jurídicas dos direitos extrapatrimoniais. Ademais, o artigo 52 do Código Civil de 2002 põe fim à polêmica, dispondo que de fato cabe proteção aos direitos da personalidade das pessoas jurídicas.

Logo, assim pode-se definir o que é um dano moral ou extrapatrimonial e de quais formas ele poderá se configurar.

Dano moral é a lesão causada a toda e qualquer violação a um direito da personalidade da pessoa (intimidade, honra), repercutindo na vida do indivíduo e

¹²⁵ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.290

que lhe cause dor ou angústia. Para caracterizar um dano moral é necessário, de fato, haver uma repercussão no comportamento biológico, fazendo-o sofrer, e não causando um mero desconforto.¹²⁶

Inicialmente, as únicas modalidades de dano existentes no ordenamento jurídico brasileiro eram o dano patrimonial e o moral e, com o tempo, outras modalidades de dano ganharam lugar no sistema jurídico. Durante muito tempo, o dano moral parecia ser irreparável.

Contudo, em um determinado momento, tornou-se inaceitável que a vítima de uma violação a seu direito personalíssimo ficasse irressarcido, criando uma desordem no direito.¹²⁷ Foi nesse momento em que foi definido que um indivíduo possui dois patrimônios: um tangível e outro intangível, um conjunto de elementos materiais e imateriais.

A lesão a um valor material ou imaterial tipifica um ato ilícito, originando uma responsabilidade que deve ser reparada por aquele que causou a lesão.¹²⁸

Assim, definiu-se que o dano moral nada mais é que uma lesão a determinados direitos, sendo direitos esses da personalidade do indivíduo. Ou seja, tal dano atinge a esfera personalíssima da pessoa.¹²⁹

Para alguns doutrinadores, é necessário distinguir dano moral em direto e indireto. Dano moral direto seria aquele que lesionaria um direito extrapatrimonial, enquanto que dano moral indireto consistiria em uma lesão a um bem ou interesse da natureza patrimonial e que, por consequência, acabaria produzindo um dano na esfera extrapatrimonial.

Ainda há uma dificuldade muito grande em identificar a existência e extensão do dano sofrido, pois consiste em mensurar os sentimentos de um indivíduo.

¹²⁶ BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr.** 1. ed. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 26

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** 2.ed. São Paulo. Editora Renovar. 2007. p.147

¹²⁸ BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr.** 1.ed. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 26

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, **Rodolfo.** **Novo Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil.** 10.ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2012. p.101

3.2.2 Dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana

Por serem os direitos da personalidade direitos que necessitam, efetivamente, de uma normatização eficaz em razão do princípio da dignidade da pessoa humana – ressalvado pela vulnerabilidade destas – há grande polêmica que circunda esse assunto.¹³⁰

Os direitos da personalidade são direitos de extrema importância, pois compõem uma esfera inviolável, onde estão presentes direitos inerentes de qualquer indivíduo. Trata-se de direitos irrenunciáveis, intransmissíveis e indisponíveis, que não podem ser alterados ou suprimidos nem mesmo por emenda constitucional, demonstrando sua natureza de cláusula pétrea.¹³¹

Os direitos da personalidade são de abrangência geral e, garantem, portanto, proteção a todo e qualquer indivíduo. Isso demonstra que há uma efetiva concretização do princípio da isonomia.

Durante um período, prevaleceu a ideia de que o princípio da igualdade significava tratar os iguais e os diferentes de maneira igual, subvertendo assim a aplicação da igualdade material e efetivando tão somente a igualdade substancial. Contudo, o Direito do Trabalho, como ramo pioneiro, demonstrou que esse tratamento em verdade era desigual e que algumas partes estariam sempre em uma posição deficitária, exigindo assim uma equiparação para aqueles que se mostravam hierarquicamente privilegiados.¹³²

Esse desprestígio à igualdade material resultou em relações jurídicas desproporcionais, pois muitos atos eram expressivamente abusivos, impossibilitando uma defesa por parte dos considerados hipossuficientes.

Mais adiante, outros ramos jurídicos chegaram à mesma conclusão a respeito de tal vulnerabilidade não apenas dos trabalhadores, mas também dos consumidores, crianças, adolescentes, homossexuais, transexuais, idosos, dentre outros pertencentes à categoria minoritária.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. São Paulo. Editora Renovar. 2007. p.117

¹³¹ *Ibidem*, loc cit

¹³² *Ibidem*, p.118

Assim, com um reconhecimento das classes desfavorecidas, as legislações passaram a oferecer uma equidade formal, equiparando as partes da relação. Por isso, a Constituição Federal da República Brasileira oficializou a tutela à pessoa humana através de seu princípio protetor.

O intuito da Constituição Federal de 1988 ao adotar o princípio constitucional da dignidade à pessoa humana foi fazer com que, em caso de um conflito entre uma relação jurídica subjetiva existencial e uma jurídica patrimonial, a primeira sempre prevalecesse, concretizando assim o cerne do princípio ora tratado.¹³³

Como o que é tutelado é o valor da pessoa, independente de sexo, etnia, idade, sem limites, não pode haver um número determinado, um *numerus clausus*, sendo, portanto, direitos sem previsão exaustiva na Constituição Federal.¹³⁴

É em razão da violação à necessidade dessa tutela da pessoa como um todo, da sua personalidade humana e dos direitos inerentes a cada indivíduo que o dano moral se configura, demonstrando que os direitos supramencionados devem ser protegidos através do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹³⁵

Moraes entende que definir o dano moral como uma “dor, humilhação” é superficial e equivocado, já que, se analisado, percebe-se que esses são efeitos do dano extrapatrimonial e não o conceito, que para ser merecedor do ordenamento jurídico precisa ser irreparável.¹³⁶

Se a lesão causada for um sentimento ruim, de dor, não cabe ao Direito averiguar, competindo a este somente concretizar a cláusula da proteção humana, não permitindo que quaisquer violações aos consectários do princípio principal continuem irressarcidas.¹³⁷

Desse modo, a dignidade da pessoa humana merece tutela protetiva em razão da sua natureza pessoal e peculiar.

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. São Paulo. Editora Renovar. 2007. p.120

¹³⁴ *Ibidem*, p.121

¹³⁵ *Ibidem*, p.127

¹³⁶ *Ibidem*, p.130

¹³⁷ *Ibidem*, p.131

3.2.3 A caracterização do dano moral nas relações de emprego

Alice Monteiro de Barros preleciona em sua obra que a responsabilidade civil se estende também ao direito do trabalho, não ficando restrita apenas à seara civil.¹³⁸ Indispensável esclarecer que dano moral ou dano à imagem não se relacionam com o campo da saúde e à segurança laboral.¹³⁹

Pacificando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, foi estabelecida, expressamente, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas que envolvesse pleitos indenizatórios por danos, materiais ou morais, desde que relacionados com a relação de trabalho.

Com a Emenda Constitucional 45/2004 não foi alterado o entendimento doutrinário e jurisprudencial, pois já era pacífico que a Justiça do Trabalho seria competente para divulgar ações indenizatórias por danos morais decorrentes das relações de emprego, conforme previa ao artigo 114 da CF, ampliando apenas a competência da Justiça Trabalhista para ações pleiteando dano patrimonial.

Observe a jurisprudência do TST:

PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. CONDUTA ILÍCITA DO EMPREGADOR. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-I desta Corte superior no sentido de que o prazo prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de relação do trabalho é contado da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrida a suposta lesão posteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Por outro lado, verificada a ofensa moral anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, conforme se depreende da decisão proferida pelo Tribunal Regional, a lesão concretizara-se com a dispensa, ocorrida em 5/5/2000 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada

¹³⁸ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. rev.e ampl. Editora LTr. 2012. São Paulo. p.510

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed.rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. P.598

em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do atual Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 12/1/2003 - e findando em 12/1/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 28/6/2002, não há prescrição a ser decretada relativamente à pretensão à reparação por danos morais decorrentes da relação do trabalho. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 109600-52.2002.5.15.0095 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011.)¹⁴⁰

Por um longo tempo o dano moral não conseguia ser visto de forma dissociada, desvinculada do dano material, visto que era direcionada toda a atenção para o patrimônio e não, à pessoa.

Nesse período, o dano à pessoa limitava-se na violação do direito à vida e à honra somente, mesmo porque nesse período a ideia de vida humana diferia do significa que é dado hoje.¹⁴¹

Alegada a ocorrência do dano moral, questiona-se a necessidade de elementos probatórios para confirmar a suposta lesão. Todavia, a responsabilidade de reparação se verifica imediatamente após a violação (*damnum in re ipsa*), não cabendo prova do dano, já que não se exige do lesado a demonstração de seu sofrimento.¹⁴²

Vale ressaltar que tanto o empregado quanto o empregador tem protegidos seus direitos da esfera extrapatrimonial, não sendo, portanto, prerrogativa exclusiva do empregado a reparação, mesmo que pecuniária.

Embora seja mais comum a configuração de um dano moral na esfera extrapatrimonial do trabalhador, nada impede que este se configure com referência ao patrimônio moral do “patrão”.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 109600-52.2002.5.15.0095 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011 Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>

¹⁴¹ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2012. 8.ed. rev.e ampl. São Paulo. Editora LTr. p.513

¹⁴² *ibidem*, p.515

Ora, diferente não poderia ser, tendo em vista que o contrato de trabalho impõe obrigação a ambas as partes, ou seja, uma reciprocidade. Injusto seria negar a ocorrência para a parte contratante.

Rodolfo Pamplona defende que o dano moral, no direito do trabalho, pode ocorrer em três fases, sejam elas: pré contratual, contratual e pós contratual.¹⁴³

Contudo, ainda há divergência com relação ao momento em que ocorre o dano moral, seja na fase contratual ou pré-contratual. Se ocorrer na fase contratual, não há dúvidas de que a competência para tanto é da Justiça do Trabalho, conforme preceitua a súmula n. 392 do TST: Dano moral e material. Relação de trabalho. Competência da justiça do trabalho.¹⁴⁴

Há quem defenda que, na fase pré-contratual, a competência seria da Justiça Comum (ainda não havia relação de emprego estabelecida) e há aqueles que defendem que seria da Justiça do Trabalho se a contratação não ocorresse por um ato que configurasse atentado à intimidade.¹⁴⁵

Para Pamplona, a fase contratual não enseja muitas controvérsias, já que nesse momento ainda há contrato de emprego e o descumprimento de suas cláusulas poderiam ensejar uma lesão ao patrimônio moral do empregado ou empregador.¹⁴⁶

Nesse viés, cabe analisar algumas situações que configurariam um dano moral na relação de emprego e, em razão do mais habitual, serão analisadas situações em que há lesão na esfera patrimonial.

O dano moral na fase pré-contratual pode se dar através de atos discriminatórios ou arguições pessoais. Naquele, o legislador previu casuísticas em que houvesse atos discriminatórios através da lei 9.029/95, que veda a exigência de atestados de gravidez esterilização, dentre outros, para efeitos admissionais.¹⁴⁷

¹⁴³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2002. 3.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. p. 94

¹⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2012. 8.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. p.515

¹⁴⁵ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁴⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2002. 3.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. p. 94

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 95

A referida lei tipifica algumas práticas como ilícito criminal e isso autoriza, portanto, que caso ocorra no caso concreto tais tipificações, pleiteie-se uma indenização por dano moral.¹⁴⁸

Um outro caso em que pode haver uma lesão ao patrimônio moral – fase pré contratual – é quando a empresa antes de realizar a contratação, busca informações a respeito do contratado a ponto de invadir a esfera pessoal/intimidade do indivíduo, sendo aceitável apenas aquelas perguntas estritamente relacionadas ao contrato de trabalho.¹⁴⁹

Alguns ordenamentos, a exemplo do italiano, vedam essas práticas justamente com o intuito de evitar atos discriminatórios tanto na admissão quanto no desenvolver do contrato trabalhista.¹⁵⁰

Passando para a fase contratual, é possível haver dano moral quando violado o art. 468 da CLT que dispõe sobre a impossibilidade de alteração contratual lesiva, ou seja, proíbe o rebaixamento funcional.¹⁵¹

Em razão da sua vedação expressa, é inadmissível tal conduta empregatícia, viabilizando, inclusive, a possibilidade de despedida indireta. Dessa forma, tendo em vista que pode causar constrangimento e situações vexatórias, cabe perfeitamente reparação pelo dano à esfera intangível do sujeito.¹⁵²

Outras possibilidades de ensejar lesão à direitos da personalidade do indivíduo é quando há assédio sexual, revista pessoal, discriminação, proibição de atividades fisiológicas, trabalho em condições precárias. São práticas que causam um transtorno pessoal, vexame, vergonha, constrangimento ao empregado em razão de um abuso hierárquico.

¹⁴⁸ *Ibidem, loc cit*

¹⁴⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2002. 3.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. p. 97

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 98

¹⁵¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁵² BRASIL. **Acórdão**. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em 27 out. 2015

Em recente decisão, o TST condenou empresa por não ter fornecido condições mínimas/básicas para os operários em viagens de serviço:

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

Concluída a análise da fase pré-contratual e contratual, resta a verificação da responsabilização das relações de trabalho na fase pós-contratual.

A fase pós-contratual é marcada pela oportunidade de haver lesão dos direitos personalíssimos dos ex contratantes em razão do antigo contrato de trabalho.¹⁵³

Observe que, quando um contrato de trabalho é encerrado, comum é que o contratado solicite uma carta de referência. Contudo, em alguns casos, o empregador informa detalhes desnecessários sobre a qualificação daquele ex funcionário, como por exemplo, que ele ajuizou uma reclamação trabalhista contra aquela empresa. O intuito da carta de recomendação é meramente descrever o desempenho daquele funcionário no período em que trabalhou para aquele empregador. Assim, nessas situações, se restar configurada alguma situação semelhante, terá o trabalhador direito à reparação por dano moral.¹⁵⁴

¹⁵³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 2002. 3.ed., ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. p. 113

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 114

Em consonância, destaque-se o recente posicionamento do TST acerca da situação descrita, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE NOTA NA IMPRENSA ACERCA DOS MOTIVOS DA DISPENSA DA EMPREGADA. VIOLAÇÃO DA HONRA E DA IMAGEM. 1. O Tribunal Regional do Trabalho consignou expressamente que a reclamada, após dispensar 49 de seus empregados, entre os quais a ora recorrente, publicou nos jornais de circulação na cidade nota esclarecendo os motivos da dispensa coletiva. Destacam-se, dentre os critérios adotados na seleção dos empregados cujos contratos de emprego seriam rescindidos, a referência a docentes que “não vestiam a camisa” e “difamavam a instituição”, bem como que “tiveram conceitos baixos nas avaliações dos coordenadores dos cursos e dos alunos”, e “não se adequaram às novas tecnologias do ensino superior.” 2. A mácula à imagem e à honra objetiva da trabalhadora resulta configurada tanto do ponto de vista social como na vida profissional, porquanto as ideias de desqualificação técnica, deslealdade e não confiabilidade, decorrentes da nota publicada, bastam para dificultar a reinserção da obreira no mercado de trabalho, dentro do âmbito de veiculação da publicação. 3. Recurso de Revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-56100-41.2008.5.15.0037. 1ª turma. Des. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DEJT 24/09/2015).¹⁵⁵

Assim, fica claro que qualquer ofensa à integridade moral de um empregado não deve ser admitida no ordenamento jurídico, garantindo assim uma maior proteção aos direitos de um empregado.

Acresça-se que o dano moral não é uma causa isolada. Em decorrência de um mesmo fato pode haver uma violação que dê causa a um dano moral, mas ao mesmo tempo a um dano material. Não há qualquer impossibilidade disso na área civil e nem na seara trabalhista.

O posicionamento do TST é positivo quanto à responsabilização do empregador quando violar o patrimônio moral do empregado:

PRESCRIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. CONDUTA ILÍCITA DO EMPREGADOR. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-I desta Corte superior no sentido de que o prazo prescricional aplicável à pretensão relativa a indenização por danos morais decorrente de relação do trabalho é contado da data em que a parte tem ciência

¹⁵⁵ Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-56100-41.2008.5.15.0037. 1ª turma. Des. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DEJT 24/09/2015 Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2056100-41.2008.5.15.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOIoAAC&dataPublicacao=25/09/2015&locaPublicacao=DEJT&query=>. Acessado em 19 de outubro de 2015

inequívoca do evento danoso. Ocorrida a suposta lesão posteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Por outro lado, verificada a ofensa moral anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, conforme se depreende da decisão proferida pelo Tribunal Regional, a lesão concretizara-se com a dispensa, ocorrida em 5/5/2000 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de transição consagrada no artigo 2028 do Código Civil de 2002, porquanto não transcorridos mais de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do atual Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 12/1/2003 - e findando em 12/1/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 28/6/2002, não há prescrição a ser decretada relativamente à pretensão à reparação por danos morais decorrentes da relação do trabalho. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 109600-52.2002.5.15.0095/Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1.ª Turma, j. 30/03/2011, DEJT 08/04/2011 Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acessado em 7 de junho de 2015).¹⁵⁶

Além do dano moral ao empregado, pode-se ter essa lesão contra mais de um indivíduo, é o dano moral coletivo.

Nesse viés, a doutrinadora Alice Monteiro trabalha ainda essa possibilidade. Haverá situações que o autor do dano não estará individualizado entre os componentes de um grupo que possivelmente tenha lesionado alguém. Em razão da impossibilidade de estabelecer o autor do dano, foi gerada a “responsabilidade coletiva”. A diferença entre ambos os danos é que no individual há uma lesão de um direito subjetivo ou de um interesse individual. Já o dano coletivo atinge um direito

¹⁵⁶ TST, RR 109600-52.2002.5.15.0095/Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1.ª Turma, j. 30/03/2011, DEJT 08/04/2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acessado em 7 de junho de 2015).

difuso, disperso, mas ainda assim perceptível, já que os lesionados integram uma coletividade.¹⁵⁷

3.2.4 Dano estético

O dano estético é aquele dano que causa prejuízo à aparência física do lesionado, modificando-a para pior e gerando uma violação aos direitos da vítima.¹⁵⁸

Esse dano pode ser ampliado quando, não raras as vezes, há a cumulação com o dano existencial, o qual será abordado em um capítulo específico no presente estudo.

Nos últimos anos, a doutrina brasileira aceitou a inserção do dano estético no ordenamento jurídico, não confundindo esse com o dano moral e nem com o patrimonial.¹⁵⁹

O dano estético é a violação à integridade física do indivíduo por meio de uma continuidade, ou seja, lesões que se prolongam, já que é pressuposto para sua configuração um efeito permanente, não sendo transitório ou sanável.¹⁶⁰

O fundamento legal do dano estético está no artigo 949 do CC, que determina uma indenização ao prejudicado quando houver lesão ou outra ofensa à saúde até o fim da convalescença.

É necessário, sobretudo, distinguir duradouro de definitivo. Mesmo que haja uma irreversibilidade, esta não será suficiente para a caracterização do dano, já que o requisito principal é que o dano se manifeste de forma duradoura. Ainda que seja possível a redução das lesões – até mesmo eliminá-lo –, ela já se consumou.¹⁶¹

¹⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2012. 8.ed. rev.e ampl. São Paulo. Editora LTr. p.519

¹⁵⁸ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. P.108

¹⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p.359

¹⁶⁰ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁶¹ *Ibidem, loc.cit*

Assim, caso o dano seja suscetível de melhoras através de um simples tratamento médico, a violação acaba por se subsumir em um dano patrimonial ou moral, mas não constituirá um dano estético autônomo.¹⁶²

O dano estético é caracterizado pela lesão, mesmo que mínima, de forma duradoura ou temporária, que transforme a aparência da vítima, ocasionando-lhe enfeamento.¹⁶³

Não há que se falar em confusão de dano moral com o dano estético, uma vez que possuem naturezas distintas, tendo o dano moral, ordem psicológica e o estético é externo; o moral tem relação com o sofrimento interno e o dano estético se refere à vida social da vítima.¹⁶⁴ As únicas conexões entre estes é a natureza extrapatrimonial.

O dano estético estará configurado em situações em que grandes proporções impactem de forma significativa a vítima.¹⁶⁵ Como é um dano decorrente de lesões a direitos da personalidade, não há que se falar em prova, pois há presunção absoluta do dano, ou seja, *in re ipsa*.¹⁶⁶

Deve-se atentar que esse dano constitui, de fato, uma lesão ao indivíduo, repercutindo, efetivamente, em sua beleza. Nesse viés, não é suficiente um incidente que cause uma mudança física na pessoa, exigindo uma transformação que implique, efetivamente, no aspecto externo, ou seja, na imagem daquele que for lesionado.

O dano estético não é uma mera ofensa da aparência externa da pessoa, ainda que isso te cause enfeamento. É laborar em erro assimilar beleza com dano estético, pois seria extremamente discricionário ao julgador analisar o que seria beleza e feiura.

¹⁶² BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr**. 1.ed. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 27

¹⁶³ *Ibidem*, loc.cit

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.26

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p. 359

¹⁶⁶ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. p.111

3.2.5 Dano biológico

O surgimento do dano biológico se deu na década de 70, momento em que a jurisprudência italiana pacificou que o direito à saúde era direito fundamental e, por isso, qualquer ofensa à saúde da pessoa deveria ser considerada um dano “injusto” e, conseqüentemente, indenizável.¹⁶⁷

Posteriormente, seu conceito foi construído, primeiramente, em 1986 pelo Tribunal Constitucional, em decisão prolatada que entendeu que o tema aqui abordado não se confunde com dano moral e baseia-se na lesão direta a direitos protegidos pela saúde, sendo conceituado como toda lesão causada à saúde, ao bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo.¹⁶⁸

A integridade física, psíquica e social do trabalhador deve ser tutelada em qualquer relação de trabalho, conforme preceitua o artigo 6º e 196 da Constituição Federal. Com base em tais dispositivos é imprescindível que haja uma proteção especial à integridade física, psíquica e social do trabalhador, utilizando-se assim todos os meios existentes pela ciência e pela tecnologia, pois a saúde é um direito que possui objeto autônomo de proteção.

Pautado nos fundamentos supramencionados, a doutrina italiana assegura que o dano biológico terá uma aplicação mais efetiva no âmbito trabalhista, vez que é responsabilidade patronal tutelar a integridade física, psíquica e social do empregador.¹⁶⁹

Um dano à saúde sempre irá configurar um dano biológico, vez que os “efeitos colaterais” desse dano impõe limitações à vida de relação da vítima, o que enseja uma indenização, independentemente de haver ou não prova de prejuízo material, que também deverá ser indenizado caso o dano imaterial discutido cause uma redução da capacidade laborativa.¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.118

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.113

¹⁶⁹ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. p.113

¹⁷⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

Desse modo, em decisão paradigma, a Itália reconheceu a responsabilidade do empregador pelos danos à saúde de um empregado que foi submetido a excesso de jornada laboral e em razão disso, teve sua saúde comprometida.¹⁷¹

Desse posicionamento, resta corroborado que o poder diretivo do empregador é limitado, o que gera diversas mitigações para que não haja danos à segurança, à dignidade da pessoa humana e, inclusive, adote medidas preventivas com relação à saúde do trabalhador.

3.2.6 Dano existencial

O dano à vida de relação surgiu na Itália, tentando como objetivo compensar as lesões que fossem causadas em razão das limitações e/ou impedimentos de atividades cotidianas.¹⁷²

Desse modo, a partir da década de 60, a doutrina italiana reconheceu uma nova espécie de dano injusto, que é o chamado dano ao relacionamento em sociedade, à convivência, que atinge – indiretamente – a capacidade laborativa.¹⁷³

Assim, com os ajustes devidos, surgiu o conceito do dano à vida de relação, que consiste em lesão física ou psíquica a uma pessoa que é impossibilitada – total ou parcialmente – de usufruir as oportunidades recreativas, extra laborais, praticar esportes, afastar o indivíduo de seus *hobbies*, ou seja, aquelas atividades tidas como imprescindíveis para que uma pessoa opte por adequá-las à sua rotina de acordo com a necessidade pessoal de cada um.¹⁷⁴

O direito já havia tutelado o dano que lesionasse moralmente um indivíduo, quando lhe causasse dor, sofrimento e vexame, e o dano que atingisse o patrimônio material, trazendo-lhe prejuízos financeiros. Contudo, a lesão que trouxesse reflexos negativos e fosse efetivamente materializado, não era passível de

¹⁷¹ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. p.113, p.28

¹⁷² ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Editora Revista dos Tribunais. 2005. p.32

¹⁷³ *Ibidem*, p.35

¹⁷⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

responsabilização, ficando em uma zona cinzenta e sem características de ilegalidade.

O tema dano existencial denota um cunho filosófico, pois motiva pesquisas de fundamentação filosófica de modo a fazer com que toda a teoria construída sobre o referido assunto seja utilizada e aplicada nas formações jurisprudenciais para que seja verificada a presença dos elementos do dano à existência, já que muitos indivíduos tem suas vidas modificadas em virtude dessa categoria de dano.¹⁷⁵

A primeira decisão que reconheceu o dano existencial foi no ano de 2000, quando determinou o ressarcimento pelo dano causado à existência pautado na proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁶

O dano existencial ou dano ao projeto de vida, compreende-se toda lesão que implica na liberdade de escolha e afeta o projeto de vida que o indivíduo construiu para sua realização de vida pessoal.¹⁷⁷

Para incorporar a essência das normas, se autoconhecer, alcançar seus projetos de vida, o indivíduo precisa se relacionar com outros seres humanos, adquirindo experiências que demonstrarão nexos em sua existência enquanto ser humano.

O dano existencial, portanto, consiste na violação de direitos fundamentais que estão tutelados na Constituição Federal, de modo que cause uma alteração danosa nas escolhas do indivíduo ou nos programas por ele elaborados para alcançar seu projeto de vida, prescindindo consequências financeiras que possa decorrer a lesão.¹⁷⁸

O projeto de vida reflete as relações interpessoais, sua adequação com o meio social em que vive, abrangendo também as relações profissionais, sociais e culturais. Por isso, o dano existencial decorre de uma privação expressiva ao projeto de vida e/ou vida de relação da vítima.

¹⁷⁵ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. **Revista Bonijuris**, ano XXIII, n.577, v.23, n.12. 2011. Curitiba. p. 35

¹⁷⁶ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. P.117

¹⁷⁷ 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**, volume 411, 2010, Rio de Janeiro, p.99

¹⁷⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Editora Revista dos Tribunais. 2005. P.42

O dano à vida de relação consiste em alterações não pecuniárias nas condições de existência da pessoa humana, sendo tais transformações significativas para o projeto de vida do sujeito e daqueles com quem ele convive. Caracterizaria uma lesão à vida de relação uma prisão arbitrária, um acidente de trabalho que incapacita o indivíduo para atos da vida civil, o abandono parental, ou seja, mudanças que impactam em todo o sentido da vida de uma pessoa.¹⁷⁹

O dano existencial não possui vínculo essencial com resultado financeiro, nem com a esfera íntima/pessoal – se houvesse essa conexão, tratar-se-ia de dano moral, pois caracterizaria dor, sofrimento, angústia. Dano à existência vislumbra uma mudança compulsória na vida do agravado e em seus projetos futuros, obrigando-o a reprogramar suas decisões e planejamentos em virtude da impossibilidade de continuar nos moldes que tinham sido estabelecidos antes do dano.¹⁸⁰

O dano existencial pode ser definido como um dano causado em razão da imposição da renúncia de atos do dia a dia em situação adversa à vontade do indivíduo.

Por se tratar de uma terceira espécie de dano, pois não se trata de lesão moral, nem material. O dano à existência é um dano injusto que frustra um projeto de vida razoável, não cabendo um vislumbre de planos e devendo, efetivamente, alcançar planos futuros da vida do indivíduo ou incapacitando-o para o convívio familiar e social.

3.2.6.1 A dignidade da pessoa humana e a necessidade de proteção das relações sociais, dos projetos e vida e o direito ao lazer

Até determinado tempo, nunca havia sido dada tanta atenção para a proteção da pessoa humana, principalmente com relação à sua dignidade. Contudo, a partir de algumas atrocidades – com destaque o nazismo –, a comunidade

¹⁷⁹ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. **Revista Bonijuris**, ano XXIII, n.577, v.23, n.12. 2011. Curitiba. p. 39

¹⁸⁰ BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr**. 1.ed. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 28

internacional do direito foi impulsionada a se preocupar mais com a função do direito e a tutela da pessoa humana.¹⁸¹

Com o despertar da comunidade jurídica, a pessoa humana passou a ser preocupação do direito, com enfoque na dignidade dela. Diversos outros ordenamentos passaram a tutelar sobre essa proteção e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos sua proteção jurídica foi consagrada.¹⁸²

Com base na dignidade da pessoa humana, nasce a preocupação com danos à pessoa. A cláusula geral da dignidade da pessoa humana visa a proteção máxima da pessoa humana com o intuito de que sua dignidade seja prejudicada.¹⁸³

A dignidade é um atributo comum a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, nível cultural ou profissional etc. Todos possuem a mesma dignidade.

Vinculada à existência humana digna está a integridade psíquica e o bem-estar psicológico da pessoa natural, bem como a escolha do indivíduo em realizar atividades que proporcionam satisfação pessoal e não violam as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, a relação existencial humana (que se dá com outros indivíduos) e o direito ao mínimo existencial (condições mínimas para a sobrevivência digna) estão entrelaçadas tanto com as necessidades materiais como com as necessidades humanas/pessoais.¹⁸⁴

O inciso III do artigo 3º prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Preocupado em manter intacta a dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional previu alguns direitos básicos ao indivíduo para que ele possa viver de maneira digna, estando previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Os direitos sociais – ou direitos prestacionais (artigo 6º da CF) – compõem a segunda dimensão, sendo aqueles direitos que exigem do Poder Público uma

¹⁸¹ FERREIRA, Keyla Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque no dano existencial. **Revista de Direito Privado**. - Ano 14, v. 54. 2013. Editora: Revista dos Tribunais. P.12

¹⁸² *Ibidem, loc cit*

¹⁸³ *Ibidem, p.13*

¹⁸⁴ 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**, volume 411, 2010, Rio de Janeiro, p.99

atuação positiva na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade.

O complexo de relações sociais, familiares, intelectuais, afetiva, culturais, artísticas é entendido como situações existenciais que constituem parte da personalidade da pessoa humana. Quando o indivíduo é impedido de realizar hábitos e planejamentos, configura-se um dano existencial.¹⁸⁵ Ou seja, é aquela lesão que compromete as atividades que a pessoa realiza em prol da sua satisfação de vida pessoal. Seus efeitos repercutem diretamente nos objetivos do sujeito lesionado, vinculando sua qualidade de vida.¹⁸⁶

Configurado o dano existencial, a pessoa se vê privada do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de dispor livremente do seu tempo para fazer ou deixar de fazer aquilo que ele desejar. Ou seja, ele se vê limitado o seu direito à liberdade e à sua dignidade humana.¹⁸⁷ O que determina a caracterização do dano existencial é justamente a produção de um prejuízo ao bem-estar pessoal ou ao projeto de vida.

A expressão projeto de vida faz referência àquilo que a pessoa lesionada tinha escolhido para seu futuro, sua vida. Quando a pessoa é impossibilitada de dar continuidade aos planos que tinham sido construídos, impondo a ela um novo projeto de vida em detrimento ao que a mesma possuía anteriormente, nasce o dano existencial. Nessa toada, diz dano existencial porque causa um vazio existencial no sujeito.¹⁸⁸

A doutrina aborda situações em que há uma renúncia forçada de momentos felizes, ao lazer, às relações com outras pessoas, a perda da rotina que já estava acomodada no indivíduo. É o dano com potencialidade, vez que ele traz efeitos/mudanças para o futuro.¹⁸⁹

¹⁸⁵ FERREIRA, Keyla Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque no dano existencial. **Revista de Direito Privado**. - Ano 14, v. 54. 2013. Editora: **Revista dos Tribunais**. p.33

¹⁸⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.57, janeiro/março. 2014.p.291

¹⁸⁷ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Editora Revista dos Tribunais. 2005. p.48

¹⁸⁸ BEBBER, Júlio César. Legislação do trabalho: Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações, v. 73, n1. **Revista LTr**. São Paulo. Editora LTr. 2009. p. 28

¹⁸⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, janeiro/março. 2014.p.292

O dano existencial só existirá se algum fato danoso o anteceder. Por isso que a prova do dano existencial é feita por meio de uma análise do antes e depois do evento. É um dano que lesa os direitos fundamentais.¹⁹⁰

Tenha-se como exemplo um jovem modelo profissional e assíduo praticante de esportes. Em decorrência de um acidente de carro – em que o outro motorista teve culpa exclusiva – sofre danos físicos e estéticos incorrigíveis. Ele continua apto a dirigir, mas em razão do medo, não consegue. Assim, não pratica mais esportes – que era seu lazer – e nem continua com sua vida profissional de modelo. Nesse caso, o jovem terá direito a (i) dano moral, vez que gerou um dano psíquico, impossibilitando-o de voltar a dirigir; (ii) dano estético, já que os danos à sua aparência foram incorrigíveis; (iii) dano existencial, pois sua agenda existencial foi rompida definitivamente: não poderá mais jogar futebol (seu maior lazer) e nem exercer a carreira de modelo.

Essas são situações claras de que esse dano irá alterar a vida digna do indivíduo, violando assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.2.6.2 Dano existencial como espécie de dano imaterial

O dano existencial é um instituto ainda recente no direito brasileiro, sendo ainda pouco desenvolvido no Brasil. Todavia, no direito italiano, já é um tema mais trabalhado e discutido no judiciário.¹⁹¹ Na Itália, país de origem do dano existencial, só era considerado dano extrapatrimonial aqueles que tivessem previsão na legislação italiana.¹⁹²

Contudo, após o bombardeio de casos configurando dano biológico – capítulo já abordado-, a tutela indenizatória recebeu mais uma categoria de dano extrapatrimonial.¹⁹³

¹⁹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, janeiro/março. 2014.p.293

¹⁹¹ COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. P.115

¹⁹² *Ibidem, loc cit*

¹⁹³ *Ibidem, loc cit*

A partir daí, os italianos ficaram convictos de que lesões ao direito fundamental, e não apenas ao direito da saúde, deveriam ser tuteladas de forma ampla e suscetíveis à responsabilidade civil.

O tema dano existencial se demonstra altamente relevante para a sociedade contemporânea, principalmente, em razão de hoje haver uma banalização da aplicação do dano moral, sendo até mesmo vulgarmente conhecida como Indústria do dano moral.

O dano existencial se enquadra na categoria de danos extrapatrimoniais objetivos, pois decorre de uma lesão ao modo de ser, de viver. O objeto do dano existencial não é um direito da personalidade específico, mas sim a própria personalidade, pois viola uma situação existencial da pessoa. Assim, é patente que consiste em uma lesão do patrimônio não tangível, o círculo imaterial.¹⁹⁴

O fundamento legal da reparação do dano existencial consiste na combinação do artigo 1º, inciso III com o artigo 5º, inciso V e X, que autorizam o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, o que corrobora, mais uma vez, a natureza imaterial do respectivo dano.¹⁹⁵

Dessa forma, entenda-se que o dano existencial está inserido no conjunto de danos extrapatrimoniais, sendo assim classificados em razão de se referirem a danos pessoais, à privacidade, à honra.

A lesão à direitos da personalidade do indivíduo é espécie do gênero dano extrapatrimonial que se configura quando impõe ao lesionado uma renúncia compulsória e indesejada de atividades do cotidiano e lícitas, que se limitadas, forçosamente, viola a liberdade de escolha da vítima.¹⁹⁶

No Brasil, há diversos julgados de indenização à vítima em razão do dano existencial, todavia, na maioria das vezes não há o efetivo reconhecimento dessa lesão, uma vez que na verdade são classificados como dano moral.

¹⁹⁴ FERREIRA, Keyla Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de Tutela da Pessoa Humana: Enfoque Específico no Dano Existencial, sob a perspectiva Civil-Constitucional. **Revista De Direito Privado**, ano 14, n.54. 2013. P. 33

¹⁹⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v.2, n.22. 2013. P. 22

¹⁹⁶ 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**, volume 411, 2010, Rio de Janeiro, p.129-163.

A título de exemplificação, uma possível causa de dano existencial se tipifica quando um paciente, ao receber transfusão sanguínea, é contaminado pelo vírus HIV, causando-lhe dependência eterna de medicamentos e uma transformação brusca em sua forma de vida, seus planos, em seu cotidiano.

É possível identificar a configuração de um dano existencial em razão do comprometimento de vida desse indivíduo. A contaminação pelo vírus HIV limitou a vida do paciente, impondo a necessidade de reforma dos projetos de vida que ele havia elaborado.

Assemelha-se a esse exemplo um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que condenou um homem a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 50 mil, por contaminar sua namorada com o vírus HIV.

Ressalte-se que a vítima do dano exercia a profissão na área de saúde – técnica de enfermagem –, o que agravava a situação, pois colocava a vida de outras pessoas em risco. Foi decidida também a condenação de pensão vitalícia, visto que a atividade laboral da infectada foi impedida, reduzida.

A profissão da lesionada ficou limitada, as suas atividades rotineiras terão que ser ajustadas à nova condição dela, houve uma mudança drástica na vida da vítima. Embora o Tribunal de Justiça da Santa Catarina tenha condenado, equivocadamente, a indenização em razão de dano moral, configurou-se, em verdade, um dano existencial, pois atingiu o projeto de vida da técnica de enfermagem, implicando em uma renúncia de atividades habituais.

É patente que o dano existencial é passível de indenização, porém, conforme foi demonstrado através da jurisprudência, ainda há uma grande resistência do judiciário em identificar o que de fato seria um dano existencial, tendo em vista que, na maioria das vezes, as decisões são fundamentadas na configuração do dano moral.¹⁹⁷

O equívoco do poder judicial consiste em não distinguir o dano moral do dano imaterial. Conforme já foi discorrido, o dano imaterial é gênero da espécie dano moral, dano biológico e dano existencial. Contudo, o inverso não é verdadeiro.

¹⁹⁷ COLPO, Marciano. **Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial**. Revista **Cultura Jurídica**. Ano 1, n.1. Editora Sapiens. Porto Alegre. 2012. P.127

Hidemberg observa que o direito ao projeto de vida só é exercido quando a pessoa se decida à autorrealização, de forma que sua liberdade de escolha proporcione concretude às ideias e objetivos que motivam sua existência.¹⁹⁸

Esclarece-se assim que o dano moral é interno e subjetivo, enquanto que o dano existencial é externo e objetivamente constatado, vez que há um comprometimento das atividades de relação.¹⁹⁹

Deve-se estar atento que não se pode tratar dano moral e dano existencial como a mesma coisa, são danos diferentes e assim devem ser tratados, sob pena de banalização do instituto.

O Tribunal de Palermo, em 2001, entendeu que não poderia confundir tais espécies de dano imaterial, declarando que o dano moral é essencialmente um “sentir” e o dano existencial é um “não poder fazer mais o que fazia”.²⁰⁰

Em suma, o dano existencial distingue-se do dano moral porque aquele não se restringe a uma amargura, mas sim por uma abdicação a uma atividade concreta. O dano moral afeta o ânimo das pessoas, enquanto que o existencial é um não mais poder fazer.

¹⁹⁸ FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. 2011. <http://jus.com.br/artigos/20349/noco-es-fundamentais-sobre-o-dano-existencial>

¹⁹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, janeiro/março. 2014.p.293

²⁰⁰ *Ibidem, loc.cit*

4 JORNADA DE TRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de adentrar nos tópicos que subdividem o tema jornada de trabalho na legislação brasileira, é essencial conceituar a expressão jornada de trabalho. Tanto na antiguidade como na idade média não havia uma regulamentação acerca da jornada de trabalho - o que corroborava a ideia de trabalho escravo. Todavia, a ideia de trabalho e suas formas foram evoluindo gradativamente, o que terminou repercutindo no progresso da estrutura manufatureira para a industrial.

Nos primeiros anos da era fabril, a quantidade de oficinas era absurda e por isso as cidades industriais começaram a abrigar um grande contingente de mão-de-obra. Todavia, como a disponibilidade de mão-de-obra superava a quantidade de vagas de trabalho, começou a haver um aviltamento dos salários, desvalorização do trabalho humano, de forma que, sendo a lei da oferta maior que da procura, os operários terminavam aceitando as péssimas condições de trabalho. Nesse período, as regras eram exploradoras e os trabalhadores cumpriam jornadas de trabalho excessivas, independentemente do sexo, gênero ou idade do trabalhador.

Com o tempo, os trabalhadores começaram a se unir com o intuito de reivindicar por condições dignas de trabalho e salário, redução da jornada excessiva e contra a exploração. É nesse momento que a sociedade percebe a necessidade de o Estado interferir nessas relações e passar a regulamentá-las.

Nessa luta operária, aos poucos, os trabalhadores foram conseguindo algumas concessões, de forma que o Estado, com a necessidade de manter a ordem, foi reconhecendo a importância dos direitos trabalhistas.

Em 1891 com a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, a Igreja Católica interviu a respeito das condições do trabalho. O Pontífice Leão XIII defendia a solução dos conflitos entre o capital e o trabalho, conforme as exigências da verdade e da justiça.²⁰¹ A referida carta foi o meio utilizado pela Igreja para demonstrar que o homem não deveria ser tratado como mera mercadoria e assim ratificar a necessidade da dignificação do trabalho do homem.

²⁰¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 60

Os empregadores fixavam os números de horas conforme seus próprios interesses, não havendo distinções entre homens, mulheres e crianças, cabendo aos empregados apenas cumprir.²⁰²

As primeiras limitações à jornada de trabalho na Inglaterra, França, Itália e Alemanha foram às jornadas das mulheres e dos menores, mas foi em 1919, com o Tratado de Versailles que foi estabelecido o controle de jornada normal diária de 8 (oito) horas, ganhando dimensão universal. No Brasil, o Decreto n. 21.186 de 1932 regulamentou a jornada diária de 8 (oito) horas. Outras legislações esparsas fixaram os horários de outras categorias profissionais, tendo grande parte reproduzida na CLT. A Constituição de 1943 determinou a jornada de 8 (oito) horas e nesse passo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XIII, manteve o mesmo limite diário, reduzindo apenas a jornada semanal que diminuiu para 44 horas.²⁰³

4.1 DISTINÇÃO ENTRE DURAÇÃO DO TRABALHO, JORNADA DE TRABALHO E HORÁRIO DE TRABALHO

Para compreender como se limita o tempo de trabalho de um empregado, é necessário analisar três expressões correlatas: duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho. No entanto, o foco desse capítulo se destina à jornada de trabalho.

A expressão duração do trabalho é a mais ampla, de forma que abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado; é o período de trabalho legalmente outorgado ou contratualmente oferecido ao empregado.²⁰⁴ Portanto, a referida expressão abrange os momentos extra laborais em que o operário se dedica ao empregador em razão do contrato empregatício.

Jornada de trabalho corresponde ao período em que o trabalhador fica à disposição do empregador em razão do seu contrato de trabalho, não estando, necessariamente, executando uma prestação de serviço, mas tão somente estando à disposição do empregador. Veja-se o artigo 4º da CLT:

²⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. 24.ed. São Paulo. Saraiva. 2009. revis. atual. e amp. p. 1138

²⁰³ *Ibidem*,. p. 1139

²⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. P. 866

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

Enquanto jornada de trabalho faz referência ao lapso temporal em que o empregado está à disposição do empregador, o horário de trabalho é o período em que efetivamente se inicia e se encerra a jornada, especificamente, incluindo os momentos de pausa (intervalo intrajornada) e os de retorno.²⁰⁵

Conforme já demonstrado no início da pesquisa, a jornada de trabalho foi, durante muito tempo, excessiva e abusiva. Todavia, com a evolução do direito do trabalho e o alcance de uma Consolidação protetiva de leis trabalhistas, as jornadas de trabalho passaram a ser limitados.

4.2 JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho está intimamente ligada ao salário, de forma que este é a obrigação correspondente ao serviço executado naquele lapso temporal – que nada mais é que a jornada de trabalho.

Ademais, como disse o mestre Godinho, “não há regra jurídica ampliadora ou redutora da jornada que não tenha influencia automática no montante salarial relativo devido ao empregado”.²⁰⁶ Ou seja, caso haja uma diminuição na jornada de trabalho, o mesmo deve acontecer com o salário, salvo se o objetivo for aumentar o valor da hora de trabalho.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 traz no artigo 7º, XIII:

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

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

²⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. p. 867

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 862

A Constituição Federal sinaliza que a expressão “trabalho normal” faz referência a um trabalho do qual não se usufrui de qualquer privilégio legal ou contratual que permite reduzir a sua duração. Desse conceito, extrai-se que “trabalho normal” é aquele trabalho ainda não realizado de forma extraordinário, apenas ordinariamente, dentro dos limites estabelecidos legal ou contratualmente.²⁰⁷ É o trabalho ordinário.

Em oposição à duração do “trabalho normal”, há a duração de trabalho especial, sendo definido como aquele que, por sua natureza ou por seu método de aplicação, terá um tratamento diferenciado. O artigo 7º, XIV da Constituição Federal traz uma hipótese:

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

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

Desse modo, será considerado trabalho especial aquele que por determinação, legal ou contratual, considerando o nível de desgaste do serviço em execução, terá uma redução na jornada.

Voltando à regra de 8 (oito) horas diárias, é indispensável analisar se a flexibilização dada às horas suplementares (duas horas a mais por dia) não cairia por terra, já que se é permitido esse horário extraordinário, sem prejuízo e sem consequências – tanto para o empregador, como para o empregado -, não seria efetivamente a jornada diária a de 10 (dez) e não de 8 (oito) horas.

No entanto, postergando tal avaliação, vale ressaltar que nem todas as atividades ensejam ao trabalhador o direito de pedir o pagamento pelas horas suplementares, que são aquelas atividades em que não há controle de horário. A lei fixa a duração do contrato de trabalho, através de convênios coletivos e pelos

²⁰⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 345

contratos individuais de trabalho, não podendo estes dar tratamento inferior àqueles.²⁰⁸

4.2.1 Jornada suplementar

A jornada suplementar é uma espécie de jornada extraordinária, sendo esta uma extensão daquela.

Todo trabalho está previsto com um limite de duração diária, que é a jornada de trabalho. Essa limitação é dada visando a proteção do trabalhador, evitando desse modo, exigir do empregado mais que o organismo humano suporta, assentando-se a legislação em pressupostos científicos de medicina e higiene do trabalho.²⁰⁹

No entanto, nem sempre a jornada legalmente estabelecida é suficiente, sendo necessária uma prorrogação do horário de trabalho.

As horas suplementares são uma espécie de prorrogação de trabalho e correspondem as duas primeiras horas excedentes às 8 (oito) diárias, conforme previsão do artigo 59, *caput* da CLT. Atente-se que as duas formas de extensão da jornada de trabalho correspondem, efetivamente, a horas extraordinárias, mas as duas primeiras horas serão denominadas de suplementares.²¹⁰

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o modelo celetista diferenciava as horas extraordinárias em dois conceitos. Havia, assim, a hora suplementar, cujo fundamento era contratual; e a hora extraordinária em *strictu sensu*, de fundamento não contratual, compreendendo as horas imediatamente seguintes à jornada ordinária, ou, havendo prestação de horas suplementares, as imediatamente seguintes a estas.²¹¹

Assim, a partir de uma leitura da CLT à luz da Constituição, as horas suplementares que não decorram de acordo de compensação e nem se confundam

²⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. Saraiva. 24.ed. São Paulo. 2009. revis. atual. e amp. p. 1140

²⁰⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito material do trabalho**. LTr. 11. ed. São Paulo. 2007. p. 403

²¹⁰ *Ibidem*, p. 405

²¹¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

com as horas suplementares devidas a circunstâncias excepcionais estabelecidas no artigo 61 da CLT, configurariam ilicitude.²¹²

Assim, realizando uma leitura complementar da CLT com a Constituição Federal, conclui-se que as duas primeiras horas serão extraordinárias, mas pertencerão a outra classe: a suplementar, sendo esta autorizada e considerada lícita pelo judiciário.

Ressalte-se que, diante dessa conclusão há uma possível divergência com relação ao limite de jornada diário. Se o tempo máximo diário é de 8 (oito horas), sendo permitido legalmente a prorrogação de mais duas horas, portanto, dez horas por dia, há uma inconsistência na própria Constituição que ora fixa um limite, ora fixa outro.

No entanto, ainda com essa incompatibilidade entre os dispositivos, é necessário fazer uma reanálise e lembrar que a preocupação do legislador é precipuamente a manutenção da saúde do operário. Logo, não se deve entender como limite diário as 8 (oito horas) constitucionalmente asseguradas acrescidas de mais duas horas suplementares, resultando em 10 (dez) horas por dia. As horas suplementares são exceções e não regra, tanto que se forem prestadas com habitualidade, haverá como sanção a não possibilidade da utilização delas no sistema de compensação.

4.3 TEMPO EFETIVAMENTE TRABALHADO X TEMPO À DISPOSIÇÃO

Já foi dito anteriormente que a jornada de trabalho não diz respeito, exclusivamente, ao tempo efetivamente trabalhado, ou seja, aquele em que o operário dispensou força para a execução de um serviço, e em razão disso o critério de tempo efetivamente trabalhado está sendo cada vez mais afastado.²¹³

Com base nesta teoria, só será remunerável apenas aquele período em que o empregado prestou sua atividade.

²¹² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. p. 862

²¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. Saraiva. 24.ed. São Paulo. 2009. revis. atual. e amp. p. 1135

A legislação brasileira adotou essa teoria, garantindo ao trabalhador que não somente o tempo de serviço será computado na sua jornada de trabalho – e conseqüentemente em seu salário -, mas também aquele em que o empregado esteja tão somente à sua disposição.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, artigo 59, §2º ainda assegura como horas de labor, em casos especiais, o tempo de deslocamento para o operário chegar e retornar ao local de trabalho – horas *in itinere* – quando o local de trabalho não for servido por transporte público regular ou for de difícil acesso e a empresa servir a condução.²¹⁴

Pode-se interpretar que o que a legislação brasileira fez foi nada mais que ratificar no §2º do artigo 58 a teoria do tempo à disposição. Nessa situação, caberia uma interpretação sistemática desse artigo com a teoria do tempo à disposição. Quando um empregado gasta mais tempo para atingir o local de trabalho de difícil acesso ou esse local não é abastecido de transporte público regular e a empresa fornece condução, está implícito que aquele tempo “a mais” corresponde a uma disponibilidade extra do empregado. Se o local de trabalho implica em maiores dificuldades (não ter disponibilidade de transporte público ou ser de difícil acesso) e, conseqüentemente, tempo para o empregado, o empregador tem que arcar com essa responsabilidade, visto ser dele o risco do empreendimento.

Desse modo, esse tempo corresponderia a uma disposição do empregado ao empregador e, portanto, deve ser computado na jornada de trabalho. Ademais, deve-se ressaltar que quando o empregado está em um transporte concedido pelo empregador, ele nada mais está que, efetivamente, à disposição.

A súmula 90 do TST traz algumas disposições a respeito dessa modulação especial. A mesma é disposta em cinco incisos e trata de especificidades em que serão computadas ou não as horas de itinerário como jornada de trabalho.

Desse modo, nas situações em que houver mera insuficiência (inexistência) de transporte público, as horas *in itinere* não serão computadas a título de tempo de jornada (STST 90, III); se houver incompatibilidade entre os horários de início e fim da jornada do empregado e do transporte público regular, serão devidas as horas de itinerário (STST 90, II); e, por fim, se parte do trecho houver circulação de transporte

²¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 586

público regular, só serão consideradas como componentes da jornada de trabalho aquelas que corresponderem à parte não servida de transporte público (STST 90, IV).

Por fim, artigo 58, §3º da CLT traz ainda a hipótese das microempresas ou empresas de pequeno porte tratarem, por meio de acordo ou convenção coletiva, desse tempo médio despendido pelo empregado em horas *in itinere* computáveis na jornada, bem como a forma e a natureza dessa remuneração.²¹⁵

4.4 TEMPO DE SOBREAVISO E TEMPO DE PRONTIDÃO

Inicialmente, o regime de sobreaviso foi criado exclusivamente para o ferroviário, vez que, na época, não haviam muitos meios de comunicação como atualmente. Porém, na prática, a hora de sobreaviso começou a ser estendida a outros tipos de empregado.²¹⁶

Sobreaviso é a jornada em que o operário fica, em sua própria residência, de plantão à disposição do empregador para atendimento de circunstâncias que venham a surgir e em dias que não se confundem com aqueles em que presta serviço na empresa.²¹⁷

O tempo de sobreaviso se pauta no artigo 224, §2º da CLT que considera “sobreaviso” o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa aguardando ser chamado para o serviço a qualquer tempo. A jornada de sobreaviso possui um limite que a própria lei traz: cada escala será limitada a vinte e quatro horas.

Em razão de se tratar de um trabalho que exige mais que o normal do empregado, o legislador impôs essa limitação, visando impedir uma sobrecarga ao operário. Além disso, ainda foi fixada uma remuneração diferenciada, devendo, para todos os efeitos, ser contadas à razão de 1/3 do salário normal.

²¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 338

²¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 588

²¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. Saraiva. 24.ed. São Paulo. 2009. revis. atual. e amp. p. 1142

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada:

§ 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

O artigo diz expressamente que o sobreaviso é caracterizado pelo requisito de o empregado ficar em casa, aguardando para ser chamado para o serviço. Todavia, Luciano Martinez defende que o empregado pode estar em casa ou em qualquer outro lugar, desde que não seja seu local de trabalho, além de estar previamente ajustada essa possível interrupção de atividades familiares.²¹⁸

Em sentido contrário é o entendimento de Sérgio Pinto Martins, que entende que em razão do artigo prever expressamente “em sua própria casa”, o empregado não poderia se locomover.²¹⁹

Coerente parece ser o entendimento do referido autor, visto que o local onde o operário esteja – desde que não o local de trabalho – não vai interferir no seu serviço, podendo ser avisado por qualquer meio de comunicação. Além disso, a súmula 428 do TST não exige nada a respeito de o empregado estar em sua própria casa ou onde preferir, *in verbis*:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.
II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Ademais, em consonância está a ideia do magistrado Martinez com recente decisão do TST em sede de Recurso de Revista:

²¹⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 340

²¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 588

RECURSO DE REVISTA 1 - ADICIONAL DE SOBREVISO. CONCESSÃO DE TELEFONE CELULAR AO EMPREGADO. 1.1 Extrai-se do acórdão regional que o autor permanecia desde o término da sua jornada até o início da jornada seguinte com a possibilidade de ser acionado pelo celular que portava para resolver problemas na empresa. 1.2. Caracteriza-se, portanto, de forma inequívoca, regime de plantão, no qual a liberdade de locomoção do reclamante estava seriamente afetada, pois podia ser acionado a todo instante. 1.3. Incide na hipótese, portanto, a disposição prevista na Súmula 428, II, do TST, sendo devido o adicional de sobreaviso na forma deferida pela Corte a quo. Recurso de revista não conhecido.

2 - HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. O Tribunal Regional, analisando as provas dos autos, pontuou que a reclamada estava situada em local de difícil acesso e não servido de transporte público regular. Nos termos em que proferido, o acórdão se encontra em perfeita conformidade à Súmula 90, II, do TST. É nula, por sua vez, a cláusula normativa que prevê a supressão total das horas in itinere. Entendimento do Tribunal Regional consentâneo à jurisprudência da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR-2179-18-2012=5-03-0020. Data de julgamento: 11/03/2015. Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma. Data de publicação: DEJT 20/02/2015.²²⁰

É importante atentar para o fato de que o pagamento da jornada de sobreaviso é obrigatória independentemente de o operário ter sido convocado ou não para prestar serviço.²²¹ Isso corrobora mais uma vez a adoção da teoria da disponibilidade do empregado ao empregador, já que a contraprestação é devida ainda que não tenha execução de atividades, mas mera disposição do operário para possíveis necessidades.

Como tempo de prontidão se entende o período de tempo aquele referente ao tempo do contrato e do tempo de serviço em que o ferroviária fica nas dependências da empresa ou via férrea respectiva, aguardando ordens.²²²

Tem previsão expressa no artigo 244, §3º da CLT e assim como o tempo de sobreaviso, o tempo de previsão foi editado para os ferroviários.

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada:

²²⁰ BRASIL. TRT-10 - RO: 01492201301610004 DF 01492-2013-016-10-00-4, Relator: Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 20/02/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2015 no DEJT. Disponível em: <http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172142569/recurso-ordinario-ro-1492201301610004-df-01492-2013-016-10-00-4/relatorio-e-voto-172142584>. Acessado em 27 out. 2015.

²²¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 340

²²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. P. 873

§ 3º Considera-se de "prontidão" o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal

A partir do momento em que um funcionário se coloca à disposição para qualquer chamado de trabalho, obviamente, inúmeras repercussões podem afetar a vida de um indivíduo, interferindo na vida do trabalhador em diversos aspectos, inclusive na esfera pessoal, bem como na profissional.

O legislador, preocupado com as interferências que esse tipo de regime laboral poderia causar na vida do operário, limitou a jornada a doze horas e acresceu que salário deve ser calculado às razões de 2/3 do salário normal.

Em que pese a redação original tenha se destacado apenas aos ferroviários, esse tipo de jornada é aplicado, atualmente, para outras categorias de profissionais que se submetem a responder a chamadas de trabalho de forma inesperada.

Em recente julgado, supramencionado, o TST deferiu o adicional de sobreaviso a representante da Avon que permanecia desde o término da sua jornada até o início da jornada seguinte com a possibilidade de ser acionado pelo celular que portava para resolver problemas da empresa.

Observe que resta caracterizado o regime de trabalho sob plantão, vez que a reclamante, mesmo após de cumprir sua jornada diária, estava à disposição da empresa para eventuais

Esse posicionamento jurisprudencial amplia as possibilidades de outros trabalhadores adotarem o sistema de sobreaviso, não havendo a necessidade de haver uma previsão legal para cada profissional, mas tão somente a existência de atividades desenvolvidas em sistema de plantão, devendo haver um controle do empregador com o empregado por meios de comunicação, como no caso do *decisum*, um celular.

O tempo de prontidão possui semelhanças como o sobreaviso, porém as duas não se confundem, vez que as diferenças são significativas.

4.5 CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO

Jornada de trabalho é o lapso temporal – diário, semanal ou mensal – correspondente ao período em que operário executa serviços ou se coloca à disposição total ou parcial do empregador, incluídos nesse lapso os intervalos remunerados.²²³

Da própria interpretação dessa figura jurídica, para aferir uma jornada efetivamente trabalhada, é necessária a presença de um controle mínimo ou fiscalização do tempo em que o operário labora ou que se coloca à disposição do empregador. Assim, caso não haja uma fiscalização do trabalhador na jornada de trabalho, é impossível aferir o real tempo de labor.

Desse modo, as jornadas controladas são suscetíveis a prestação de horas extraordinárias caso haja uma extrapolação do limite da jornada. Contudo, em sentido oposto, não serão possíveis de pedir pagamento de horas extraordinárias a jornada que não for submetida a controle ou fiscalização, quando não for possível aferir o real tempo de labor.

Além da jornada controlada e da jornada não controlada, havia ainda a espécie de jornada não tipificada que foi criada exclusivamente para a categoria das domésticas. Contudo, com a edição da proposta de emenda constitucional nº 66/2012, conhecida como “PEC das domésticas”, essa espécie começou a ser inutilizada e em 2015, com a regulamentação da proposta de emenda através da lei complementar 150 de 2015, foi totalmente extinta.

4.5.1 Jornadas controladas

A regra na legislação trabalhista é que as jornadas sejam do tipo controlada, isso porque o fato de a jornada ser controlada permite que incidam normas e prerrogativas protetivas ao trabalhador, evitando uma exploração do trabalho

²²³ DELGADO, Maurício Godinho.: A jornada no direito do trabalho brasileiro, v. 60, n.10. Outubro. *Revista LTr*. Cidade. Ltr. 1996. p. 1344

humano. Esse controle por parte do empregador avaliará o serviço não apenas quanto ao número de horas, mas quanto à qualidade das atividades executadas.

Uma forma de controle sobre o trabalho do operário se dá com a exigência da CLT em determinar que o estabelecimento com mais de 10 (dez) empregados tenha controle de ponto realizado sob responsabilidade da empresa. A CLT objetivou facilitar a evidência do controle da jornada. Tal previsão está expressa no artigo 74, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

4.5.2 Jornadas não controladas

Em algumas atividades a legislação não confere ao empregado o direito de pedir o pagamento de horas suplementares, que são os casos em que não há controle de jornada. Desse modo, não estão protegidos pela limitação de jornada diária os empregados não sujeitos a cumprimento de horário, independentemente da função ou local de trabalho.²²⁴ O critério é objetivo: trabalho sem fiscalização ou controle é insuscetível de propiciar a aferição real da jornada de trabalho.

A justificativa dessa exclusão é a liberdade dada ao empregado para ele determinar seus horários de trabalho, alternando de acordo com suas necessidades os horários de jornada e de lazer, o que leva ao alcance do objetivo da norma protecionista.²²⁵

4.5.2.1 Atividade externa incompatível com o controle de jornada

A CLT traz em seu artigo 61 dois tipos de empregados que estão situados em uma posição empregatícia que torna inviável um controle sobre as atividades prestadas pelo empregado. O primeiro são os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 62, I).

²²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. Saraiva. 24.ed. São Paulo. 2009. revis. atual. e amp. p. 1140

²²⁵ *Ibidem, loc cit*

Ressalte-se que a CLT cria uma presunção jurídica com relação a esses empregados que exercem atividade incompatível com o controle de jornada. No entanto, não significa que quando houver possibilidade de controlar e/ou fiscalizar as horas de trabalho, essa presunção irá prevalecer. Assim, havendo prova de que há efetivo controle de jornada e das horas laboradas, exclui a presunção jurídica criada no art. 62, I e aplicam-se as regras trabalhistas concernentes à jornada de trabalho.²²⁶

4.5.2.2 Exercentes de cargo de gestão

Com relação aos exercentes de cargo de gestão, a lei 8.966/94 ampliou a clássica concepção legal e jurisprudencialmente de gerente, exigindo-lhe, comparativamente, apenas os poderes de gestão, sem os requisitos dos poderes de mando e de representação. A lei ainda determina que se equiparam aos gerentes do art. 62, II da CLT, os chefes de departamento e/ou filial.²²⁷

Para serem excluídos dos direitos daqueles que possuem a jornada de trabalho controlado, deve o gerente receber uma gratificação de função de 40% sobre o seu salário. Se o empregado não for beneficiado com tal gratificação, considerar-se-á o empregado beneficiário dos direitos relativos à jornada de trabalho.

A Consolidação Trabalhista estabelece uma presunção *iuris tantum*: a de que esses trabalhadores, em razão da posição hierárquica na estrutura empresarial, não se submetem a controle de jornada.

É importante destacar que não se trata de uma discriminação em desfavor dos empregados, mas sim uma presunção jurídica criada em razão de essas atividades desenvolvidas não serem, supostamente, passíveis de aferição, mesmo porque isso seria contrário a todo o contexto da codificação expressa na legislação trabalhista brasileira.

²²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. A jornada no direito do trabalho brasileiro, v. 60, n.10. Outubro. **Revista LTr**. Cidade. Ltr. 1996. p. 1345

²²⁷ *Ibidem, loc cit*

4.6 JORNADA NOTURNA

O trabalho noturno é aquele realizado no período noturno. Todavia, não é o simples fato de o trabalho ser iniciado durante a noite que caracteriza a jornada noturna, tendo o legislador estabelecido requisitos para considerar efetivamente uma jornada noturna.

A CLT define no artigo 73, §2º que é considerado como jornada noturna para os trabalhadores urbanos “o trabalho executado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte”.

Já para os trabalhadores rurais, a CLT não tratou especificamente dos pressupostos de caracterização para jornada noturna, remetendo-os para a Lei 5.889/1973, artigo 7º:

Art. 7º - Para os efeitos desta Lei, considera-se trabalho noturno o executado entre as vinte e uma horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, na lavoura, e entre as vinte horas de um dia e as quatro horas do dia seguinte, na atividade pecuária.

Caso o empregado trabalhe nas duas atividades rurais descritas, aplicar-se-á a previsão específica para o trabalho realizado no dia em questão. Ainda assim, caso sejam exercidas as duas atividades (pecuária e lavoura) no mesmo dia, simultaneamente, implicando assim na impossibilidade de uma única previsão específica, pode-se adotar o critério da preponderância do serviço executado pelo rural.²²⁸

Em que pese o trabalho noturno não seja um trabalho extraordinário, o legislador entendeu que devido ao desgaste de trabalhar durante a noite, o operário deveria receber um adicional, além do que, a própria Constituição assegura esse acréscimo aos trabalhadores urbanos e rurais no artigo 7º, IX.²²⁹

Outra inovação é a chamada redução da hora noturna, prevista no artigo 73, §1º da CLT dispondo que “A hora de trabalho noturna será computada como de 52

²²⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Forense. 9.ed. Rio de Janeiro. rev., ampl. atual. 2015. p. 953

²²⁹ *Ibidem*, p. 954

(cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos. Desse modo, por ficção legal, a cada 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos de trabalho, em jornada noturna, é considerado como uma hora. Consequentemente, após 7 (sete) horas de labor, será considerado como 8 horas. Tendo em vista trabalhado rural não possui as mesmas previsões que o urbano, por isso, essa redução da hora noturna não é aplicada àquele, sendo benefício exclusivo do urbano

Atente-se que quando houver horário misto, ou seja, jornada parcialmente diurna e parcialmente noturna, só incidirá o adicional e a redução da jornada noturna a partir do horário estabelecido como noturno. Assim, caso um operário urbano trabalhe das vinte e uma horas às quatro horas, a primeira hora será de trabalho diurno, não havendo os referidos direitos.²³⁰

4.7 TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO

O empregado que trabalha em regime de turno ininterrupto de revezamento tem direito, constitucionalmente garantido, a uma jornada especial, que conforme já dito anteriormente, é aquela em que a jornada é reduzida.²³¹

Em razão deste tipo de jornada causar um maior desgaste físico-psicológico com prejuízos à saúde do legislador, o legislador constitucional assegurou no artigo 7º, XIV a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

Esse tipo de jornada é mais comum em indústrias e siderúrgicas. Entretanto, independentemente da atividade do empregador, se o serviço deve ser prestado em turnos de revezamento, ou seja, durante a manhã, tarde e noite (ou mesmo de dia e de noite), que são alterados a cada período (semanalmente, quinzenalmente, mensalmente), passando ao turno seguinte, de forma alternada, incide essa jornada especial.²³²

²³⁰ *Ibidem, loc.cit.*

²³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. p. 914

²³² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Forense. 9.ed. Rio de Janeiro. rev., ampl. atual. 2015. p. 912 .

Atente-se que é irrelevante se há ou não paralisações totais ou parciais da empresa para fins de tipificação dessa espécie. O objeto central dessa tipificação é o trabalho e a figura do trabalhador, garantindo o direito à jornada especial em face de um maior desgaste a que se submete o obreiro nessa sistemática laboral.²³³

O trabalho ser do tipo ininterrupto não impede a existência de intervalo durante a jornada de trabalho ou o gozo de descanso semanal remunerado. O termo ininterrupto faz referência ao funcionamento da atividade empresarial.²³⁴

Para tanto foi editada a súmula 360 do TST que estabelece expressamente o posicionamento supramencionado, não descaracterizando assim a jornada de turno ininterrupto o fato de o trabalhador usufruir do intervalo inter e intrajornada.

4.8 JORNADA EXTRAORDINÁRIA

O Brasil aceita a licitude da jornada extraordinária quando prestadas até 2 (duas) horas diárias ou quando ocorrem certas situações, ou seja, quando um fenômeno inesperado ocasionado por necessidade imperiosa, normalmente, imprevisível, as quais estão dispostas no artigo 61 da CLT.

São cinco hipóteses de jornada extraordinária lícita: acordo escrito de prorrogação; acordo escrito de regime de compensação de jornada; força maior ensejadora de prorrogação; atendimento a serviços inadiáveis, cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos, como fator de prorrogação; reposição de paralisação empresariais.

4.8.1 Jornada de prorrogação

A jornada de trabalho no Brasil é tratada nos artigos 7º, XIII da CF/88 e 58 da CLT. Atualmente, é fixada em 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro)

²³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. p. 918

²³⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Forense. 9.ed. Rio de Janeiro. rev., ampl. atual. 2015. p. 913

horas semanais, sendo possível e lícita a prorrogação diária de duas horas, as suplementares. Como o empregado tem um saldo de duas horas a mais decorrente de um serviço extra, é facultada a compensação ou redução mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.²³⁵

O artigo 7º, XIII da CF/88 e o artigo 59, §2º da CLT preveem a possibilidade de compensar os excessos de jornadas mediante acordo ou convenção coletiva, criando assim os bancos de hora. Atente-se que, em razão de ser um sistema de compensação em que o procedimento é a troca de um dia por outro, não há custo adicional. Isso significa que não haverá uma remuneração extra, pois o empregado não fornece um trabalho extra, mas apenas compensa um determinado tempo que não laborou em outro dia.

4.8.1.1 Hipótese de jornada extraordinária lícita

A palavra compensação remete à ideia de reparação de um mal com um bem correspondente. Assim, o sistema de compensação é feito através de um acordo que consiste em um pacto firmado pelas partes da relação jurídica para legitimar o excesso de jornada laboral de um dia da semana, desde que seja respeitado o limite semanal estabelecido pela Constituição Federal de 1988.²³⁶

Sistema de compensação de jornada e acordo de prorrogação de jornada são institutos diferentes. Enquanto que o acordo de prorrogação objetiva legitimar o fazimento de horas extras permanente e pré-avanzadas, o sistema de prorrogação visa legitimar o excesso laboral de um dia com a mitigação de do outro, desde que seja na mesma semana e que os seja respeitado o limite de 44 horas semanais.²³⁷

Esses dois institutos são desenvolvidos no artigo 59, §§ 1º e 2º da CLT:

Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo

²³⁵ RODRIGUES, Marluce de Oliveira. Cadernos de Amatra, IV: **A redução pela jornada de trabalho: da luta pela saúde à luta pelo emprego**. HS editira LTDA. n.14. novembro, 2010. p. 80

²³⁶ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. Acordo de compensação de jornada de trabalho. **Revista LTr**. LTr. v.61, n. 12, dezembro. 1997. p. 1597

²³⁷ *Ibidem*

escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

Desse modo, o sistema de compensação nada mais é que uma partilha de horas laboradas em um dia pelos demais dias da semana, cumprindo sempre o limite semanal de 44 horas semanais.

O sistema de compensação deve ser formalizado por negociação de trabalho, admitindo-se, ainda, o acordo individual entre empresa e o empregado. Só não será admitido o acordo de compensação individual tácito, conforme súmula 85 do TST.²³⁸

Nesse sistema, não pode ser excedido o total de horas normais do módulo e, caso haja extrapolação, as excedentes deverão ser pagas com o adicional de horas extraordinárias. Essa extrapolação pode ser diária ou modular. A diária será caracterizada quando o número de horas compensáveis passar de duas horas por dia; e a modular quando o total de horas do módulo for ultrapassado.

Com relação à obrigatoriedade do trabalho extraordinário, Dellagrave Neto entende que todas as exigências elencadas pelo artigo 61 da CLT podem ser, unilateralmente, exigidas. No entanto, as horas laboradas extraordinariamente em razão de serviço desvinculados de qualquer condição legalmente relevante, está condicionada à escolha do trabalhador.²³⁹

A regra é que só se reconheça a licitude do trabalho extraordinário quando acontecerem determinadas situações, ou seja, um fenômeno raro ocasionado por necessidade imperiosa.

²³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. Saraiva. 24.ed. São Paulo. 2009. revis. atual. e amp. p. 1146

²³⁹ DELLAGRAVE NETO, José Affonso. Acordo de compensação de jornada de trabalho. **Revista LTr**. V.61, n. 12, dezembro. 1997. p. 1598

A necessidade imperiosa está prevista no artigo 61, *caput*, da CLT, e o gênero se divide em duas espécies: motivo de força maior e serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

O texto consolidado não traz, expressamente, um limite de horas quando do evento de força maior, mas Alice Monteiro entende que em razão da necessidade de 11 horas de intervalo de sono e, a cada seis horas de trabalho, uma hora para refeição, o ideal seria no máximo 12 horas.²⁴⁰

Inicialmente, a CLT não previa um adicional de horas extras a ser pago quando da realização de trabalho extraordinário nessas situações. No entanto, a Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, XVI passou a dispor que seria devido o adicional mínimo de 50% a cada hora extraordinariamente prestada e, portanto, tal hipótese seria também passível de adicional, ainda quem a CLT dispunha de forma contrária.

O entendimento da autora Alice quanto à interpretação da CF/88 sobre remuneração nessa hipótese parece ser concisa, mesmo porque o risco do empreendimento é do empregador, não havendo fundamentação para que o operário laborasse extraordinariamente em razão de um evento sem culpa sua, pois a coordenação da empresa não é responsabilidade da classe operária.

Em que pese o artigo 61 não explique o que seria “força maior”, o dispositivo 501 da CLT como *“todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”*. Além disso, o legislador ainda previu que caso o empregador seja imprevidente, a força maior não estará excluída (art. 501, §1º da CLT); e que se esse motivo de força maior não afetar substancialmente a situação financeira da empresa, não serão aplicáveis as restrições desta lei ao disposto neste Capítulo.

Assim, seriam casos de força maior uma tempestade que atingisse parte da obra em construção, necessitando que os empregados trabalhassem além da jornada para poder realizar os reparos mais urgentes.

Essa prorrogação só será justificada pelo tempo essencial e quando a interrupção do trabalho resultar de causas acidentais e imprevisíveis.

²⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. LTr. 8.ed. São Paulo. 2012. p. 523.

Serviços inadiáveis correspondem àqueles que não podem ser concluídos durante a própria jornada de trabalho. Nessa espécie de prorrogação de jornada é dispensada a necessidade de acordo individual ou convenção coletiva, sendo exigível apenas o pagamento do adicional de 50% - no mínimo - o limite máximo de jornada será não superior a 12 horas, conforme previsão do artigo 61, §2º da CLT.²⁴¹

Nos serviços inadiáveis, os trabalhos que serão executados serão preparatórios para que se reinicie o serviço principal; e na segunda situação, visam complementar, concluir o serviço que já havia sido iniciado que se não forem encerrados poderá trazer prejuízo.²⁴²

Nessa hipótese, o serviço extraordinário poderá ser de até quatro horas, independentemente da jornada legal ou convencional ser inferior a oito horas.

Outra hipótese de prorrogação de jornada prevista no artigo 61 da CLT está prevista no §3º que é decorrente da interrupção de trabalho da empresa como um todo, em razão de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade da realização do serviço.

Nessas situações a prorrogação será no máximo de até duas horas durante o número de dias essenciais à recuperação do tempo perdido, desde que não excedidas 10 horas diárias, em período não superior a 45 dias por ano, consecutivos ou não.²⁴³

A aplicação desse labor extraordinário é restrito aos casos de impossibilidade de realização do trabalho, por causas acidentais ou de força maior, apenas para prorrogar o tempo perdido.

Dessa forma, conclui-se que os diferentes tipos de jornada na legislação brasileira são justificados pela necessidade de adequar a prestação de serviço às condições do operário, visando evitar prejuízos à saúde e à vida pessoal do operário, protegendo seus direitos trabalhistas, sua dignidade da pessoa humana e todos os outros direitos que a CLT e a Constituição Federal de 1988 asseguram a eles. Assim, os limites devem ser respeitados, aplicando de forma correta e lícita as flexibilizações pertinentes.

²⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 580

²⁴² BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. LTr. 8.ed. São Paulo. 2012. p. 524

²⁴³ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. LTr. 8.ed. São Paulo. 2012. p. 524

5 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No âmbito trabalhista, a ofensa do projeto de vida e à vida de relações decorre de comportamento do empregador que dificulta ou impede o convívio social do empregado. Esses empecilhos são recorrentes nas relações afetivas, sociais, culturais, assim como todas as outras que repercutam no bem-estar físico e psíquico do indivíduo. Caracteriza-se, também, quando há impedimento na realização de projetos de desenvolvimento e realização pessoal, social e profissional.²⁴⁴

A configuração do dano existencial possui maleabilidade nas relações de trabalho, vez que este corresponde a uma quota da vida do indivíduo em que ele deixa à disposição para utilizá-lo na elaboração de atividades desenvolvidas em troca de uma remuneração. Como há essa “disponibilidade” de determinado lapso temporal destinado a executar um serviço, o indivíduo se decide a prestá-lo de forma satisfatória àquele que o contratou. Assim, o ponto central dessa relação de trabalho diz respeito a um dever do trabalhador para com seu empregador, sendo, por vezes, um dever oneroso além do devido.

Com base na disponibilidade humana para o labor, Godinho assinala que a extensão das jornadas decorrentes do contrato de trabalho implicam em vários planos da vida do trabalhador, como à saúde, educação, lazer, relações familiares.²⁴⁵

Percebendo isso, o legislador constitucional fixou direitos básicos que devem ser assegurados ao trabalhador objetivando uma vida, minimamente, digna.

No artigo 7º, a Constituição Federal consagrou os direitos sociais dos trabalhadores, sem qualquer discriminação, e a emenda constitucional nº 72 de 2013, estabeleceu, em seu parágrafo único, a igualdade de direitos entre empregados domésticos, empregados urbanos e empregados rurais.²⁴⁶

²⁴⁴ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral e Dano moral no trabalho. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.102

²⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11.ed. São Paulo. Ltr. 2012. p. 862

²⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Direito Constitucional. 8. ed. rev. ampl. atualizada. Salvador: Juspodvm, 2014.p. 587

A partir do momento em que há violação dos direitos sociais de um indivíduo, em detrimento do seu trabalho, os referidos direitos são ignorados e cai por terra o fundamento de que o trabalho dignifica o homem.

Assim, em virtude dos reflexos negativos do dano existencial, ele pode impossibilitar a concretização dos projetos de vida do indivíduo e realizações futuras.²⁴⁷

5.1 DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO EM RAZÃO DO EXCESSO DE JORNADA LABORAL

O legislador constitucional, preocupado com o nível da atenção dada aos trabalhadores, editou dispositivos que asseguram direitos básicos, direitos que protejam, além de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Com essa preocupação destinada ao trabalhador, a Constituição Federal prevê o direito à saúde – art. 198 - como um direito de todos, devendo o Estado garanti-lo mediante políticas sociais²⁴⁸, não sobrestando por aí. Além do artigo 198 da CF, o legislador assegurou outras garantias ao operário através do artigo 6º, onde estão previstos os direitos sociais, *in verbis*.

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

Contudo, com todos os descumprimentos trabalhistas que o empregador vem impondo ao empregado, esses direitos – inclusive o direito à saúde - não vem sendo garantidos, de forma a causar uma série de doenças em razão do trabalho e ainda modificando a rotina do empregado. Significa, portanto, que esses direitos

²⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, janeiro/março. 2014.p.301

²⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Direito Constitucional. 8. ed. rev. ampl. atualizada. Salvador: Juspodvm, 2014.p. 587

sociais e fundamentais ainda são suprimidos através de condutas ilícitas praticadas pelos empregadores, não atingindo assim seu objetivo-fim.

O artigo 6º antecede o dispositivo que trata dos direitos de todos os trabalhadores e, nesse viés, pode ser feita uma análise complementar. Na medida em que os direitos dos trabalhadores e os direitos sociais estão tratados em um mesmo capítulo, deve-se atentar para uma possível tentativa de aproximação entre esses dois dispositivos. Mesmo sendo sabido que os direitos sociais se destinam a todas as pessoas, independentemente de qualquer verificação, essa proximidade corrobora que os trabalhadores são destinatários dos direitos sociais enquanto exercentes de suas atividades laborais; como se fosse uma aplicação em dois planos: no plano pessoal (de cada indivíduo) e no plano profissional (enquanto trabalhador, ele é carente de todos esses direitos sociais).

Em acréscimo, veja que o artigo 7º, inciso XIII dispõe que é direito do trabalhador:

“XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”;

Assim, retornando ao artigo 6º e compatibilizando-o com o inciso XIII, destaca-se o direito à saúde e ao lazer, os quais são de extrema relevância principalmente quando postos ao lado da fixação da duração do trabalho normal estabelecido pelo artigo 7º.

O lazer é uma forma de combater a fadiga, devendo ser interpretado não como uma inatividade, mas o contrário, uma ocupação útil, necessária, agradável e não imposta. É nesse momento de descanso que o indivíduo se restabelece do trabalho executado e assim mantém sua saúde, pois o trabalhador faculta a se dedicar a atividades que lhe causam prazer, seja para descansar, se dedicar a outra atividade, preservar contato social, etc.²⁴⁹

Acontece que, como explanado, o dano existencial nas relações de trabalho decorre de uma conduta do empregador que impede o trabalhador de se relacionar

²⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do trabalho. 28.ed. São Paulo. Saraiva. 2009. revis. atual. e amp. p. 793

e viver em sociedade, obstando atividades recreativa, afetiva, espiritual, cultural, esportiva, de descanso, que tem intuito de trazer ao indivíduo bem-estar físico e psíquico; ou que o impedem de executar, ou mesmo recomeçar, seus projetos de vida, que repercutirão na sua evolução profissional, pessoal e social.²⁵⁰

Em muitas situações, esse dano causado pelo empregador se dá por meio de impedimentos ao lazer. É a situação, por exemplo, de um trabalhador que labora extraordinariamente além do limite legal, por anos ininterruptos, com poucos ou mínimos intervalos intrajornada, conforme jurisprudência do Rio Grande do Sul.²⁵¹

O julgado é de uma funcionária que, por cumprir habitualmente jornada extra excedente do limite legal, teve seu direitos fundamentais do trabalho violados, caracterizando, por isso, o dano existencial.

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. (RO, 105-14-2011-5-04-0241, Rel. Des. José Felipe Ledur, 1.^a Turma. Porto Alegre. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-manda-walmart-indenizar.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2014)²⁵²

Nesse caso, a empregada não apenas exercia jornada extraordinária excessiva como também não fruía dos intervalos previstos na lei, como período mínimo de onze horas consecutivas para descanso entre uma jornada e outra (art.

²⁵⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rubia Zanotelli. O dano existencial e o Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, n.57, novembro/dezembro. 2013. p.52

²⁵¹ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral e Dano moral no trabalho. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.103

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região, 1^a. Turma. Processo n 105-14-2011-5-04-0241/RO, em 16/05/2012, Desembargador Relator José Felipe Ledur. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira

66 da CLT) e o intervalo mínimo de uma hora para descanso ou alimentação (art. 71 da CLT).²⁵³

O que houve no caso em tela foi uma conversão do que seria extraordinário para ordinário, vez que essas horas extras eram habitualmente realizadas, causando uma distância familiar e social, dores no aparelho musculoesquelético (decorrência da mesma posição por horas) e impossibilitando-a de desfrutar de atividades de lazer.

No mesmo sentido entendeu o TRT da 3 região:

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

Nos julgados supracolacionados, restou evidenciado que a conduta ilícita do empregador ao impor uma jornada extraordinária excessiva causa um desgaste físico e psíquico incompensáveis, além de afastar o operário de suas relações familiares e sociais, do lazer e, sobretudo, do seu direito fundamental à liberdade. Isso porque, configurado o dano existencial, o trabalhador tem violado o seu direito

²⁵³ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral e Dano moral no trabalho. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.103

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3 região. Processo n. 0010057-97.2015.5.03.0081-RO. Relator Desembargador Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Belo Horizonte, 22 de junho de 2015. Disponível: https://pje.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=2953118&p_idpje=35120&p_num=35120&p_npag=x

fundamental de dispor livremente do seu tempo para fazer ou deixar de fazer aquilo que ele desejar, limitado a exercer seu direito à liberdade, não bastando a mera prestação de horas extras para caracterizá-lo.

No acórdão que segue abaixo, foi demonstrado como o excesso de jornadas extraordinárias modificou os projetos futuros da funcionária da América Latina Logística (AAL), impedindo-a de estabelecer contato familiar e, conseqüentemente, comprometendo a qualidade de vida. A reclamante era submetida a jornadas extensas por exigência patronal, tendo trabalhado por quase cinco anos das 8h às 20h, das segundas às sextas-feiras, nos sábados das 8h às 16h e, em dois domingos por mês, das 8h às 13h, com uma hora diária de intervalo. Em razão de estar sempre trabalhando extraordinariamente, a autora passava mais tempo no local de trabalho que em casa. Tal ausência culminou em diversas brigas e incidiu em um término de casamento.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. A confissão atribuída à ré quanto à matéria de fato, em virtude da sua ausência injustificada à audiência, aliada à circunstância de terem sido juntados aos autos documentos quase ilegíveis de um pequeno período do contrato, enseja a confirmação da sentença que a condenou ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial. Apelo não provido. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. 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. Apelo da reclamante parcialmente 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 do empregador. (**grifos nossos**) (TRT4. Processo n. 0001643-50-2012-5-04-0029-20150205. Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz. ²⁵⁵

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Processo n. 0001643-50-2012-5-04-0029-20150205/RO. Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz (file:///C:/Users/asus/Downloads/0001643-50-2012-5-04-0029-20150205.pdf)

De acordo com o voto do relator, não é meramente a prestação de jornada extraordinária extensas que resultam na configuração do dano existencial, já que normalmente, a violação ao convívio familiar e ao lazer é transitória e não compromete de forma definitiva o curso da vida traçado pela pessoa. O que é exigido é que um projeto de vida tem sido comprometido em decorrência dessa jornada extensa, havendo a necessidade de tal comprovação no caso concreto.

Atente-se que em que pese haja reconhecimento do dano moral (e não existencial) na ementa, tais não se confundem. O dano à existência deve ser provado efetivamente, demonstrar que há um prejuízo. Não basta que sejam meramente alegados os fatos, como ocorre com o dano moral, tem que ir além e comprovar a ocorrência de um dano.

A respeito da jurisprudência, é essencial trazer à baila que o que gerou a indenização pelo dano existencial não foram as horas extraordinárias prestadas, mas sim uma jornada excessiva que violou direitos fundamentais do empregado, causando uma frustração quanto ao projeto de vida da reclamante.

O dano existencial nas relações de trabalho é pautado em uma lesão aos direitos fundamentais do indivíduo gerada por ato ilícito do empregador que gera mudanças involuntárias nos projetos de vida do indivíduo, sendo um desses direitos a convivência familiar. O referido *decisum* é pautado na violação deste direito, vez que, conforme dito, o casamento da trabalhadora foi prejudicado justamente por uma jornada excessiva que a impedia de passar mais tempo em casa.

Destaque-se outra decisão que reconheceu o dano existencial. Não bastasse, em dez anos de serviço, a mesma nunca gozou de férias, não estabeleceu convívio social, não desenvolvia atividades que lhe proporcionassem prazer e nem construiu um projeto de vida, conforme se depreende da ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. FATO MODIFICATIVO. TRABALHO AUTÔNOMO. 1. Do registro fático disponibilizado no v. acórdão recorrido, verifica-se que a reclamada alegou fato modificativo do direito da autora, visto que admitiu a prestação de serviços profissionais autônomos. 2. Nesse contexto, o Tribunal Regional, ao consignar que tocava à reclamada o ônus da prova da existência da prestação de serviço diversa da relação de emprego, decidiu em conformidade com dispositivos legais disciplinadores da distribuição subjetiva do ônus probatório (artigos 818 da CLT e 333 do CPC). Não

caracterizada a alegada violação dos arts. 5º, XXXVI, da Carta Magna e 6º da LINDB. Revista não conhecida, no tema. DIFERENÇAS SALARIAIS. REAJUSTE. REFLEXOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Inservíveis para análise do tema os arestos transcritos, visto que oriundos de Turmas do TST, hipótese não elencada no art. 896, a, da CLT. Revista não conhecida, no tema. INDENIZAÇÃO POR DESPESAS COM CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. Havendo previsão expressa na Lei n.º 5.584/70, quanto às hipóteses em que deferidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não há falar em indenização da verba com base nos arts. 389, 395, 402, 403 e 404 do Código Civil. Precedentes. Revista conhecida e provida, no tema. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. Não configurada a oposição de embargos de declaração com intuito protelatório, porquanto demonstrado o uso regular dos meios e recursos que a reclamante dispõe para a defesa dos seus interesses em juízo. Dessarte, o fato de a autora pretender a reanálise da questão referente ao pagamento do vale-transporte, a título indenizatório, longe de demonstrar suposta conduta desleal, retrata a boa-fé da reclamante que, em momento algum, pretendeu alterar a verdade dos fatos. Por outro lado, ainda que, em tese, seja possível a aplicação da multa em comento à parte, a intenção de retardar a entrega da prestação jurisdicional, em tais hipóteses, deve estar cabalmente demonstrada. E, *in casu*, não resulta evidenciado que a oposição de embargos declaratórios pela reclamante - maior interessada na rápida solução do litígio - teve a finalidade de retardar o andamento processual. Decisão regional proferida em afronta ao art. 538, parágrafo único, do CPC, em face da sua má-aplicação ao caso concreto. Revista conhecida e provida, no tema. VALE-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. PRECLUSÃO. MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. SÚMULA 393/TST. Consignado pelo Tribunal de Origem que o Juízo de primeiro grau de jurisdição examinou o pedido de pagamento de vale-alimentação, bem como reconheceu a natureza salarial da referida verba. Nesse contexto, a aludida questão merecia ser examinada pelo Tribunal Regional, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente, não havendo falar em preclusão. Decisão regional em conformidade com o entendimento cristalizado na Súmula 393/TST (-O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC-). Não configurada, portanto, as alegadas violações dos arts. 302, 303 e 458 do CPC. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1 . A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2 . O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3 . Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que

parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4 . Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST - RR: 727-76.2011.5.24.0002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013)²⁵⁶

Dessa forma, resta claro que o dano existencial causado ao obreiro em decorrência da inobservância da legislação trabalhista – mais especificamente com relação ao excesso do jornada extraordinária - é constituído de graves lesões cumulativas à vítima. Nesses casos, o trabalhador poderá, por exemplo, ser afetado por uma lesão decorrente de esforço repetitivo (além do normal), causando até mesmo uma da instabilidade psíquica. É o caso da L.E.R.

Em relação ao trabalho, o dano existencial, se configura, dentre muitas formas, quando há esse excesso de jornada aos empregados que são limitados de ter um convívio familiar e/ou social.²⁵⁷ Mais que um direito do trabalhador, é uma obrigação do empregador respeitar o limite de duração de trabalho previsto no art. 7º da Constituição Federal, salvo nas hipóteses em que são cumpridas horas suplementares as quais o diploma legislativo autoriza.

Assim, ratifica o mestre José Augusto Rodrigues Pinto que entende como obrigação complementar do empregador urbanidade de tratamento, segundo o qual, embora o empregado seja subordinado, por força do contrato de trabalho, o mesmo não pode ter sua condição humana (e, portanto, dignidade) afastada.

Ante a negligência patronal com a saúde e os direitos – básicos e sociais – do trabalhador, foi feita uma pesquisa para verificar a que nível de jornada extraordinária os operários são submetidos.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. 727-76.2011.5.24.0002/RO, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013

²⁵⁷ OLIVEIRA, Amanda da Rocha. Dano existencial decorrente de excesso de jornada de trabalho. 2013. (Monografia Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho. Editora Juspodvm. Salvador. p.57

O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – realizou, recentemente, uma pesquisa com indivíduo de no mínimo 18 anos que tenham ao menos um trabalho remunerado. O resultado da referida pesquisa demonstrou que quase metade dos entrevistados (45,4%) têm tido dificuldades para se desligar completamente do trabalho mesmo após o término da jornada diária.²⁵⁸

Os entrevistados ainda informaram que sentem ter sofrido uma redução do tempo livre em razão da obrigatoriedade de levar trabalho para casa ou pelo excesso de atividades impostas no trabalho.²⁵⁹

Obviamente que o dano existencial tem se configurado cada vez mais nas relações de trabalho em razão da imposição de jornada extraordinária.

Em que pese aqui não seja tratado, o excesso de jornada de trabalho não é a única forma de lesão ocasionada que faz nascer o dano existencial. Há muitas outras, sendo uma delas quando se verifica que as condições de trabalho daquele indivíduo são análogas às condições de trabalho escravo. Nessa hipótese, há uma lesão grave ao direito da dignidade da pessoa humana e um dano biológico.²⁶⁰

Dessa forma, a não concessão de férias por longos anos, a sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma reiterada ou o tempo de deslocamento casa-trabalho não são condutas que, por si só, caracterizem o dano existencial. Tais descumprimentos já possuem uma sanção na legislação. O reconhecimento e sanção são referentes às sequelas advindas da violação desse direito. Dano existencial é configurado se houver comprovado o dano ao projeto de vida e/ou à vida de relação (convívio social e familiar).²⁶¹

²⁵⁸ NASCIMENTO, Sonia Mascaró. Dano existencial nas relações de Trabalho. Legislação do Trabalho: Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo. Editora LTr, v.78, n.08, agosto. 2014. p. 969

²⁵⁹ *Ibidem, loc cit*

²⁶⁰ OLIVEIRA, Amanda da Rocha. Dano existencial decorrente de excesso de jornada de trabalho. 2013. Monografia Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho. Editora Juspodvm. Salvador. p. 61

²⁶¹ NASCIMENTO, Sônia Mascaró. Assédio Moral e Dano moral no trabalho. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.105

A conjunção das sequelas geradas pelo dano existencial, dano moral e demais danos, a depender de cada caso, é real. Em que pese a justiça do trabalho tenha objetivado diminuir a ocorrência de tais lesões, ainda é preciso ir além.²⁶²

Quando um operário cumpre sua jornada diária e/ou semanal, ele conclui suas atividades e tem direito a um descanso. Porém, a partir do momento em que ele começa a operar de forma demasiada, esse descanso (ou lazer, prática de outras atividades, repouso) é obstruído, gerando consequências na vida do trabalhador.

Essas consequências podem se identificar de diversas formas e em inúmeros planos da vida do operário. Como essas repercussões decorrem de algo que deveria ser anômalo da rotina do empregado, ou seja, impostas pelo patrono, elas resultam na ocorrência de um entrave na vida do indivíduo. Caso esse entrave se relacione com projetos de vida ou à vida de relação do obreiro, estará tipificado o dano existencial.

5.1.1 Responsabilidade civil do empregador pelo excesso de jornada

Ante a abordagem já realizada acerca da responsabilidade civil, é necessário trazer à baila a discussão sobre a espécie de responsabilidade civil será aplicada ao empregador quando ocorrido o dano existencial em decorrência do excesso de jornada.

A responsabilidade civil se subdivide nas espécies objetiva e subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva (teoria da culpa) e a responsabilidade objetiva, também denominada de legal, se diferenciam com base em um elemento: a culpa. Enquanto a responsabilidade civil subjetiva tem a culpa como fundamento, ou seja, é devida tão somente se houver culpa, a responsabilidade civil objetiva prescinde de culpa, configurando-se apenas com a presença do dano e nexos de causalidade.

Partindo-se para uma análise dos elementos da responsabilidade, não há o que se discutir sobre a presença do nexos causal (o dano existencial decorre da relação

²⁶² BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rubia Zanotelli. O dano existencial e o Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, n.57, novembro/dezembro. 2013. p.67

trabalhista); o dano (lesão à existência); ato ilícito (conduta humana que por meio de uma ação ou omissão produza consequências jurídicas), restando a dúvida apenas com relação à culpa.

5.1.1.1 Responsabilidade civil subjetiva

Não se mostra adequado ignorar a presença do elemento culpa quando definido um dano existencial. Em razão de já ter sido posto em exame as espécies de responsabilidade no capítulo 2 (dois), tratar-se-á de maneira mais objetiva a forma de responsabilização aplicável.

Tendo em vista que a culpa constitui elemento indispensável para analisar a espécie de responsabilidade civil, a que parece mais adequada é a responsabilidade civil subjetiva.

Essa parece ser a teoria mais adequada a ser aplicada, vez que a responsabilidade objetiva decorre do conhecimento de risco que determinada atividade laboral possui, dependendo, portanto, da demonstração do elemento culpa do empregador.

Assim, alegado o dano existencial pelo trabalhador, caberá a ele provar a conduta dos superiores hierárquicos concomitantemente com um impedimento à vida de relação ou a um projeto de vida.

Pode-se perceber isso quando se tratar de situações em que o evento danoso decorre de um excesso de jornada realizado voluntariamente pelo empregado, sem haver, portanto, qualquer relação com a empresa, pois o dano resulta de um comportamento espontâneo do operário.

A antijuridicidade combinada com a imputabilidade já equivaleria a uma ideia de culpa. Veja que a culpa do empregador será presumida até que ele demonstre que a lesão não foi resultado de sua falta de negligência e prudência, mas sim de um fato estranho a seu comportamento, tal como força maior, fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima.²⁶³

²⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil, v.3: Responsabilidade Civil. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Atlas. 2015. p. 165

Nesse cenário, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente, pois não há liame de causalidade entre seu ato e prejuízo da vítima.²⁶⁴

Para corroborar tal premissa, invoca-se a figura do workaholic. A expressão workaholic faz referência àqueles indivíduos que desprendem grande parte de seu tempo em atividades de trabalho, dando-lhe uma importância exagerada, abdicando de uma maior interação com sua família, amigos, lazer, entre outros.²⁶⁵

Acresça-se ainda que, em tais casos, pode-se equiparar a conduta do lesionado à culpa exclusiva da vítima, desaparecendo a responsabilidade do empregador por se tratar de uma excludente de responsabilidade civil. Ou seja, uma situação em que o empregador não teve qualquer participação.

Por isso, características como fazer horas extras voluntariamente ou checar periodicamente o e-mail corporativo podem ser enquadradas como atividades de indivíduos viciados em trabalho, pois a partir do momento em que se dedicar à profissão se torna mais prazeroso do que descansar, a regra é subvertida e deve ser dada uma atenção maior.²⁶⁶

No entanto, não se pode confundir aqueles que vivem sob pressão constante de seus chefes, realizando trabalhos além do normal, estando psicologicamente preso ao ambiente de trabalho e sempre com demandas em excesso com os workaholics. Trata-se de uma atividade sempre voluntária do empregado.

Nesse viés, o Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Recurso de Revista, decidiu em total concordância com o entendimento aqui defendido, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO A JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS. 1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral. 2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual "aquele que

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p.643

²⁶⁵ ROSSI, Ana Maria. Ser workaholic faz mal à saúde. Veja se você é viciado em trabalho. **Revista Eletrônica Globo.com**. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/ser-workaholic-faz-mal-saude-veja-se-voce-viciado-em-trabalho-13472152.html>. Acesso em 27 jun. 2015.

²⁶⁶ ROSSI, Ana Maria. Ser workaholic faz mal à saúde. Veja se você é viciado em trabalho. **Revista Eletrônica Globo.com**. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/ser-workaholic-faz-mal-saude-veja-se-voce-viciado-em-trabalho-13472152.html>. Acesso em 27 jun. 2015.

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. [...] 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. (RR-154-80.2013.5.04.0016, Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015) **(grifos nossos)**.²⁶⁷

Conforme se depreende do voto do Desembargador Relator, nem sempre o empregador solicitará a prestação de horas extraordinárias, sendo, muitas vezes, conveniente uma jornada mais extensa com os propósitos do operário.

Por isso, não há justificativa em caracterizar o dano existencial naqueles empregados que trabalham de maneira voluntária em jornadas extensas, pois não há culpa patronal implique em prejuízos à vida e à saúde do empregado, anulando, portanto, qualquer possibilidade de reparação. É importante notar que, embora possa ser configurado o dano à existência em diversas situações, não há responsabilidade do empregador se ele não deu causa a tanto.

5.1.1.2 O reconhecimento da conduta ilícita no excesso de jornada

²⁶⁷ RR-154-80.2013.5.04.0016, Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015

Além do que já dito anteriormente, outro aspecto relevante para a pesquisa é o estudo da prática de conduta ilícita do agente – neste caso, o empregador -, vez que não se pode ignorar a influência que a conduta ilícita praticada reflete na produção de um dano existencial.²⁶⁸

Quando conceituado o dano existencial, um dos pressupostos exigidos é a imposição de um ato ilícito do empregador, mais especificamente, neste trabalho monográfico, uma imposição relativa a excesso de horas extraordinariamente prestadas como exigência patronal. No entanto, não se abordou a situação em que, mesmo dentro de condutas legais, o trabalhador tivesse uma limitação que repercutisse em seus projetos futuros ou à sua vida de relação. Assim, há que se questionar se seria possível a tipificação de um dano à existência nas relações trabalhistas quando um empregador adotasse condutas permitidas legalmente.

Dentro desse contexto, deve-se explorar as situações em que, mesmo o empregador respeitando os limites estabelecidos, configuraria uma lesão ao indivíduo e se ela seria (ou não) indenizável. Analise-se.

O artigo 59, *caput*, da CLT estabelece que a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de 2 (duas) horas, mediante acordo ou contrato coletivo de trabalho. Portanto, a própria legislação trabalhista admite uma jornada diária de 10 (dez) horas diárias, não havendo qualquer irregularidade legal.

A partir do momento em que um empregado labora 11 (onze), 12 (doze) horas diárias, o patrono está ultrapassando o limite máximo legal e, dessa forma, está praticando uma conduta contrária ao ordenamento e, por isso, ilícita.

Quando há a prestação de horas extras acima de 10 (dez) horas diárias, o empregador tem como dever remunerar o operário com um acréscimo correspondente a 50% do valor da hora normal. Essa é a sanção imposta pela legislação com a finalidade de compensar o trabalho excedente e, simultaneamente, para obstar essa prática por parte dos empregadores.

²⁶⁸ FILHO CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. P. 45.

Contudo, é sabido que nem sempre o pagamento por esse labor excepcional será efetivado, conforme se determina. Prevendo essa situação, o legislador criou um dispositivo que regularizasse uma fiscalização objetivando a aplicação das normas trabalhistas.

Assim, o artigo 628, *caput* da CLT assenta que:

Art. 628. Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração.

O dispositivo destacado estabelece que caso o auditor-fiscal do trabalho constate desrespeito a uma determinação legal terá obrigação de lavrar um auto de infração, sob pena de ser responsabilizado administrativamente. Ou seja, é fixado um dever do agente fiscalizador que, caso seja descumprido, será sancionado administrativamente.

Ainda com vistas a dar uma maior efetividade e segurança nas supervisões trabalhistas referidas no artigo supramencionado, foi editado o decreto nº 4.552/2002 com o propósito de regulamentar as inspeções nos ambientes de trabalho.

No decreto nº 4.552/2002, dispositivo 24, *caput*, foi ratificado o conteúdo do artigo 628 da CLT, demonstrando total compatibilidade entre a CLT e as normas de fiscalização e visando, portanto, um controle das relações de trabalho e suas limitações.

Assim, aquele trabalhador que sempre labora por 10 (dez) horas diariamente, quando a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) estiver exercendo a fiscalização nos controles de ponto, não poderá aplicar o disposto no artigo 24 do decreto nº 4.552/2002, já que não há qualquer desrespeito relacionado ao tempo extraordinário de serviço.

Todavia, aquele outro empregado que labora acima do limite de 10 (dez) horas diárias, reiteradas vezes, será autuado pelo auditor-fiscal do trabalho, sendo lavrado um auto de infração para aquela empresa, pois violou o artigo 59, *caput*, da CLT.

Com relação a este funcionário que cumpri uma jornada extraordinária além das horas suplementares, é evidente a possibilidade de empecilhos ao convívio social e familiar ou a um projeto de vida, pois há uma conduta ilícita já que a CLT veda.

Contudo, nas situações em que o empregador adota uma postura em consonância com a legislação (não excedendo as duas horas diárias), não existe ato ilícito, não há autuação do auditor-fiscal e nem sequer há multa, mas pode haver dano existencial.

Indaga-se, portanto, como seria tratado o dano existencial ocasionado nessas circunstâncias, vez que o ordenamento admite a prorrogação de até 2 (duas) horas diárias, mas ainda assim existe um dano que clama por reparação. Esse é um tema que a doutrina e a jurisprudência ainda deverão se debruçar para discutir.

Acresça-se que é crucial trazer à baila as repercussões que a conduta ativa do empregador pode trazer à prevenção de um dano existencial quando utilizada a fiscalização, inclusive para inibir o excesso de jornada. Examine-se.

O artigo 2º, *caput* da CLT prevê que o empregador será aquele que assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços, ou seja, ele é o responsável pelo desenvolvimento da empresa. De tal dispositivo se extrai o poder diretivo do empregador. Dentro desse poder se destaca o poder de fiscalização, que nada mais é que uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo.²⁶⁹

O poder de fiscalização se traduz como um mecanismo em que o empregador pode utilizar de atuação pessoal, de prepostos ou aparatos mecânicos/ eletrônicos para controlar a execução dos serviços de seus empregados, assim como a forma como foram prestados.²⁷⁰

Baseado nesse sistema de controle das atividades dos operários, as empresas podem (e devem) utilizá-lo tanto para se manterem regulares perante as determinações trabalhistas, bem como para segurança dos próprios funcionários.

Quando os gestores da empresa controlam a forma que os serviços são realizados, eles não estão apenas exercendo um direito, mas, sobretudo um dever.

²⁶⁹ BARROS. Alice, Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5.ed. LTr. rev. e ampl. São Paulo. 2009.

²⁷⁰ MARTINEZ. Luciano. Curso de Direito do Trabalho.5.ed. Saraiva. São Paulo. 2014

A jurisprudência é pacífica no entendimento de que cabe responsabilidade da empresa em casos de acidente de trabalho quando deveria haver a fiscalização do uso de equipamentos de proteção individual e não houve, pois a empresa deveria supervisionar os trabalhadores, justamente, para impedir a ocorrência de acidentes.

O mesmo raciocínio segue para a ocorrência de um dano existencial. Aqui, no entanto, a fiscalização deve ser direcionada a um controle da jornada. Quando o empregador averigua as atividades desempenhadas pelo empregado, ele deve ter consciência de que aquele trabalhador deve se manter dentro do tempo limite considerado legal.

Cabe a ele estabelecer, controlar e fiscalizar se o empregado está cumprindo sua jornada de forma adequada; se está fazendo horas extras, questionar o motivo; se perceber que está distribuindo uma carga que o empregado não suporta, reduzir. Ou seja, ele deve adotar medidas que evitem um excesso de jornada, vez que, futuramente, esse excesso pode causar um dano à existência.

Aqui se trata de uma ação patronal, inclusive, para inibir o excesso de jornada. Portanto, essa fiscalização é uma medida preventiva que quando empregada pode impossibilitar a definição do dano à existência.

5.1.2 A (in) aplicabilidade do dano existencial em jornadas não-controladas

Já foi tratado um capítulo referente às jornadas controladas e as não controladas e, conforme explanado, os trabalhadores que possuem jornadas controladas se submetem a um regime de 44 horas semanais (podendo ainda haver a prestação de horas extraordinárias).

Quando houver esse trabalho extra, será possível compensar (desde que respeitadas as exigências) ou remunerá-lo com um adicional mínimo de 50% fixado pela Constituição Federal de 1988.

O fato de um operário estar submetido a uma jornada controlada ou não-controlada é de análise de extrema relevância para a presente pesquisa, vez que a abordagem

aqui se direciona à configuração de um dano existencial em decorrência do excesso de jornada laboral.

Os empregados que tem jornada controlada se submetem a um horário fixo, percebendo remuneração diferenciada quando exercida jornada extraordinária, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

Todavia, a partir do momento em que o empregado pratica essas atividades não ordinárias e isso interfere, de alguma forma, no projeto de vida ou à vida de relação, estará presente o dano existencial decorrente da imposição de uma jornada excessiva. Esse é o posicionamento estabelecido na jurisprudências e é o que se defende no presente trabalho.

No entanto, uma dúvida paira com relação àqueles que não possuem jornada controlada, vez que (como tratado no capítulo de jornada), se estes não possuem uma aferição de controle que enseje direito à remuneração pelas horas extraordinárias – em razão da função por eles exercida – como falar em dano existencial em decorrência de jornadas extensas além do permitido?

O dano existencial não é atrelado à prestação de atividade extra e, portanto, não se vislumbra incompatibilidade na aplicação de dano existencial para aqueles que não possuam controle de jornada.

Tal entendimento é reforçado pelo acórdão do TRT da 4ª Região:

JORNADA DE TRABALHO. MOTORISTA DE CARRETA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 62, INCISO I, DA CLT.

Apesar de ser inerente ao serviço de Motorista de Carreta a realização de serviço externo, conforme previsão contida no artigo 62, inciso I, da CLT, tal presunção é relativa, e não absoluta. Demonstrado o efetivo de controle de jornada pela empregadora, não há como incidir, no caso, a exceção, sendo devido o pagamento de horas extras quando extrapolada a carga horária legal de 44 horas semanais. Provimento do apelo. TRT4. Recurso Ordinário. Processo n. 0000021-84.2014.5.04.0733. Rel. Maria Madalena Telesca. 3.turma. DEJT 15/09/2015. Disponível em <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:-SZymPtafzEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurispr_sdcpsp.baixar%3Fc%

3D54382263+dano+existencial+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-10-27..2015-10-27++.+Apesar+de+ser+inerente+ao+servi%C3%A7o+de+Motorista+de+Carreta+a+realiza%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7o+externo,+conforme+previs%C3%A3o+contida+no&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acessado em 27/10/2015).²⁷¹

O julgado colacionado é referente a uma reclamação trabalhista em que um motorista de carreta (art. 62, I, da CLT) era submetido a uma jornada de trabalho absurda e que em razão desse trabalho excessivo, teve seu convívio familiar e social prejudicado.

A atividade de motorista de carreta é tipicamente externa e, via de regra, sem controle de jornada. Contudo, essa característica, por si só, não afasta o direito ao recebimento de horas que venham a ser cumpridas extraordinariamente.²⁷²

Ora, se assim não fosse, não haveria nada melhor que impor jornadas exorbitantes a todos que exercessem atividade externa incompatível com o controle, vez que a empresa teria um lucro cada vez maior e não remuneraria por nenhuma hora que extrapolasse as oito horas diárias.

O artigo 62, I, da CLT prevê que os empregados que exercerem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho deverão ter tal condição anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados. Desse modo, para enquadrar o trabalhador na exceção prevista no preceito legal em

²⁷¹ BRASIL. TRT4. Recurso Ordinário. Processo n. 0000021-84.2014.5.04.0733. Rel. Maria Madalena Telesca. 3.turma. DEJT 15/09/2015. Disponível em <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:-SZymPtafzEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D54382263+dano+existencial+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-10-27..2015-10-27++.+Apesar+de+ser+inerente+ao+servi%C3%A7o+de+Motorista+de+Carreta+a+realiza%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7o+externo,+conforme+previs%C3%A3o+contida+no&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acessado em 27/10/2015

²⁷² TRT4. Recurso Ordinário. Processo n. 0000021-84.2014.5.04.0733. Rel. Maria Madalena Telesca. 3.turma. DEJT 15/09/2015. Disponível em <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:-SZymPtafzEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D54382263+dano+existencial+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-10-27..2015-10-27++.+Apesar+de+ser+inerente+ao+servi%C3%A7o+de+Motorista+de+Carreta+a+realiza%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7o+externo,+conforme+previs%C3%A3o+contida+no&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acessado em 27/10/2015

comento, exige-se o preenchimento de um requisito subjetivo (incompatibilidade da atividade com a fixação de horário) e um objetivo (a anotação dessa condição tanto na CTPS quanto no registro de empregados).²⁷³

No caso em tela, o trabalhador desenvolvia suas atividades das 13 às 8 horas (do dia seguinte), usufruía de uma hora de intervalo para repouso e alimentação, para almoço e jantar, em todos os dias da semana, de segunda-feira a domingo, a cada 35 dias, com cinco dias de folga.

Não era uma jornada simplesmente extensa, mas desumana! Qualquer possibilidade de convívio com amigos, familiares era inviável, vez que o labor empreendido pelo operário correspondia a utilização de 87,5% do seu tempo (35 dias de trabalho e 5 de folga). Ou seja, não há uma proporcionalidade entre vida pessoal e profissional desse indivíduo.

Tanto pela leitura dos julgados trazidos, quanto pela definição da doutrina, já foi determinado que para configurar dano à existência é necessário uma lesão que implique em impossibilidade de execução de um projeto de vida do indivíduo ou à vida relação, ou seja, o convívio familiar e social, conforme se depreende da jurisprudência trabalhada.

Assim, a configuração do dano existencial foi tipificada devidamente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, reconhecendo que a jornada realizada pelo motorista o impedia de praticar qualquer atividade recreativa, cultural, artística, afetiva, violando expressamente os direitos sociais, além dos direitos de todo trabalhador e ainda, privando-o de convívio familiar e social, além de vetar qualquer projeto de vida futuro que ele desejasse, pressupostos da caracterização do dano à existência.

O TRT da 3ª Região condenou empresa a indenizar empregado que trabalhava das 14h de domingo até as 20h de segunda-feira, com intervalo intrajornada diário de

²⁷³ TRT4. Recurso Ordinário. Processo n. 0000021-84.2014.5.04.0733. Rel. Maria Madalena Telesca. 3.turma. DEJT 15/09/2015. Disponível em <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:-SZymPtafzEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D54382263+dano+existencial+imeta:DATA_DOCUMENTO:2014-10-27..2015-10-27++.+Apesar+de+ser+inerente+ao+servi%C3%A7o+de+Motorista+de+Carreta+a+realiza%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7o+externo,+conforme+previs%C3%A3o+contida+no&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acessado em 27/10/2015

uma hora; às terças e quartas-feiras de 04h às 20h, com intervalo intrajornada de uma hora; quinta-feira, das 04h às 0h, com intervalo intrajornada de uma hora; aos sábados de 07h às 10h.

O fundamento foi que as horas extraordinariamente laboradas não reparam o desgaste físico e psíquico imposto ao demandante, bem como não compensam a privação do lazer e do convívio familiar e social, sendo manifesto, inclusive, nas condições observadas, o cerceamento do seu direito fundamental à liberdade. Veja-se:

[...]

3.2 - HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA O reclamante se insurge contra a sentença, alegando fazer jus às horas extras pelo trabalho em sobrejornada e pelo desrespeito ao intervalo intrajornada. Argumenta que a jornada declinada na inicial foi confirmada pela prova testemunhal e que, a despeito de trabalhar externamente, foi comprovado o uso de telefone celular por ele, a comunicação frequente com o reclamado, o agendamento de entregas aos clientes, inclusive com hora marcada, bem como a utilização de tacógrafo no veículo por ele conduzido. Esta Relatora manifesta entendimento segundo o qual o art. 62 da CLT não exclui a aplicação do art. 7º, XIII da CF, no que toca ao direito fundamental dos empregados externos e dos gerentes ao regramento da jornada de trabalho e, em caso de seu descumprimento, ao direito ao recebimento de horas extras. É bem verdade que o art. 62 da CLT exclui do capítulo da duração do trabalho os empregados inseridos nas exceções dos incisos I (exercentes de "atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho") e II ("gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão", inclusive diretores e chefes de departamento ou filial). Todavia, o art. 7º, XIII da Constituição Federal institui o direito fundamental do trabalhador brasileiro -de todo trabalhador, aí incluídos os gerentes e os externos - a " duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho ". Em outras palavras, os gerentes e os externos estão excluídos da proteção da duração do trabalho, instituída pela CLT, mas estão incluídos na proteção da duração do trabalho mais abrangente e hierarquicamente superior, introduzida pela Constituição Federal. Assim, a opção do legislador constituinte pela extensão desse direito aos "trabalhadores urbanos e rurais" (art. 7º, caput da CF), "além de outros que visem à melhoria de sua condição social", é imperativo que se impõe atualmente a todos os trabalhadores.

[...]

3.7 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS O reclamante recorre da sentença, alegando fazer jus à indenização por danos morais em razão da nulidade da dispensa por justa causa e também pela jornada excessiva a ele imposta, alegando, quanto a esta, **a ocorrência de dano existencial**. Para que se configure a

responsabilidade civil do empregador, cabe à vítima demonstrar a prática de ato abusivo ou ilícito, o dano e o nexo de causalidade, à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal.

[...]

Entretanto, a jornada imposta ao reclamante - das 14h de domingo até as 20h de segunda-feira, com intervalo intrajornada diário de uma hora; às terças e quartas-feiras de 04h às 20h, com intervalo intrajornada de uma hora; quinta-feira, das 04h às 0h, com intervalo intrajornada de uma hora; aos sábados de 07h às 10h - era extenuante e em manifesto e expressivo descompasso em relação ao limite de duas extras diárias estabelecido no art. 59, caput, da CLT, o que não pode ser tolerado. Tal como demonstrado em tópico precedente, o obreiro, na prática, não usufruiu regularmente dos intervalos interjornadas, tornando ainda mais gravoso o regime de trabalho concretamente definido na relação jurídica mantida entre as partes. A ilicitude da conduta patronal é manifesta, haja vista que o obreiro fora sistematicamente submetido a carga extenuante de trabalho, inclusive em prejuízo do intervalo interjornada, em descompasso com os limites e parâmetros definidos na legislação. Nessas circunstâncias, **o regime imposto pelo recorrido implicou indébita deterioração das condições de trabalho, a repercutir inclusive na esfera de vida pessoal e privada do demandante. As regras afetas à duração do trabalho apresentam caráter marcadamente protetivo, razão pela qual não são suscetíveis de elisão ou renúncia, constituindo, em última análise, arcabouço legal indispensável à garantia da saúde, da higiene e da segurança do trabalhador (art. 7º, XXII, da CR). As horas extras objeto da condenação representaram sim válida contraprestação da força de trabalho vertida pelo obreiro, em caráter suplementar, em prol da atividade econômica. Todavia, não reparam o desgaste físico e psíquico extraordinário imposto ao demandante bem como a privação do lazer e do convívio familiar e social, sendo manifesto, inclusive, nas condições observadas, o cerceamento do seu direito fundamental à liberdade. O lazer, além da segurança e da saúde, bens diretamente tutelados pelas regras afetas à duração do trabalho, está expressamente elencado no rol de direitos sociais do cidadão (art. 6º da CR).**

[...]

Dá-se, pois, provimento ao recurso do autor para acrescer à condenação o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais). **grifos nossos** (TRT3. RO nº 0010057-97.2015.5.03.0081/MG. Des. Rel. Martha Halfeld Furtado De Mendonça Schmidt. 1ª turma. DEJT 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/202300210/andamento-do-processo-n-0010057-9720155030081-ro-25-06-2015-do-trt-3>. Acessado em: 20 de outubro de 2015).²⁷⁴

²⁷⁴ TRT3. RO nº 0010057-97.2015.5.03.0081/MG. Des. Rel. Martha Halfeld Furtado De Mendonça Schmidt. 1ª turma. DEJT 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/202300210/andamento-do-processo-n-0010057-9720155030081-ro-25-06-2015-do-trt-3>. Acessado em: 20 de outubro de 2015

A Relatora do acórdão supramencionado acrescentou que o art. 62 da CLT não exclui a aplicação do art. 7º, XIII da CF/88, com relação ao direito fundamental dos empregados externos e dos gerentes ao regramento da jornada de trabalho e, em caso de seu descumprimento, ao direito ao recebimento de horas extras.

Depreende-se, portanto, que receber ou não remuneração por horas extras não modifica o fato de determinados empregados serem exceção e se encaixarem ao art. 62 da CLT, vez que o art. 7º, XIII da Constituição Federal é um direito de todo trabalhador brasileiro, estando incluídos os gerentes e os externos.²⁷⁵

Isso significa que os gerentes e os externos estão excluídos da proteção da duração do trabalho, instituída pela CLT, mas estão protegidos por uma norma mais abrangente e hierarquicamente superior, introduzida pela Constituição Federal.

Por isso, independentemente de um trabalhador ter direito ou não à remuneração por trabalho não ordinário, ele estará sujeito à configuração do dano à existência, pois é exigido uma lesão que impeça a execução de planejamentos futuros de sua vida ou o convívio com familiares e amigos, e não a prestação de trabalho excepcional.

Não é o fato de haver, efetivamente, a realização de labor excepcional que irá determinar se há ou não o dano à vida, mas sim as consequências advindas da violação desse direito. Não se amolda nessa lesão a exigência pelas horas extraordinariamente prestadas. Essas já são pagas por si só com o respectivo adicional. O que se busca com esse dano é compensar um comprometimento da vida pessoal, social ou profissional do trabalhador decorrente de uma imposição do empregador.²⁷⁶

O reconhecimento do dano existencial não objetiva compensar o sofrimento causado pelas frustrações ou sofrimentos do empregado – isso é alcançado por meio do dano moral. O dano existencial visa reparar um impedimento - real e concreto - produzido na vida do empregado de forma a repercutir diretamente nos

²⁷⁵ TRT3. RO nº 0010057-97.2015.5.03.0081/MG. Des. Rel. Martha Halfeld Furtado De Mendonça Schmidt. 1ª turma. DEJT 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/202300210/andamento-do-processo-n-0010057-9720155030081-ro-25-06-2015-do-trt-3>. Acessado em: 20 de outubro de 2015

²⁷⁶ NASCIMENTO, Sônia Mascaró. Assédio Moral e Dano moral no trabalho. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.105

planejamentos, originariamente, criados por ele, de modo que esse prejuízo tenha sido causado por uma imposição do empregador.

Então, caso um empregado sinta violado seus direitos por estar sempre submetido a um labor em excesso, poderá haver uma responsabilização por danos morais, pois causou um angústia, um vexame nesse indivíduo. Contudo, para ter reconhecido o dano existencial será necessário mais que isso, será essencial a comprovação de um prejuízo à vida de relação ou ao seu projeto de vida.

Por isso, ainda que sem direito a remuneração adicional por prestar horas extras, será possível a configuração do dano à existência daqueles que não possuem a jornada controlada (artigo 62, inciso I e II). Nesse sentido, reconhecida essa lesão, o que se deseja é uma reparação pelos prejuízos causados nos planos pessoais futuros e no convívio social e familiar do indivíduo.

6 CONCLUSÃO

Após pesquisar sobre o dano existencial nos ordenamentos jurídicos e em especial no brasileiro – tanto na esfera cível quanto na trabalhista – restou claro que o direito do Trabalho ainda galga a passos lentos, contudo, demonstra evoluções significativas, principalmente, quando comparado com o direito civil.

Durante a pesquisa, jurisprudência e doutrina esclareceram que, muitas das vezes, o dano existencial está configurado, mas não sabe ser definido e identificado como tal.

Muito comum, mas não unicamente, é o dano à existência da pessoa através de jornada excessiva, afetando as escolhas de vida e de futuro do empregado por mera decisão da parte patronal.

Conforme foi demonstrado, em que pese ainda exista uma celeuma jurisprudencial, o dano existencial não se confunde com nenhum outro dano. A configuração do dano existencial nos Tribunais Regionais do Trabalho tem crescido de forma considerável.

Deve-se atentar que não é a prestação laboral extraordinária que enseja o reconhecimento do dano existencial, mas sim uma jornada exaustiva que enseje como resultado o dano em comento. Ademais, para caracterizar o dano existencial é necessária uma conduta patronal.

Desse modo, para identificar a figura do dano existencial nas relações de emprego se mostram necessários dois pressupostos: a conduta culposa do empregador e um dano à existência do empregado, de modo que interfira diretamente nos seus projetos de vidas e/ou nos relacionamentos sociais, familiares, ou seja, relacionamentos da esfera pessoal.

Diante disso, por haver como requisito da configuração do dano existencial o elemento culpa, a espécie de responsabilidade civil a ser aplicada que se mostra adequada é a subjetiva.

Outro tópico de relevância que o tema em discussão abrange é sobre o supervisionamento do empregador nas atividades dos empregados, destacando-se o fato de um empregado sempre estar realizando trabalho em hora extraordinária.

O TST já pacificou que é possível a configuração do dano existencial nas relações de trabalho, aplicando medidas que coíbam a práticas de condutas que ensejem o referido dano e sanções a fim de evitar a continuidade dessa lesão à existência do indivíduo.

Atente-se ainda que é inspirador ver que a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com seus corolários, está sendo cada vez mais protegida, além de serem altamente desestimuladas.

Em síntese, embora haja evoluções históricas significativas, é ainda necessário avançar nas relações trabalhistas, concretizando suas normas, aplicando de forma coerente e adequada as punições devidas aos exploradores da classe hipossuficiente dos trabalhadores, que as vítimas da exploração do poder econômico sejam ressarcidas e amparadas.

Concluo o presente trabalho defendendo a responsabilização do empregador nos casos em que haja os elementos necessários para a configuração do dano à existência.

REFERÊNCIAS

- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal. Senado. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 05 jun. 2015
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em Recurso Especial. 325.335. Relator: Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125966&num_registro=200100673250&data=20030324&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 05 jun. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em Recurso Especial. 609.199. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44113490&num_registro=201402884241&data=20150226&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 05 jun. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 899.869. Relator: Humberto Gomes De Barros. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=672225&num_registro=200600464423&data=20070326&formato=PDF> Acesso em 05 jun. 2015.
- AFONSO NETO, José. A responsabilidade Civil: a perda de uma chance. **Revista CAAP**. 2009.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado. Revista dos Tribunais**. 2005
- ANDRADE FILHO, Antônio Carlos Barros de. **Dano imaterial: a compreensão dos interesses jurídicos e de sua lesão segundo volume tridimensional da dignidade humana**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20826/dano-imaterial-acompreensao-dos-interesses-juridicos-e-de-sua-lesao-segundo-volumetrico-dimensao-da-dignidade-humana#ixzz3l786nUEh>> Acesso em 7 jun. 2015.
- ANDRADE JÚNIOR, Luís Carlos Vilas Boas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A torre de babel das novas adjetivações de dano**. Disponível em: <<http://marioluizdelgado.files.wordpress.com/2014/03/a-torre-de-babel-das-novasadjetivac3a7c3b3b2es-do-dano.doc>> Acesso em 05 jun. 2015.
- AZEVEDO, Álvares Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica**. São Paulo. Fonte do Direito. Ano 55, março/2007, nº 353.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. LTr. 8.ed. São Paulo. 2012. p. 524
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético biológico e existencial) – Breves considerações. **Revista LTr – Legislação do trabalho**. v. 73, n1. São Paulo. LTr. 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rubia Zanotelli. O dano existencial e o Direito do Trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, n.57, novembro/dezembro. 2013. p.52

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

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 05 jun. 2015.

BRASIL. **Código Civil**. (2002). Vade Mecum Saraiva. 15ªed. São Paulo. Saraiva, 2013.

BRASIL.TST. Acórdão do processo Nº RR - 136640-72.2004.5.05.0012. Min. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 25/03/2015. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.2:acordao;rr:2011-03-30;136640-2004-12-5-40> Acessado em 27 de outubro de 2015

BRASIL. TST. Processo: RR - 600-22.2008.5.13.0012 Data de Julgamento: 28/03/2011, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20600-22.2008.5.13.0012&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL4IAAC&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>

Acessado em 27 out. 2015

BRASIL. **Acórdão**. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20109600-52.2002.5.15.0095&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL5DAAG&dataPublicacao=08/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em 27 out. 2015

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3 região. **Processo n. 0010057-97.2015.5.03.0081-RO**. Relator Desembargador Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Belo Horizonte, 22 de junho de 2015. Disponível: https://pje.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=2953118&p_idpje=35120&p_num=35120&p_npag=x. Acesso em 05 jun. 2015

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

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. **Processo n. 0001643-50-2012-5-04-0029-20150205/RO**. Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:37BBupga-l8J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D52390280+dano+existencial+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-01-01..2015-10-

26++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acesso em 26 out. 2015

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. 727-76.2011.5.24.0002/RO**, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013

BRASIL. **RR-154-80.2013.5.04.0016**, Data de Julgamento: 04/03/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.

BRASIL. (TRT-10 - RO: 01492201301610004 DF 01492-2013-016-10-00-4, Relator: Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 20/02/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2015 no DEJT) Disponível em: <http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172142569/recurso-ordinario-ro-1492201301610004-df-01492-2013-016-10-00-4/relatorio-e-voto-172142584>. Acessado em 27 out. 2015.

COLPO, Marciano. Responsabilidade Civil decorrente do dano existencial. **Revista Cultura Jurídica**, ano 1, n.1. Sapiens. Porto Alegre. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. atualizada. Salvador: Juspodvm, 2014.p. 587

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo. LTr. 2014. p.93

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed.rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. P.598

DELGADO, Maurício Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXII, n.256, São Paulo. Outubro/2010

DELGADO, Maurício Godinho. Revista LTr: **A jornada no direito do trabalho brasileiro**, v. 60, n.10. outubro. Cidade. Ltr. 1996. p. 1344

DELLAGRAVE NETO, José Affonso. Revista LTr: **Acordo de compensação de jornada de trabalho**. LTr. v.61, n. 12, dezembro. 1997. p. 1597

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**. 5.ed. Saraiva. 2011. P. 53

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**, v.3: Responsabilidade Civil. 2.ed. rev. ampl. São Paulo. Atlas. 2015. p. 38

FERREIRA, Keyla Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque no dano existencial. **Revista de Direito Privado. Revista dos Tribunais** - Ano 14, v. 54. 2013..

FILHO CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo. Atlas. 2014. P. 26

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**. V. 411. Rio de Janeiro. 2010.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista Bonijuris**. Ano XXIII, n.577, v.23, n.12. Curitiba. 2011. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/20349/noco-es-fundamentais-sobre-o-dano-existencial>> Acesso em: 05 de junho de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 99

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p.45

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8.ed. Editora LTr. São Paulo. 2010. p. 179

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.57, janeiro/março. 2014.p.301

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no Direito do Trabalho. Revista **Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, setembro/2013. v.2, n.22. Disponível: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>> Acesso em 06 jun. 2015.

MARTINEZ. Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**.5.ed. Saraiva. São Paulo. 2014

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 586

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. 2.ed. São Paulo. Editora Renovar. 2007. p.146

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. 24.ed. São Paulo. Saraiva. 2009. revis. atual. e amp. p. 1139

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio Moral e Dano moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo. LTr. 2015. p.102

OLIVEIRA, Amanda da Rocha. **Dano existencial decorrente de excesso de jornada de trabalho**. 2013. (Monografia Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho). Editora Juspodvm. Salvador. p.57

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3.ed. ampl. rev. e atual. São Paulo. Editora LTr. 2002. p. 91

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2001. P. 63

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo. LTr, 2007.

Rio Grande do Sul. TRT4. Recurso Ordinário. Processo n. 0000021-84.2014.5.04.0733. Rel. Maria Madalena Telesca. 3.turma. DEJT 15/09/2015. Disponível em <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:-SZymPtatzEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D54382263+dano+existencial+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-10-27..2015-10-27++.+Apesar+de+ser+inerente+ao+servi%C3%A7o+de+Motorista+de+Carreta+a+realiza%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7o+externo,+conforme+previs%C3%A3o+contida+no&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> Acessado em 27/10/2015

RODRIGUES, Marluce de Oliveira. Cadernos de Amatra, IV: **A redução pela jornada de trabalho: da luta pela saúde à luta pelo emprego**. HS editira LTDA. n.14. novembro, 2010. p. 80

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v.4: **Responsabilidade Civil**. 18.ed. Saraiva. 2000. P. 13

ROSSI, Ana Maria. Ser workaholic faz mal à saúde. Veja se você é viciado em trabalho. **Revista Eletrônica Globo.com**. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/ser-workaholic-faz-mal-saude-veja-se-voce-viciado-em-trabalho-13472152.html>. Acesso em 27 jun. 2015.

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

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 1.ed. São Paulo. Saraiva. 1996. p.10

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

SILVA, Wilson Melo da apud Carlos Roberto Gonçalves. Da culpa do Risco: **Responsabilidade Civil**. 15 edição. 15 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p.60.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: **Direito das obrigações e Responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo. Método. 2014. p.279

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. P. 701

VENOSA, Sílvio de Salvo. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano V, n.27. Editora Magister. 2008.