

O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Venicio Cesar Fonseca Porto Filho¹

Jéffson Menezes de Sousa²

Direito



**cadernos de
graduação**

ciências humanas e sociais

ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente artigo discute o dano existencial e sua aplicação no direito trabalhista brasileiro. Para tanto, é analisado o seu conceito por meio de suas diferentes classificações doutrinárias, que por constituir ofensa ao direito extrapatrimonial, esbarra na problemática de possuir divergências na sua aplicação em casos práticos. O tema é abordado sob a perspectiva das regras de saúde, higiene, segurança e medicina do trabalho que integram o rol dos direitos fundamentais do trabalhador. Na construção do trabalho, optou-se por uma pesquisa caráter qualitativo, consistindo em revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e discurso normativo com o escopo de compreender essa nova modalidade de indenização para o trabalhador, alinhado ao conteúdo da nova legislação trabalhista após a Reforma (Lei 13.467/2017). Dentre as considerações finais, destaca-se que o dano existencial é reconhecido e aplicado pelo poder judiciário trabalhista sempre que há lesão ao projeto de vida ou as relações pessoais do trabalhador, constituindo um direito da personalidade autônomo dos demais.

PALAVRAS-CHAVE

Convívio Social. Direito do Trabalho. Jornada de Trabalho. Projeto de Vida.

ABSTRACT

This article discusses the existential damage and its application in Brazilian labor law. To this end, its concept is analyzed through its different doctrinal classifications, which, as an offense against off-balance sheet law, come up against the problem of having divergences in its application in practical cases. The theme is approached from the perspective of the rules of health, hygiene, safety and occupational medicine that integrate the list of fundamental rights of the worker. In the construction of the work, a qualitative research was chosen, consisting of bibliographic review, jurisprudential analysis and normative discourse with the scope of understanding this new type of indemnity for the worker, in line with the content of the new labor legislation after the Reformation (Law 13.467/2017). Among the final considerations, it is noteworthy that the existential damage is recognized and applied by the labor judiciary whenever there is an injury to the life project or the personal relationships of the worker, constituting an autonomous personality right of the others.

KEYWORDS

Social Conviction. Labor law. Working day. Life project.

1 INTRODUÇÃO

O dano existencial consiste em uma lesão ao direito extrapatrimonial e da personalidade do indivíduo, do qual por meio de um ou vários atos que o privem de realizar seu convívio social ou de planejar sua vida. No contexto trabalhista, essa prática decorre de abusos do direito do trabalhador, como a não concessão de férias, dos devidos períodos de descanso intrajornada e interjornada e do exercício de jornadas de trabalhos exaustivas.

Há questionamentos que, levando em consideração a dinâmica trabalhista atual, pairam acerca das normas trabalhistas que amparam tal direito, da visão doutrinária dominante, dos entendimentos jurisprudenciais recentes. Assim, o presente trabalho se estrutura em quatro etapas: análise doutrinária, normativa e jurisprudencial do dano existencial, assim como sua aplicação no contexto laboral.

O tema possui bastante relevância em razão dos possíveis abusos que a classe trabalhadora sofre em decorrência desse dano face a supressão do descanso físico e mental do trabalhador em decorrência da não observância das normas trabalhistas. Portanto, constitui imprescindível a atuação do judiciário trabalhista no sentido de impor medidas que punam esses atos com o fim de coibir práticas futuras.

O trabalho está estruturado em três capítulos de desenvolvimento, o primeiro trata do discurso científico, que analisa a visão de diferentes doutrinadores a respeito do tema, o segundo capítulo concentra a análise das normas jurídicas que conceituam e dão base para aplicação do dano existencial, por último, no terceiro capítulo aborda-

-se as decisões mais recentes da jurisprudência especificamente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), os posicionamentos convergentes e divergentes acerca da matéria.

O trabalho consiste em uma pesquisa qualitativa, que adotou o método de análise bibliográfica. Assim como o estudo de decisões judiciais do TST e da legislação brasileira e internacional, utilizando a Constituição Federal Brasileira, a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), o Código Civil, portaria do Ministério do Trabalho e Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ao final, são oferecidas considerações finais dos quais merecem destacar a importância de propagar tal tema na justiça do trabalho, devido ao seu caráter essencial na proteção do direito do trabalhador, além da preciosa atuação do judiciário no reconhecimento da existência de tal dano e na aplicação de sanções de caráter punitivas e educativas.

2 A CONFIGURAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL COMO ESPÉCIE DE DANO IMATERIAL (DISCURSO CIENTÍFICO)

Diante do cenário capitalista que visa o aumento da produção e do lucro é necessária a intervenção do Estado a fim de proteger a classe trabalhadora de possíveis explorações. Não por acaso, nossa Carta Magna estabelece diversas normas com o intuito impedir esses possíveis abusos, utilizando como referência os princípios basilares da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho previstos em seu artigo primeiro.

Desta forma, além de proteger os direitos econômicos dos empregados, tais normas buscam a manutenção de sua saúde física e psíquica, por meio da garantia de condições adequadas para o labor diário, condições estas que devem evitar que o trabalhador ultrapasse dos limites legalmente estabelecidos de jornada do trabalho.

O excesso da jornada causa prejuízos biológicos, sociais e familiares ao proletário, visto que é necessário o devido descanso a fim de que se possa satisfazer outras atividades inerentes à vida humana. A sua privação mediante realização de jornada considerada extenuante ou qualquer outro ato ilícito que as danifique, ao ponto que o impossibilite de realizar com plenitude o seu direito ao convívio em sociedade fere o patrimônio existencial do indivíduo, configurando, portanto, o dano existencial (BEBBER, 2009).

Hidemberg Alves Frota (2013, p. 261) conceitua o dano existencial como uma lesão à existência do indivíduo, dar-se na ofensa ao projeto de vida e à vida de relações como exposto:

Em outras palavras, o dano existencial se alicerça em dois eixos: de um lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão sentido à sua existência.

De outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável [...].

Assim sendo, todo ser humano deve ser livre para planejar sua vida, a fim de que possa estabelecer projetos futuros, realizações pessoais, atividades complementares a sua rotina, algo que o realize pessoalmente, não obstante de possuir relações pessoais e criar laços afetivos.

Vólia Bonfim Cassar (2012, p. 660), leciona que:

O trabalhador tem direito à “desconexão”, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado [...].

Desta forma, verifica-se que é imprescindível que todo empregado possua tempo para se desprenderem de seus afazeres do trabalho e dedicar-se também ao descanso ou dispor sua energia em outras ocupações, como a família, amigos e realizar atividades de lazer como a prática de esportes, ir ao cinema, fazer viagens. A desconexão do trabalhador das atividades laborativas, de modo em que possa voltar sua atenção a outros elementos da vida, ou até mesmo não fazer nada, a fim de descansar é fundamental para sua saúde.

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material, causando no indivíduo um determinado vazio existencial, sendo que, para sua configuração é necessário que hajam atos que impeçam a autorrealização pessoal, podendo estes impedir o “exercício de um trabalho, uma profissão, um ofício, uma atividade ou uma ocupação, bem como da possibilidade de se estabelecer ou manterem vínculos afetivos [...]” (FROTA, 2013, p. 249).

Desta forma, entende-se que para configurar-se tal condição é necessária a conduta ilícita do empregador que retire ou suprima consideravelmente tal possibilidade. Importante salientar que é preciso comprovar o nexos causal entre a conduta patronal e a frustração do projeto de vida do empregado, sendo que, por exemplo, a mera jornada extraordinária ou não concessão das férias no período concessivo não ensejam este direito, havendo na legislação punições cabíveis para tais situações (FRANCO, 2015).

Vejamos os ensinamentos acerca da habitualidade dos atos causadores do dano:

Note-se, assim, que uma ação do tomador de serviços é o suficiente para gerar uma perda irreparável ao empregado ou à empregada quando arruinar uma oportunidade impossível de ser vivenciada novamente. A habitualidade não é elemento

crucial na identificação do dano existencial, mas sim a afronta à dignidade da pessoa humana e aviltamento da vida privada, social e familiar. (FRANCO, 2015, p. 81).

Nesse contexto, verifica-se que não há necessidade da realização da ação de maneira habitual, somente um ato é capaz de ensejar dano ao projeto de vida do trabalhador, de modo que comprometa o exercício da sua existência como indivíduo.

Em relação a classificação de tal dano, há um entendimento majoritário na doutrina de que o dano existencial e dano moral são institutos distintos, “conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos” (ZANOTELLI; BOUCINHAS FILHO, 2013, p. 253).

Razão pela qual o dano moral afronta à intimidade do indivíduo, ou seja, à sua honra, causando angústia, sofrimento e dor, já o dano existencial lesiona o projeto de vida do indivíduo, seu convívio social e familiar e sua percepção como ser humano no mundo. Por esta razão que o dano moral tem caráter subjetivo enquanto o existencial tem caráter objetivo (BEBBER, 2009).

Há entendimento também no sentido de que: “[...] o dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.” (ALMEIDA; COLNAGO, 2016, p. 122).

O dano existencial afeta a parte exterior do sentimento do indivíduo, reduz drasticamente seu convívio com outras pessoas, afetando sua “sociabilidade”, enquanto o dano moral afeta a parte emocional de natureza interna, é a dor interna pela lesão de sua honra e dignidade.

O dano existencial constitui na impossibilidade de realização de atos considerados comuns ao indivíduo, tendo sua consumação realizada em momento posterior, por consistir em uma sequência de atos prejudiciais no cotidiano, desta forma, será sentido com o tempo, diferente do dano moral em que a lesão ao sentimento ocorre em diversas vezes de forma simultânea a conduta (SOARES, 2009).

Em relação a possibilidade de cumulação de ambos em uma demanda judicial, ainda há divergência na doutrina, Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (2013, p. 254) defendem a possibilidade de cumulação desde que sejam provenientes do mesmo fato, além da possibilidade de cumular também com dano estético.

Angela Barbosa Franco (2015, p. 85), segue a mesma linha de pensamento em relação a cumulação de ambos:

Ante as possibilidades de reparação aqui pontuadas, defende-se que o dano existencial não pode ser banalizado, bem como considerado um mero desdobramento do dano moral ou a ele vinculado. Trata-se de uma situação específica, proveniente de uma lesão às expectativas de vida da classe profissional, passível de acumulação com as diversas formas de indenização já sedimentadas pelo ordenamento jurídico

ao lesionado Para isso, basta uma maior sensibilidade dos tribunais em seus julgados, evitando-se uma interpretação reducionista, quando os elementos peculiares do dano existencial, quais sejam, a frustração de projetos de vida e/ou o comprometimento da vida de relações, restarem indubitavelmente comprovados.

A autora defende que ambos institutos são autônomos, pelo fato de cada um possuir sua peculiaridade e caso sejam preenchidos seus elementos constitutivos em um mesmo fato, ambos devem ser aplicados de maneira independente.

Os efeitos decorrentes da conduta ilícita do dano existencial, assim como o dano moral, afrontam claramente o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal - CF), que defende o direito da personalidade o trabalho em condições dignas, os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF) constituem fundamentos da República Federativa do Brasil e defendem a valorização da vida humana de forma digna acima de tudo.

Em razão disso, o que o legislador brasileiro se preocupou em impor normas que limitam a jornada de trabalho, a fim de que se evite a exploração do trabalhador, evitando-se acidentes, buscando preservar a sua dignidade e impedindo o trabalho à condição análoga de escravo (art. 149 do Código Penal), que além de crime também consiste em uma forma de dano existencial decorrente do cerceamento da liberdade além das condições indignas de trabalho. “Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo” (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013, p. 244).

Portanto, tais limitações encontram-se previstas tanto na Constituição Federal (art. 7, XIII) quanto na CLT (art. 58). Vólia Bonfim Cassar (2017) classifica tais normas como imperativas que estabelecem direito de ordem público, tornando tais direitos irrenunciáveis para o trabalhador. Continua seu raciocínio estabelecendo que a limitação da jornada de trabalho fundamenta-se em três aspectos, o primeiro é a de natureza biológica, do qual o excesso do trabalho traz ao operário cansaço físico e mental, atingindo sua saúde de maneira direta; de natureza social, em que limita o trabalhador a estabelecer laços íntimos com os mais próximos e exclui seu convívio social; e por último o fator de natureza econômico, no qual o seu cansaço físico e mental decorrente da insuficiência do descanso, acaba por diminuir significativamente sua produção no trabalho, trazendo prejuízo direto ao empregador.

Portanto, podemos concluir que o dano existencial no âmbito trabalhista consiste na lesão ao direito de o trabalhador exercer seu projeto de vida e seu convívio social, decorrente da conduta patronal. Atinge o direito imaterial, o direito da personalidade, sendo distinto do dano moral. Em face disso, no próximo tópico abordaremos os dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico que amparam esse direito.

3 O MARCO REGULATÓRIO DO DANO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (DISCURSO NORMATIVO)

Em relação às normas jurídicas que amparam o dano existencial, é fundamental destacar, inicialmente, os direitos constitucionais básicos, além do princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho citados no tópico anterior, que constituem parte dos princípios fundamentais de nossa República. Encontramos no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como um dos objetivos fundamentais de nosso país, objetivo este que prega acima de tudo a liberdade de escolha, planejamento, imersão do ser no contexto social.

É no artigo 5º, inciso V, em que a Constituição Federal cita diretamente a lesão ao direito da personalidade, apesar de não se referir explicitamente ao dano existencial, o inciso V, cita por meio do dano moral e à imagem, o direito a indenização do sujeito que a sofrer “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Foi mencionado diretamente na CLT, após a Lei nº 13.467/2017, referente a reforma trabalhista, no art. 223-B que expõe: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. No artigo 223-C expõe alguns direitos extrapatrimoniais fundamentais protegidos pela Consolidação, sendo eles: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Ademais, podemos encontrar também como no Código Civil, já que consiste em fonte subsidiária do direito do trabalho (art. 9º, § 1º), os conceitos de dano que sustentam a existência de dano, como no art. 927:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O referido artigo define o dano como lesão de qualquer direito de outra pessoa, do qual deverá ser indenizado indecentemente da culpa.

Constitui como direito social do indivíduo, por meio da leitura do art. 6º da Constituição Federal, “[...] a educação, a saúde, alimentação, trabalho, moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância [...]”. Destaca-se nesse artigo o direito a saúde, proveniente a todo e qualquer cidadão brasileiro, razão pela qual o legislador se preocupou em estabelecer no artigo seguinte, normas trabalhistas que a garantam, de forma em que o trabalhador possua uma sadia e equilibrada rotina de trabalhado, reduzindo seus

eventuais riscos, além da perceptível intenção do legislador em estabelecer normas que mantenham o bem-estar do trabalhador, ao incluir no artigo o direito ao lazer.

Decorrente dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais constitucionalmente garantidos, encontramos a limitação da jornada de trabalho não superior a quarenta e quatro horas semanais e oito diárias, prevista no inciso XIII, do art. 7º, esta norma constitui medida que visa estabelecer uma jornada comum de trabalho, a fim de que se defina um parâmetro para o período considerável saudável de trabalho, protegendo tanto a saúde física quanto a psíquica do trabalhador, e ao mesmo tempo não prejudique o empregador, ou seja, que haja um tempo considerável para que o empregado satisfaça as demandas do serviço sem que tenha um desgaste excessivo de sua saúde.

Além da preservação da saúde do trabalhador, tem por objetivo proporcionar que ele possua tempo para exercer outras atividades, complementares de seu cotidiano, além se desenvolver socialmente e culturalmente. De tal modo que o inciso XV, do artigo 7º da CF prevê o devido descanso semanal remunerado a todo trabalhador, que deverá ser realizado de preferência aos domingos, além do art. 67 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que prevê que tal descanso deverá ser de no mínimo vinte e quatro horas.

Importante destacar o contexto familiar do dano existencial, art. 226, *caput* da Carta Máxima defende a proteção especial da entidade familiar pelo estado, em razão desta ser a base da sociedade. A privação do indivíduo de “desconectar-se” do ambiente de trabalho reflete de maneira direta em seu âmbito familiar, o que por muitas vezes causa o fim do matrimônio ou até mesmo um abandono parental, promovendo além do dano sofrido pelo indivíduo que faz parte da relação de emprego, como também consequências sociais decorrentes dessa prática.

Ainda, em análise, o art. 7º, o inciso XVI da CF, estabelece o pagamento de horas extraordinárias para o trabalho realizado acima da jornada comum, “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”, para que se haja uma compensação ao desgaste extra sofrido pelo empregado nessa tarefa. No entanto, existem profissões, que pela natureza da sua atividade, possuem normas especiais de duração e condições do trabalho, previstas na CLT, como é o caso dos jornalistas profissionais, professores, químicos, operadores cinematográficos, trabalhadores que realizam serviços em frigoríferos ou minas e subsolo, entre outros. Apesar de possuírem jornada diferenciada a todos é preservado o direito à hora extra, a fim de que se mantenha protegida sua integridade física.

No entanto, vale destacar que há uma limitação a essas horas previstas na CLT, localizada no 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”. Este artigo busca proteger o trabalhador de eventuais ou habituais abusos por parte do empregador, constitui mais uma medida que visa proteger a segurança e saúde do operário, tentando frear labor em caráter excessivo, preservando a sua dignidade. No entanto, apesar de haver tal limitação, essa não impede o seu pagamento, ou seja, caso o empregado labore em horário extraordinário acima de duas horas diárias, o que acontece de maneira recorrente na realidade, este terá direito ao pagamento integral destas, com base na Súmula 379, I, do TST.

Outro motivo para a limitação do art. 59, da CLT, se dá em razão do combate ao trabalho escravo que constitui lesão gravíssima da dignidade da pessoa humana, da qual é previsto pena de dois a oito anos de reclusão e multa, além da pena correspondente a possível violência.

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.

O Ministério do Trabalho publicou a Portaria nº 1129, em 13 outubro de 2017, vinculando o conceito de trabalho escravo à restrição de liberdade mediante coação física, como por exemplo o conceito do que seria jornada exaustiva por meio da interpretação do inciso II, de seu artigo primeiro “jornada exaustiva: a submissão do trabalhador, contra a sua vontade e com privação do direito de ir e vir, a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis a sua categoria” tal dispositivo é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que um trabalhador se encontra em condições indignas de trabalho, restou afetados, a sua vida, saúde e segurança independentemente de sua concordância ou de sua privação de locomoção, não deixando de permanecer em condição semelhante a um escravo sem esses requisitos.

Essa interpretação também vai de encontro a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, que foi ratificada pelo Brasil em 1957, no qual se compromete a combater o trabalho forçado sob todas as formas. Portanto esta portaria resulta em um regresso no combate ao trabalho escravo, visto que o Brasil vinha assumindo uma postura de destaque nessa luta.

Como foi dito no tópico anterior, o trabalho em condições semelhantes à escravidão também é uma forma de dano existencial. Diante disso, é fundamental prezar, acima de tudo, pela proteção da vida humana, para que indivíduo não somente exista como também possa “viver”, não por acaso que foram mostrados diversos dispositivos jurídicos que amparam esse direito do trabalhador, do qual não somente constitui norma de direito trabalhista, mas também de direito fundamental do indivíduo.

Tais normas servem como alicerce que solidifica a proteção à liberdade, à saúde e a personalidade do operário, convalidando o direito ao planejamento pessoal, a vida íntima e a manutenção familiar, portanto, a sua existência. No tópico seguinte observaremos como tais normas estão sendo aplicadas pelos tribunais em suas decisões.

4 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (DISCURSO JUDICIAL)

As turmas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendem o dano existencial em conformidade com a doutrina, caracterizado pela conduta patronal em que pre-

judica ou impede de forma grave a esfera íntima do trabalhador, o privando de seu convívio no âmbito familiar e social, ferindo o direito da personalidade do indivíduo e indo de encontro a sua dignidade;

[...] a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2015, on-line).

O dano existencial por ser considerado um instituto novo, ainda possui diversas matérias controvertidas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda há o questionamento acerca de sua aplicação em conjunto ou substitutiva com o dano moral. Apesar da maior parte da doutrina defender que o dano existencial consiste numa espécie distinta e autônoma do dano moral, em suas decisões, o TST ainda classifica o dano existencial como uma subespécie do dano moral, não permitindo a cumulação de ambos.

Outro ponto ainda não pacificado, é se o nexo de causalidade deve ser provado ou assim como o dano moral, poderá ser presumido, nesse sentido, no julgamento do TST- RR-34800-83.2009.5.02.0446, o ministro Mauricio Godinho manifestou seu entendimento na direção que somente a jornada excessiva realizada pelo autor, que ultrapassa de maneira habitual o limite de horas extraordinárias legais, por si só já presumia o dano à vida pessoal do operário, pois atenta contra sua dignidade.

Porém, a oitava turma do TST, em julgamento mais recente, adotou posicionamento diferente, na ocasião decidirem pela imprescindível demonstração do nexo de causalidade da conduta do patrão com a lesão do projeto de vida, convívio social ou familiar do trabalhador;

[...] O cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização perseguida quando não for demonstrada a efetiva impossibilidade de convívio familiar e social, hipótese dos autos. Com efeito, embora se possa inferir do quadro fático delineado pelo Regional que houve sobrejornada além do

permissivo legal, não restou consignada, por outro lado, 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. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2017c, on-line).

Nessa demanda, o Tribunal Regional julgou procedente o pedido do dano existencial, entendendo que foi atendido seus pressupostos de existência decorrente da jornada extenuante e que o ônus da prova incumbia à reclamada, que por sua vez restou insuficiente, pois não conseguiu provar que a jornada trabalhada não cerceou o convívio social e o planejamento pessoal.

O Tribunal Superior do Trabalho não entendeu de igual maneira, em seu julgamento, a relatora argumentou que diferente do dano moral, o dano existencial não pode ser simplesmente presumido, mas sim devidamente comprovado, ou seja, é fundamental a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta danosa, no caso a jornada extraordinária e o prejuízo do convívio familiar e social, sendo este fato constitutivo para a ocorrência de tal dano. Como tal fato foi insuficientemente provado, considerou não restada caracterizado a sua existência, entendendo ser indevido o pagamento da indenização.

Em igual sentido julgou a quarta turma do TST, em outra demanda (TST-ARR-682-17.2014.5.09.0671) em que novamente o autor pleiteava o reconhecimento do dano existencial devido ao excesso de sua jornada de trabalho, considerada exaustiva, visto que ultrapassava de maneira habitual as dozes horas diárias, além de laborar em domingos e feriados. O tribunal reconheceu a existência de jornada extenuante, porém entendeu que esta por si só não constitui direito à indenização por dano existencial devido a ausência do nexo de causalidade, considerando que a então jornada laborada somente descumpria as normas trabalhistas de limitação de jornada.

Ressalte-se, por oportuno, que a prestação de horas extras, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a ensejar a condenação em danos existenciais. Apenas o contumaz descumprimento da legislação trabalhista, juntamente com a comprovação do prejuízo ao seu desenvolvimento pessoal e às relações sociais, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, o que caracteriza o efetivo dano existencial. (BRASIL, 2017e, on-line).

No tocante ao quantum indenizatório, assim como o dano moral, o TST entende que sua valoração atende a critérios subjetivos pelo fato de que nosso ordenamento jurídico não possui lei capaz de definir de maneira objetiva a fixação de tal valor. Desta forma, vejamos quais são os critérios adotados pelos tribunais acerca desse quantum, por meio do RR: 4918220125040023, do ano de 2017, julgado pela terceira turma do TST;

Assim, para a fixação do quantum indenizatório é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor. (BRASIL, 2017b, on-line).

Na decisão, foi mantida o valor da indenização por dano existencial na quantia de R\$ 40.000,00, considerado razoável e proporcional devido ao porte financeiro da empresa ofensora, que constitui uma rede de supermercados, a do ofendido, que era um simples funcionário, a gravidade do dano causado, assim como a finalidade punitiva, de caráter educativo à empresa.

A turma utilizou também a Súmula 126, firmada pelo próprio tribunal, em que explica ser “incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas”, admitindo como exceção somente os casos em que as instâncias inferiores fixarem valores que não sejam proporcionais ou razoáveis com o fato:

Com efeito, o TST adota o entendimento de que o valor das indenizações por danos morais só pode ser modificado nas hipóteses em que as instâncias ordinárias fixaram importâncias fora dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, porque o valor é exorbitante ou irrisório, o que não se verifica in casu. (BRASIL, 2017b, on-line).

Como podemos observar nas jurisprudências citadas, o maior número de demandas em que há ocorrência do dano existencial decorre da realização de cargas excessivas de trabalho, jornadas em que o trabalhador labora normalmente labora acima 10 horas diárias de maneira habitual, muitas vezes também em domingos e feriados. Partindo desse ponto, há o questionamento do quanto seria necessário para ocorrência de tal dano, ou seja, a partir de que ponto pode-se considerar que houve cercamento do convívio social do indivíduo.

A maior parte dos doutrinadores, como exemplo Angela Barbosa Franco, citada anteriormente, acredita que somente uma única ação patronal é capaz de aferir tal dano, desde que devidamente comprovado. Acontece que, por possuir caráter subjetivo, ainda está sujeita a interpretação do julgador, como exemplo podemos observar o entendimento firmado nos autos do processo RR- 99006220145130023.

Apesar de ter sido reconhecida a sobrejornada no acordão da regional e na instância superior, este julgou que em decorrência da não comprovação do nexo de causalidade e principalmente do curto período de contrato de trabalho, de seis meses de duração, não houve tempo suficiente para que haja presunção de lesão irreparável ao projeto de vida do trabalhador. Seguiu sua argumentação explicando a importân-

cia da não banalização do instituto, e que a jornada excessiva não decorre exclusivamente do empregador, visto que há ocasiões em que parte do empregado, dos quais definiu como “viciados em trabalho” ou “trabalhadores compulsivos”.

Ressalto, ainda, que nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (workaholic), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. (BRASIL, 2017d, on-line).

Um caso bastante peculiar se deu no julgamento do processo TST-RR: 15332320125040006 em 2015, no qual o Tribunal Regional *a quo* verificou a existência do dano existencial causado pelo excesso da jornada de trabalho imposta pela empresa ré, em que resultou no fim do relacionamento conjugal da autora, tal ato culminou em indenização no valor de vinte mil reais para autora.

De fato, a reclamante tinha poucas horas para dedicar-se, por exemplo, ao descanso, ao convívio familiar e social e ao lazer, atividades que orientam o plano existencial de cada indivíduo. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se têm como lastreado nas exigências da vida profissional da autora. (BRASIL, 2015, on-line).

O tribunal aceitou como meio de prova o depoimento da testemunha da reclamante, da qual contou ser o trabalho principal motiva do fim do relacionamento. Em sede recursal, o TST entendeu negou o provimento do recurso no que diz respeito ao dano existencial, pois manteve o entendimento do Regional, julgando pela existência do dano e o valor da indenização correto.

Portanto, decorrente da análise dos julgamentos mais recentes do TST, conclui-se que por se tratar de uma modalidade considerada “jovem” de direito imaterial, ainda há espaço para muitos questionamentos, os tribunais ainda estão tímidos em suas decisões e ainda há muitos pontos que precisam ser pacificados, como a possibilidade de presunção denexo de causalidade pela ocorrência de jornada exaustiva.

Em relação a sua classificação ainda há resistência dos tribunais de separá-lo do dano moral, vez que ainda não se admite a indenização cumulativa de ambos. No que se trata do valor da indenização, apesar de ser uma valoração subjetiva do julgador, as turmas adotam os mesmos critérios objetivos do dano moral.

Desse modo, está claro que este direito da personalidade vem cada vez mais se solidificando, a jurisprudência já reconhece a importância da defesa dos períodos de

convívio social do trabalhador, de forma que as sanções impostas pelo judiciário são fundamentais para proteger a parte hipossuficiente de tais práticas.

5 CONCLUSÕES

Após os devidos apontamentos, constatam-se recorrentes práticas trabalhistas que submetem o empregado a basicamente um mínimo descanso “suficiente” para poder exercer seu trabalho do dia seguinte, o impossibilitando de nesse espaço de tempo emergir alguma esfera social de interação e convívio.

Assim sendo, esta prática nas relações de trabalho acaba limitando a sua existência como indivíduo, pois faz com que o trabalhador esteja vivendo para o trabalho. Nesses casos, além de descumprir as normas trabalhistas está causando dano à construção da personalidade do trabalhador submetido a essas condições de trabalho, devido a privações de manter relações com outras pessoas assim como exercer atividades de lazer que são da fundamental importância para uma saudável higiene mental.

O fenômeno jurídico da lesão desse direito é denominado pela doutrina como dano existencial que é uma espécie de direito extrapatrimonial, autônomo, já que tem suas peculiaridades, o que não deve ser confundido com o dano moral apesar das semelhanças, já que o dano moral surge da lesão da honra, causando uma dor interna ao indivíduo, no sentido em que o dano existencial tem natureza externa, pois o indivíduo encontra-se privado de exercer atividades cotidianas da vida humana.

Por constituir ofensa ao princípio da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho, o dano existencial possui um considerável arcabouço jurídico que o sustenta, sendo recentemente incluído nos arts. 223-B e 223-C da CLT, mudança trazida com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

A jurisprudência encontra dificuldade em sua classificação, entendendo por vezes como uma subespécie do dano moral, sendo inaplicável a cumulação de ambas, mesmo podendo ser aplicado em conjunto com o dano material, desde que sejam provenientes da mesma causa.

Há também discussão acerca de estabelecer o meio de prova adequado para comprovação da restrição do convívio social, como a análise do conjunto probatório se encontra por vezes de maneira subjetiva pelo julgador, ainda há muito espaço para discussão do que seria a condição necessária para ensejar tal dano. No tocante a isso, o que o TST tem entendido é que esse dano deve ser devidamente provado e não somente presumido, contrariando decisões anteriores do próprio tribunal.

Pois bem, chega-se à conclusão de que é fundamental o reconhecimento do judiciário da existência de tais práticas capazes de gerar tantas consequências, assim como sua devida e firme atuação a fim de punir os eventuais causadores, pois, além de possuir caráter educativo, a indenização busca reparar, ainda que economicamente, o dano causado no projeto de vida do trabalhador ofendido pela conduta patronal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 169, ano 42, p. 113-126, São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016.

BEBBER, Júlio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n.1, p. 28, 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. Congresso Nacional. **Código Penal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10. abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 15332320125040006**. Recurso de revista. 1. Horas extras. Cargo de confiança. Art 62. II, da clt. Não configuração. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239064684/recurso-de-revista-rr-15332320125040006/inteiro-teor-239064762>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Portaria nº 1129**. 2017a. Disponível em: <http://sintse.tse.jus.br/documentos/2017/Out/16/para-conhecimento/portaria-no-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-dispoe-sobre-os-conceitos-de-trabalho-forcado-jornada-exaustiva-e-condicoes-analogas-a-de-escravo-para-fins-de-concessao-de-seguro-desemprego-ao-trabalhador-que-vier-a-ser-resgatado-em-fiscalizacao-do-ministerio-do-trabalho-nos-termos-do-artigo-2-c-da-lei-n-7998-de-11-de-janeiro-de-1990-bem-como-altera-dispositivos-da-pi-mtps-mmirdh-no-4-de-11-de-maio-de-2016>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 4918220125040023**. Recurso de revista. Indenização por dano existencial. Jornada de trabalho excessiva. Quantum indenizatório. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 27/09/2017b, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017b. Disponível

em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504900482/recurso-de-revista-rr-4918220125040023/inteiro-teor-504900502?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 102456020155150080**. Recurso de revista. Indenização por dano existencial. Jornada excessiva. Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 27/09/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017c. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504890008/recurso-de-revista-rr-102456020155150080/inteiro-teor-504890028?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 210200520155040028**. Processo sob a égide da Lei 13.015/2014 e anterior à lei 13.467/2017. Indenização por dano moral. Dano existencial. Prestação excessiva, contínua e desarrazoada de horas extras. Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2017e. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530679642/recurso-de-revista-rr-210200520155040028/inteiro-teor-530679672?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 99006220145130023**. Recurso de revista interposto na vigência da lei nº 13.015/2014. Dano existencial. Pressupostos. Sujeição do empregado a jornada de trabalho extenuante. Relator: Altinho Pedrosa dos Santos, Data de Julgamento: 29/11/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017d. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527459787/recurso-de-revista-rr-99006220145130023/inteiro-teor-527459806?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17. abr. 2019.

FRANCO, Angela Barbosa. Dano existencial: a especificidade do instituto desvelado a partir da violação ao direito de desconexão do emprego. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 72-88, jul.-dez. 2015.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o Dano Existencial. **Revista Eletrônica**, set. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95532/2013_frota_hidemberg_nocoas_fundamentais.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO internacional do trabalho. **Convenção 29**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

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

VÓLIA, Bomfim Cassar. **Direito do trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

VÓLIA, Bomfim Cassar. **Direito do trabalho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Data do recebimento: 14 de junho de 2020

Data da avaliação: 16 de junho de 2020

Data de aceite: 16 de junho de 2020

1 Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT; Advogado. E-mail: venicioporto@gmail.com.

2 Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT; Professor Adjunto do Curso de Direito da UNIT.

E-mail: menezes.sousaadv@gmail.com

