

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

SABRINI RODRIGUES VIANA

**O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, BEM COMO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO LAZER: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO ENTRE OS ANOS DE 2014 A 2019.**

CRICIÚMA

2019

SABRINI RODRIGUES VIANA

**O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, BEM COMO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO LAZER: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO ENTRE OS ANOS DE 2014 A 2019.**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Ma. Raquel de Souza Felício.

**CRICIÚMA
2019**

SABRINI RODRIGUES VIANA

**O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, BEM COMO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO LAZER: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO ENTRE OS ANOS DE 2014 A 2019.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do Grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, xx de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Raquel de Souza Felício - Mestre – UNESC – Orientadora

Prof.^a Márcia Andréia Schutz Lirio Piazza – Mestre - UNESC

Prof.^a Gabriele Dutra Bernardes Ongaratto – Mestre - UNESC

Dedico a todos aqueles que de alguma forma
contribuíram para a conclusão deste trabalho,
em especial a minha mãe, meu anjo da guarda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre me dar força e estar comigo em todos os momentos, me confortando e me dando coragem em nunca desistir, mas sim persistir, além de tudo que já me proporcionou.

Ao meu pai, Jorge Viana, que não mediu esforços em me dar os melhores estudos, mesmo diante de todas as dificuldades, me deu todo o amparo possível para que eu chegasse até aqui.

A minha eterna e querida mãe, Jaciria Borges Rodrigues Viana, mesmo não estando mais presente ao meu lado, sei que está vibrando no céu com mais esta conquista. Sou eternamente grata por todos os ensinamentos e aprendizados que tive com ela nos meus 14 (quatorze) anos de vida.

A minha irmã, Suéllen Rodrigues Viana, por todos os ensinamentos compartilhados, estando presente comigo em todos os momentos, obrigada por todo apoio e compreensão.

Ao meu cunhado, Lucas Vicente do Nascimento, que acabou se tornando meu irmão mais velho e um amigo especial.

E por fim, a Jane Zanette, minha mãezinha do coração, que encontrou em nossas vidas para nos alegrar e sentirmos mais felizes e amados.

As minhas queridas amigas e chefes de trabalho, Josiane Pedra Borges e Nataline De Bona Mendes, que neste ano me proporcionaram a felicidade em gostar ainda mais da profissão que escolhi e sentir que estou no caminho certo, obrigada por todo conhecimento e amparo.

A minha orientadora, Raquel de Souza Felício, que desde o primeiro momento que eu a convidei para fazer parte desta monografia, não mediu esforços em me ajudar, sempre compreensiva, além do seu carisma fizeram com que esta parceria desse certo.

A UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense – e todos os amigos e colegas que conheci que nestes 5 (cinco) anos de Universidade, em especial a todos os professores e professoras que fizeram parte do meu ensino e desta caminhada.

“A gente fica esperando que a alegria haverá de chegar depois da formatura, do casamento, do nascimento, da viagem, da promoção, da loteria, da eleição, da casa nova, da separação, da aposentadoria... E ela não chega – porque a alegria não mora no futuro, mas só no agora.”

Rubem Alves

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo principal analisar a jurisprudência entre os anos de 2014-2019, acerca da responsabilidade do empregador por dano existencial decorrente da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao lazer. Para a realização deste estudo, utilizou-se o método dedutivo, ao qual será analisado previamente o direito fundamental ao lazer, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proteção, bem como suas aplicabilidades no direito do trabalho. Após estas abordagens, será feito um estudo dos pressupostos existentes na responsabilidade civil, o conceito do dano moral e existencial e suas diferenças e por fim será possível analisar a responsabilidade do empregador por dano existencial decorrente da violação ao direito fundamental ao lazer e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Direito ao lazer. Princípio da Proteção. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito Existencial.

ABSTRACT

The present monographic work has as main objective to analyze the jurisprudence between 2014-2019, about the employer's responsibility for existential damage resulting from the violation of the principle of human dignity and the fundamental right to leisure. For this study, we used the deductive method, which will previously analyze the fundamental right to leisure, the principle of human dignity and protection, as well as their applicability in labor law. After these approaches, a study will be made of the existing assumptions in civil liability, the concept of moral and existential damage and their differences and finally it will be possible to analyze the employer's liability for existential damage arising from the violation of the fundamental right to leisure and the principle of dignity of human person.

Keywords: Labor law. Right to leisure. Principle of Protection. Principle of Human Dignity. Existential law.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Entrevistados SIPS 2011.....	45
Gráfico 2 – Entrevistados SIPS 2011.....	46

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROTEÇÃO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO	14
2.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO	14
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO.....	19
2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO.....	24
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O CONCEITO DE DANO MORAL E EXISTENCIAL E SUAS DIFERENÇAS	29
3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUTA HUMANA, CULPA OU DOLO, NEXO DE CAUSALIDADE, DANO E PREJUÍZO	29
3.2 O DANO MORAL	35
3.3 O DANO EXISTENCIAL	41
4 DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO EXISTENCIAL DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL	49
4.1 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO QUANTO À RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO EXISTENCIAL.....	49
4.2 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIOS AOS REQUISITOS PARA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	55
4.3 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FAVORÁVEIS AOS REQUISITOS PARA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	63
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é um meio utilizado pelas relações trabalhistas para garantir ao empregado e o empregador os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e a Consolidação das Leis do Trabalho, entre outros dispositivos, para que não sejam violados.

Sabe-se que o empregado em decorrência da sua inferioridade ao lado do empregador, pode se submeter a desgastes físicos e psicológicos para garantir a sua subsistência. Sendo assim, existem dispositivos no nosso ordenamento jurídico em que protegem o empregado para que nas relações de trabalho não ocorra essa desigualdade.

Logo, o direito do trabalho deve estar em constante transformação, garantindo que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos encontrados no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como respeitados o direito fundamental ao lazer podendo ser verificado no artigo 7º, inciso IV, também da referida Constituição.

Portanto, verificando a violação destes dispositivos, o dano existencial foi tomando forma no Brasil, sendo que sua primeira aparição ocorreu na Itália na sentença nº 500, ao qual é considerada uma espécie de dano extrapatrimonial, tendo em vista a ocorrência de uma frustração no projeto de vida do indivíduo, colocando-se em inferioridade, bem como a perda de relações.

Sendo assim, o dano existencial pode ser encontrado no direito do trabalho, ao qual impossibilita o empregado de realizar atividades para o seu bem-estar na sociedade, sejam eles físicos ou psíquicos.

Logo, causa ao empregado um prejuízo pessoal, atingindo seu convívio familiar e com a sociedade num todo, ao qual resulta na perda da sua qualidade de vida.

Em virtude disso o objetivo deste trabalho monográfico é analisar os danos causados ao empregado quando o empregador interfere em sua vida em decorrência do excesso de horas trabalhadas, causando-lhe prejuízos diversos, sejam eles a perda da sua qualidade de vida, bem como seu convívio familiar, ao lazer e o seu convívio como um todo na sociedade, interferindo na sua saúde em um modo geral.

Portanto, o tempo livre que o empregado possui deve ser respeitado pelo empregador, para possibilitar-lhe descanso, bem como recompor suas energias, ter tempo livre para que possa dedicar aos seus projetos de vida, familiar e social, para que tenha uma qualidade de vida e de saúde, e desta forma garantir melhores resultados no seu ambiente de trabalho.

Assim sendo, o método utilizado para abordar o tema é o dedutivo, assim será analisado o dano existencial como um todo nas relações trabalhistas, bem como será observado e analisado o princípio da proteção e a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e também o direito fundamental ao lazer, como está sendo aplicado no direito trabalhista brasileiro, bem como sua conceituação básica e doutrinária.

Logo, o direito fundamental ao lazer é a peça chave nas relações trabalhistas, embora este direito esteja previsto em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles a Constituição da República Federativa do Brasil, ainda é rotineiro o seu descumprimento.

E mesmo que haja o princípio da dignidade da pessoa humana sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ainda é visível discussões voltadas para as condições em que o empregado se submete no trabalho, tendo em vista que muitas vezes não possui a opção em aceitar o trabalho, em decorrência da necessidade de garantir sua subsistência.

Portanto, o princípio da proteção é uma alternativa de garantir ao empregado para alcançar os seus direitos, haja vista que na maioria das situações encontra-se inferior ao empregador.

Além disso, devem ser abordados os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, definições a respeito da conduta humana, diferença de culpa e dolo, os elementos que irão gerar o nexo de causalidade e distinguir o dano do prejuízo.

Em virtude da análise da responsabilidade civil e sendo o principal tema desta monografia o dano existencial, é necessária uma abordagem do seu conceito, bem como a sua caracterização e embora haja diferentes doutrinas que abordam o tema, ainda é necessário conceituar o dano moral e apresentar diferentes aspectos que irão individualizar os danos em si.

E por fim, serão verificadas na doutrina e na jurisprudência pátria as divergências que estão sendo encontradas para responsabilizar o empregador do dano existencial sofrido em decorrência da violação do princípio da dignidade da

pessoa humana, da proteção e também do direito fundamental ao lazer. Quais critérios que estão sendo adotados, que tipos de provas de que estão sendo admitidos, entre outros.

As análises foram de jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho, de 2014 a 2019, a respeito do dano existencial nas relações do trabalho. A realização da pesquisa jurisprudencial foi feita no sítio do Tribunal Superior do Trabalho, qual seja, www.tst.jus.br, com a inserção da seguinte palavra chave: "Dano existencial". Aos quais foram analisadas 12 (doze) decisões a respeito do tema em questão, entre 2014 a 2019.

Portanto, quando violado o direito ao lazer do trabalhador, ao descanso e repouso, acarreta a este o direito de reparar. Sendo assim, surge o dano existencial, sendo este uma responsabilidade civil voltada ao empregador, em virtude do empregado estar impedido de realizar seus projetos de vida ou até mesmo atividades voltadas para o seu lazer, inclusive educativas ou profissionais para aprimorar seu conhecimento, além da impossibilidade de se relacionar com as pessoas a sua volta ou até aquelas que poderia conhecer, gerando ao empregado desgaste físico e emocional.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROTEÇÃO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

As relações trabalhistas são marcadas por desigualdade existente entre o empregado e o empregador.

Embora o empregado possua direitos e garantias previstos em Lei constantemente se submetem a prejuízos que põe em risco a sua vida, para garantir seu sustento e de sua família.

O contrato de trabalho exige do empregado subordinação ao empregador, que para Delgado (2007, p. 36) “é uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado”.

Por consequência, Almeida e Gomes (2014, p. 10) mencionam que:

O excesso de trabalho e a mitigação do tempo de lazer priva até o indivíduo do tempo de exercer sua consciência, pensar sobre sua vida, sua existência, seus planos e metas, enfrentar suas crises pessoais, realizar as reflexões necessárias à busca por uma vida melhor, à busca pela felicidade. [...] o homem necessita do tempo livre para questionar a realidade a sua volta e exercer seu direito, como cidadão, de participação livre e voluntária.

Portanto o presente capítulo tem como objetivo analisar o direito fundamental ao lazer, o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o da proteção e suas diretrizes sendo este um princípio próprio do direito do trabalho e por fim as suas aplicabilidades no direito trabalhista brasileiro.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

O lazer pode ser compreendido entre duas conceituações, a primeira está relacionada com uma escolha em que você decidiu para a sua vida, não havendo apenas momentos temporários para utilizar o tempo livre, enquanto que a segunda conceituação está relacionada ao tempo livre do empregado, seu momento de descanso, deixando de lado suas responsabilidades e obrigações (AGUIAR, 2000, p. 113).

Entende-se que com a industrialização surgiu à ideia de que o tempo seria utilizado para produzir e quanto maior a produção maior o lucro garantido para empresa. Sendo este um dos grandes problemas enfrentados pelos trabalhadores, aos quais buscam por meio de reivindicações voltadas para melhores condições de trabalho (AGUIAR, 2000, p. 118).

O lazer está relacionado com o tempo livre do trabalhador, ao qual utiliza este momento para recarregar suas energias com objetivo de atender uma melhor qualidade de vida como também gerar boa produtividade para a empresa ao qual labora, seja por meio do descanso ou até mesmo a partir da recreação, entretenimento e divertimento (CALVET, 2005, p. 78).

Logo, o “lazer não é sinônimo de não fazer, pois inclui esforços físicos capazes de satisfazer o homem, podemos citar: praticar esportes, sair para dançar, escrever um livro dentre outros.” (PEREIRA, 2009, p. 07).

Sendo assim, Almeida e Gomes (2014, p. 05) esclarecem que não se deve entender que o lazer esteja relacionado com a ideia de não querer laborar, mas sim é voltado ao seu descanso, divertimento, renovação do seu interior. Portanto, cada indivíduo possui uma perspectiva diferente ao lazer, tendo em vista que cada um irá utilizá-la conforme suas experiências do dia a dia, ao qual utilizarão com o que for melhor para si.

Existem três tipos de funções previstos para o lazer que podem ser discutidos, sejam eles o descanso, divertimento e desenvolvimento pessoal, logo:

A função de descanso está ligada ao aspecto compensatório do desgaste das energias, liberando a fadiga física e mental; a função de divertimento é importante no processo de ruptura da monotonia cotidiana, interferindo na personalidade do indivíduo, ajudando-o a suportar as regras e as pressões da sociedade. A função de desenvolvimento da personalidade traz a possibilidade de engrandecimento do ser, pelo crescimento pessoal e social. (AGUIAR, 2000, p. 114)

Desta forma, é um direito garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, previsto no artigo XXIV trazendo que “Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (ONU, 1948).

Sendo assim, Lunardi (2008, p. 39) entende que o direito do trabalho possui um papel importante junto com o direito ao lazer:

Direito do trabalho e direito ao lazer, em verdade, são duas faces da mesma moeda, entretanto, um não se confunde com o outro, ambos se complementam. Desde já, é importante salientar que, o que se busca com a tutela do tempo livre, não é repetir tudo aquilo que o direito do trabalho já tutelou. A importância deste ramo do direito é proteger um bem jurídico, que em geral só possui tutela indireta.

Além disso, é um direito fundamental previsto no artigo 6º, caput¹, artigo 7º, inciso IV², artigo 217, § 3º³ e artigo 227⁴ da referida Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2019o). Explica Silva (2013, p. 162) que:

A Constituição menciona o lazer no art. 6º e faz ligeira referência no art. 227, mas no art. 217, § 3º, declara que o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social. Como visto, ele está muito associado aos direitos dos trabalhadores relativos ao repouso.

Portanto é um direito social devendo ser garantido pelo Estado a partir de políticas públicas, como também o mesmo deve incentivar o lazer, uma vez que possibilita uma melhor condição ao indivíduo, sendo assim é de extrema importância, pois está relacionado aos direitos dos trabalhadores.

Neste mesmo sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 652) trazem que o direito fundamental ao lazer:

[...] no plano da Constituição, um corpo normativo que, em alguma medida, objetiva assegurar a toda e qualquer pessoa, um mínimo de fruição do lazer, impondo ao Poder Político o dever de assegurar as condições (por prestações materiais e normativas) que viabilizem o acesso e o exercício de atividades de lazer pela população.

¹ Art. 6º 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. (BRASIL, 2019o)

² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 2019o)

³ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social. (BRASIL, 2019o)

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2019o)

Quanto a sua aplicabilidade, no artigo 7º da referida Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso XIII ao XVII dispõe sobre o tempo livre:

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;

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (BRASIL, 2019o)

Conforme analisado acima no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, traz que a duração do trabalho normal será de 8 (oito) horas diárias, ou seja, 44 (quarenta e quatro) horas semanais, salvo nos casos em que ocorrer compensação de horários ou redução de jornada, desde que estejam previstos em acordo ou convenção coletiva (BRASIL, 2019o).

Portanto, entra-se em questão as horas extras, que embora seja garantido a remuneração superior a 50% (cinquenta por cento) do normal, acaba excedendo o limite da duração normal de trabalho, logo atingindo o direito ao lazer. Sendo assim, embora deva ser um direito protegido aos trabalhadores, torna-se afetada em decorrência desta legalidade em que permite uma jornada extraordinária, sobrecarregando o empregado (CALVET, 2005, p. 127-133).

Quanto aos períodos de descansos, é o momento em que o trabalhador desliga dos seus afazeres e torna-se indisponível no seu local de trabalho, conseqüentemente é inviável que flexibilize este período, entretanto por não ser absoluto, podem ser acordadas entre ambas as partes uma aplicação diferenciada, desde que seja favorável entre os mesmos (CALVET, 2005, p. 133-134).

Além disto, quanto às férias remuneradas anuais, o período deve ser fixado não apenas pelo empregador, mas também por aquele que vai gozar, ou seja, o empregado. Conseqüentemente, não cabe ao empregador modificar o período estabelecido sem a anuência do empregado (CALVET, 2005, p. 149).

Ademais, Pereira (2009, p. 12) menciona que:

[...] a aposentadoria é uma modalidade de lazer. O Estado moderno tem como objetivo fornecer a seus trabalhadores condições decentes de vida, e

a aposentadoria é um dos meios para se alcançar este objetivo. [...] A aposentadoria é algo alcançado através de um pagamento, sendo este pagamento o próprio tempo trabalhado, portanto esta não é uma prerrogativa ou um presente, é um direito.

Desta maneira, observando o que foi apresentado acima, os incisos expressos pelo legislador tiveram como objetivo atender ao limite da jornada de trabalho e não o seu direito ao tempo livre. Logo, percebe-se que se o legislador quisesse tratar sobre o direito ao lazer, ele teria estabelecido um tempo mínimo ao lazer bem como ao trabalho. (LUNARDI, 2008, p. 40)

Assim, observa-se que embora seja um direito do trabalhador os períodos de descanso semanal, ao qual é um direito previsto em lei, e garantido pelo direito ao lazer, ainda se encontra empecilhos para a sua concretização, pois a legislação permite que em alguns casos ocorra à flexibilização de abrir mão deste direito, ao qual o trabalhador muitas vezes fica obrigado a ceder e como consequência acaba se sobrecarregando.

Além destes artigos mencionados acima, deve-se observar que o direito ao lazer pode ser encontrado em outros dispositivos previstos na legislação atual, ou seja, na Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) faz menção em seus artigos 4º, 59, 71, 94, inciso XI, e por fim, o artigo 124, inciso XII.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao **lazer**, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2019f, grifo nosso).

Art. 59. Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de **lazer** voltadas para a infância e a juventude (BRASIL, 2019f, grifo nosso).

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, **lazer**, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 2019f, grifo nosso).

Art. 94 As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:
XI – propiciar atividades culturais, esportivas e de **lazer** (BRASIL, 2019f, grifo nosso).

Art. 124 São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:
XII – realizar atividades culturais, esportivas e de **lazer** (BRASIL, 2019f, grifo nosso).

Igualmente, pode ser encontrado na Lei nº 9.615 de 1998⁵ (denomina-se de Lei Pelé) no artigo 3º, inciso I, assim como a Lei nº 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) em seus artigos 3º, 20, 23 e 50, inciso IX.

Art. 3º. O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do **lazer**; (BRASIL, 2019j, grifo nosso)

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao **lazer**, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2019k, grifo nosso)

Art. 20. O idoso tem direito à educação, cultura, esporte, **lazer**, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade. (BRASIL, 2019k, grifo nosso)

Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de **lazer** será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de **lazer**, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais. (BRASIL, 2019k, grifo nosso)

Art. 50. Constituem obrigações das entidades de atendimento:
IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de **lazer**. (BRASIL, 2019k, grifo nosso)

Conclui-se que o legislador buscou atender “quanto à proteção e efetivação do direito ao lazer para crianças, jovens e idosos, havendo certa omissão, no âmbito normativo, acerca da irradiação desse direito para a figura do trabalhador.” (ALMEIDA, GOMES, 2014, p. 08).

Em vista disso, pela carência no ordenamento jurídico brasileiro a respeito do direito ao lazer para o trabalhador, torna-se mais fácil a sua não aplicação, mesmo que seja um elemento importante para o ser humano, em decorrência da sua saúde mental e física.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

⁵ Normas gerais de desporto bem como tem a finalidade de regular sobre o contrato de trabalho do atleta profissional.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2019o).

Mas antes de aprofundar sobre este princípio, deve-se compreender que a dignidade ela se diferencia de outros elementos que compõe o Direito, diferente do que é comum de encontrar meios voltados para todos, aos quais deve ser compartilhados; a dignidade ela é única, ao qual somente o homem pode conquistá-la, é a sua postura utilizada no seu cotidiano (ROCHA, 2001, p. 03).

Além disso, deve-se deixar claro que embora exista uma confusão acerca dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, estas duas vertentes possuem diferentes percepções conforme pode ser analisado abaixo:

A dignidade é um conceito novo, que não se enquadra na perspectiva dos direitos humanos, tendo se desenvolvido a partir da noção de crimes contra a humanidade e das discussões da bioética. Não está vinculada à noção de liberdade, mas de humanidade, não podendo ser analisada sob o mesmo paradigma dos direitos humanos, embora seja mais cômodo analisar-se o conceito desconhecido e novo sob a ótica do que já é conhecido. (GOSDAL, 2006, p. 38)

Este princípio “refere-se aos direitos chamados de primeira geração. Trata-se da dignidade do ser humano, sujeito de direitos, titular por natureza de racionalidade e anseio de liberdade” (ZISMAN, 2016, p. 03).

Embora tenham existido outras Constituições no decorrer da história do Brasil, somente a de 1988 que instituiu e trata sobre o princípio em questão. A primeira menção a dignidade da pessoa humana é observada na Constituição de 1934, em seu artigo 115, ao qual menciona que (MARTINS, 2003, p. 47):

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País. (BRASIL, 2019I)

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2019o)

A Constituição de 1937, por ser considerada autoritária, não menciona o tema. Porém, na Constituição de 1946, a mesma retorna no artigo 145, parágrafo único, “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” (BRASIL, 2019m). Mas somente na Constituição de 1967 que se fez menção a “dignidade humana” trazendo como um dos princípios para a ordem econômica, conforme artigo 157, inciso II (MARTINS, 2003, p. 47- 48).

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; (BRASIL, 2019n)

Logo, somente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ela foi expressamente adotada, sendo considerado um princípio fundamental, ao qual entende Martins (2003, p. 100) que:

[...] a noção de que os princípios possuem mera posição auxiliar na aplicação do direito, ao menos em matéria constitucional, foi superada. Atualmente os princípios são considerados normas vinculantes dotadas de plena juridicidade.

Sendo assim o fundamento a dignidade da pessoa humana é voltado ao ser humano, ou seja, decorre de valores constitucionais entre eles encontra-se o direito à vida, a intimidade, a honra e a imagem. (PAULO, 2017, p. 90)

Complementa Paulo (2017, p. 90) que:

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Para definir o conceito da dignidade da pessoa humana deve-se retirar a ideia de um conceito religioso ou ideológico, logo sua característica deve estar relacionada à laicidade, não podendo estar voltada apenas para uma determinada religião, mas sim atender a todos independente de sua religiosidade. Além disso, deve haver uma neutralidade política, portanto deve ser compartilhada entre todos da sociedade, não havendo diferenciação quanto o seu sistema político-econômico, bem como a universalidade, ao qual deve ser utilizada por todos, não havendo distinção (BARROSO, 2015, p. 286).

Sendo assim, conclui Barroso (2015, p. 286) que “os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, [...] são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário”.

O valor intrínseco está relacionado ao ser, deste modo cada ser possui uma condição especial que diferencia do outro, seja ela por meio da sua sensibilidade, inteligência e o seu meio de comunicação, fazendo com que cada um possua essas qualidades de forma única garantindo esta condição especial (BARROSO, 2015, p. 286).

Já a autonomia Barroso (2015, p. 287) traz que:

[...] envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. [...] No plano jurídico, a autonomia envolve uma dimensão privada, outra política e tem, ainda, como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial.

E por fim, o valor comunitário, que são obrigações voltadas para a comunidade, é a sua relação com o grupo, o seu valor e sua concepção no seu modo de agir com o outro (BARROSO, 2015, p. 288).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana “está relacionado ao *status* que o ser humano adquiriu durante milhares de anos habitando a terra [...]. Ser digno é poder usufruir tudo o que foi conquistado pelos povos durante a sua existência, independente das barreiras comerciais ou religiosas.” (CECHIN, 2007, p. 75).

Logo, este princípio está relacionado ao conjunto de direitos, como por exemplo, a educação, igualdade de direito, moradia, paz, entre outros. Ou seja, é o agrupamento de todos os direitos fundamentais existentes, para que toda a população possua um tratamento igualitário para o seu cotidiano (NETO, CAVALCANTE, 2013, p. 105).

Sendo assim, a dignidade conforme menciona Gosdal (2006, p. 122) é:

[...] inalienável, porque dela não pode o indivíduo fazer objeto de alienação, de transmissão de seu domínio a terceiro. E é irrenunciável, porque a pessoa não pode dela voluntariamente privar-se. Terceiros estarão sempre obrigados a observá-la, independentemente de eventual vontade manifestada em contrário. A dignidade não pode ser utilizada como objeto de troca, não pode ser vendida, nem ser objeto de renúncia. Ela é irrenunciável no sentido de que se impõe com independência da vontade de seus destinatários.

E conclui Delgado (2007, p. 25, grifo do autor) “a dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, *fundamento da vida no País, princípio jurídico inspirador e normativo* e, ainda, fim, *objetivo de toda a ordem econômica*”.

Pode-se verificar que “[...] a existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho. Assim, não há que se falar em realização plena da dignidade da pessoa humana se o trabalho não for adequadamente apreciado” (MIRAGLIA, 2010, p. 03).

Logo, pergunta-se, até onde o poder do empregador pode atingir o empregado, qual o seu limite nesta relação. Questiona-se essa existência de poder, ao qual o empregado deve apenas obedecer. Qual o limite do empregador acerca desta dominação, ao qual pode até mesmo fazer revistas íntimas com os seus empregados (GOSDAL, 2006, p. 101-102).

Porém, este poder está reconhecido no ordenamento jurídico, caso contrário todas as ordens efetuadas pelo empregador iriam ferir a dignidade da pessoa humana (GOSDAL, 2006, p. 102).

Portanto, tendo em vista disso, o empresário possui alguns deveres para que seja respeitada a dignidade do empregado, conforme dispõe Gosdal (2006, p. 125):

O dever do empresário deve ser de observar a dignidade e os limites dados pelos direitos fundamentais dos trabalhadores de maneira integral, englobando a proteção de seu patrimônio moral (por exemplo, com a observância do dever de não-discriminação ou de não humilhar o empregado) e de sua integridade física (por exemplo, exigindo-lhe jornada de trabalho compatível com a higiene e segurança do trabalho, ou oferecendo-lhe ambiente de trabalho salubre).

Sendo assim, quando ocorre a violação do direito que o empregado possui em ter seu tempo livre fora do trabalho, não atinge somente sua dignidade, mas de toda coletividade que se encontra ao seu redor. Em decorrência de não conseguirem manter um convívio social com o mesmo, bem como aqueles que não conseguem um emprego devido à extensa carga horária do mercado de trabalho (MAFFRA, 2015, p. 509).

Percebe-se que as maiorias dos empregados brasileiros trabalham de forma não digna em seus empregos, cujos salários são cada vez mais reduzidos. E como resultado desta precariedade no mercado de trabalho, o empregado fica submetido a acidentes ao qual o Estado apenas se preocupa em pagar o benefício previdenciário

deixando de lado a importância de achar uma solução para que diminua esses riscos ao trabalhador (CECCHIN, 2007, p. 77-81).

Destaca-se que o artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona que:

Artigo XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. (ONU, 1948)

Assim sendo, o princípio da dignidade humana em relação ao mercado de trabalho deve estar em conjunto, pois o que move o mercado em si não é o trabalho, mas sim aquele que realiza, ou seja, o empregado. E uma vez em que não ocorre de forma digna, perde-se o valor do trabalho (MELO, 2018, p. 227-228).

2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

O princípio da proteção é um dos princípios em que o direito do trabalho busca atingir não a igualdade das partes, tendo em vista que o trabalhador na maioria das vezes é inferior ao empregador, mas sim a preferência de uma das partes, ou seja, o trabalhador (RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

Assim sendo, o princípio da proteção garante “proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” (DELGADO, 2014, p. 196).

Portanto, o “propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da condição de hipossuficiência” (BARROS, 2013, p. 142).

É um princípio ao qual deve servir como orientação para as normas existentes no direito do trabalho, bem como ser utilizada para a sua aplicação. Sendo assim,

este princípio não amplia sua aplicação para qualquer tipo de situação, como também não deve ser utilizado quando não tiver normas a respeito, mas sim deve ser aplicado de forma segura e adequada para introdução das normas (RODRIGUEZ, 2000, p. 100-101).

Logo, conforme dispõe Costa (2011, p. 03):

[...] o princípio da proteção poderia ser definido como o proveniente da dignidade da pessoa humana, aplicado para resguardar a parte hipossuficiente nas relações jurídico-trabalhistas quando da interpretação, aplicação e integração da norma nesta relação, interpretando-a sempre a favor do empregado quando houver colisão de regramentos, interpretações divergentes sobre o mesmo preceito ou for necessário a manutenção de um direito em virtude de lei restritiva surgida durante relação laboral.

Destaca-se que o princípio da proteção está dividido em três formas distintas, o (i) *in dubio, pro operário*, ou seja, o juiz deve utilizar a norma que seja mais favorável ao empregado; a (ii) *norma mais favorável*, logo, uma vez em que existir mais de uma norma para ser aplicada em uma determinada situação deve-se utilizar aquela que seja mais favorável pro trabalhador e por fim a (iii) *condição mais benéfica*, aos quais as condições que o trabalhador se encontra sejam mais favoráveis a este, devendo ser mantidas, não podendo ser retiradas (RODRIGUEZ, 2000, p. 106-107, grifo do autor).

Portanto para uma melhor interpretação das formas em que o princípio da proteção é dividido, serão analisados abaixo como são aplicados.

Conceitua Rodriguez (2000, p. 107, grifo do autor) que o princípio do (i) *in dubio, pro operário* será utilizado “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”.

Desta forma, este princípio deve ser utilizado quando houver diversas interpretações em uma só norma e uma vez em que não exista uma determinada norma não cabe a este princípio interpretar uma forma mais favorável ao trabalhador ou corrigir um teor já existente, pois não cabe a ela interpretar além do sentido que é existente e claro (RODRIGUEZ, 2000, p. 111).

Logo, este princípio “não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto” (MARTINS, 2008, p. 61).

Além disso, quanto a sua forma de aplicação, em primeiro caso pode ser utilizada “tanto para estender um benefício como para diminuir um prejuízo” (RODRIGUEZ, 2000 p. 119), como também pode ser aplicada em diferentes graus, ou seja, conforme a sua remuneração é aplicado de forma diversa em cada situação, ademais, em cada caso haverá uma norma trabalhista em que será aplicada, havendo diferentes interpretações. Aliás, esta interpretação deve ser feita de forma moderada (RODRIGUEZ, 2000, p. 119-120).

O segundo desmembramento do princípio da proteção é o princípio da (ii) *norma mais favorável*, ao qual é compreendida por Barros (2013, p. 142, grifo do autor) como “a existência de duas ou mais normas, cuja [...] a aplicação da norma mais favorável, independente de sua hierarquia”.

Portanto, o autor Amaral questiona que:

Em tese, não deveria existir o problema para o julgador de verificar qual seria a norma mais favorável para a sua aplicação in concreto, ante a existência de hierarquia de leis, já que bastaria a aplicação da norma hierarquicamente de grau superior. Entretanto, em face da existência dessa regra, pode-se dizer que formalmente não existe uma hierarquia das leis, já que no âmbito do Direito do Trabalho as normas jurídicas conferem um mínimo ao empregado, sendo que será perfeitamente lícito às partes pactuarem cláusulas mais benéficas ao empregado, serão essas, pois, as normas aplicáveis à relação de emprego (2001, p. 10, grifo do autor).

Para exemplificar, o escritor Garcia (2013, p. 95) menciona que “se o acordo coletivo confere ao empregado direito trabalhista superior àquele previsto na Constituição Federal, é o primeiro que deve ser aplicado, por ser mais benéfico ao polo mais fraco da relação jurídica”.

Sendo assim, a sua aplicação pode ser dividida em três maneiras: a primeira está relacionada com a elaboração da norma, ao qual deve ser tratada de forma mais vantajosa ao obreiro. A segunda maneira está relacionada com a hierarquia, ou seja, em um confronto de normas para serem aplicadas, deve-se utilizar a mais benéfica, em exceção àquelas normas que sejam de cunho proibitivo. E por fim, a interpretação das normas jurídicas, ou seja, havendo mais de uma norma para ser analisada, deve-se utilizar aquela mais favorável (MARTINS, 2008, p. 61).

Segundo Barros (2013, p. 142) existe três tipos de comparações:

O primeiro critério é conhecido como teoria do conglobamento, em que se prefere a norma mais favorável, após o confronto em bloco das normas objeto de comparação. O segundo critério, intitulado teoria da acumulação,

se faz selecionando em cada uma das normas comparadas, o preceito mais favorável ao trabalhador. Finalmente, o terceiro critério (teoria do conglobamento orgânico ou por instituto) apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma.

Presume-se que o Brasil tenha adotado o terceiro critério devido ao artigo 3º, inciso II, da Lei nº 7.064⁷, de 1982 (BARROS, 2013, p. 142):

Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria. (BRASIL, 2019e)

Portanto, deve-se utilizar a norma mais favorável quando houver diferentes normas que dispõe sobre uma mesma matéria.

E por fim, o último desmembramento, o princípio da (iii) *condição mais benéfica* que segundo Rodriguez (2000, p. 131, grifo do autor) “pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determinada que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”.

Portanto, as “vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador não podem ser modificadas para pior.” (MARTINS, 2008, p. 61).

Este princípio pode ser encontrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI, ao qual menciona que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988o)

Além do mais está regido no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que traz que:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 2019d)

Bem como no artigo 428, § 2º, ao qual prevê que “ao aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.” (BRASIL, 2019d)

Logo, esclarece a súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁸ que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

Portanto, a cláusula que seja menos favorável ao trabalhador não será aplicada para aqueles que já estão na empresa, diferente daqueles que forem contratados após a alteração (MARTINS, 2008, p. 61).

As condições mais benéficas podem ainda serem causais e concessivas, a primeira trata-se de uma qualidade do próprio empregado, enquanto que a segunda é concedida pelo próprio empregador (BARROS, 2013, p. 143).

Como se pode observar, uma vez estabelecido uma condição mais benéfica ao trabalhador, deve esta ser respeitada, independente se surgir nova norma, salvo quando esta for mais vantajosa, ao qual será aplicada excluindo a que estava anteriormente prevista.

Além do mais, percebe-se que o direito fundamental bem como o princípio da dignidade da pessoa humana são peças indispensáveis para a relação de emprego. São direitos de defesa que tem como objetivo atender as necessidades do empregado, estando lado a lado no contrato de trabalho por ele estabelecido com o empregador.

Sendo assim, é necessário analisar os pressupostos da responsabilidade civil para a caracterização dos danos que ocorrerem nas relações trabalhistas. Sejam eles realizados por culpa ou dolo do empregador ou até mesmo pelo empregado dependendo da situação em que se encontra.

Dando ênfase na caracterização do dano existencial na sua ocorrência e nos elementos necessários para o seu surgimento, bem como a sua diferenciação com os outros tipos de danos, principalmente com o dano moral, que apesar de serem danos autônomos, são a todos os momentos confundidos.

⁷ Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.

⁸ NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973) II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O CONCEITO DE DANO MORAL E EXISTENCIAL E SUAS DIFERENÇAS

Neste capítulo serão analisados os pressupostos da responsabilidade civil, para em outro momento ser apreciado a responsabilidade do empregador por dano existencial decorrente da violação ao direito fundamental ao lazer, do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção.

Sendo assim, após a análise dos pressupostos, serão examinadas as espécies de danos e suas diferenças.

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUTA HUMANA, CULPA OU DOLO, NEXO DE CAUSALIDADE, DANO E PREJUÍZO

A responsabilidade civil pode ser compreendida como a reparação de danos que podemos causar a outrem, sendo assim a pessoa será responsável por aquilo que seja decorrente de sua conduta, cabendo ao indivíduo coordenar a sua vida sem causar prejuízo ao próximo (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 27).

Além do mais, “as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força da nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido” (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 27).

Logo, percebe-se que a responsabilidade civil está relacionada com a conduta do ser humano que poderá provocar danos a outrem (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 27).

Porém Gomes (2011, p. 83) ressalta que:

Nem todas as pessoas que causam prejuízos a outrem estão obrigadas a indenizá-lo. Nem todo dano deve ser ressarcido. É preciso saber, pois, em que circunstâncias nasce a obrigação de reparar o dano causado e que prejuízos são indenizáveis.

Quanto ao fato gerador à responsabilidade ela pode ser contratual ou extracontratual, a primeira está relacionada com a violação de um dever contratual

enquanto que a segunda com a infração do ordenamento jurídico (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 62).

Portanto, para exemplificar:

I) a pessoa que é atropelada por um ônibus deverá ser ressarcida pelo autor do fato (responsabilidade extracontratual); II) porém, caso a pessoa esteja dentro de um ônibus, viajando de Belo Horizonte para São Paulo, e ocorra algum acidente, no qual ela sofra danos materiais e/ou morais, estaremos diante de responsabilidade contratual (existe um contrato de transporte). (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 62).

Logo na responsabilidade contratual as partes já devem ter cumprido uma ou mais prestação, sendo assim, estas já devem ter se aproximado anteriormente, ao qual a culpa ela é caracterizada pela falta do dever de cumprir, sendo esta considerada presumida, podendo haver a inversão do ônus da prova. Quanto à responsabilidade extracontratual é violada a obrigação de não causar dano a alguém, devendo a culpa ser provada pela vítima (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 71).

A responsabilidade extracontratual ainda pode ser dividida da seguinte maneira: objetiva e subjetiva. Nesta deve haver a comprovação da culpa, enquanto que naquela é desnecessário (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO; 2008, p. 64).

Embora seja difícil definir a culpa, Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 204) trazem a seguinte definição:

[...] a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídico, em atenção à paz social. Se esta violação é proposita, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Logo, a conduta culposa o agente age de forma voluntária, porém o resultado alcançado não é o pretendido, sendo assim a conduta é voluntaria, mas o resultado não. Além disso, é de se destacar que embora o resultado da conduta não fosse o pretendido, entende-se que seria possível prever que iria acontecer (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 38-39).

Quanto aos seus elementos estão divididos em três: imprudência, negligência e imperícia. O primeiro está relacionado à falta de cuidado, ao qual o sujeito atua

contra as regras básicas de cautelas necessárias para certos momentos. O segundo está relacionado com a omissão do agente, quando este possuía o dever de cuidado ao qual não o fez. E por fim, o terceiro, é a falta de habilidade e atenção específica para atividade técnica ou científica (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 211).

Ao contrário, o dolo está relacionado com a intenção do agente em querer aquele resultado ilícito, de querer lesionar (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 38).

Além disso, deve-se deixar claro que tanto a culpa quanto o dolo ocorre em decorrência da conduta humana, ou seja, apenas o homem que poderá ser civilmente responsabilizado. Logo, apenas havendo a ação ou a omissão voluntária do ser, que configurará a responsabilidade civil, ou seja, pode ser esta positiva em caso de ação ou negativa em caso de omissão (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 83- 84).

Portanto, a conduta humana deve estar relacionada com a voluntariedade em praticar o ato, sendo assim a voluntariedade é a:

[...] pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 85).

Mas para que ocorra a indenização do ato ilícito deve haver uma relação de causa e efeito, ou seja, de dano à conduta, e esta relação é chamada de nexos causal (GOMES, 2011, p. 79).

O nexos de causalidade pode ser dividido em três teorias: i) teoria da equivalência das condições, ii) teoria da causalidade adequada e por fim iii) teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexos causal).

A (i) teoria da equivalência dos antecedentes está relacionada com as várias condições que fizeram com o que fosse obtido o mesmo resultado, logo todas elas

possuem o mesmo valor (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 47).

Conclui que esta teoria recebe este nome, pois “[...] todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado” (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 158).

Logo, entende-se que “[...] esta teoria é de aspecto amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano” (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 158).

A segunda, (ii) teoria da causalidade adequada, é aquela que somente a causa necessária para o resultado que será considerado a mais adequada (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 47).

Sendo assim, Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 162) complementam que:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.

E por fim, a (iii) teoria da causalidade direta ou imediata, que pode ser entendida que a “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 163).

Quanto à teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 165-167) trazem que a maioria dos doutrinadores, juristas, entende que a “teoria da causalidade adequada” seja a mais correspondente para a responsabilidade civil. Ocorre que alguns doutrinadores divergem deste entendimento, trazendo que o Código Civil adota a teoria da causalidade direta ou imediata tendo em vista que o artigo 403 do Código Civil dispõe que:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2019b)

Sendo assim, é possível concluir que:

[...] a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido. A regra positivada básica, como visto, no Código Civil, independentemente da tese adotada, é a do art. 403 (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 167).

Quanto ao pressuposto da responsabilidade civil mais evidente, pode ser considerado o dano, tendo em vista que não há o direito em indenizar caso não houver sua ocorrência (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 43).

O dano pode estar tanto relacionado à diminuição de um patrimônio, como também a diminuição de um bem jurídico, ou seja, não apenas relacionado ao patrimônio, como também a saúde, vida, honra, entre outros (GONÇALVES, 2017, p. 421).

Logo, o objetivo é que após a ocorrência do dano seja possível retornar ao “status quo ante”, ou seja, retornando ao seu estado anterior e caso não seja possível, que a vítima seja compensada em dinheiro (GONÇALVES, 2017, p. 422).

Além disso, Gonçalves (2017, p. 422-423) traz a importância do dano para a responsabilidade civil ou a reparação por meio da indenização:

Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devido, malgrado a ilicitude de sua conduta.

Os danos podem ser divididos em patrimoniais ou extrapatrimoniais. O primeiro como o próprio nome sugere, atinge o patrimônio da pessoa, enquanto que o segundo ofende a pessoa, o seu ser. Além disso, o dano pode ser direto ou indireto, sendo este último também conhecido como ricochete, neste caso atinge um terceiro (GONÇALVES, 2017, p. 424).

Diferente do dano, o prejuízo está relacionado a “uma consequência a que a parte deve se sujeitar, por força da lei ou de decisão judicial. [...] pode ser causado pela própria pessoa que deve suportá-lo” (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 46).

Quanto nas relações de trabalho pode-se considerar que a responsabilidade utilizada é a objetiva, ao qual não se aplica a responsabilidade subjetiva, que está

relacionada com a demonstração da presunção de culpa. Sendo assim, o empregador possui responsabilidade objetiva pelos atos do empregado contra outro empregado, ou até mesmo com um terceiro (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 333-334).

Logo, entende-se que deixou de ser responsabilidade civil subjetiva, conforme prevê a súmula 341 do Supremo Tribunal Federal (STF) “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” e passou a ser responsabilidade objetiva, como descreve Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 333):

De acordo com o novo ordenamento jurídico, a responsabilidade civil do empregador por ato causado por empregado, no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele, deixou de ser uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), para se transformar em hipótese legal de responsabilidade civil objetiva.

Ocorre que o artigo 462, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, traz que o empregador poderá em caso de dano descontar do empregado de forma lícita desde que tenha sido acordado ou em caso de dolo do empregado.

Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1.º Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (BRASIL, 2019d)

Portanto, Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 335), trazem que:

[...] para que o empregador possa descontar valores referentes a danos causados culposamente pelo empregado, será necessária a pactuação específica, seja prévia, seja quando da ocorrência do evento danoso, o que é dispensável, por medida da mais lúdima justiça, no caso de dolo.

Quanto à responsabilidade do empregador em relação ao empregado, não existe uma norma específica que trate do assunto, porém acredita-se que seja subjetiva, salvo nos casos em que tenha uma previsão legal que fale ao contrário (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 339-341).

Sendo assim, os pressupostos da responsabilidade civil estão também previstos nas relações trabalhistas. Embora seja mais comum analisarmos em casos

voltados na área cível, com o que foi disposto acima, fica mais compreensível visualizar na esfera trabalhista.

3.2 O DANO MORAL

O dano moral no Código Civil de 1916 mesmo de forma indireta já abordava o assunto em questão, tendo em vista que em determinadas hipóteses previstas nos artigos deste Código previam reparações voltadas para o dano moral em vez do material, um exemplo era o artigo 1538, § 2º, ao qual previa que em caso de a mulher capaz contrair casamento e tiver sido vítima, a indenização será feita por um dote em conformidade com as circunstâncias envolvendo a ofendida e a gravidade do defeito (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF, ARAÚJO, 2008, p. 91).

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viuvam ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dota-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito. (BRASIL, 2019a)

Logo, observa-se que a legislação mencionada acima pressupõe que a mulher no momento em que era ferida ou outro tipo de ofensa que causava à sua saúde, acabava tornando-se desimpedida para casar, sendo o dote considerado uma compensação para a mulher solteira ou viúva em decorrência da gravidade sofrida (CAHALI, 2011, p. 229-230).

Além deste artigo, pode-se mencionar a indenização por esbulho ou usurpação prevista no artigo 1.543 do Código Civil de 1916, em que havendo usurpação ou esbulho alheio, conforme o artigo 1.541 do mesmo Código, a indenização será o seu valor patrimonial, além o valor equivalente que será o seu preço ordinário e a afeição (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 91).

Art. 1.541. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, a indenização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor das suas deteriorações, ou, faltando ela, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado (art. 1.543). (BRASIL, 2019a)

Art. 1.543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.544), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contando que este não se avanteje àquele. (BRASIL, 2019a)

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se verificar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, inciso III, protege ainda a pessoa humana no artigo 5º, incisos V e X (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 92).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2019o)

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

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2019o)

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990, em seu artigo 6º, inciso VI, traz a prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (GABURRI, BERALDO, SANTOS, VASSILIEFF, ARAÚJO, 2008, p. 92).

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (BRASIL, 2019g)

Em virtude disso, o Código Civil de 2002 ampliou o seu entendimento sobre o tema de dano moral, conforme dispõe o artigo 186 (GABURRI, BERALDO, SANTOS, VASSILIEFF, ARAÚJO, 2008, p. 92).

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. (BRASIL, 2019b)

Portanto, o dano moral pode ser compreendido quando houver uma lesão ao direito de personalidade, aos quais se podem destacar à imagem, hábitos, gostos,

reputação, entre outros (GABURRI; BERALDO; SANTOS; VASSILIEFF; ARAÚJO, 2008, p. 92).

Além do mais, o dano moral segundo Cahali (2011, p. 20) pode ser considerado:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se em linha de princípio, como dano moral.

Embora seja deduzido que a moral esteja relacionada aos bons costumes, a ética, ao caráter da pessoa, entre outros, o dano moral possui um caráter diferente, voltado para definição do dano causado. São consequências jurídicas da lesão causada ao patrimônio imaterial da vítima (SANTOS, 2003, p. 87).

Portanto, Ferreira e Bizelli (2013, p. 14) identificam que o dano moral:

[...] apenas existe quando houver um dano anterior. No entanto, não é regra que esse dano anterior cause dano moral. Para que o juiz afigure a existência do dano moral, basta a alegação da vítima de que ela sofreu com o fato lesivo. Importante observação, no entanto, é que essa presunção não é absoluta, pois pode haver variações de intensidade de sofrimento de pessoa para pessoa, de situação para situação, cabendo ao julgador avaliar o caso com equidade, utilizando-se da experiência comum e do critério do homem-médio, evitando que se taxem de dano moral os meros dissabores do cotidiano.

Não será qualquer tipo de sentimento e momento que irá caracterizar o dano moral, é verdade que nos dias atuais é normal haver um mínimo de inconveniência, desgosto ou até incomodo, em decorrência da sua convivência social. Ocorre que ao ofender o direito personalíssimo de alguém deve ser de forma intensa, que persista por um período de tempo (SANTOS, A., 2003, p. 113).

Portanto, Santos A. (2003, p. 113) conclui que:

As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico *dano moral*. (grifo do autor)

O dano moral ainda pode ser direto e indireto. O primeiro está relacionado a um prejuízo do direito extrapatrimonial, como exemplo o direito a personalidade. Já o segundo, Gangliano e Pamplona Filho (2017, p. 132) mencionam que diz respeito

“[...] uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial [...]” (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 131-132).

Ressalta-se que o dano moral indireto diferencia-se do ricochete, tendo em vista que este último está voltado a um dano moral sofrido por alguém, em decorrência de um dano, seja ele moral ou material, que foi causado por um terceiro (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 132).

Embora seja mais comum que a pessoa física esteja sujeita ao dano moral, é possível também que o dano moral seja aplicado para pessoa jurídica. Em virtude de a mesma querer preservar sua imagem e nome em relação aos seus consumidores, ao qual pode ser compreendido pelos seguintes exemplos (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 149-150):

Uma propaganda negativa de um determinado produto, por exemplo, pode destruir toda a reputação de uma empresa, da mesma forma que informações falsas sobre uma eventual instabilidade financeira da pessoa jurídica podem acabar levando-a a uma indesejável perda de credibilidade, com fortes reflexos patrimoniais (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 151).

Além do mais, a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça menciona que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” e o artigo 52 do Código Civil, traz também que é possível ocorrer dano moral se a pessoa for jurídica.

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. (BRASIL, 2019b)

O dano moral também pode ser visualizado tanto nas relações trabalhistas, seja ela de emprego ou por meio de uma alteração no contrato de trabalho, podendo ser de responsabilidade de ambos, seja do empregado ou do empregador (SANTOS, 2002, p. 99-100).

Portanto, existem momentos em que pode ser verificado o dano moral trabalhista, seja ele na fase pré-contratual, no momento da contratação, na execução do contrato, na despedida do empregado e por fim após a extinção do contrato (SANTOS, 2002, p. 130-144).

Na fase pré-contratual, é o processo necessário para contratar o empregado, é o momento ao qual o empregado conhece o empregador, antes da assinatura do

contrato. É neste momento, em que o empregador utiliza ferramentas que sejam o seu favor para que possa selecionar o candidato que mais se adequa a empresa, assim os meios utilizáveis podem ser: entrevistas, *curriculum vitae*, exames médicos, teste psicotécnico, entre outros (SANTOS, 2002, p. 130-131, grifo do autor).

Além disso, existem casos em que o empregado não será aceito por sua opção sexual ou por algum tipo de doença, ao qual não deve se levar em conta também a sua escolha seja ela religiosa, política, entre outros (SANTOS, 2002, p. 133-134).

Uma maneira utilizada pelo legislador em acabar com a prática discriminatória na fase pré-contratual foi instituir a Lei nº 9.029/95⁹ que tem objetivo proibir qualquer discriminação, ou seja, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, bem como outros tipos de práticas, antes da fase da contratação bem como para manter a relação de emprego (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 95-96).

Quanto à competência para reconhecimento de dano material na fase pré-contratual o autor Pamplona Filho (2002, p. 139) traz que:

[...] somente por exceção é que se deve reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o dano moral ou material pré-contratual. O período das tratativas para a eventual formação de um contrato de trabalho, ainda que possa estar propenso à ocorrência de danos morais, não deve estar sob a competência da Justiça do Trabalho pelo argumento dogmático de que inexistente, neste momento, a qualificação jurídica necessária dos sujeitos, qual seja, a condição de empregado e empregadores. Excetuados, contudo, a hipótese de existir realmente um pré-contrato para a formação de uma relação de emprego, pelo fato de que, nessa hipótese, o contrato preliminar tem por objeto a constituição de uma fonte de obrigação trabalhistas.

⁹ Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 2019i)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2019i)

Já na fase da contratação, é o momento em que o empregado foi escolhido no processo de seleção, sendo este o momento utilizado para assinatura do contrato de trabalho. Assim, o empregador pode no momento da contratação, interromper por algum motivo negativo do empregado ou se recusar a expor o assunto. Portanto, se nestes casos causarem certo constrangimento ao empregado, por ser uma atitude ilícita ou vergonhosa, será necessário reparar o dano (SANTOS, 2002, p. 135).

No período da execução do contrato, ao qual é compreendido entre a contratação efetiva até o último momento antes da extinção do contrato. Dificilmente o empregado neste momento ajuíza uma ação contra o empregador, por medo de sofrer algum tipo de discriminação por parte do empregador ou por ser “convidado” a se retirar da empresa (SANTOS, 2002, p. 136).

Porém, em verdade, será possível ocorrer dano moral quando o empregador “deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, como as de higiene e segurança no trabalho e de respeito à personalidade e dignidade do trabalhador” (SANTOS, 2002, p. 136).

E por fim, após a extinção do contrato de trabalho, podendo partir tanto do empregador, como também do empregado quando este se sente aborrecido com a situação e acaba atingindo a personalidade do empregador com palavras que ofendem este (SANTOS, 2002, p. 143).

Além do mais, deve-se verificar que em caso de dano moral em decorrência do acidente de trabalho, a competência será da Justiça Estadual, tendo em vista ter expressa previsão legal conforme dispõe o artigo 129, inciso II, da Lei 8.213¹⁰, que determina (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 148-149):

Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho–CAT. (BRASIL, 2019h)

Portanto, verifica-se que tanto o empregado quanto o empregador podem ser sujeito ativo ou passivo em uma ação indenizatória em decorrência de terem sido

¹⁰ Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

lesados em virtude de algum ato ilícito praticado pela parte contrária ou que seja o próprio causador do dano (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 94).

3.3 O DANO EXISTENCIAL

No Código Civil italiano de 1942 eram reconhecidas duas espécies de dano, a material ou patrimonial e a não patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro estava relacionado a uma redução do patrimônio, enquanto que o segundo, só era possível à indenização em casos que fossem previstos em lei ou em casos específicos penais (TROMBETTA; BERTOTTI, 2015, p. 04).

Em decorrência deste limite estabelecido pela legislação em indenizar o indivíduo e assim garantindo-lhe que fosse aplicado em qualquer tipo de caso, surgiu o dano biológico ou à saúde (TROMBETTA; BERTOTTI, 2015, p. 04).

Sendo assim Trombetta e Bertotti (2015, p. 05) conceitua que o dano biológico ou também chamado como direito à saúde:

[...] abrangia não apenas a integridade física da pessoa, mas a psíquica, bem como distúrbios que compreendem danos à vida de relação (*danno alla vita di relazione*), danos estéticos, na esfera sexual, dentre outros. Adotou-se, destarte, uma concepção difusa de "saúde".

Porém, embora o dano não material agora fosse voltado para o dano moral e psicológico, percebeu-se na década de noventa que o extenso volume de casos estava sendo indenizados, porém não havia ligação dos fatos, com um dos danos mencionados ou não havia proteção da vítima (TROMBETTA; BERTOTTI, 2015, p. 05).

Percebeu-se que a pessoa não possuía apenas como direito fundamental à saúde, logo se verificou que havia uma ampla dimensão ao direito de personalidade e tendo em vista disto, dos danos causados a existência da pessoa, surge o dano existencial (ALMEIDA NETO, 2005, p. 22).

O dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro pode ser utilizado os mesmos artigos que preveem o dano extrapatrimonial, sendo estes o artigo 1º, inciso III, artigo 5º, inciso V e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 32)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2019o)

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

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2019o)

Além desses dispositivos mencionados acima, pode-se encontrar alguns artigos que estão previstos para o dano moral, porém pode também ser utilizado para o dano existencial. Estes dispositivos estão previstos nos artigos 12¹¹, 186¹², 927¹³, 948¹⁴ e 949¹⁵ no Código Civil (ALMEIDA NETO, 2005, p. 32).

Portanto conceitua-se o dano existencial como aquele em que gera um dano imaterial ou não material, podendo ser de forma parcial ou total, ao qual o individuo possui dificuldades em poder constituir sua vida e como consequência em não se relacionar com as pessoas a sua volta (FROTA, 2013, p. 63).

Logo, é um dano extrapatrimonial que pode ser considerado autônomo ou ser um tipo de dano moral. O dano existencial atinge a qualidade de vida do individuo, ao qual não consegue atingir seus objetivos, tendo em vista as diversas áreas que estão comprometidas em decorrência da lesão, em decorrência disto gera consequências tanto no seu projeto de vida ou no seu bem estar pessoal (LOPEZ, 2015, p. 04).

Para complementar Sobreira (2016, p. 03) identifica que a lesão causada por este dano:

¹¹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2019b)

¹² 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. (BRASIL, 2019b)

¹³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2019b)

¹⁴ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (BRASIL, 2019b)

¹⁵ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. (BRASIL, 2019b)

[...] abrange atividades perdidas e conseqüentemente prejudicadas, como também tem um aspecto de potencialidade, podendo atingir atividades que a pessoa poderia efetivamente vir a concretizar.

Desse modo, as atividades objeto do dano existencial não podem ser entendidas apenas como aquelas que já eram exercidas no tempo da lesão, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao lazer, rotina, relações sociais e profissionais, família e outras. Mas se deve incluir aquelas atividades futuras que efetivamente foram frustradas, ou seja, que tenha perdido a possibilidade de ocorrer ao tempo esperado.

O conceito de dano existencial surgiu na jurisprudência apenas em 2000, na sentença 7.713, da Corte de Cassação da Itália, ao qual foi entendida como dano extrapatrimonial e sendo reconhecida a responsabilidade civil (ALMEIDA NETO, 2005, p. 24).

Além do mais, o conceito de dano existencial é dividido entre o projeto de vida e danos à vida de relações. O primeiro está relacionado com os planos futuros do indivíduo, são planejamentos e projetos que estão prejudicados para a existência do mesmo. Quanto ao segundo é a falta de relacionamento com as pessoas ao seu redor, seja ela no âmbito social, familiar, profissional, bem como atividades que permitam recreação (OLIVEIRA; D'ONÓFRIOPAZ, 2015, p. 43).

Embora o dano existencial seja diferente dos outros danos, este não deve ser confundido com o dano moral, psíquico ou psicológico, para isso devemos diferencia-los para não haver mais equívoco ao tratar da matéria.

O dano psíquico como próprio nome sugere está relacionado ao sistema psicológico e moral, enquanto que o dano existencial está relacionado a algum evento danoso, sendo a lesão considerada a consequência deste evento, logo se pode entender que é considerado um dano consequência ou dano prejuízo (LOPEZ, 2015, p. 05).

Enquanto que o dano moral “é interno e subjetivo e o dano existencial é externo e objetivamente constatado, porquanto o que há é o comprometimento das atividades de realização” (LOPEZ, 2015, p. 05).

Além disso, verifica-se que o dano moral tem natureza extrapatrimonial e é subjetivo, ao qual gera ao indivíduo um sentimento de tristeza, angústia, vergonha, entre outros, atingindo não apenas a moral daquele que cometeu o ato, mas também a moral deste com os outros (SOBREIRA, 2016, p. 11).

Diferente do dano moral, o dano existencial tem caráter objetivo, além disso, é uma “alteração da capacidade de autodeterminação, culminando com reflexos em

sua vida cotidiana e conseqüentemente nos projetos do sujeito lesado” (SOBREIRA, 2016, p. 11).

Sendo assim, sintetiza Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 14-15):

O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Envolve, portanto, um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago. [...] O dano existencial, por sua vez, independe de repercussão financeira ou econômica, e não diz respeito à esfera íntima do ofendido (dor e sofrimento, características do dano moral). Trata-se de um dano que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador.

Além disso, quanto ao dano a respeito de uma perda de uma chance este está relacionado à perda de uma oportunidade, é algo considerado concreto, sério e real, ou seja, é algo mais específico, enquanto que o dano existencial está relacionado com algo mais abrangente, com a sua própria existência da pessoa e ao seu dia a dia (LOPEZ, 2015, p. 12).

Em relação ao dano existencial na esfera trabalhista, ocorre em virtude da atitude do empregador com o empregado que impossibilita este de realizar atividades de cunho social voltados ao seu lazer, como a recreação, descanso, dentre outras atividades, que possibilita a se relacionarem e conviver em sociedade ou até mesmo planos voltados para a área pessoal, social, como também profissional (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 04).

Sintetizando Oliveira e D’Onófrópaz (2015, p. 43) esclarecem que o dano existencial na relação de emprego ocorre quando:

[...] quando o empregador, abusando de seu poder de comando e direção, ofende a dignidade humana do trabalhador, frustrando suas expectativas de futuro, ou embaraçando suas atividades e relações interpessoais.

Conforme exposto no texto constitucional, no artigo 7º, inciso XIII, foi estabelecida uma carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, ou seja, o Brasil pode ser considerado um dos poucos países que adota esta carga horária diferente de outros que adotaram 40 (quarenta) horas semanas, como a Nova Zelândia, China, Japão, Itália, Holanda, entre outros países (ALVES, 2015, p. 127).

Entre os dias 08 a 30 de novembro de 2011 o SIPS (Sistema de Indicadores de Percepção Social) entrevistou cerca de 3.796 (três mil setecentos e noventa e seis) pessoas, que fossem maiores de 18 (dezoito) anos e que possuíssem pelo

menos um trabalho remunerado. Foi realizado um questionário com 64 (sessenta e quatro) questões voltadas ao trabalho do entrevistado. (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 69)

Logo, foi verificado que quase a metade dos entrevistados, ou seja, 45,4% (quarenta e cinco vírgula quatro por cento) admitiram que possuíam dificuldade em se desligar totalmente do seu trabalho, após o seu fim de expediente. Quanto às justificativas por não conseguirem se desligar, foi verificado que a maioria estava relacionada a uma atividade fora do horário contratual, aprendizados diversos que aprimorariam seu trabalho, bem como o planejamento e desenvolvimento para o trabalho por meios distintos, entre outros (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 70).

Além do mais, cerca de 4,2% (quatro vírgula dois por cento) informaram que possuem outro trabalho remunerado. Quanto aos compromissos regularmente exercidos cerca de 29,7% (vinte e nove vírgula sete por cento) informaram que possuem, como por exemplo alguma atividade religiosa, esporte, estudos, entre outros. Enquanto que 6,2% (seis vírgula dois por cento) possuem compromisso com outro trabalho remunerado e 2,5% (dois vírgula cinco por cento) desenvolvem atividade voluntária (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 71).

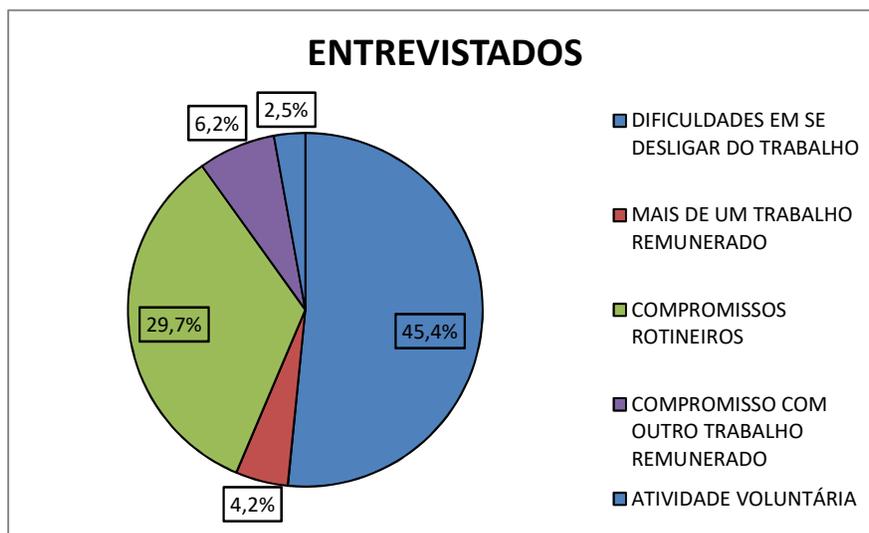


Gráfico 1 – Entrevistados SIPS 2011.

Fonte: Sistema de Indicadores de Percepção Social, 2011.

Cerca de 37,7% (trinta e sete vírgula sete por cento) sentem que o seu tempo livre vem diminuindo tendo em vista o tempo gasto no trabalho remunerado, entre

elas o excesso das atividades que devem ser cumpridas na empresa, além daquelas que são levadas para a casa, como também o tempo percorrido para o estabelecimento do seu trabalho, entre outros (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 72).

Em virtude disto, 39,5% (trinta e nove vírgula cinco por cento) dos entrevistados afirmaram que esses tempos gastos no trabalho prejudicam a qualidade de vida do empregado, isso ocorre em decorrência:

[...] de este trabalho gerar cansaço e estresse (13,8%), comprometer as relações amorosas e a atenção à família (9,8%), causar prejuízo ao estudo, ao lazer e ao esporte (7,2%) e afetar negativamente as relações de amizade (5,8%) (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 72).

Quanto a necessidade de dedicar-se o seu tempo livre para atividades relacionadas ao trabalho remunerado cerca de 48,8% (quarenta e oito vírgula oito por cento) obtiveram reações negativas, como exemplo que apenas fazem estas atividades por precisarem manter o trabalho, acharem errado o tempo livre ser gasto em trabalho ou até mesmo não sentirem satisfação ao seu trabalho (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 74-75).

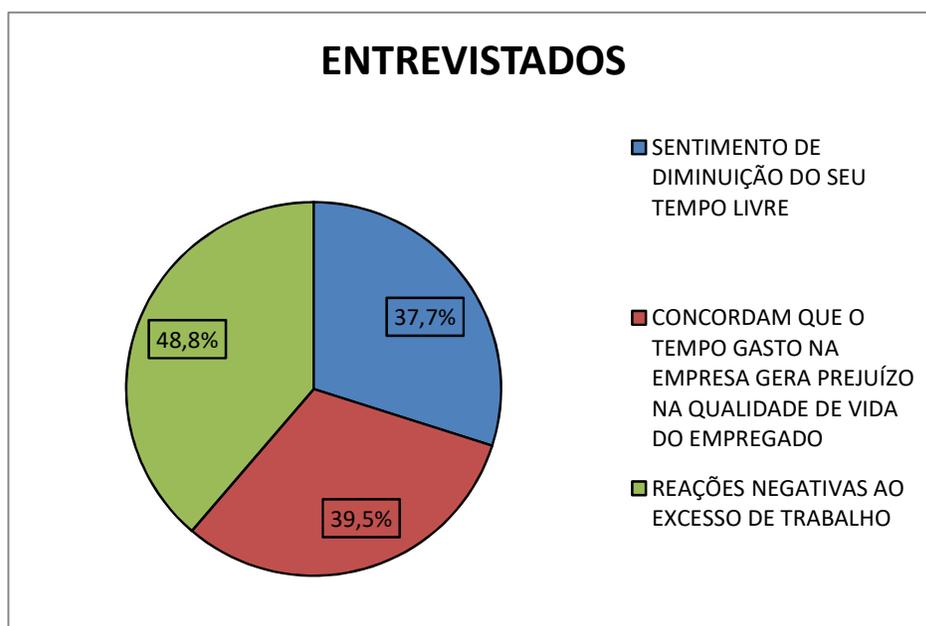


Gráfico 2 – Entrevistados SIPS 2011.

Fonte: Sistema de Indicadores de Percepção Social, 2011.

Sendo assim, conclui-se com as entrevistas realizadas com diversos empregados que:

Com a análise até agora realizada, fica evidente que uma parcela expressiva dos entrevistados considera que o tempo dedicado ao trabalho remunerado afeta negativamente seu tempo livre. Entretanto, uma parcela bastante inferior, de apenas 21,5% dos entrevistados, afirma efetivamente pensar em trocar de trabalho por causa do tempo que gasta com ele, avaliado como excessivo (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 74).

Quanto ao questionamento acerca da redução da carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, 32,6% (trinta e dois vírgula seis por cento) informaram que não perceberiam diferença. Enquanto que os restantes usariam este período de tempo livre para ficar com os familiares e amigos, estudar, descansar ou até mesmo praticar algum tipo de esporte (CAMPOS; SILVA, 2014, p. 74-76).

Quanto à prova do dano existencial, o empregado possui dificuldades em demonstrar o dano sofrido nos casos em que afetam seu projeto de vida, relações com seus familiares e amigos, entre outros. Diferente de quando o empregado paga por um curso, por exemplo, de natação, ao qual não conseguiu ir às aulas pelo excesso de atividades no trabalho, isso pode ser comprovado o prejuízo que passou por pagar as aulas e não ir (ABUD, 2018, p. 07).

Portanto, Molina (2015, p. 123) conclui que:

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se. Disso segue que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal de resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja módica.

Sendo assim, o trabalho em excesso e em reiteradas vezes, além do que está previsto em lei, mesmo que seja pago pelo período trabalhado, ou seja, reparado, caracteriza-se dano existencial. Tendo em vista que o empregador retira do empregado a qualidade de se relacionar, estar em convívio familiar e social, realizar planos e concretiza-los (MOLINA, 2015, p. 136).

Desta forma, observa-se que o dano existencial não irá ocorrer quando o empregador parar de agir de forma negativa, aplicando medidas que não prejudiquem a vida do trabalhador, não comprometendo no seu crescimento

profissional, em virtude que o excesso de trabalho acaba prejudicando o empregado no seu desenvolvimento na empresa, bem como a diminuição de suas férias e aumentando a carga horária excessiva além dos limites legais.

4. DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO EXISTENCIAL DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo tem como objetivo analisar como a doutrina e a jurisprudência identificam a responsabilidade do empregador acerca do dano existencial em virtude da violação ao direito fundamental ao lazer bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme será demonstrado abaixo em um primeiro momento será verificado o entendimento doutrinário e por fim alguns julgados com diversas conclusões sobre o tema a ser discutido.

As análises foram de jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho, de 2014 a 2019, a respeito do dano existencial nas relações do trabalho. A realização da pesquisa jurisprudencial foi feita no sítio do Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, www.tst.jus.br, com a inserção da seguinte palavra chave: “Dano existencial”, sendo encontrado um total de 2.355 (dois mil trezentos e cinquenta e cinco) julgados com o termo “dano existencial” na ementa, aos quais foram extraídos 40 (quarenta) julgados de maior relevância e analisadas 12 (doze) decisões nesta presente monografia a respeito da matéria em questão, entre 2014 a 2019.

4.1 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO QUANTO À RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO EXISTENCIAL

Conforme já analisado nos capítulos anteriores, a legislação atual brasileira permite ao trabalhador o direito de períodos de descanso, porém em determinadas situações esses períodos de repouso não são respeitados por aqueles que possuem um poder aquisitivo melhor que o empregado, ou seja, o empregador. Causando para aquele um prejuízo não apenas para sua saúde, mas também econômico e social. E esse descumprimento da norma ocorre em virtude que muitas vezes o sistema de fiscalização brasileira ser precário e ineficaz, tendo em vista a falta de servidores suficientes que fiscalizam as empresas do país (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 02).

Para melhor visualização os autores Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 02) exemplificam que para determinadas empresas dependendo da situação se torna mais fácil/menos oneroso o descumprimento de determinado ordenamento

jurídico, permitindo-se o cumprimento de determinada sanção legal. Sendo assim, segue o caso hipotético abaixo:

[...] é facilmente visualizado no exemplo da instituição financeira que exige o labor em sobrejornada e não o remunera corretamente. Se em determinada agência 100 trabalhadores estiverem nessa situação e apenas 50 ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo. Ganho aumentado pelo fato de 25 dos 50 que propuseram a ação aceitarem, para outorgar quitação plena dos débitos, cinquenta por cento ou menos do valor que efetivamente lhe é devido. Por fim, 15 dos 25 trabalhadores recebem menos do que deveriam em razão de seu contrato de trabalho ter se prolongado por mais de cinco anos, deixando, portanto, de receber algumas parcelas alcançadas pela prescrição. De sorte que somente 10 dos 100 trabalhadores que se ativaram em regime de sobrejornada efetivamente recebem o que lhes é devido. E ainda assim, o empregador em questão lucra com a demora processual, vez que durante o trâmite da ação o débito da empresa esteve sujeito a juros de 1% ao mês e o valor contingenciado correspondente a ele estava sendo emprestado no cheque especial ou no cartão de crédito a um percentual superior a 10% ao mês (BOUCINHAS FILHO, ALVARENGA, 2013, p. 03).

Logo, são perceptíveis os prejuízos causados ao trabalhador quando este realiza diversas atribuições sendo necessário utilizar seu período de descanso para poder cumprir o que fora determinado, não necessariamente deva ser realizado dentro da empresa, mas que chegue ao ponto de o trabalhador não possuir mais vontade em desfrutar seu tempo livre de descanso em decorrência do cansaço extremo (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 03).

Além disso, muitas vezes o empregado se submete a essa hora extra superior ao que está autorizado na legislação por falta de opção em decorrência de ter medo em perder o emprego ou até mesmo por poder ganhar um acréscimo no seu salário (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 03).

O contrato de trabalho permite que o empregado e o empregador tenham uma restrição quanto a sua liberdade, desde que não seja abusiva ao ponto de prejudicar principalmente o trabalhador. Sendo assim, o próprio contrato de trabalho deve garantir ao trabalhador os seus direitos, sejam eles fundamentais, para que sejam aplicados no decorrer do período em que houver esta relação de emprego (CARREIRA, 2014, p. 07).

Embora o empregador tenha a qualidade de superioridade ao empregado bem como a subordinação, isso não permite que os direitos e garantias fundamentais do empregado sejam restringidos, pois estão previstos no âmbito constitucional sendo que estes devem ser preservados (CARREIRA, 2014, p. 07).

Sendo assim, caracterizado o dano existencial que segundo Lora (2013, p. 20) é quando ocorre uma “[...] lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social”. Pode o empregador responder pelo excesso de jornada e caracterizar como justa causa, sendo devido ao empregado cobrar a indenização devida conforme expõe o artigo 483, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; (BRASIL, 2019d)

Bem como Loghin e Olivo (2018, p. 22-23) identificam a possibilidade de o empregador responder pelos prejuízos causados a vida privada do empregado por meio da responsabilidade civil. Além do mais, dependendo da situação em que o empregado se submeteu pode o empregador ser penalmente responsabilizado quando caracterizado a condição análoga de escravo, conforme dispõe o artigo 149 do Código Penal.

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 2019c)

Sendo assim, pode-se verificar a impossibilidade de se presumir o dano existencial, tendo em vista que:

[...] a necessidade de efetivo prejuízo que vai além da infração dos direitos trabalhistas, a exemplo da jornada em excesso ou ausência de intervalo, vez que se volta para a frustração do projeto de vida razoável, provável e real, e da vedação da vida de relação, de modo que o ato ilícito praticado pelo empregador prive o trabalhador de concretizar seu projeto de vida e de se relacionar com a família e a sociedade, impedindo-o, ainda, de gozar dos direitos mínimos sociais, como lazer (AFONSO; SILVA, 2017, p. 08).

O dano existencial é autônomo, sendo que este é considerado uma espécie de dano extrapatrimonial. Portanto, deve-se distinguir o dano moral ao dano existencial, ao qual uma vez em que for condenar o ofensor pela violação do dano moral sofrido deve ser em decorrência da dor e ao sofrimento da vítima, sendo que o

dano existencial está relacionado ao abalo no seu projeto de vida e no seu âmbito social. Logo, violado o dano existencial este possui alto grau de gravidade, pois fere diretamente a existência do empregado (AFONSO; SILVA, 2017, p.15).

Em vista disso, conclui Afonso e Silva (2017, p. 15) que:

[...] tratando-se o dano existencial de um dano autônomo, nada impede o seu reconhecimento de forma cumulativa com o dano moral. A depender do caso concreto, poderá, inclusive, possuir natureza distinta, de modo que o julgador poderá fixar certo valor econômico para reparação do dano moral, assim como uma recompensa pelo dano existencial.

Portanto quanto à reparação do dano em matéria de indenização o julgador deve analisar o antes e o depois do evento causado, embora seja inviável retornar ao estado anterior em que o empregado se encontrava, a indenização serve como um meio para compensa-lo. Sendo assim, o *quantum* indenizatório deve ser favorável e justo, devendo ser de caráter reparatório e punitivo (SOBREIRA, 2016, p. 10-11).

A Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália (Sentença nº 500/1999) reconheceu os seguintes elementos para a reparação do dano existencial: a) injustiça do dano, b) lesão a uma posição constitucionalmente garantida (ALMEIDA NETO, 2005, p. 24).

Sendo assim, Bebbber (2009, p. 07) traz os elementos para a responsabilidade de reparação do dano existencial que deve haver:

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

Portanto, em conformidade com o que o autor mencionou acima para que ocorra a responsabilidade do empregador em decorrência do dano existencial sofrido deve haver a injustiça do dano, em que ocorre por meio de uma conduta ilícita. Bem como deve existir os atos para a realização do projeto de vida e a situação futura em que a pessoa deverá resignar-se. Além disso, somente com a frustração injusta dos projetos de vidas razoáveis, ou seja, que esteja dentro do

padrão de vida da pessoa, que será caracterizado o dano existencial. E que tenha atingido de forma significativa o empregado, em que comprometeu o seu projeto de vida e que agora terá que reprogramar novamente o que o dano o limitou.

Em virtude disso, percebe-se que a responsabilidade civil anteriormente visava apenas reparar os danos materiais, bem como os lucros cessantes e os danos emergentes. Sendo que somente começou a serem admitidos os danos extrapatrimoniais, sem ser em caráter excepcional, após a inclusão da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, porém apenas com a denominação de dano moral (LORA, 2013, p. 09).

Sendo assim historicamente no Brasil a doutrina e a jurisprudência compreendiam que o dano era classificado de duas formas, sendo mais tarde acrescentado um terceiro:

[...] em dano patrimonial – aquele que atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata – e em dano moral – aquele que causa abalo psicológico, emocional, aflição, sensação doloroso ou angústia, a que foi acrescentado, posteriormente, o dano estético como terceira categoria de dano indenizável (LORA, 2013, p. 09).

Porém aos poucos no Brasil e no mundo a valorização do ser humano se tornou ainda mais reconhecida, transformando-se em um valor ao qual ampliou a sua proteção. Em decorrência disso, deixou-se de lado a ideia que somente existiam danos morais, e passou a ideia que poderiam existir outros tipos de dano extrapatrimonial. Em que o dano extrapatrimonial passou a ser considerado gênero e o dano moral a espécie (LORA, 2013, p. 09-10).

Em resumo o autor Cardoso (2015, p. 21) menciona que a reponsabilidade civil:

[...] deixa de considerar a pessoa pelo que ela tem e passa a respeitá-la pelo que ela é; ou seja, deixa de preocupar-se com o que ela perdeu patrimonialmente para protegê-la integralmente, como pessoa humana, inclusive quanto a eventuais danos não patrimônio.

Montarroyos (2017, p. 326) busca analisar o dano existencial por meio dos entendimentos de Martin Heidegger, um filósofo e escritor, que tinha como objetivo analisar a filosofia por meio da existencialidade, ao qual cuidava em preservar o ser humano na sociedade, em que deveria se relacionar com as pessoas ao seu redor

ou desenvolvendo projetos voltados para o desenvolvimento da sua personalidade, logo se preocupava com o seu “direito de existir ou de estar-no-mundo”.

Desta forma Montarroyos (2017, p. 329) expõe os pensamentos de Heidegger nas sentenças caso ele julgasse a respeito do dano existencial, ao qual explana que, conforme já analisado o ser humano, qualquer que seja, possui a liberdade em suas ações, pensamentos, entre outros. Além disso, o princípio da eficiência deve estar lado a lado com o jurista tendo em vista que “a indenização e a multa a serem aplicadas em decorrência dos danos existenciais não prejudiquem a vitalidade ou eficiência da empresa” (MONTARROYOS, 2017, p. 329).

Além do mais, o empregador possui a reponsabilidade humana e social com o empregado, ao qual deve proteger a sua saúde física e mental, mantendo-o em boa qualidade dentro do local de trabalho bem como preocupar-se com os seus horários, para não prejudicar o seu convívio familiar, social, bem como suas outras atividades fora do emprego (MONTARROYOS, 2017, p. 329).

Entre esses desafios enfrentados nas rotinas das relações trabalhistas, Montarroyos (2017, p. 329-330) complementa que a sociedade está desenvolvendo uma relação sem controle de tempo, ao qual dependendo do trabalho exercido acaba não conseguindo mais distinguir entre o espaço de tempo no trabalho, ou doméstico ou público.

Para isso, Montarroyos (2019, p. 330) entende que o filósofo Heidegger avaliaria da seguinte maneira:

[...] que as empresas devem adotar uma política humanizada como medida preventiva para não cometerem essa grave violação do direito humano do trabalhador, de não poder existir plenamente no Mundo; devendo o patrão assumir a sua responsabilidade existencialista, evitando o excesso de horas de produção e serviço, ainda que seja vantajosa economicamente essa alternativa para o empregado, pois tal fato viola o direito de qualquer ser humano de cuidar de si e dos outros.

Portanto Heidegger em conformidade com os seus pensamentos acreditaria em uma empresa humana, voltada para os seus empregados. Ao qual, ao contrário do que muitos acreditam que o tempo é dinheiro, para o filósofo tempo é dignidade (MONTARROYOS, 2017, p. 330).

Além disso, a indenização uma vez em que a empresa fosse responsabilizada pelo dano existencial sofrido seria uma maneira de aprendizado para que outras não cometessem o mesmo erro, sendo então garantido o caráter pedagógico. Ao qual o

valor a ser cobrado pela indenização deveria haver uma proporcionalidade entre o dano sofrido e a capacidade financeira de quem lesionou, porém desde que servisse como uma forma de aprendizado bem como significativo quanto ao preço, pois o valor a ser fixado deve haver um caráter significativo para as despesas da empresa, para que não ocorra novamente (MONTARROYOS, 2017, p. 330).

Sendo assim, para a doutrina brasileira não existe divergência acerca da responsabilidade do empregador quando houver o dano existencial, é passível o entendimento que o empregador causando o dano ao empregado deve ser indenizado.

Porém esta indenização não deve apenas servir para reparar o dano sofrido, mas também para servir como um aprendizado ao empregador para que não ocorra novamente.

No entanto, diferente da doutrina, ao analisar a jurisprudência pátria os juristas trazem diversos entendimentos, ao quais cada um compreende de uma maneira os requisitos necessários para o prejuízo sofrido. Desta forma, serão analisados alguns julgados sobre o assunto com objetivo de examinar e discutir o tema acerca do dano existencial sofrido.

4.2 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIOS AOS REQUISITOS PARA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em um primeiro momento serão analisados os julgados que não foram favoráveis ao empregado, na maioria dos casos entre os períodos de 2014 a 2019 a falta de prova foi o principal argumento utilizado pelos juristas para negar provimento dos recursos.

Sendo assim, as primeiras jurisprudências examinadas serão a respeito da falta de prova para caracterizar o dano existencial.

Logo, o primeiro julgado a ser verificado foi realizado no ano de 2016, trata-se de um Recurso de Revista, em que foi conhecido, porém desprovido.

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/14. 1. PRESCRIÇÃO BIENAL. INTEGRAÇÃO DO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. [...] 3. DANOS MORAIS . JORNADA DE TRABALHO CONSIDERADA EXCESSIVA PELO TRT. Esta Corte,

analisando casos como o dos autos, em que se **postula indenização decorrente de jornada laboral excessiva, tem entendido tratar-se do denominado "dano existencial"**, que, por seu turno, não é presumível - in re ipsa. De fato, para além da ilicitude resultante da superação do limite legal de prorrogação da jornada, cujos efeitos se resolvem com o pagamento correspondente (CLT, art. 59) e com a sanção aplicável pelos órgãos de fiscalização administrativa (CLT, art. 75), o prejuízo causado para o desenvolvimento de outras dimensões existenciais relevantes deve ser demonstrado, não decorrendo, ipso facto, da mera exigência de horas extras excessivas. **Na hipótese dos autos, ao concluir pelo direito à indenização por danos morais, o TRT fundamentou a decisão na tese jurídica de que a jornada excessiva põe em risco a saúde e a segurança do trabalhador, obstando, ainda, o direito ao lazer. Não há, todavia, registro no acórdão regional quanto à existência de elementos que indiquem ter havido a privação de dimensões existenciais relevantes (lazer, cultura, esporte e promoção da saúde, convívio familiar e social etc.), capazes de causar sofrimento ou abalo à incolumidade moral do Reclamante.** Nesse contexto, impõe-se a reforma da decisão regional. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-85400-25.2013.5.13.0006, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 19/12/2016, grifo nosso)

A Reclamante, ou seja, a empresa/empregador interpôs um Recurso de Revista tendo em vista que o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região havia reconhecido a condenação para a Reclamada, ou seja, para o empregado, em conformidade com entendimento do juiz de 1ª (primeira) grau.

Assim, a indenização aplicada era em decorrência da jornada excessiva de trabalho, ao qual a Reclamada cumpria uma sobrejornada das 07h30min às 20h de segunda a sexta-feira, nos sábados era das 8h às 17h e por fim, um domingo ou feriado por mês das 8h às 20h, sempre com 30 (trinta) minutos de intervalo.

Portanto, ao analisarem o caso, a corte entendeu que o caso tratava-se de "dano existencial", ao qual não é presumido. Sendo assim, a Reclamada deveria ter comprovado nos autos, conforme a Corte do Tribunal Superior do Trabalho, elementos que comprovem a privação que causou e que prejudicaram a sua existência, como o lazer, esporte, cultura, convívio familiar, entre outros. Logo, o Recurso de Revista foi provido para excluir a condenação da indenização.

O segundo julgado trata-se de um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, em que o Agravante é o empregado e o Agravado é o empregador, em decorrência da decisão do Tribunal Regional do Trabalho que denegou o Recurso de Revista.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. DANO MORAL EXISTENCIAL. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre

dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. **Na hipótese dos autos, o Regional deixou consignado que, apesar do excesso de labor extraordinário, não ficou assente a existência de prejuízos. Assim, não demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar outras atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais, conforme afirma, não há de se falar em danos existenciais.** Agravo de Instrumento conhecido e não provido" (AIRR-12389-62.2015.5.15.0094, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, DEJT 14/12/2018, grifo nosso).

O empregado sustentou que por mais de 20 (vinte) anos trabalhou por mais de 12 (doze) horas diárias, como também laborou em domingos e feriados habitualmente, sendo assim foi privado do seu convívio familiar, bem como da violação ao direito da dignidade da pessoa humana, direitos sociais, duração ao trabalho, entre outros.

Ao entendimento do julgador, o dano existencial deve perdurar por um tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, causando prejuízos nas suas relações sociais. Além disso, a prestação de horas extras não configura ato ilícito para condenar o empregador por danos existenciais. Salvo o descumprimento da legislação trabalhista como, por exemplo, o excesso de carga horária, em que configura exploração da mão de obra, juntamente com a comprovação do prejuízo no seu desenvolvimento pessoal e nas relações sociais, que caracteriza o dano existencial.

Sendo assim, o Tribunal Regional do Trabalho analisou que apesar de ter ocorrido o excesso de horas extras, não ficou demonstrado que o empregado deixou de realizar outras atividades seja no seu meio social, ou convívio familiar. Deste modo, o Tribunal Superior do Trabalho, entendeu da mesma forma, tendo em vista que cabe ao autor o ônus da prova do ato ilícito cometido e da ofensa que sofreu.

E por fim, um julgado mais recente, é um acórdão de um Recurso de Revista interposto pelo empregador (Recorrente) e o Recorrido é o empregado. Em um primeiro momento o Recorrido na Corte de origem recebeu a indenização por dano existencial, ocorre que o Recorrente interpôs Recurso Ordinário ao qual foi negado

provimento, sendo então realizado um Recurso de Revista em que o Recorrente sustentou que o Recorrido não trouxe provas de que ocorreu o dano, que não trabalhou em regime de sobrejornada, sendo que a habitualidade de horas extras não configura o dano.

Além disso, o relator do Tribunal Superior do Trabalho sustentou que não existem nos autos elementos que comprovem sofrimentos ou abalos na vida do empregado. Logo, foi dado provimento para excluir a condenação de indenização por dano existencial.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - TESTEMUNHA CONTRADITADA - SUBSTITUIÇÃO - NULIDADE DO DEPOIMENTO [...]. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - MULTA DO ART. 467 DA CLT - RELAÇÃO DE EMPREGO - CONTROVÉRSIA A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a controvérsia quanto ao vínculo de emprego torna inexigível a multa referida. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXTENUANTE Não há, no acórdão regional, elementos que indiquem sofrimento ou abalo à incolumidade moral do Reclamante, a ensejar reparação por danos morais. Para caracterização de dano moral, é necessário que o ato ilícito cause graves transtornos ao indivíduo, com sofrimento considerável à sua psiquê, o que não ocorreu no caso em análise, sob pena de tornar a utilização do instituto banal. **Não há registro de provas que demonstrem o dano existencial em si ou que o excesso de horas extras tenha gerado prejuízo à vida pessoal do Autor. A exigência de trabalho extraordinário, por si só, não configura conduta ilícita a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.** Julgados. Recurso de Revista conhecido e provido" (ARR-100141-56.2016.5.01.0020, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/08/2019). (grifo nosso)

Sendo assim, verifica-se que a prova é um dos requisitos indispensáveis para a demonstração do dano existencial, para que seja reconhecido o dano e aplicado a indenização devida para o empregado.

Portanto deve haver uma infração contratual (primeira etapa), para demonstrar que o dano decorreu de uma relação trabalhista, os requisitos da responsabilidade civil (segunda etapa) devem estar presentes para que haja uma indenização e a demonstração de que o empregado sofreu quanto ao seu projeto de vida e quanto à relação do seu convívio social como um todo (terceira etapa) (AFONSO, 2017, p. 111).

Logo, para caracterizar o dano existencial deve haver a comprovação das etapas as cimas abordadas em conjunto, ao contrário, caso não seja comprovado pode haver a reparação daquilo que for demonstrado, assim sendo se caracterizado

a infração contratual, deve o empregador pagar as verbas rescisórias, se demonstrados os requisitos da responsabilidade civil, pode ser reparado por outros tipos de danos que não seja o existencial, como exemplo o moral, em virtude que o empregado para caracterizar o dano existencial deve comprovar, conforme já mencionado, o prejuízo no seu projeto de vida e também nas relações do seu convívio social (AFONSO, 2017, p. 111).

Sendo assim, exemplifica Afonso (2017, p. 112-113) que:

Nota-se que a inexistência de prova da alegação de uma das etapas enseja a reparação correspondente apenas, pois, se demonstrado as alegações apenas da primeira, tem-se como consequência o pagamento das verbas contratuais inadimplidas. Se demonstrado os requisitos da responsabilidade civil, concomitantemente, com as infrações contratuais, pode-se caracterizar o dano material com a condenação das verbas contratuais, assim como a indenização extrapatrimonial, mas na modalidade de dano moral que se refere à dor, à ofensa a direito personalíssimo ou perda da chance, mas não dano existencial. E, na terceira etapa, se de forma concomitante, com a prova das alegações dos fatos que foram narrados na peça inicial, tem-se por configurado o dano existencial e, por isto, o dever de indenizar, frisando-se que, em um determinado caso, pode-se acarretar o pagamento de todas as indenizações apontadas, como meio de atingir a reparação integral.

Desta maneira, verificou-se que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não é admitido a presunção para configurar os prejuízos causados quando ocorre o dano existencial, assim deve haver a prova por parte do empregado para comprovar ao julgador que ocorreu de fato a frustração dos seus direitos sociais no decorrer da vida (AFONSO, 2017, p. 113).

Além disso, esta prova deve ser demonstrada pela vítima, ou seja, o empregado, e não atribuir ao empregador o ônus da prova, tendo em vista que são danos pessoais e que ocorrem fora do trabalho (AFONSO, 2017, p. 122).

Sendo assim, o processo que o julgador tiver que analisar o pedido de dano existencial deve ser examinado com bastante cautela, tendo em vista que são situações em que ofendem a dignidade da pessoa humana, o lazer, projetos de vida pessoal, relações sociais, entre outros. Devendo haver o somatório de 3 (três) etapas para caracterizar o dano sofrido: a infração contratual, reponsabilidade civil e os prejuízos sofridos para identificar o dano existencial, aos quais os dois primeiros podem ocorrer o ônus da prova, enquanto este último por ser uma prova mais pessoal deve ser realizada pelo próprio empregado.

Quanto aos recursos negados por não caracterizarem o dano existencial segundo os julgadores, o primeiro a ser analisado será um Agravo de Instrumento

em que o Agravante é o empregado contra o Agravado que é o empregador, o Agravante interpôs em decorrência de um despacho que negou seguimento do Recurso de Revista.

Sendo assim, o despacho constava que não havia violação dos dispositivos de Lei e da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo em vista que o Agravante havia alegado no recurso violação aos artigos 1º, inciso III¹⁶, artigo 7º, inciso XIII¹⁷ da Constituição Federal, artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸ e divergência jurisprudencial.

O Agravante trouxe que houve prejuízos ao convívio familiar, nas relações sociais e nos seus projetos de vida, aos quais não eram compensados pelo pagamento das horas extras ou concessão de folgas. Porém o Tribunal Regional do Trabalho reconheceu que o empregado não realizava jornada de trabalho exaustiva ou que prejudicassem seu repouso ou convívio familiar. Logo, o Tribunal Superior do Trabalho teve o mesmo entendimento, sendo então negado provimento do Agravo de Instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. No caso em comento, ao contrário das razões do recorrente, **o regional consignou expressamente que o reclamante não realizava jornada de trabalho estafante ou em prejuízo do repouso ou convívio familiar, afastando a alegada ofensa aos direitos de personalidade ou à esfera afetiva e social do indivíduo.** Logo, estando a pretensão do reclamante embasada em realidade fática diversa daquela que serviu de fundamento ao e. TRT, inviável se torna o processamento da revista, ante o obstáculo da Súmula nº 126 desta Corte, inclusive com relação à divergência transcrita. Agravo de instrumento não provido" (AIRR-39-22.2013.5.04.0772, 8ª Turma, Relator Desembargador Convocado Breno Medeiros, DEJT 17/10/2014 (grifo nosso)).

O segundo a ser analisado trata-se de um Agravo de Instrumento interposto pelo empregado contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho que negou o seguimento do Recurso de Revista. Os elementos de prova nos autos traziam que a

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2019o)

¹⁷ 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; (BRASIL, 2019o)

¹⁸ Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (BRASIL, 2019d)

jornada de trabalho do empregado não era excessiva, em alguns dias da semana o seu trabalho não chegava 8 (oito) horas diárias, ao qual saia antes das 18h e quando ultrapassava não extrapolava as 2 (duas) horas de horas extras, ou seja, o limite de 10h.

Portanto os ministros do Tribunal Superior do Trabalho por unanimidade negaram provimento do dano existencial por reconhecer que os períodos trabalhados pelo trabalhador não geraram dano existencial.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. TRANSPORTE DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. Ainda que a SBDI-1 do TST venha admitindo a discussão acerca do quantum arbitrado a título de indenização por danos morais e materiais no âmbito desta Corte Superior, certo é que somente se admite a modificação dos valores arbitrados se estes forem exorbitantes ou ínfimos, o que não se verificou na situação dos autos. Agravo de Instrumento conhecido e não provido . AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA. TRANSPORTE IRREGULAR DE NUMERÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Esta Corte tem reiteradamente decidido que sofre dano moral o empregado que transporta valores, uma vez que é submetido a uma situação de risco, sem o devido preparo e proteção previstos na Lei n.º 7.102/1983, sujeito a risco maior do que aquele inerente à função para a qual foi contratado. Dessarte, faz jus o Reclamante à indenização por dano moral decorrente do risco a que foi submetido por ter sido obrigado a transportar valores em desconformidade com a Lei n.º 7.102/1983. Agravo de Instrumento conhecido e não provido " (AIRR-1598-30.2015.5.06.0144, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 19/12/2017).

Conforme já estudado, o dano existencial nas relações trabalhistas ocorre quando o empregador impossibilita o empregado de realizar atividades sejam elas culturais, de lazer, familiar, entre outras, bem como projetos de vida no âmbito social, profissionais e familiares (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 14-15).

Para isso, o dano existencial é dividido em dois elementos, um relacionado ao projeto a vida e outro o dano à vida de relações. O primeiro está relacionado ao indivíduo que em um lapso temporal quer concretizar determinadas metas, sonhos, objetivos, ideias que irão fazer com o que o empregado se realize como ser humano (FROTA, 2013, p. 02).

Em resumo, Bebbber (2009, p. 06) identifica como plano de vida o:

[...] projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa; o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de

conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

E o segundo elemento, trata-se das relações permitidas ao ser humano em diferentes aspectos, ambientes e contexto. Logo, é a maneira em que o indivíduo tem em vivenciar e compartilhar histórias, sentimentos, emoções, entre outros, se desenvolvendo socialmente e vivenciando experiências. Sendo assim, é natural do ser humano se relacionar um com o outro, permitindo interação uma com as outras confirmando sua existência no mundo (FROTA, 2013, p. 04-06).

Portanto, não basta apenas alegar que o trabalhador sofreu com uma carga horária excessiva, sendo importante destacar os elementos que compõe os prejuízos que são causados por essa sobrejornada, para assim poder indenizar o empregado e caracterizar o dano existencial sofrido.

E por fim o último acórdão trata-se de um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista contra um despacho que negou seguimento ao Recurso. Sendo o Agravante a empresa e o Agravado o empregado, este era caminhoneiro da empresa e realizava viagens que poderiam chegar em 18 (dezoito) horas com apenas 2 (duas) paradas de 20 (vinte) minutos.

Sendo assim, na sentença foi fixada a importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) tendo em vista que o empregado era forçado a trabalhar um período longo de tempo, colocando-o em risco de vida, bem como risco para a própria sociedade. Porém, foi reformada a sentença, excluindo a condenação, pois se entendeu que o empregado como já havia recebido horas extras, adicional noturno e domingos e feriados laborados, não deveria indenizar a empresa também pelo dano existencial.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DESPROVIMENTO DO APELO . Para fins de destrancamento do seu Recurso de Revista, através da interposição de Agravo de Instrumento, não basta a simples indicação de violação a preceito de lei, ou a mera impugnação de forma genérica aos fundamentos do despacho denegatório é imprescindível que a parte renove as matérias suscitadas no Recurso de Revista, sob pena de inexistência de devolutividade. Assim sendo, não prospera o agravo de instrumento que pretende destrancar recurso de revista desprovido dos pressupostos de cabimento insculpidos no art. 896 da CLT. Precedentes desta Colenda Turma. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-167-74.2013.5.03.0059, 2ª Turma, Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 19/12/2014).

Portanto o que ocorreu na prática foi que o Relator Desembargador entendeu que as verbas trabalhistas relacionadas aos períodos em que o empregado trabalhou ao qual a empresa foi condenada a pagar, já compensariam o dano existencial sofrido.

Porém sabe-se que o direito material distingue do dano existencial, tendo em vista que este está relacionado ao prejuízo ao seu projeto de vida e também quanto às relações em sociedade. Logo, Rocha (2018, p. 244) traz que os motoristas profissionais:

Trabalhadores que cumprirão nas estradas, se já não cumprem, longas e exaustivas jornadas de dez, e agora, doze horas – acrescidas dos momentos de espera nas barreiras alfandegárias e de carga e descarga, os quais poderão, ainda, ser convertidos em tempo de repouso; que descansam e dormem na própria cabine do veículo, fazendo dela praticamente sua morada; que restam privados, por dias a fio, do convívio familiar e social, do lazer e dos estudos.

Sendo assim, quanto aos acórdãos apresentados acima se constatou que os julgadores devem ser bastante cautelosos quanto à disposição do dano existencial. Cabe ao empregado, conforme analisado, provar os prejuízos que sofreu, ou seja, provar os elementos que compõe o dano em si, quais sejam: uma vida de relações e projeto de vida. Em decorrência que o dano existencial não deve ser presumido, mas sim comprovado, cabendo ao trabalhador à função de provar tendo em conta que é algo pessoal, não cabendo o ônus ao empregador.

4.3 ABORDAGEM DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FAVORÁVEIS AOS REQUISITOS PARA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste tópico serão examinados diferentes julgados sobre a responsabilidade do empregador por dano existencial em decorrência da violação ao direito fundamental ao lazer e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente o primeiro acórdão é um Recurso de Revista feito pelo empregado (Recorrente) enquanto que o empregador é o Recorrido. Tanto o juiz em 1º (primeiro) grau, quanto o Tribunal Regional do Trabalho entenderam que a jornada exaustiva de 12 (doze) horas diárias de segunda-feira a sábado, por si só não acarreta indenização, sendo apenas meros aborrecimentos que não causam prejuízo ao empregado.

[...] C) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. INÚMERAS OFENSAS COMETIDAS CONTRA O EMPREGADO. ASSÉDIO MORAL. SUBMISSÃO DO TRABALHADOR A JORNADA EXTENUANTE DE FORMA CONTÍNUA SEM SE TRATAR DE JORNADA DE PLANTÃO COM LARGAS FOLGAS COMPENSATÓRIAS, NECESSIDADE IMPERIOSA OU DECORRENTE DE FORÇA MAIOR (ART. 61 DA CLT). DANO EXISTENCIAL. OBRIGAÇÃO DO AUTOR EM PRESTAR SERVIÇOS EM LOCAL INTERDITADO. VAZAMENTO DE GÁS AMÔNIA. USO DE UNIFORME MOLHADO. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. CARÁTER REPARADOR E PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. **A exigência de uma extensa jornada de trabalho, que obrigue o empregado a permanecer trabalhando por mais de 12 horas seguidas, ao longo de todo o contrato de trabalho, continuamente, sem se tratar de jornada de plantão com largas folgas compensatórias, necessidade imperiosa ou decorrente de força maior (art. 61 da CLT) reflete nítido desrespeito ao direito de descanso individual e à comunhão familiar, minando condições essenciais para a manutenção de equilíbrio físico e emocional do Obreiro e gerando indiscutível dor íntima, injusto desconforto, desgaste físico e psicológico acentuado, manifesto mal-estar e degradação física da pessoa.** A sobrecarga exacerbada de trabalho por período contratual significativo, não obstante a sobrerremuneração pertinente que atrai, fere princípios constitucionais relevantes, atados à centralidade da pessoa humana na ordem jurídica: princípios da inviolabilidade do direito à vida, do bem-estar individual e social, da não mercantilização do trabalho (este, princípio da OIT, incorporado pela Constituição Federal: art. 5º, §§ 1º e 3º), da valorização do trabalho e do emprego, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. O desrespeito a tais princípios que imantam o patrimônio moral do indivíduo que labora gera a obrigação de indenizar (art. 5º, V e X, da CF; art. 186 do CCB). **Esta dimensão do caso vertente traduz o denominado dano existencial, que se configura pela exacerbação do tempo de disponibilidade do trabalhador em função do emprego, inviabilizando-lhe o usufruto de efetiva vida própria.** Diante desse quadro, é claro o dano ao patrimônio moral do ser humano que vive de sua força de trabalho, dano este que atinge a dimensão física e também emocional de sua individualidade. Relativamente ao quantum indenizatório, não há na legislação pátria delineamento do valor a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. A jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos. Nessa linha de entendimento, releva notar que, pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os comandos resultantes das normas jurídicas devem ser interpretados segundo critério que pondere o adequado equilíbrio entre meios e fins a elas vinculados, de acordo com um juízo de

verossimilhança, sensatez e ponderação. **Na presente hipótese, em razão de inúmeras ofensas contra o patrimônio moral do empregado e sua saúde, devidamente registradas pelo Regional (uso de uniformes molhados; extensa jornada de trabalho; obrigação de laborar em local interdito pelo Ministério do Trabalho em virtude de vazamento de gás amônia; assédio e ofensas morais), impõe-se majorar o valor fixado (R\$6.000,00, na Instância Ordinária), que ora se arbitra em R\$30.000,00 (trinta mil reais),** montante mais próximo aos valores arbitrados por este Tribunal Superior, especialmente esta d. 3ª Turma, em casos congêneres. Recurso de revista conhecido e provido " (ARR-56-55.2014.5.23.0041, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/11/2015, (grifo nosso))

Sendo assim, o Ministro Relator entendeu que ao contrário do que foi exposto, a submissão a jornada de trabalho extensiva pode violar o princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano.

Consta nos autos que o Reclamante era submetido à carga horária de mais de 12 (doze) horas diárias, ou seja, de segunda-feira a sábado das 4h às 17h10min com apenas 30 (trinta) minutos de intervalo.

Portanto, segundo o Relator do Tribunal Superior do Trabalho, esta sobrejornada reflete em desrespeito ao direito de descanso individual e à comunhão familiar. Ao qual se caracteriza como dano existencial, em que configura o período de tempo em função do emprego, impossibilitando de ter efetiva vida própria. Logo, os danos existenciais em conjunto com o dano moral sofrido de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) passaram a ser fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com objetivo de ter caráter pedagógico e reparador.

O segundo acórdão é um Recurso de Revista interposto pelo empregado (Recorrente) contra a empresa Recorrida. O primeiro alega que no decorrer do contrato celebrado com a Recorrida usufruiu apenas 20 (vinte) minutos de intervalo intrajornada e que entre os períodos de 07 de agosto de 2008 a 15 de fevereiro de 2011 quando instaurado o registro eletrônico a sua jornada era prorrogada habitualmente para 04h30min, durante os 6 (seis) dias da semana. Sendo assim, a Reclamada foi condenada a pagar por afrontar o artigo 186 do Código Civil¹⁹ o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o Reclamante.

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 . 1. DANO MORAL. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO SOCIAL AO LAZER . As regras de limitação da jornada e duração semanal do trabalho têm importância fundamental na manutenção do conteúdo moral e dignificante da relação de emprego,

¹⁹ 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. (BRASIL, 2019b)

preservando o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). É fácil perceber que o empresário que descumpra as normas de duração do trabalho não prejudica apenas os seus empregados, mas tensiona para pior as condições de vida de todos os trabalhadores. Diante desse quadro, tem-se que a deliberada e reiterada desobediência do empregador ao regramento horário de trabalho ofende toda a população. Tratando-se de lesão que viola bem jurídico indiscutivelmente caro à sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral. Frise-se que, na linha da teoria do "danum in re ipsa " , não se exige que o dano moral seja demonstrado. **Decorre, inexoravelmente, da gravidade do fato ofensivo que, no caso, restou materializado pela exigência de prática de jornada exaustiva e consequente descumprimento de norma que visa à manutenção da saúde física e mental dos trabalhadores.** Recurso de revista conhecido e provido" (RR-3690-41.2012.5.12.0007, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 19/12/2016 (grifo nosso)).

E por fim, um Recurso de Revista julgado em 2018 em que o Recorrente foi o empregador e o Recorrido o empregado. Tendo em vista que o Recorrente havia sido condenado ao pagamento da indenização, sustentou que foi condenado apenas pelas horas extras prestadas pelo Recorrido e que a simples ocorrência de horas extras não é suficiente para caracterizar a obrigação indenizatória.

Logo, os ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho entenderam que a empresa agiu com culpa, em uma conduta de descuido e negligência. Impôs ao empregado jornada excessivamente exaustiva por um longo período de tempo, que impediu o mesmo de realizar os seus projetos de vida. Portanto, não foi conhecido o Recurso de Revista.

[...] II - RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE JORNADAS EXTENUANTES. Extrai-se do trecho transcrito pela parte que o autor laborou em jornada excessiva exigida pela Ré. **A realização de jornada exaustiva, sem concessão regular dos intervalos intrajornada e interjornadas mínimos e repouso semanal remunerado, exercida em atividade de risco, obriga o trabalhador a permanecer muito tempo longe de sua residência, prejudicando-lhe o direito ao lazer, à convivência familiar e ao descanso efetivo.** Nesse contexto, o quadro fático delineado pelo TRT revela a ocorrência de dano à esfera íntima do empregado, nos moldes do artigo 5º, X, da Constituição Federal . Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano é bem fundamental de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. **Frise-se que não foi a exigência do cumprimento de horas extraordinárias que acarretou a condenação da empresa em indenizar o autor pelo abalo moral sofrido, mas sim a imposição de jornada excessivamente exaustiva, por um longo período de tempo, que impediu o autor de realizar seus projetos de vida.** Assim sendo, correta a decisão regional que condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Recurso de revista não conhecido" (ARR-10148-

33.2014.5.03.0079, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14/12/2018 (grifo nosso)).

Conforme norma Constitucional a duração normal de trabalho é de 8 (oito) horas diárias, ou seja, 44 (quarenta e quatro) horas semanais, podendo ser acrescido em até 2 (duas) horas extras diárias em que podem ser pagas pelo equivalente as horas trabalhadas ou por meio de folgas, segundo a súmula nº 85 do Tribunal Superior do Trabalho (MOLINA, 2015, p. 115).

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, no inciso IV, da súmula nº 85, a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo da compensação da jornada. Portanto, os períodos que foram realizados as horas extraordinárias devem ser compensados na mesma semana, caso contrário ocorre à descaracterização (MOLINA, 2015, p. 116).

Portanto, para melhor visualização, Molina (2015, p. 116) exemplifica que:

Se o labor se dá em uma hora extra de segunda a quinta-feira, com folga compensatória aos sábados, respeitando o limite semanal de 44 horas, o acordo é legítimo. Agora, se o labor se deu em duas horas extras por dia, de segunda a sexta-feira, havendo compensação parcial aos sábados e quitação das excedentes como extras, violando o limite semanal de 44

horas, e tal sistemática ocorrer com habitualidade, fica o acordo de prorrogação descaracterizado, sendo devido o adicional de 50% (quando não houver norma coletiva mais benéfica) em relação às horas suplementares trabalhadas e compensadas. Dito de outro modo, as compensadas aos sábados não serão pagas, mas apenas o adicional é devido. Já aquelas que extrapolarem o limite semanal serão quitadas, acrescidas do adicional.

Sendo assim, embora esteja previsto por Lei, bem como na norma constitucional exceder o limite de horas da duração normal de trabalho, ainda existe empregadores que exigem além do limite previsto, podendo ultrapassar 11 (onze), 12 (doze), 13 (treze) horas diárias ou mais configurando o dano existencial (MOLINA, 2015, p. 117).

A configuração do dano existencial ocorre quando existe um prejuízo, uma perda relacionada à existência do indivíduo, ao qual fica restringido quanto a escolhas de atividades, bem como a limitação para ter uma vida digna, seja em decorrência da modificação do seu projeto de vida ou deixar de se relacionar (AFONSO, 2017, p. 60).

Conforme já frisado, sabe-se que o dano existencial é autônomo, sendo uma espécie de dano extrapatrimonial, porém ainda existe frequentemente confusão do dano moral com o dano existencial.

Portanto, o primeiro acórdão a ser examinado trata-se de um Agravo de Instrumento, em que o Agravante é a empresa e o Agravado é o empregado.

O Agravado havia pedido indenização de danos morais, pois constantemente estava trabalhando em sobrejornada, porém na sentença a juíza entendeu que tal fato não era suficiente para configurar o dano moral, por entender que este tinha tempo suficiente para sua família e usufruir o direito ao lazer.

Porém, não concordando ao exposto, o Agravado recorre ao Tribunal Regional do Trabalho trazendo que a jornada de trabalho era de segunda a sexta-feira das 07h50min às 17h50min e em três dias da semana até às 20h. Bem como pelo menos dois sábados por mês trabalhava das 7h às 15h30min.

Sendo assim, foi dado provimento ao recurso ao condenar ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização de danos morais, porém o Tribunal Superior do Trabalho conheceu o Agravo de Instrumento do Agravante e deu provimento por não ter os requisitos necessários para caracterizar os danos morais.

No Recurso de Revista, o Ministro Relator verificou que não houve registro de prova do Recorrido para demonstrar o dano existencial em si, sendo então reformada a decisão do Tribunal Regional do Trabalho e dado provimento para restabelecer o que foi decidido na sentença.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E NCPC - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL [...] DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES LEGAIS TRABALHISTAS Para melhor exame da alegação de divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento no tema . **DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXTENUANTE Ante possível violação do art. 186 do Código Civil, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento no tema [...]** II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E NCPC [...] **DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXTENUANTE Não há no acórdão regional elementos que indiquem sofrimento ou abalo à incolumidade moral do Reclamante, a ensejar reparação por danos morais. [...]** (ARR-1617-19.2015.5.12.0031, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 19/12/2017, (grifo nosso)).

O segundo acórdão é um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, em que o Agravante é o empregado e a Agravada é o empregador, tendo em vista da negação do seguimento do Recurso de Revista pelo Tribunal Regional do Trabalho.

A sentença deferiu o pagamento de indenização por dano moral, em virtude da extensa jornada de trabalho, bem como a redução do tempo de permanência com a família. Sendo então caracterizado o dano existencial e sendo considerada uma espécie de dano moral. Porém verificou-se pelo Tribunal Regional do Trabalho que o empregado não demonstrou nos autos os prejuízos causados pela extensa jornada, sendo então excluída a condenação ao pagamento da indenização por danos morais.

Porém embora o empregado tenha alegado que laborou até 15 (quinze) horas por dia, por 13 (treze) meses, não há nos autos a comprovação, sendo então negado provimento do Agravo de Instrumento.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. INTERVALO INTRAJORNADA. [...] 2. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JORNADA EXCESSIVA. O cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização pretendida quando não demonstrada a efetiva impossibilidade de convívio familiar e social, hipótese dos autos.** Com efeito, embora o quadro fático descrito pelo Tribunal a quo demonstre ter havido sobrejornada, consigna, por outro lado, que **não há prova de que tal jornada tenha de fato comprometido as relações sociais do reclamante ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito ao dano existencial**

perseguido. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-2111-29.2015.5.02.0202, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/12/2018 (grifo nosso)).

O dano existencial é uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial, ao qual se o ato ilícito gera prejuízos em seu projeto de vida ou da vida de relações, a reparação será relacionada à recomposição da existência do indivíduo, ao contrário se estiver relacionada a algum sentimento de angústia, dor, sofrimento, ao qual terá características de dano moral (AFONSO, 2017, p. 82-84).

Além disso, disserta Afonso (2017, p. 87) que a autonomia do dano existencial também terá autonomia quanto ao campo da prova:

[...] visto que, em se tratando do pedido específico e na relação de emprego, conforme se sustentará, a prova processual se desdobrará em três etapas, ou seja, no campo da infração contratual trabalhista que seguirá as normas trabalhistas e os respectivos ônus; no campo da responsabilidade civil e a prova do complemento necessário para configuração do dano em questão, ou seja, do projeto de vida razoável e da vida de relação, o que não se presume, como a dor que é analisada no dano moral.

Logo, por ser considerado um instituto autônomo não há proibição para o julgador reconhecer em conjunto e cumulativamente o dano moral e existencial, tendo em vista que são espécies de danos diferentes, ao qual em uma mesma situação poderão ser encontrados (AFONSO, 2017, p. 88).

Embora já tenha entendimentos doutrinários que o dano existencial é autônomo e que pode ser cumulado com dano moral em uma mesma situação, os julgados mais recentes ainda trazem o entendimento de que o dano existencial é gênero de dano moral.

Para exemplificar, um acórdão deste ano de 2019 em que aborda um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista em que a Agravante é a empregada e a Agravada é a empresa. Ao tratar sobre o dano existencial a Agravante trouxe disposições em que ofendem a legislação e trouxe que prestava horas extras de forma excessiva, privando seu convívio familiar e social.

O Tribunal Regional do Trabalho havia fundamentando que o dano existencial é uma espécie de dano moral, sendo que a empregada não possui uma jornada extensa que não permitisse seu convívio família e social. Logo, foi negado provimento, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho conheceu o Agravo, porém pelas mesmas razões negou provimento.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO. [...] DANO EXISTENCIAL. **O Regional, ao manter a sentença que indeferiu o pedido de indenização por dano existencial, consignou que a jornada arbitrada, ainda que extensa, não se mostrava exacerbada a ponto de impossibilitar o convívio familiar e social da reclamante, ressaltando que havia gozo frequente de dois dias de repouso por semana.** Diante desse mosaico jurídico-fatual, nota-se que a acolhida da tese recursal, articulada no sentido de que a jornada de trabalho era excessiva a ponto de prejudicar o convívio familiar e social, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que impossibilita o processamento da revista, ante o óbice da Súmula nº 126 desta Corte Superior, a pretexto da alegada violação dos dispositivos apontados, contrariedade à Súmula nº 338 desta Corte, bem como da divergência jurisprudencial transcrita. Agravo não provido" (Ag-AIRR-20886-78.2014.5.04.0006, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/06/2019 (grifo nosso)).

Portanto, conclui-se que embora haja a caracterização do dano existencial, muitas vezes o empregador é condenado ao pagamento por dano moral, em que poderá ocorrer uma perda para a vítima tendo em vista que o dano não é analisado com os elementos que fazem parte do dano existencial em si.

Porém não são apenas os julgamentos de primeira ou instâncias superiores que confundem as espécies de danos, mas também os próprios profissionais que por equívoco introduzem que querem a reparação do projeto de vida e vida de relação, mas acabam solicitando apenas o dano moral.

Logo, essa confusão prejudica no *quantum* indenizatório, tendo em vista que será analisado o dano existencial através do sofrimento, dor, presumindo-se a prova, ao qual é característica específica do dano moral e não existencial.

Em conformidade ao que já foi apresentado nesta monografia, o dano existencial é uma espécie de dano não patrimonial, portanto, extrapatrimonial, afetando o seu modo de ser e as suas atividades, é um dano que atinge o seu âmbito pessoal ou social.

Os prejuízos são caracterizados em suas relações ou no seu desenvolvimento pessoal, ao qual ocorre a necessidade de alteração do seu cotidiano para que atenda as necessidades do empregador.

Logo, evidencia a responsabilidade do Poder Público em fiscalizar a qualidade de vida do trabalhador no ambiente de trabalho, aos quais deveriam ser

analisadas as normas fundamentais e de direito ao trabalhador que estão sendo violadas.

Como consequência, em decorrência dessa falta de fiscalização, o empregado fica obrigado em reparar o dano após períodos conturbados na empresa, tendo em vista que muitas vezes acaba pedindo a reparação da lesão após um lapso temporal elevado, em decorrência do medo em perder o emprego. Assim é de extrema responsabilidade e necessidade do juiz/relator de analisar os casos que violam o dano existencial.

Além do mais, ao longo da pesquisa jurisprudencial, analisou-se que o Tribunal Superior do Trabalho, não possui um entendimento uniforme quanto ao acolhimento do dano existencial, aos quais alguns entendem que violado os direitos materiais trabalhistas o dano está caracterizado, porém alguns acreditam que realizado o pagamento desses direitos de forma individual, não existe a necessidade/possibilidade de reparar o dano através da indenização, enquanto que outros acreditam que deve haver a comprovação por parte do empregado da afetação negativa na rotina deste.

Portanto, conclui-se que o elemento necessário para análise jurisprudencial é a afetação negativa na rotina do trabalhador, ao quais as suas escolhas e atividades ficam prejudicadas em decorrência da mudança, muitas vezes, não voluntária, contrária à vontade do trabalhador.

Ao qual o Poder Judiciário identificando a ausência ou a falta de caracterização deste elemento, acaba tendo posições diversas sobre o tema, bem como para a sua comprovação. Deixando o empregado inseguro e incerto ao alegar os prejuízos sofridos, pela violação do dano, para reparação da lesão em que foi causado.

5 CONCLUSÃO

A trajetória do direito do trabalho é marcada por uma necessidade de intervenção na relação de emprego, tendo em vista as condições vulneráveis em que muitas vezes o empregado se submete.

Sendo assim, além de dispositivos previstos em lei, o direito do trabalho possui princípios indispensáveis para equilibrar as relações trabalhistas, dentre eles encontra-se o princípio da proteção, responsável por garantir mais benefícios ao empregado, retirando a ideia de desigualdade existente na relação.

Além disso, o princípio da proteção é dividido em 3 (três) formas distintas, o *in dubio, pro operário*, é quando o juiz deve utilizar a norma que seja mais favorável ao empregado; enquanto que a *norma mais favorável* ocorre quando houver mais de uma norma a ser aplicada em um determinado fato, deve-se utilizar aquela que seja mais favorável ao trabalhador e a terceira forma é a *condição mais benéfica* em que o empregado deve estar em condições que sejam favoráveis a este, não podendo ser retiradas, portanto não é possível diminuir as condições em que o empregado se encontre.

E também o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao qual o indivíduo deve ser protegido não só em relação ao Estado, mas também pela sociedade que lhe compõe, devendo ter um tratamento igualitário com os seus demais. Enquanto que o direito ao lazer, sendo este um direito fundamental, pode ser caracterizado como o tempo livre, ou seja, um momento de descanso, sem preocupações e responsabilidades.

Embora estes princípios não sejam exclusivos do direito do trabalho, podem ser aplicados subsidiariamente para sua classificação.

Em virtude do objeto desta presente monografia seja o dano existencial nas relações trabalhista, foi necessário analisar os pressupostos da responsabilidade civil, tendo em vista garantir ao indivíduo uma reparação dos danos que foram causados ao empregado, garantindo a indenização pela proporção do dano sofrido.

Além do mais, foi de grande relevância o estudo sobre o dano moral, em virtude de ser ainda muito presente a confusão do dano moral e existencial. O primeiro está relacionado a uma lesão a personalidade do indivíduo, ao qual a vítima alega o fato lesivo que sofreu, cabendo ao juiz avaliar a intensidade do sofrimento causado.

Enquanto que o dano existencial, é um instituto recente que surgiu na Itália, será caracterizado quando houver prejuízos causados ao indivíduo em relação ao seu projeto de vida e à vida de relações, ao qual no direito do trabalho pode ser analisado quando o empregador impossibilita o empregado de realizar atividades voltadas para o lazer, sendo este um direito fundamental, bem como de se relacionar com seus familiares, amigos, sociedade como um todo e realizar planos no decorrer da sua vida, sejam eles profissionais, pessoais, entre outros.

Sendo assim, mediante a pesquisa jurisprudencial e doutrinária, existe entendimento que é possível à indenização por dano existencial, sendo possível a reparação, porém é necessário que para ser caracterizada, a vítima consiga provar o prejuízo que sofreu.

Portanto, embora já seja pacífico o entendimento que é possível à indenização, ficou demonstrado pelas jurisprudências apresentadas que não é somente os juristas, mas os próprios profissionais que buscam o direito do empregado, confundir este instituto de dano existencial com o moral.

O dano existencial surgiu no direito do trabalho em decorrência do acúmulo de horas trabalhadas após as jornadas legais de trabalho do empregado, logo causando prejuízos à vida de relações e ao seu projeto de vida.

Sendo assim alguns entendimentos jurisprudenciais possuem o entendimento que os cumprimentos de horas extras de forma rotineira, bem como a não concessão de férias por si só já se caracteriza o dano, já outros acreditam que pagando esses direitos materiais, sem observar a ocorrência do dano já é o suficiente para não analisar a indenização.

Enquanto que outros entendimentos jurisprudenciais acreditam que o dano existencial não é presumido, igualmente verificado por alguns doutrinadores conforme analisado, devendo o empregado provar a ocorrência de lesão ao seu projeto de vida ou à vida de relações.

Logo, percebe-se a importância deste instituto na vida do empregado, tendo em vista que o tempo livre, sua vida em sociedade, com a família, seu projeto de vida, é essencial para se sentir em conformidade com aqueles que estão ao seu redor.

O dano existencial, conforme o próprio nome sugere, está relacionado com a existência do indivíduo, portanto é algo mais intenso e delicado, devendo o jurista ter bastante cautela e cuidado ao analisar o caso a ser julgado.

REFERÊNCIAS

_____. **Código Civil, de 01 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 agos. 2019a.

_____. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 agos. 2019b.

_____. **Código Penal, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2019c.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452/1943, de 01 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 mai. 2019d.

_____. **Lei nº 7.064/1982, de 06 de dezembro de 1982.** Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7064.htm>. Acesso em: 01 mai. 2019e.

_____. **Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019f.

_____. **Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019g.

_____. **Lei 8.213/1991, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019h.

_____. **Lei nº 9.029/1995, de 13 de abril de 1995.** Proíbe a exigência de atestados de grávidas e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 28 ago. 2019i.

_____. **Lei nº 9.615/1998, de 24 de março de 1998.** Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019j.

_____. **Lei nº 10.741/2003, de 01 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019k.

ABUD, Cláudia José. DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016cdb356b3f0ac21d26&docguid=I0b025690fc0811e7aadc010000000000&hitguid=I0b025690fc0811e7aadc010000000000&spos=5&epos=5&td=1239&context=64&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 agos. 2019.

AFONSO, Kleber Henrique Saconato. **Dano existencial na relação de emprego e a prova**. 2017. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

AFONSO, Kleber Henrique Saconato; SILVA, Nelson Finotti. O Dano Existencial nas relações de emprego e sua autonomia. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. ISSN: 2525-9857. Brasília. V. 3. n. 1. p. 135–156. Jan/Jun. 2017.

AGUIAR, M. Lazer e produtividade no trabalho. **Revista Turismo em Análise**, v. 11, n. 2, p. 111-124, 15 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rta/article/view/63522/66265>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil (2010)**, São Paulo, SP, v. 12, n. 80, p.9-36,, dez. 2012.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho; GOMES, Ana Virginia Moreira. **O Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Trabalho: uma perspectiva humanística**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad7b25e2374b4235>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ALVES, A. C. Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Minas gerais. V. 31, p. 153-186, 2015. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/d2e55fccf655c14ccec241e221ad059c.pdf>>. Acesso em: 28 agos. 2019.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 33, n. 63, p. 69-90, jan./jun. 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTR, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial – breves considerações). **Ltr. Legislação do trabalho**, São Paulo, v.73, n.1, jan. 2009. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013

BRASIL. Constituição Federal (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019l.

BRASIL. Constituição Federal (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019m.

BRASIL. Constituição Federal (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019n.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019o.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. Brasília, DF, 08 de setembro de 1999. Diário de Justiça. Brasília, 08 set. 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 341**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Diário da Justiça. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 51**. Brasília, DF, 14 de outubro. 1973. Diário de Justiça. Brasília, 14 out. 1973. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html>. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 85**. Brasília, DF, 25 de abril de 2005. Diário de Justiça. Brasília, 25 abr. 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 39-22.2013.5.04.0772. Brasília, DF, 15 de outubro de 2014. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 17 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 167-74.2013.5.03.0059. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2014. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 56-55.104.5.230041. Brasília, DF, 11 de novembro de 2015. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 13 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 3690-41.2012.5.12.0007. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 85400-25.2013.5.13.0006. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1598-30.2015.5.06.0144. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1617-19.2015.5.12.0031. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 12389-62.2015.5.15.0094. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 14 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10148-33.2014.5.03.0079. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 14 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2111-29.2015.5.02.0202. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 14 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20886-78.2014.5.04.0006. Brasília, DF, 19 de junho de 2019. **Diário**

Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 28 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 100141-56.2016.5.01.0020. Brasília, DF, 07 de agosto de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.** Brasília, 09 ago. 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 03 de out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 4 Ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho.** 2005. 176 f. Dissertação de Mestrado – Direito das Relações Sociais, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8625/1/Otavio%20Amaral%20Calvet.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CAMPOS, André Gambier; SILVA, Sandro Pereira. Tempo de trabalho e tempo livre: as relações temporais na sociedade brasileira. In: NERI, Marcelo Côrtes; SCHIAVINATTO, Fabio. **SIPS 2014: Percepções da população sobre políticas públicas.** Rio de Janeiro: Ipea, 2014.

CARDOSO, Jair Aparecido. O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho. **Revista de informação legislativa:** RIL, v. 52, n. 207, p. 7-26, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p7>.

CARREIRA, Cristiane de Mattos. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: o direito do trabalhador cidadão. **Revista de direito do trabalho,** São Paulo, SP, v. 40, n. 159, p. 55-70, set./out. 2014.

CECCHIN, A. J. A dignidade humana nas relações de trabalho. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umuarama. v. 10, n. 1, p. 69-96, 2007.

COSTA, Gustavo Borges. Apontamentos práticos sobre a aplicabilidade do princípio da proteção. **Revista de Direito do Trabalho.** Vol. 143/2011, p. 37 – 54. Jul - Set / 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> . Acesso em: 01 mai. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** N.02, jan/dez. 2007. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, p. 11-40.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13. ed. — São Paulo : LTr, 2014.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA HUMANA: ENFOQUE ESPECÍFICO NO DANO EXISTENCIAL, SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL. **Revista dos Tribunais Online**. Disponível em: <

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013.

GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade Civil (Direito Civil – v.5)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 7ª Ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil: texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil** – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

GOSDAL, Theresa Cristina. **DIGNIDADE DO TRABALHADOR: UM CONCEITO CONSTRUÍDO SOB O PARADIGMA DO TRABALHO DECENTE E DA HONRA**. 2006. 195 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em:

<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp009217.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

LONGHI, Fernanda Luiza; OLIVO, Rodrigo. Os limites do poder diretivo do empregador e o dano existencial. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 140-168, fev. 2018. ISSN 2595-945X. Disponível em:

<<http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/52>>. Acesso em: 03 out. 2019.

LOPEZ, Tereza Ancona. Dano Existencial. **Revista dos Tribunais Online**. Disponível em: <

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1
> . Acesso em: 28 agos. 2019.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 10-25, set. 2013

LUNARDI, Alexandre. A estruturação positiva do Direito ao Lazer como Direito. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**. Osasco-SP. Ano 2, n. 02, 2008. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/273-910-1-pb.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

MAFFRA, Márcia Vieira. **Direito à desconexão no universo do trabalho**. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. v. 2, p. 505-520.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24 Ed – 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v.29, n.346, p.224-230, abr. 2018.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. O direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, p. 9038-9047, 2010.

MOLINA, André Araújo. Dano Existencial por Jornada de Trabalho Excessiva Critérios Objetivos (Horizontais e Verticais) de Configuração. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. v. 27, n. 318, Dezembro, 2015.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. O Conceito de Danos Existenciais na Justiça do Trabalho Brasileira: A Contribuição Hermenêutica do Juiz Heidegger. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72093>>. Acesso em: 05 out. 2019

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

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. D'ONOFRIOPAZ, Andrea. Reparação de Danos Extrapatrimoniais Decorrentes da Relação de Emprego e o Reconhecimento da Modalidade de Dano Existencial. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Ed. SINTESE. Dezembro 2015.

PAULO, Marcelo Alexandrino Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** – 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA, Marcela Andresa Semeghini. Direito ao Lazer e a Legislação. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Rio Grande do Sul. Vol. 4, n. 2, jul. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7030>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3 ed. Ampl. Rev. e atual de acordo com novo código civil brasileiro. São Paulo: Ltr, 2002.

ROCHA, Ana Luísa Gonçalves. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA DO MOTORISTA PROFISSIONAL: DANO EXISTENCIAL EM PERSPECTIVA. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 15, p. 239-246.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. Ed. Atual. São Paulo: LTR, 2000.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4 Ed. Rev., ampl. e atual. de acordo com o código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 3 ed. Rev. e Ampl. com enfoque sobre os direitos de personalidade. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. Rev. e Atual – São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros. Editores LTDA, 2013.

SOBREIRA, Marcelo José de Araújo Bichara. Responsabilidade por Dano Existencial – Uma violação à autonomia privada. **Revista dos Tribunais Online**. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016cdb2ac36cfb8b8fb8&docguid=lb742b830ae1811e6995c010000000000&hitguid=lb742b830ae1811e6995c010000000000&spos=1&epos=1&td=1239&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 agos. 2019.

TROMBETTA, Livia Ferreira da Silva; BERTOTTI, Daniela. Dano existencial: a nova perspectiva no direito do trabalho = Existential damage: the new perspective in labor law. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 47, p. 205-242, jul./dez. 2015.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 96, jul. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF>.
Acesso em: 15 jul. 2019.