

O DANO EXISTENCIAL APLICADO AO DIREITO DO TRABALHO: UM ESTUDO SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EMPREGADOS NA HIPÓTESE DE SOBREJORNADA

Bruna Casimiro Siciliani¹

RESUMO: O dano existencial tem ganhado notável destaque entre os juristas. Para o direito italiano, o dano existencial é uma modalidade de dano autônomo, caracterizado pela ofensa ao projeto de vida e ao complexo de relações. Para o direito brasileiro, ele foi recepcionado como uma modalidade de dano extrapatrimonial, diversa do dano moral, e, no âmbito trabalhista, repercute nas relações de trabalho. O presente trabalho visa estudar as origens do dano existencial e sua configuração como violação dos direitos fundamentais no âmbito do direito do trabalho. Como abordagem metodológica, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Para tanto, a pesquisa traça as origens do dano no direito italiano e a sua recepção no direito brasileiro, além de abordar a sua fundamentação como dano imaterial que afronta os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a culminar na análise dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho dos anos de 2015 a 2018 sobre a caracterização de dano existencial no direito do trabalho nas hipóteses de sobrejornada.

Palavras-chave: Dano Existencial. Jornada Extraordinária. Responsabilidade Civil. Reparação Integral.

ABSTRACT: Existential damages have gained considerable prominence among legal scholars. In Italian law, existential damages are a *tertium genus* in damage classification, characterized by the offense to the life project and relational life and social relationships. In Brazilian law, existential damages are considered as a kind of non-material damages, which differs from moral damages, and its theory is also applied in labour law. This paper aims to study the origins of existential damages and their configuration as violation of fundamental rights in labour law. As a methodological approach, bibliographical and jurisprudential research was carried out. In order to do so, this study traces the origins of the damage in Italian law and its reception in Brazilian law, besides to approach its grounding as immaterial damage that confronts a violation of the fundamental rights constitutionally foreseen, culminating in the analysis of the precedents of the Superior Labor Court from 2015 to 2018 on the hypothesis of exceptional working hours.

Keywords: Existential Damages. Exceptional Working Hours. Civil Liability. Full Compensation.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do curso de direito da Escola Superior de Criciúma. E-mail: bruna.siciliani@gmail.com

INTRODUÇÃO

O dano existencial tem ganhado notável destaque entre os juristas. O conceito não é novo e tem sua origem no direito italiano, no ramo do direito civil relativo à responsabilidade civil. No entanto, a sua utilização como fundamentação para atribuir ao empregador o dever de indenizar o empregado quando ofendidos direitos decorrentes da relação de trabalho é recente, razão pela qual merece ser estudado e teorizado.

Para o direito italiano, o dano existencial é uma modalidade de dano autônomo, inserindo-se como um aspecto da tripartição do dano extrapatrimonial, diverso do dano moral subjetivo e do dano biológico. A doutrina civilista de responsabilidade brasileira, de forma semelhante, reconhece o dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial, diverso do dano moral *stricto sensu*. Logo, o dano existencial está compreendido na mesma categoria que o dano moral, como uma violação que atinge o titular de um direito enquanto ser humano.

Na seara trabalhista, o dano existencial ganha distinta relevância. Uma vez que a aplicação da teoria de responsabilidade civil é feita de forma subsidiária no direito do trabalho, recepciona-se a possibilidade de prejuízo ao empregado pelo dano havido na sua esfera pessoal, enquanto ser humano, que ofenda a sua existência no seu projeto de vida ou no âmbito das suas relações pessoais. Mas em que medida é possível estabelecer a caracterização do dano existencial no âmbito do direito do trabalho? Em que medida há a violação de direitos fundamentais do empregado? Como o Tribunal Superior do Trabalho está aplicando a teoria do dano existencial?

Para se chegar a uma conclusão, inicialmente, será estudada a evolução do conceito do dano existencial no direito italiano. Em seguida, surge a necessidade de se explorar a sua fundamentação como violação dos direitos fundamentais para, na sequência, conceituar e definir o que é o dano existencial no direito brasileiro, a fim de determinar quais são as suas características e o que o torna tão único e singular capaz de ser distinguido do dano moral. Posteriormente, é transposta a teoria do dano existencial concebida na esfera civil para ser aplicada nas relações de trabalho, a fim de se verificar como o Tribunal Superior do Trabalho está aplicando a teoria nas hipóteses de sobrejornada de trabalho.

O presente estudo não pretende ser exaustivo em si mesmo, mas visa fomentar o debate sobre as possibilidades de aplicação da teoria do dano existencial nas relações trabalhistas com a finalidade de se fazer a reparação do bem jurídico extrapatrimonial do empregado em sua totalidade.

1 A EVOLUÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO

A teoria sobre o dano existencial tem provocado grande interesse dos juristas brasileiros, tanto por parte dos doutrinadores quanto da jurisprudência. Trata-se de modalidade de dano extrapatrimonial, diferente do dano moral, que gera o dever de indenizar no campo da responsabilidade civil.

Sua origem remonta ao direito italiano, tendo a expressão sido cunhada pelos professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz (2000) na primeira metade da década de 1990. Nenhuma das classificações de dano existentes na teoria íta do dano, à época, permitia a fundamentação da reparação pelos danos causados na esfera pessoal da vítima pelas consequências de alterações na sua vida cotidiana, na prática de suas atividades diárias. Como resposta a essa lacuna, os juristas adotaram uma nova figura jurídica de ofensa causada à pessoa, chamando-a de dano existencial.

A nova figura jurídica reivindicada na doutrina levou algum tempo até conquistar seu espaço na prática dos tribunais. Originalmente no direito italiano, só haviam duas possibilidades de dano inseridas na categoria de dano extrapatrimonial (NEGRO, 2001): o dano biológico, que, além de envolver tanto os danos físicos, também contemplava os danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão ao corpo humano; e o dano moral propriamente dito, chamado por eles de "dano moral subjetivo". O cerne da questão consistia, portanto, em convencer os magistrados de que o prejuízo sofrido pelos indivíduos, relativo à sua esfera existencial, era de natureza imaterial.

Com efeito, o artigo 2.043 do Código Civil italiano (FIANDACA, 2009, p. 479), semelhante ao artigo 186 do Código Civil brasileiro, preceitua que "*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*", isto é, qualquer ação dolosa ou culposa, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que o cometeu a ressarcir o dano. Por sua vez, o artigo 2.059 do Código Civil italiano (FIANDACA, 2009, p. 479) dispõe

que “*il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”, ou seja, o dano extrapatrimonial deve ser compensado nos casos determinados por lei. Entretanto, a legislação italiana não fornece informações úteis sobre o significado da expressão *danno non patrimoniale*, incentivando a doutrina e a jurisprudência à construção complexa do conceito, razão pela qual a querela residuiu na análise da natureza jurídica do dano sofrido como de origem extrapatrimonial para que fosse reconhecido o dano existencial.

O dano existencial foi reconhecido pela primeira vez em 07 de junho de 2000, com a Decisão nº 7.713 da Corte de Cassação Italiana (CORTE DI CASSAZIONE, 2016a), que se manifestou sobre a caracterização de um tipo de dano não patrimonial, diverso da famigerada figura do dano moral (SOARES, 2009). Pouco tempo depois, no ano 2003, a Corte Constitucional Italiana, através da decisão nº 233/2003, reconheceu o dano existencial, e a Corte de Cassação Italiana, por meio dos julgados de nº 8.827/2003 (CORTE DI CASSAZIONE, 2016b) e nº 8.828/2003 (CORTE DI CASSAZIONE, 2016c), reforçou o seu entendimento.

O precedente da Corte de Cassação Italiana, a Decisão 7713/2000 (CORTE DI CASSAZIONE, 2016a), diferenciou as principais modalidades de danos extrapatrimoniais abrangidas em seu sistema de responsabilidade civil, interpretando a expressão *danno non patrimoniale* prevista no artigo 2.059 do Código Civil daquele país. A Corte classificou três modalidades distintas: o *danno morale soggettivo*, o dano moral subjetivo, compreendido como uma perturbação transitória do estado de ânimo de alguém, sem reflexos externos na sua vida pessoal; o *danno biologico*, o dano biológico, sendo este a lesão à integridade física e psíquica de um indivíduo ou um comprometimento da saúde; e o *danno esistenziale*, o dano existencial, conceituando-o como sendo o prejuízo oriundo da violação dos direitos fundamentais no âmbito do artigo 2.043 do Código Civil, à luz de uma leitura orientada constitucionalmente. Ou seja, o dano existencial está diretamente relacionado à violação de um direito ou garantia fundamental previsto na Constituição italiana.

A Corte de Cassação da Itália, por sua vez, na decisão nº 6.572/2006 (GAETANO, 2010), complementou o conceito de dano existencial, expandindo o seu significado para abarcar o prejuízo causado sobre atividades não patrimoniais do ofendido, conceituando-o como aquele que, “*alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo*

di occasioni per esprimere e realizzare nel mondo esterno la sua personalità" (GAETANO, 2010, p. 142), ou seja, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de se relacionar, perturbando sua rotina diária e privando-a da possibilidade de se expressar e realizar no mundo externo a sua personalidade. O dano existencial é, portanto, a modalidade de dano que altera a rotina da vítima, alterando a sua vida cotidiana, modificando a sua forma de se relacionar com a sociedade, causando prejuízo a sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de usufruir plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades (SOARES, 2009).

Pouco tempo depois, a Corte de Cassação da Itália, por meio da decisão nº 26.973 de 11/11/2008 (D'APOLLO, 2010), definiu ser o dano existencial uma modalidade de dano completamente autônoma e única, um *tertium genus*, dentro da categoria do *danno extrapatrimoniale*. Finalmente, em 2013, a Corte de Cassação, com a decisão nº 19.402 (D'APOLLO, 2010), confirmou o princípio da autonomia da reparação do dano existencial no ordenamento jurídico italiano como modalidade de dano *danno extrapatrimoniale* diverso do dano moral e do dano biológico, assegurando-o como uma violação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Como se vê, a inclusão da categoria do dano existencial no ordenamento jurídico italiano deu-se por meio de uma operação exegética constitucional dos preceitos estabelecidos no Código Civil daquele país, destinada a garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais previstos em sua Carta Magna, distinguindo-o do mero dano moral subjetivo.

2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Semelhante ao que é encontrado no direito italiano, no direito brasileiro também há uma lacuna acerca do conceito de dano moral. O Código Civil brasileiro, ao conceituar o ato ilícito civil em seu artigo 186 (BRASIL, 2016a), dispõe que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", restando à doutrina e à jurisprudência o conceito de dano moral.

O conceito de dano moral é compreendido em sentido amplo no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, dano moral *lato sensu*, que é a categoria de dano extrapatrimonial. Essa interpretação se dá à luz da Constituição da República

Federativa do Brasil, que, em seu artigo 5º, inciso 5º, prevê como direito fundamental do ser humano "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"(BRASIL, 2016b). Assim, a teoria brasileira de responsabilidade civil reconhece como categorias de danos o dano patrimonial, o dano extrapatrimonial (dano moral *lato sensu*), e o dano estético.

O dano patrimonial que é o dano material, que afeta o patrimônio material do ofendido, podendo se dividir entre danos emergentes e lucros cessantes, e a perda de uma chance, oriunda do direito francês. Já o dano extrapatrimonial é o dano moral *lato sensu*, que afeta a vítima em seus bens imateriais (PONTES DE MIRANDA, 1966), na sua esfera pessoal, enquanto ser humano. Por fim, o dano estético é o dano à imagem do indivíduo, o prejuízo experimentado em seu corpo físico consubstanciado na alteração morfológica do corpo humano, podendo causar deformidades ou aleijão.

Assim, para recepcionar o dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do trabalho exegético que articulou a doutrina italiana, a mesma interpretação constitucional deve ser realizada.

O dano moral propriamente dito, que será chamado de dano moral *stricto sensu*, reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileira, caracteriza-se pela ofensa aos direitos de personalidade da pessoa natural. Não basta qualquer abalo psicológico, pois meros dissabores da vida cotidiana não ensejam indenização por danos morais. A dor psicológica não é causa do dano, mas tão somente consequência. Como brilhantemente explanou Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 112), "assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém". Como se infere, o desequilíbrio e a ruptura pessoal devem ser tais que atentem contra o bom nome, a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa humana.

Logo, o dano existencial, para ser reconhecido como uma modalidade autônoma dentro da categoria de dano extrapatrimonial, tal qual já reconhece a teoria de responsabilidade civil italiana (DI PAOLA, 2009), deve se caracterizar como uma violação aos direitos fundamentais da pessoa humana diversos dos direitos de personalidade. Para tanto, convém elucidar o que sejam os direitos fundamentais.

O conceito de direitos fundamentais não está restrito apenas aos direitos declarados pelo constituinte, mas está ligado à ideia de Direito, ao sentimento

jurídico que permeia a coletividade (MIRANDA, 2000). Com efeito, o filósofo alemão Robert Alexy (1997) leciona que as normas de direito fundamental podem ser estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, ou podem ser chamadas de normas de direito fundamental atribuídas, isto é, atribuídas pela sociedade através dos princípios e valores que a norteiam.

Para José Afonso da Silva (2007), os direitos fundamentais, além dos previstos constitucionalmente, são aqueles que garantem uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Alexandre de Moraes (2000), por sua vez, leciona que os direitos fundamentais são aqueles que estabelecem condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, conceito este intrinsecamente ligado à existência da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil (2016b) traz, em seu corpo legislativo, a previsão de direitos e garantias fundamentais no Título II, artigos 5º a 17, no qual está incluído o direito à indenização. Não obstante, como visto, os direitos fundamentais não são taxativos, e podem ser encontrados por todo texto constitucional por meio de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos do parágrafo único do artigo 5º da própria Constituição. Segundo Jose Joaquim Gomes Canotilho (2003), este parágrafo consagra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

Além disso, consoante a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2009), os direitos fundamentais fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para a necessidade de uma interpretação à sua conformidade, o que "pode ser considerada - ainda que com restrições - como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição".

Logo, uma vez que o próprio direito à indenização por danos é direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, nada mais acertado do que interpretar o conceito de dano moral previsto pelo artigo 186 do Código Civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais. Esta conclusão é corroborada por Sérgio Cavalieri Filho (2012), para quem, à luz da Constituição vigente, o dano moral pode se dar tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito.

Dessa forma, a expressão "dano moral" legalmente prevista deve ser interpretada de forma ampla como violação aos bens imateriais, isto é, como violação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, desde aqueles que estabeleçam as condições mínimas de vida, de dignidade, de liberdade, de personalidade e de desenvolvimento da pessoa humana como um todo.

Na lição de Anderson Schreiber (2013, p. 5), o conceito dos direitos de personalidade "foi concebido por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado". Gustavo Tepedino (2004, p. 24), por sua vez, complementa o conceito ao definir os direitos de personalidade como sendo os "direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade".

Assim, a caracterização do dano moral *stricto sensu* ocorre pela existência de ofensa à direitos da personalidade, tais como nome, vida privada, imagem, honra, reputação e intimidade, que nada mais são do que a consequência do reconhecimento da dignidade humana (SOARES, 2009). Por sua vez, o dano existencial, como modalidade de dano moral *lato sensu*, caracterizar-se-á quando forem violados outros direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, quer estejam eles dispostos taxativamente ou não, podendo ser resumido o critério ensejador do dano de duas formas: o dano ao projeto de vida e ao complexo de relações da pessoa humana, alicerçado nos direitos fundamentais sociais, o que será aprofundado no próximo tópico.

3 DANO EXISTENCIAL: O DANO AO PROJETO DE VIDA E AO COMPLEXO DE RELAÇÕES

Ao ser recepcionado pela doutrina brasileira, o dano existencial foi incluído na categoria dos danos extrapatrimoniais (BEBBER, 2009), caracterizando-se como uma ofensa que altera, negativamente, a perspectiva de vida atual e futura da pessoa. O dano existencial "implica um não fazer" (GUEDES, 2008, p. 129), impedindo que o indivíduo continue a realizar as suas atividades habituais, ou frustrando-lhe a possibilidade de vir a desenvolver todas as suas potencialidades capazes de realizar o seu projeto de vida.

Na esteira do conceito do dano existencial, é possível dividi-lo em duas sub-modalidades ou espécies: o dano existencial pela ofensa ao projeto de vida, e o dano existencial por ofensa ao complexo de relações sociais. Ambos os elementos estão interrelacionados, haja vista que uma ofensa ao planejamento da vida de um indivíduo também causa prejuízo nas suas relações sociais, sendo o inverso também verdadeiro.

O primeiro refere-se à natureza interna do indivíduo, à sua esfera íntima e pessoal. Leva-se em consideração os planejamentos que nunca irão ocorrer ou se concretizar; as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade (WESENDONCK, 2011). Já o outro diz respeito à natureza externa do indivíduo, como é visto e como ele se relaciona com a sociedade.

No que tange ao projeto de vida, o dano existencial é aquele que causa prejuízo à liberdade de escolha do indivíduo (FROTA, 2010), uma vez que se vê impossibilitado de executar todos os atos necessários para chegar ao resultado que almejava, ao destino que antes havia desenhado para sua vida, tendo que se readaptar à sua nova realidade após a ocorrência do evento danoso, abrindo mão de sonhos e de objetivos que agora não são mais possíveis de serem alcançados (BEBBER, 2009). O projeto de vida traduz as possibilidades que possui o ser humano de existir dentro da sociedade, permitindo ao indivíduo celebrar as escolhas relativas às mais diversas áreas da sua vida, a fim de concretizar todas as expressões da sua personalidade.

Por sua vez, o dano ao complexo de relações pode ser compreendido como o dano ao "complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social" (SOARES, 2009, p. 44). Aqui, os danos também são experimentados de forma íntima pelo ofendido, mas eles também se externalizam na vida em sociedade, comprometendo também a forma como o conjunto social vê e reconhece a vítima enquanto ser humano. Enquanto animal político, o ser humano tem a necessidade de estabelecer relacionamentos interpessoais. A ofensa afeta tanto as relações que tinham possibilidade de serem edificadas, mas que, em virtude do evento danoso, foram removidas do conjunto de alternativas que o indivíduo possuía, como aquelas que efetivamente se tornam prejudicadas pela violação do direito do ofendido.

Não obstante ainda possa existir discussão a respeito da classificação do dano existencial no âmbito do direito brasileiro, é evidente que este não se confunde com o dano moral *stricto sensu*. Isso porque o dano moral *stricto sensu* fundamenta-se na ofensa aos direitos de personalidade previstos no Código Civil, enquanto o dano existencial se embasa na ofensa aos demais direitos fundamentais que atentem contra o projeto de vida e o complexo de relações da pessoa humana, como já exposto.

Especialmente no âmbito trabalhista, o dano existencial ganha contornos mais concretos de notável relevância, com a finalidade de reparar integralmente todos danos sofridos pelo empregado, não apenas aqueles havidos em decorrência da relação de trabalho, de natureza contratual e patrimonial, mas também aqueles que, afligindo a sua esfera pessoal, comprometem a própria existência do empregado enquanto ser humano.

4 O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Como é cediço, o direito civil é fonte suplementar do direito do trabalho, recepcionando este último a teoria civilista de responsabilidade. Dessa forma, responde o empregador pelos danos causados ao seu empregado em decorrência do vínculo da relação de emprego, podendo estes danos serem patrimoniais ou extrapatrimoniais, incluindo-se aqui o dano existencial de origem italiana.

Para a doutrina trabalhista, o conceito de dano extrapatrimonial foi remodelado, ganhando novos contornos de significado para integrar o conjunto de circunstâncias que envolvem as relações de trabalho. Dessa forma, além dos já tradicionais danos patrimoniais, de caráter material, também são passíveis de reparação os danos havidos na esfera extrapatrimonial do empregado que, além do dano moral, também implicam na violação do projeto de vida ou complexo de relações sociais do empregado.

O estudo ora realizado é baseado na pesquisa jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho referente às hipóteses de dano existencial na sobrejornada de trabalho, analisando-se acórdãos proferidos entre os anos de 2015 a 2018. A delimitação da pesquisa aos casos de sobrejornada justifica-se por serem frequentes os casos em que empregados laboram mais do que duas horas extras

diárias, limite este previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho, havendo, portanto, flagrante transgressão às normas trabalhistas.

Consoante o entendimento exposto no acórdão proferido em sede de Recurso Ordinário nº 523-56.2012.5.04.0292, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, corroborado pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Recurso de Revista do mesmo processo (BRASIL, 2016c), nas relações trabalhistas, o dano existencial se caracteriza pelo "prejuízo decorrente de uma série de limitações impostas à esfera da vida privada do indivíduo, em razão de condutas abusivas adotadas pelo empregador".

Assim, para os nossos julgadores, o dano existencial se configura pela impossibilidade de convívio social e familiar, bem como pela dificuldade de desenvolvimento intelectual e profissional do empregado, ou ainda pela supressão de seus períodos de lazer e repouso, elementos diretamente relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e necessários ao desenvolvimento sadio da personalidade do trabalhador (BRASIL, 2016c).

O fundamento jurídico do dano existencial nas relações de trabalho, à semelhança do que ocorre no direito italiano, como já exposto, também decorre de uma interpretação à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Do direito fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao "livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais" (BRASIL, 2016c) por parte dos empregadores.

Assim, esse tipo de dano se concretiza na esfera pessoal do empregado quando há violação aos seus direitos fundamentais, isto é, quando "o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho" (BRASIL, 2016c), sendo exemplo mais clássico desta hipótese a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à sobrejornada de trabalho, bem como a não concessão ou a concessão extemporânea do período de férias ao empregado.

Como se vê, trata-se do dano existencial em sua modalidade de dano ao complexo de relações, uma vez que, ao estar privado do convívio social e familiar, o empregado experimenta o prejuízo em estabelecer um relacionamento saudável tanto com o grupo social, como também com seu grupo familiar. Além disso, a

sobrejornada que sobrecarregar o empregado, impedindo-o de aproveitar seus momentos de lazer e descanso, comprometendo seu desenvolvimento profissional na função que atua para aquele empregador, bem como o impossibilitar de realizar outras atividades que por ventura possam fazer parte do seu planejamento pessoal e que integram o seu projeto de vida, também estão sujeitas à reparação por dano existencial.

Especificamente nesses casos, quando ultrapassados os limites legais, há direito fundamental violado previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2016b), que prevê o direito à educação e ao lazer como direito social de todo o cidadão. Isso porque, ao dedicar-se exclusivamente ao trabalho nos casos de jornadas extenuantes, o empregado tem o seu projeto de vida comprometido, ao não conseguir dar continuidade à sua formação educacional e profissional, além de ter o complexo de relações prejudicado, pois não consegue usufruir dos períodos de descanso destinados ao lazer.

Não obstante, é preciso destacar que não é apenas a inadimplência das verbas trabalhistas atinentes ao horário extraordinário, ou mesmo a mera constatação da sobrejornada, que enseja a condenação por dano existencial. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, conforme previsão normativa, essa política deve causar prejuízo ao trabalhador, que se vê impedido muitas vezes "de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso" (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 29).

De fato, ao contrário do que ocorre com o dano moral *stricto sensu*, que é tido como dano *in re ipsa*, isto é, comprovado pela força dos próprios fatos, o dano existencial deve ser efetivamente comprovado pela parte que alega, ou seja, que o uso indiscriminado e abusivo do trabalho do empregado em sobrejornada comprovadamente lhe causou uma privação em sua esfera pessoal, violando seus direitos fundamentais e gerando o dano.

Este é o entendimento consolidado da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, como se vê pelo acórdão proferido em sede do Recurso de Revista 354-59.2013.5.24.0007 (BRASIL, 2016d), que não conheceu o remédio recursal. Isso porque, conforme explanou a Ministra Maria de Assis Calsing "não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser

considerada como dano existencial". A conduta do empregador deve ser capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. No caso do supramencionado processo, embora tenha sido declarado inválido o regime de jornada adotado pelo empregador, o empregado não conseguiu comprovar que "tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais" (BRASIL, 2016d).

Por sua vez, o acórdão proferido no âmbito do Recurso de Revista 1392-42.2014.5.12.0028, que também não conheceu o recurso por falta de provas, dispõe que é necessária a prova da lesão objetiva. Para o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, "embora a possibilidade, abstratamente, exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para que sobre o indivíduo recaia a reparação almejada" (BRASIL, 2016e), não sendo possível que o dano existencial possa reconhecido à míngua de prova específica do efetivo prejuízo pessoal, social ou familiar.

Já o recente acórdão do Recurso de Revista nº 10413-33.2014.5.15.0004, (BRASIL, 2016f) publicado no dia 21 de outubro de 2016, proferido pelo Ministro João Batista Brito Pereira, sintetiza o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, ao expor que a

"jurisprudência desta Corte vem se orientando no sentido de que a submissão do empregado a jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras não justifica, por si só, o reconhecimento do dano existencial a ensejar indenização por ordem moral" (BRASIL, 2016f).

Na hipótese destes autos, a exaustiva jornada de trabalho indicada pelo reclamante, na qual se fundou o pedido de indenização por existencial, não restou demonstrada.

Outra decisão, desta vez proferida em sede do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1273-52.2015.5.06.0145 (BRASIL, 2016g), também publicado no dia 21 de outubro de 2016, de relatoria da Ministra Dora Maria da Costa, dispõe que o "cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização perseguida quando não demonstrada a efetiva impossibilidade de convívio familiar e social" (BRASIL, 2016g). Muito embora o quadro fático descrito nos autos efetivamente demonstrou ter havido sobrejornada

além do permissivo legal, o empregado não se desincumbiu do ônus de provar que tal jornada tenha de fato comprometido suas relações sociais ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito ao dano existencial perseguido.

Por sua vez, acórdão proferido no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 60-58.2015.5.23.0041, (BRASIL, 2016h) preceitua que, na "jornada de trabalho prorrogada, ainda que em excesso, não enseja, por si só, indenização por dano dito existencial. É preciso que haja a prova efetiva do dano, sem que se possa falar, em casos tais, em dano *in re ipsa*".

E, para consolidar em definitivo a distinção entre o dano moral *stricto sensu* e o dano existencial, o mais recente acórdão proferido no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1058-88.2015.5.06.0141 (BRASIL, 2018), julgado em 23 de maio de 2018, de relatoria da ilustríssima Ministra Maria de Assis Calsing, discorre que o dano existencial é espécie de dano imaterial, e, reafirmando o que proferiu na relatoria do acórdão em sede do Recurso de Revista 354-59.2013.5.24.0007 supramencionado (BRASIL, 2016d), reforçou que 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".(BRASIL, 2018)

Portanto, conclui a Ministra, que "o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo" (BRASIL, 2018).

Não obstante o entendimento da aplicação da teoria do dano existencial do direito do trabalho, a análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho de 2015 a 2018 demonstrou que a grande maioria dos casos não logra êxito na comprovação do efetivo prejuízo causado ao empregado.

Dessa forma, a aplicação do instituto italiano nas relações trabalhistas nos permite concluir que para a caracterização do dano existencial, o ato ilícito deve se configurar com a conduta culposa do empregador, que deve ocorrer de forma contínua, a perdurar no tempo. Além disso, deve haver prova cabal do prejuízo efetivamente experimentado pelo empregado, com comprovada perturbação dos seus níveis de existência, de modo a atingir contundentemente o seu projeto de vida ou o seu complexo de relações, havendo, pois a incontroversa violação dos seus direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do dano existencial já vem sendo largamente utilizada no direito do trabalho para fundamentar os pedidos de reparação pela violação dos projetos de vida e complexo de relações dos empregados, decorrente das atividades laborais que são exercidas. A violação não afeta o patrimônio corpóreo do empregado, mas sim seus bens jurídicos extramateriais, protegidos constitucionalmente através de direitos fundamentais.

O dano existencial não se confunde com o dano moral *stricto sensu*. Ambos são modalidades de dano moral *lato sensu*, isto é, de dano extrapatrimonial, que consistem em violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, mas que não se misturam. Enquanto o dano moral *stricto sensu* é a violação dos direitos de personalidade, o dano existencial é a violação ao projeto de vida ou ao complexo de relações.

Na seara laboral, haverá a ofensa desses direitos quando o empregado se vê privado do convívio familiar e social, dos momentos de lazer e de outras atividades que fazem parte de sua vida, em razão do trabalho, ocasionando um prejuízo em seu projeto de vida ou no seu complexo de relações. Caracterizado o dano em uma dessas modalidades, estará presente o dano existencial.

Especificamente, os casos de sobrejornada extenuante têm sido levados à apreciação judicial como origem dos danos existenciais causados e, conseqüentemente, passíveis de serem reparados por meio de indenização. Muito embora a própria legislação trabalhista já traga previsão do adicional de horário extraordinário nas hipóteses de prorrogação da jornada, se comprovados danos existenciais causados ao empregado, isto é, os prejuízos causados aos projetos de vida e ao complexo de relações devido a uma conduta culposa recorrente, o empregador terá cometido ato ilícito civil, nascendo ao trabalhador a pretensão de ser reparado integralmente pelo prejuízo que a violação aos seus direitos lhe tenha causado.

A contrário do que ocorre com os danos morais *stricto sensu* nas relações de trabalho, cujo dano em si prescinde de comprovação, bastando a prova do fato que gerou o dano, para a caracterização do dano existencial não basta a mera comprovação de afronta aos direitos trabalhistas. Para justificar o pedido de indenização por danos existenciais, é necessário que o empregado faça a prova de

que, em decorrência do direito transgredido, teve o seu projeto de vida frustrado, ou o seu complexo de relações comprometido. Uma vez que este seja provado no curso do processo, terá o empregado, vítima do ato ilícito, direito à receber indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: 1997.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) - Breves considerações**. São Paulo: LTR, v.73, n.I, jan. 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. *In* Dano Existencial, Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 2, n. 22, setembro de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 15 de dezembro de 2016a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 de dezembro de 2016b.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 523-56.2012.5.04.0292**. Rel. Min. Vieira de Melo Filho. 7ª Turma. Publicado no DJE 28/08/2015. Acesso em 09.04.2016c.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 24802-17.2014.5.24.0022**, Rel. Min Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Publicado no DJE 08/04/2016. Acesso em 05.05.2016d

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 354-59.2013.5.24.0007**. Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma. Publicado no DEJT de 18/9/2015. Acesso em 17.12.2016e.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1392-42.2014.5.12.0028**. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Publicado no DEJT de 18/3/2016. Acesso em 17.12.2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10413-33.2014.5.15.0004**. Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Publicado no DEJT de 21/10/2016. Acesso em 17.12.2016f.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1273-52.2015.5.06.0145**. Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Publicado no DEJT de 21/10/2016. Acesso em 17.12.2016g.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 60-58.2015.5.23.0041**. Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Publicado no DEJT de 7/10/2016. Acesso em 17.12.2016h.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1058-88.2015.5.06.0141**. Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Publicado no DEJT de 25/05/2018. Acesso em 25.05.2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CENDON, Paolo, ZIVIZ, Patrizia. **Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

CORTE DI CASSAZIONE. **Sentenza nº 7.713 del 07/06/2000**. <<http://www.infoleges.it/Service5/Scheda.aspx?Service=5&id=183715>> Acesso em 14 de dezembro de 2016a.

_____. **Sentenza nº 8.827 del 31/05/2003**. http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/19dicembre2005/CASS_CIV_8827_2003.pdf?cmd%3Dart> Acesso em 14 de dezembro de 2016b.

_____. **Sentenza nº 8.828 del 31/05/2003**. <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2005/Documenti%20lunedì/19dicembre2005/CASS_CIV_8828_2003.pdf?cmd%3Dart> Acesso em 14 de dezembro de 2016c.

D'APOLLO, Luca. **Danno biologico risarcito secondo le tabelle**. Dogana: Maggioli Editore, 2010.

DI PAOLA, Nunzio Santi. **Il danno non patrimoniale: questioni processuali**. Itália, Guiffè Editore, 2009.

FIANDACA, Lucrezia, **Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali**. Itália: Guiffè Editore, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Belo Horizonte: Revista Ciência Jurídica, v. 24, 2010

GAETANO, Annuziata. **Responsabilità civile e risarcibilità del danno**. Itália: Padova, 2010.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTR, 2008.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **O Dano Existencial no Direito do Trabalho.** *In* Dano Existencial, Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 2, n. 22, setembro de 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Volume 4. Lisboa: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRO, Antonello. **Il nuovo danno biologico:** prova, liquidazione, casistica. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvancanti. **Tratado de Direito Privado,** parte especial, volume 53: direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2013

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

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

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro *in* TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira – um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris,** Porto Alegre, v. 123, ano XXXVIII, set. 2011.