

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES MARÍLIA - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROVA

MARÍLIA/SP
2017

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Linha de pesquisa:
Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

MARÍLIA/SP
2017

Afonso, Kleber Henrique Saconato.

Dano existencial na relação de emprego e a prova;

Orientador: Prof. Dr. Nelson Finotti Silva.

146f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Relação de emprego. 2. Responsabilidade civil. 3. Dano existencial.
4. Distribuição do ônus da prova. 5. Contaminação do julgador.

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROVA

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – UNIVEM, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

Orientador: _____
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franze

Marília-SP, 10 de julho de 2017.

Dedico este trabalho aos meus pais (Gentil e Tereza), a minha esposa Michelle e meus filhos Isabela e Miguel, pessoas fundamentais na minha vida, que me impulsionam e garantem minha existência, souberam entender minhas ausências e me incentivam a superar todos os obstáculos, a vocês minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo a DEUS, porque nele deposito toda minha existência e por me dar força e fé para sempre acreditar. Obrigado, Senhor.

Meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador Professor Doutor Nelson Finotti Silva que me orientou da melhor forma, pessoa amiga, de extrema humildade, competência e conhecimentos e que, a cada conversa, sabe incentivar cada vez mais ao estudo. Saiba que o senhor é referência para mim e tenho certeza que para todos os que o conhecem. Meu muito obrigado.

Da mesma forma agradeço aos demais professores do mestrado da Univem, visto que todos sempre muito prestativos e, principalmente, pelas contribuições educacional e profissional.

Agradeço duas pessoas que são meu suporte e, embora não puderam contribuir diretamente para elaboração deste trabalho, contribuíram de forma indireta. Essa contribuição decorre tão apenas pelo fato de existirem, de permitirem a benção diária e o maior bem que um filho pode ter, que é os chamarem de pai e mãe e, ainda, por diariamente me ensinarem a suportar dificuldades que são apresentadas pela vida e mesmo assim prosseguir. Vocês são meus exemplos.

Faço também meus agradecimentos a minha esposa Michelle e meus filhos Isabela e Miguel. Vocês são simplesmente fundamentais e contribuíram me incentivando dia a dia para a conclusão deste trabalho, pois souberam respeitar minhas ausências e, quando passava um sentimento de desistência, de forma positiva, os três me levantavam. Amo demais vocês, minha vida sem vocês seria apenas um vazio.

Ao meu parceiro-irmão Doutor Marcelo Truzzi Otero, que contribuiu com este trabalho desde o início, quando me incentivou a iniciar o mestrado e com o tema, além das trocas diárias de informações. Com você aprendo muito, além de parceiro de trabalho, é um grande amigo e um exemplo de profissional para seguir, muito obrigado por tudo.

Também fica consignado meus agradecimentos aos meus sogros e demais familiares que contribuíram de forma indireta, entendendo as minhas ausências.

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.

RESUMO

O trabalho busca apresentar um estudo por meio do método dedutivo sobre nova modalidade de dano extrapatrimonial, de origem no direito italiano, e que foi recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico, precisamente, diante da cláusula geral e sistema aberto quanto à reparação civil, que se refere ao dano existencial. Para tanto, faz um levantamento histórico sobre o dano em questão, passando pela apresentação da existência e do existencialismo filosófico para, diante disto, demonstrar a autonomia deste dano, a fim de aplicá-lo ao lado do dano patrimonial, moral, estético, perda da chance, com o fim de reparar integralmente a vítima de ofensa a um projeto de vida, ou da vida de relação, desde que essa frustração decorra de infração contratual e seja razoável. Apresentam-se todos os requisitos necessários para a configuração do dano em questão, para o fim de evitar banalizações do instituto perante os tribunais. Na sequência, faz-se um estudo sobre a necessidade da prova, passando pelos procedimentos do processo do trabalho e do processo civil, que se aplica de forma subsidiária e supletiva, já que, mesmo se tratando de natureza civil e indenizatória, por decorrer da relação de emprego, a competência é atraída para a justiça do trabalho. Esta pesquisa destaca, ainda, o ônus da prova, e sua distribuição estática, e a atual teoria da distribuição dinâmica, concluindo pela necessidade expressa da prova de todos os elementos que contribuem para configuração do dano existencial, inclusive. Por questões didáticas, o trabalho divide o campo da prova em três etapas: a primeira vinculada às infrações do contrato de emprego; a segunda, à responsabilidade civil e a terceira, à frustração do projeto de vida e da vida de relação e os reflexos do ônus e distribuição dinâmica em cada uma delas. O estudo se encerra apresentando um questionamento em relação à possibilidade de contaminar a imparcialidade do julgador que participa da fase de instrução, fase de maior importância no processo, vez que tem o fim de convencer e formar convicção para o julgamento, com isso, o devido processo legal deveria atender ao julgamento com juiz diverso do que participa da colheita da prova.

Palavras-chave: Relação de emprego. Responsabilidade civil. Dano existencial. Ônus da prova. Contaminação do julgador.

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.

ABSTRACT

The paper seeks to present a study by means of the deductive method on the new modality of off-balance damages, originated in Italian law and that was received by our legal system, precisely, before the general clause and open system regarding civil reparation, which refers to the Existential damage, making a historical survey of the damage in question, passing through the presentation of existence and philosophical existentialism, and, on the face of it, demonstrate the autonomy of this damage, in order to apply it alongside property damage, moral, aesthetic, loss Of the chance, in order to fully repair the victim of offense to a life project or life relationship, provided that such frustration arises from breach of contract and is reasonable. This will provide all the necessary requirements for the configuration of the damage in question, in order to avoid banalization of the institute before the courts. Still, in another chapter it makes a study on the necessity of proof, going through the procedures of the labor process and the civil process, which is applied in a subsidiary and supplementary way, since even if it is a civil nature and indemnity, due to the relationship of Employment, competence is attracted to the Labor Court and also with a focus on the burden of proof and its static distribution and current theory of dynamic distribution, concluding by the express necessity of proof of all elements that contribute to the configuration of existential damage, In addition, the work divides the field of evidence into three stages for didactic purposes, the first one linked to the infractions of the employment contract, the second to civil liability and the third to the frustration of the life project and the life of the relationship and the reflexes Of the burden and dynamic distribution in each of them, and ends the study presented a questioning regarding the possibility of contami To the impartiality of the judge who participates in the investigation phase, a phase of greater importance in the process, since it has the purpose of convincing and forming conviction for the trial, and with that, due process of law should attend the trial with a different judge than Participates in the taking of evidence.

Keywords: Employment relationship. Civil responsibility. Existential damage. Burden of proof. Contamination of the judge.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CC/16 – Código Civil de 1916

CCI –Código Civil Italiano

CPI – Código Penal Italiano

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRI – Constituição da República Italiana

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

DSR – Descanso Semanal Remunerado

EC – Emenda Constitucional

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IN – Instrução Normativa

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT da 15ª Região – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	10
1 DO DIREITO DO TRABALHO	13
1.1 Histórico	13
1.2 O direito do trabalho e a proteção do trabalhador	19
1.2.1 Relação de emprego.....	22
1.2.2 Sujeitos da relação de emprego	24
1.3 Direitos mínimos assegurados na relação de emprego.....	26
1.4 Direitos fundamentais.....	30
1.5 Dignidade da pessoa humana	36
1.6 Da competência da justiça do trabalho	39
2 DO DANO EXISTENCIAL	42
2.1 Histórico	42
2.2 Conceito.....	56
2.2.1 Do dano	56
2.2.2 Do existencialismo nas lições de Karl Jaspers	57
2.2.3 Do dano existencial	59
2.3 Elementos necessários para concretização do dano existencial	64
2.4 Aplicabilidade no sistema brasileiro e a autonomia do dano existencial	76
2.5 Das decisões envolvendo dano existencial.....	93
3 DA PROVA DO DANO EXISTENCIAL	100
3.1 Do procedimento processual	100
3.2 Da prova	105
3.3 Objeto de prova para configuração do dano existencial.....	109
3.4 Ônus da prova em relação ao dano existencial na relação de emprego.....	113
3.5 Da aptidão do ônus da prova, da distribuição dinâmica, presunção e regra de experiência.....	118
3.6 Da produção da prova e a contaminação do juiz que dela participa.....	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS	130
REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS	137

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho e, via de consequência, o processo do trabalho passa a se deparar com uma nova interpretação das relações particulares e de dano, a exemplo, o dano existencial, cujo ato ilícito praticado pelo infrator interfere diretamente na vida pessoal do trabalhador e se prolonga para fora do ambiente de trabalho, com a frustração do projeto de vida e de relação com pessoa.

De origem no Direito Italiano, foi aceito em nosso ordenamento com suporte nos incisos III e IV, art. 1º da CRFB¹, que atribuiu a *dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil, assim como, diante do sistema atípico e aberto, com cláusula geral quanto ao dano extrapatrimonial.

Ocorre que, não obstante os estudos a respeito do dano em questão, persiste uma deficiência da doutrina e em nosso ordenamento jurídico quanto às interpretações necessárias para se analisar o dano existencial, no caso específico na relação de emprego, precisamente quanto a sua autonomia, focada na reparação integral da vítima, e quanto à análise envolvendo a prova para configuração do dano existencial para efeito desta reparação, a fim de afastar a caracterização do dano por presunção.

Diante disto, o presente estudo propõe analisar, utilizando-se do método dedutivo, no primeiro capítulo, tanto o direito do trabalho desde sua evolução histórica, como os sujeitos que participam do contrato de emprego. Não obstante a aplicabilidade da dignidade humana, não se pode deixar de ponderar, ao julgar o caso concreto, a posição do empregador na relação de emprego e na ordem econômica, muitas vezes diante da determinação legal (art. 2º da CLT²) que atribuiu a ele o ônus de assumir o risco do negócio e também a liberdade e boa-fé contratual das partes, fundamento do contrato, arts. 421 e 422 do CC^{3/4}, visto que, por inúmeras vezes, o trabalhador, capaz, solicita, por livre e espontânea vontade, a venda das férias, ou trabalho além da jornada seja para ter um ganho maior, seja porque o seu projeto de vida é constituir capital, por isso torna-se viciado em trabalho (denominado de *workaholic* que significa uma *pessoa* que trabalha compulsivamente), mas, depois de um determinado

¹Art. 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; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

³Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

tempo, busca, perante o processo do trabalho, o dano existencial, mesmo tendo recebido as verbas patrimoniais.

No segundo capítulo, analisam-se os pontos referentes ao próprio dano existencial, fazendo, da mesma forma, uma evolução histórica, apontando as primeiras decisões, assim como sua entrada e aceitação no nosso ordenamento jurídico, além dos elementos necessários para caracterização do dano.

Com isso, apresenta-se um estudo doutrinário e jurisprudencial quanto ao conceito do dano, de existência com base em referencial teórico de Karl Jaspers (1973) quanto à filosofia existencial, com destaque para o existencialismo a fim de se obter uma melhor compreensão do dano. Sustenta-se, também, a autonomia do dano existencial, distinguindo-se, dentro do dano extrapatrimonial, do dano moral, estético e da perda da chance, ressaltando-se que não basta a ocorrência da infração contratual por parte do empregador – a exemplo: excesso de jornada de trabalho, inexistência de intervalos, não concessão de férias, acidente de trabalho, inexistência de anotação em CTPS, etc. –, pois cabe a demonstração em complemento da frustração do projeto de vida e da vida de relação. Tal situação é importante, até mesmo, para conseguir distinguir do dano meramente patrimonial, que é reparado com o pagamento das verbas decorrentes das infrações contratuais, a exemplo, excesso de jornada com o pagamento de hora extra, ausência de férias com o pagamento delas em dobro e assim por diante, evitando-se a banalização de pedidos e o enfraquecimento do instituto que se refere a um instrumento de suma importância para reparar a afronta a direito social, no caso do trabalhador.

O segundo capítulo encerra-se apontando os fundamentos que vêm sendo apresentados pelos Tribunais, limitando-se à análise da jurisprudência do TST e do TRT da 15ª Região, Campinas-SP, na qual se verifica, de forma clara, a divergência de fundamentação, considerando dano existencial como dano moral, outros exigindo a prova convicta para configuração e outro, embora minoritário, entendendo ser dano presumido, quando demonstrado apenas a infração contratual, a exemplo, jornada excessiva, o que presume a afronta a direito social prescrito no art. 6º da CRFB⁵.

Diante desta divergência que ainda assola nos tribunais e doutrinas quanto ao dano existencial, apresenta-se no terceiro capítulo uma análise da prova quando envolver a origem em contrato de emprego, precisamente apurando-se a prova em três etapas, a primeira quanto

⁵Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

à infração contratual do trabalho, a segunda em relação aos elementos da responsabilidade civil e a terceira, aos elementos exclusivos do dano existencial, para evitar o deferimento de indenização por mera presunção, equiparando o dano existencial ao dano moral, neste aspecto aponta-se o efetivo ônus de cada parte, distribuindo-o, precisamente, quanto à infração contratual, à responsabilidade e ao dano existencial. Não deixando de analisar dentro do campo da prova a atual distribuição dinâmica da prova.

No mais, ainda dentro da prova, o estudo apresenta um questionamento quanto à imparcialidade do julgador que instrui um processo envolvendo tais pedidos, sob o aspecto da psicologia e a contaminação do julgador diante da colheita da prova, afastando a identidade física do julgador na prolação da sentença.

Ao final deste trabalho, conclui-se pela necessidade de tutelar esse direito, inclusive para efetivar a dignidade da pessoa humana, com a reparação integral dos atos praticados pelo infrator, considerando e apontando a autonomia que se destaca do próprio conceito e requisitos ensejadores, além da real necessidade de prova, cujo ônus, diante da distribuição, – quanto à frustração do projeto de vida e da vida de relação – cabe exclusivamente à vítima e ao terceiro vinculado por afinidade, já que passível de indenização por ricochete. Considerações necessárias, e salutares, para o fim de evitar a banalização do novo instituto e impedir a criação de uma nova “indústria do dano”, no caso de dano existencial, o que poderia provocar o surgimento, como já ocorreu no dano moral, de uma nova modalidade de requisito de iniciais trabalhistas na qual se embute o pedido sem qualquer fundamento fático, com o fim de vantagens patrimoniais e decisões muitas vezes sem fundamento exposto.

Tais reflexões são de extrema importância, uma vez que o direito passou a dar valor a situações jurídicas essenciais mínimas com o fim de proteger a pessoa, no caso de relação de emprego, assegurando ao empregado os direitos sociais, para se atingir o fundamento máximo constitucional e infraconstitucional, que é a dignidade da pessoa humana e, muitas vezes, por estar em contato direto com a prova e com a possibilidade normativa de produzir provas que entende necessárias, acaba, sem sombra de dúvida, por contaminar o julgamento, retirando-lhe a imparcialidade necessária para assegurar o devido processo legal.

1 DO DIREITO DO TRABALHO

O presente capítulo inaugura o estudo apresentando o direito material do trabalho com os respectivos sujeitos desta relação, com enfoque na fragilidade do empregado diante do poder econômico do empregador, justificando-se a proteção pelo direito do trabalho, a fim de assegurar a igualdade e dar efetividade aos direitos mínimos assegurados, via de consequência, aos direitos fundamentais, com o que atenderá à dignidade da pessoa humana, sob pena de, uma vez afrontados pelo ofensor, ser passível de reparação perante a justiça do trabalho em face da competência constitucional.

1.1 Histórico

Embora não seja o direito do trabalho e sua especificação o ponto e foco principal deste estudo, depreende-se da introdução a necessidade de ser explorado, visto que o dano existencial, que ora se propõe analisar, decorre da relação de emprego e das afrontas aos direitos trabalhistas e sociais, por isso justifica-se a importância do conhecimento da história e evolução deste ramo do direito, precisamente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Num primeiro momento, faz-se mister analisar a relação de emprego, a partir do momento histórico que passou a ser valorado e institucionalizado, posto que o trabalho, por si só, é tão antigo como o ser humano e por este sempre foi realizado, embora o fosse sem subordinação e sem proteção legislativa.

Diante disto, o trabalho era realizado com a natureza de escravidão e de servidão, sem possuir, por exemplo, qualquer subordinação ou preocupação com os direitos trabalhistas. Tal situação existia, em primeiro lugar, porque o escravo era de propriedade do seu amo, e, em segundo, porque o servo destinava seu trabalho como recompensa de proteção política e militar, portanto, em total desvalorização do ser humano.

Somente com a Revolução Industrial, no século XVII, foi que surgiu a relação de emprego, posto que a prestação de serviço passou a ser subordinada, por isso essa revolução é apontada como causa econômica direta do surgimento do direito do trabalho⁶.

Nesse sentido, arremata Delgado⁷, ao sustentar que no período da Revolução Industrial começou uma construção da relação do trabalho com subordinação e a interferência

⁶ BARRETO, Gláucia; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito do Trabalho*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.3.

do direito do trabalho na economia. Porém, devido aos abusos do poder econômico, as jornadas de trabalhos eram exaustivas e sem qualquer proteção devida ao trabalhador, inclusive sem proteção, ou distinção entre o trabalho de homens, mulheres e crianças. Situação favorável para o surgimento de reivindicações.

Nota-se que o excesso de jornada de trabalho persiste até os dias atuais e em tal magnitude que ultrapassou não apenas a barreira da mera infração contratual, reparado como o pagamento da hora acrescida de adicional de hora extra, mas sim, afrontando direito social que autoriza o pagamento da indenização por dano à existência humana.

Retomando o contexto das reivindicações surgidas no bojo da Revolução Industrial, segue o ensinamento apresentado por Barreto, Alexandrino e Paulo:

Nos tempos iniciais da Revolução Industrial, as condições de trabalho dos operários – homens, mulheres e crianças – eram extremamente desumanas, chegando a jornada diária a até 16 horas, não existindo limite mínimo de idade para o trabalho infantil, tampouco regras de proteção contra acidentes de trabalho ou de amparo a suas vítimas etc. Com o tempo, entretanto, a nova classe de trabalhadores começou a reunir-se, associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho para eles próprios e foram obtendo, as duras penas, graduais avanços.⁸

Em relação aos abusos praticados com a exploração da mão de obra pela Revolução Industrial diante do surgimento de uma nova classe de trabalhadores, Jorge Neto e Cavalcante demonstram, em seus ensinamentos, relatos de tais abusos aos direitos dos trabalhadores e, via de consequência, ao próprio ser humano, fazendo uma comparação entre o trabalho prestado pelos escravos e o prestado pelos trabalhadores livres na citada Revolução⁹.

⁷[...]. De fato, apenas já no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalho seria reconectado de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos.

[...]. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia do conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017. p.92.

⁸ BARRETO, Glaucia; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 4.

⁹Com apego à liberdade de contratar, valorizando a plena autonomia de vontade das partes, o capitalismo industrial trouxe consigo a exploração desmesurada da forma de trabalho. Registros históricos demonstram a existência de vários relatos de intermináveis horas de trabalho, chegando às vezes ao limite de 18 horas diárias, sem haver a distinção entre o trabalho das mulheres, das crianças e dos homens. Era frequente os trabalhadores dormirem nas próprias fábricas em condições péssimas; há relatos de castigos físicos se a produção não atingisse os limites estabelecidos pelo patrão. De fato, a única diferenciação existente entre o trabalho ‘livre’ na Revolução Industrial e o escravo é o pagamento dos salários (parcos valores). JORGE NETO, Francisco

Com isso e pelas reivindicações coletivas de melhoria, a primeira legislação que tutelou a garantia de proteção ao trabalhador surgiu na Inglaterra, no século XVIII, com a Lei de *Peel' Act*, de 1802, e referiu, em síntese, ao limite mínimo de idade e de jornada de 12 horas diárias de trabalho para os trabalhadores na indústria.

A preocupação com o abuso e também com a proteção da saúde do trabalhador mostrou-se perante a Igreja Católica, na Itália, com manifestação da Encíclica *Rerum Novarum* em 1891, lavrada pelo Papa Leão XIII, com importante influência na busca pela melhoria de condições e valorização do trabalhador. A preocupação da Encíclica era regular e estabelecer as regras entre trabalho e capital, repudiando os danos e a injustiça provocados aos trabalhadores, seres humanos.

Ainda sobre a evolução da proteção, no âmbito constitucional, tem-se a Constituição do México, promulgada em 05 de fevereiro de 1917 e sendo a primeira a incluir textualmente os direitos dos trabalhadores¹⁰.

Na sequência, surge novo avanço da textualização de direitos trabalhistas de ordem constitucional, com a Constituição de Weimar, na Alemanha, promulgada em 11 de agosto de 1919. No mesmo ano, ao final da Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes, criou-se a OIT. A partir de 1919, o direito do trabalho passa a ganhar destaque com avanços para o fim de atender à proteção do trabalhador em contrapartida ao abuso do capital.

Portanto, tem-se a fase chamada de formação, a segunda fase chamada de intensificação e a terceira fase que se refere à consolidação, cada uma com seus respectivos períodos e marco inicial, destacada de forma clara e resumida por Delgado¹¹.

Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

¹⁰O principal texto da Constituição do México de 1917 é o art. 123, com trinta e um incisos, nos quais incluem-se o direito à jornada normal diária de oito horas, jornada máxima noturno de sete horas, proibição do trabalho de menores de doze anos e limitação a seis horas para menores de dezesseis anos, descanso semanal, proteção à maternidade, salário-mínimo, igualdade salarial, adicional de hora extras, proteção contra acidentes do trabalho, higiene e segurança do trabalho, direito de sindicalização, direito de greve, conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas, indenização de dispensa, seguros sociais etc. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274-275.

¹¹A fase da *formação* estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel' Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da *intensificação*) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da *consolidação*) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da *autonomia* do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 99.

No que diz respeito ao Brasil, o primeiro período em que se verifica a evolução do direito do trabalho se dá de forma específica entre 1888 até 1930, a partir da extinção da escravidão, com a Lei Áurea nº 3.353, sancionada em 13/05/1888, e várias outras legislações regulamentando o direito do trabalho, a exemplo, Decreto nº 1.313, de 17/01/1891, que proibiu trabalho do menor de 12 anos, salvo se aprendiz, em fábricas e fixou jornada de 7 horas para o menor entre 12 e 15 anos para o sexo feminino e 9 horas para os menores entre 12 a 14 anos do sexo masculino, entre outras restrições apresentadas, e Decreto nº 4.982 de 24/12/1925 que concedeu 15 dias úteis às férias dos trabalhadores do comércio, indústria e bancos, etc.

O segundo período, que se dá a partir de 1930 até a Constituição de 1988, foi um marco fundamental da evolução dos direitos trabalhistas e que iniciou uma nova fase do direito do trabalho e dos direitos sociais, valorando como fundamento da própria República a dignidade da pessoa humana, inciso III, art. 1º da CRFB.

Como legislação infraconstitucional referente a este segundo momento até a primeira Constituição que tratou textualmente do direito do trabalho em proteção ao trabalhador, que foi a de 1934, pode-se citar a título de exemplificação o Decreto nº 22.132, de 25/11/1932, que criou a Junta de Conciliação e Julgamento, atualmente revogado.

No âmbito constitucional, a primeira que tratou textualmente dos direitos trabalhistas e tutelou o trabalhador foi a de 1934, promulgada em 16/07/1934, instituindo-se direitos, precisamente, no art. 121¹², tais como: proteção ao salário mínimo, proibição de diferença de salário por motivo de idade, sexo, nacionalidade e estado civil, jornada de trabalho de 8 horas, proibição de trabalho para menores de 14 anos, proibição de trabalho noturno para menores de 16 anos, férias anuais remuneradas e assistência médica e sanitária aos trabalhadores e gestantes.

¹² Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Em seguida, a Constituição de 1937, promulgada em 10/11/1937, manteve em seu art. 137¹³ os direitos da anterior, estabelecendo o descanso semanal aos domingos e instituindo a licença anual remunerada por ano de serviço, estabilidade no emprego, garantia do contrato de trabalho em caso de sucessão, assim como estabeleceu o reconhecimento da liberdade de associação profissional e sindical (art. 138¹⁴), os quais foram suspensos posteriormente em 1942, pelo Decreto nº 10.358.

Entre as Constituições Federais, em 1943 foi outorgado o Decreto-lei nº 5.452, de 1º/05/1943, que constitui a CLT, diploma legal que sistematizou as leis trabalhistas esparsas até então existentes, incluindo o direito material do trabalho individual e coletivo e o processo do trabalho. Instrumento normativo de suma importância para regulamentação dos direitos mínimos prescritos na CRFB.

Após, e na vigência da CLT, adveio a Constituição de 1946, em 18/09/1946, que trouxe grande cunho de direitos trabalhistas no art. 157¹⁵, mantendo os existentes nas

¹³ Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942). a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho; c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa; d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada; f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno; k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

¹⁴ Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942).

¹⁵ Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição

anteriores e acrescentando outras normas protetivas, a exemplo: salário mínimo regionalizado, adicional noturno, participação nos lucros das empresas conforme lei, higiene e segurança do trabalho, proteção ao trabalho do menor e à mulher gestante, percentagem entre trabalhadores brasileiros e estrangeiros, estabilidade e indenização por dispensa imotivada, reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva e aos desempregados; previdência social, seguro contra acidente de trabalho, igualdade entre trabalho manual, técnico e intelectual e, no art. 158¹⁶, reconheceu o direito de greve, antes considerando conduta antissocial.

Ainda, antes da CRFB em vigência, em 24/01/1967 foi aprovada a Constituição de 1967, mantendo-se os direitos trabalhistas e acrescentando o FGTS, não havendo modificação relevante nos direitos trabalhistas, nos termos dos incisos, do art. 158¹⁷.

Por fim, a Constituição de 1988, que deu maior avanço na proteção de direitos dos trabalhadores, visto que foram tratados no art. 7^o¹⁸ e o art. 6^o¹⁹ com rol de direitos sociais,

local; VII - férias anuais remuneradas; VIII - higiene e segurança do trabalho; IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV - assistência aos desempregados; XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

¹⁶Art. 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

¹⁷Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - salário-família aos dependentes do trabalhador; III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno; V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VIII - férias anuais remuneradas; IX - higiene e segurança do trabalho; X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7^o.

¹⁸Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei

além da valoração da dignidade humana e do trabalho, art. 1º, incisos III e IV.

1.2 O direito do trabalho e a proteção do trabalhador

O direito do trabalho é estudado didaticamente como um ramo do direito que visa regulamentar a relação entre empregado e empregador, em se tratando de direito individual do trabalho, possui também a função de promover a melhoria da condição social e efetivação do direito social, apoiando-se no conjunto de normas que possuem a finalidade de proteger o trabalhador e assegurar uma relação saudável para ambos.

Apresentado por Martinez como o primeiro direito social e estimulante da construção de tanto outros direitos sociais, como saúde, educação, lazer, segurança, moradia, previdência

complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; 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; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; 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; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

¹⁹Art. 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.

social, etc.²⁰, pode-se dizer que surge com a Revolução Industrial, tendo o escopo e instrumento protegero trabalho do ser humano da exploração, contrapondo-se ao capital explorador. Da mesma forma, surge com o fim de dar efetividade ao direito social e assegurar a igualdade entre os sujeitos envolvidos na relação de emprego, ou seja, empregado (detentor da mão de obra, parte fraca na relação desigual) e o empregador (detentor do poder econômico e que assume o risco do negócio).

O direito do trabalho é produto de transformações econômicas, sociais e políticas que visa à proteção do trabalho subordinado²¹. Em face disso, Jorge Neto e Cavalcante prelecionam a importância do direito do trabalho no âmbito social, apontando a visão humanista:

O Direito do Trabalho reflete a visão humanista do próprio Direito nas relações sociais, cujo objeto é o trabalho humano subordinado. É a expressão mais autêntica do humanismo jurídico, atuando como forma de renovação social, evitando os problemas decorrentes da questão social nas relações trabalhistas.²²

É visto como um conjunto de normas e princípios que visa tutelar o trabalho subordinado, assegurando melhores condições para uma efetivação dos direitos sociais e da própria dignidade do trabalhador²³.

Nesse sentido, o direito do trabalho tem a finalidade ímpar de assegurar melhoria ao trabalhador, na intenção máxima de dar efetivação aos direitos sociais e regulamentar a relação desigual que existe entre o empregado (hipossuficiente) e o empregador (capital)²⁴.

²⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

²¹ O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômica-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 92-93.

²² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56.

²³ Magano, *apud* Jorge Neto e Cavalcante, o define como sendo "*Um conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais*". (grifos do autor) *Ibid.*, p. 56.

²⁴ A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não é só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem como fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas também para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade. Visa o Direito do Trabalho melhorar essas condições do trabalhador. MARTINS, Sérgio

Não se pode perder de vista que o direito do trabalho corresponde a um direito social e possui importante destaque na conquista dos demais direitos sociais, atualmente prescritos no art. 6º da CRFB. A esse respeito, encontram-se os ensinamentos de Martinez, no sentido de que o direito do trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a surgir e que, a partir dele, estimular, em face da luta de classe, outros direitos sociais, entre os quais atualmente prescritos no art. 6º da CRFB, como previdência social, saúde, assistência social, educação, segurança, moradia e lazer:

O processo construtivo do direito do trabalho e, por consequência, dos demais direitos sociais decorreu do conflito de classes. Sua edificação e crescimento, por outro lado, provieram de uma pletera de acontecimentos historicamente favoráveis. Sem dúvida, no tocante à história constitutiva do direito do trabalho, pode-se dizer que *é incrível o poder que as coisas parecem ter quando elas precisam acontecer*. O ramo jurídico ora em análise parece efetivamente ter emergido pela força do inevitável, do inexorável. Ele tinha de acontecer, por isso aconteceu: múltiplos fatores alinharam-se e contribuíram para a edificação dos direitos sociais, especialmente para a construção de um sistema jurídico capaz de proteger os trabalhadores dos abusos perpetrados por seus patrões. Se o direito do trabalho, como regulação normativa de origem estatal ou convencional, não tivesse acontecido, certamente a história que envolve conflitos entre capital e trabalho seria diferente.²⁵

Portanto, de todos os lados em que se analisa o direito do trabalho, seja relacionado às normas em caráter amplo, seja aos princípios e regras em caráter de espécies, destaca-se a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, o que se pode comprovar com uma análise do art. 7º da CRFB²⁶, o qual expressa um rol mínimo de direitos, assegurando, constitucionalmente, outro que tem como fim melhoria da condição social do trabalhador, cujos direitos mínimos são regulamentados pela CLT que disciplina critérios e regras para o integral cumprimento e efetivação dos direitos.

Diante disso, não se pode negar o papel fundamental do direito do trabalho para manter o equilíbrio e a igualdade na relação entre empregado e empregador, pessoas de poderes tão diversos, precisamente em um país de modelo capitalista como o nosso.

Não obstante a isso, não se pode também realizar uma interpretação tão rígida da legislação, em determinadas situações e contratos, visto que, com o tempo, percebe-se uma alteração do trabalhador que busca a justiça do trabalho e que, de certa forma, não pode ser

Pinto. *Direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

²⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

²⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...].

tratado com o mesmo caráter de hipossuficiência (econômica, técnica e jurídica), a exemplo, quando se trata de ação trabalhista envolvendo advogados, médicos, engenheiros, juízes, promotores, procuradores, altos diretores.

E não é só, com a era da internet, não se pode fechar os olhos para o fato de que o trabalhador, de maneira geral, passou a ficar mais atualizado e, por isso, necessita de uma análise de forma ponderada e razoável.

Dessa forma, independentemente, tem-se o direito do trabalho como norma que se aplica à regulamentação da *relação de emprego*, vista como uma espécie da relação de trabalho, que se trata de um gênero, daí a importância do direito do trabalho na relação dos sujeitos envolvidos e da sua evolução histórica, precisamente, em manter o equilíbrio de obrigações contratuais e vida extra contrato de trabalho.

1.2.1 Relação de emprego

Em face do dano existencial ora analisado decorrer especificadamente da afronta do direito social na relação entre empregado e empregador, justifica-se discorrer a respeito da diferença entre relação de emprego e relação de trabalho, no entanto, isso não quer dizer que inexistam danos existenciais nas relações de trabalho, mas sim, distinção para efeito de delimitação do tema em estudo, já que se analisa o ocorrido na relação de emprego e a prova no processo do trabalho.

Assim, pode-se afirmar que a relação de emprego é uma *espécie* do gênero relação de trabalho, que é ampla e que, para a configuração, necessita apenas da prestação de serviço, sem a necessidade do preenchimento dos requisitos legais exigidos pelo art. 3º da CLT²⁷, tais como: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Já a relação de emprego, por se tratar de espécie, para sua configuração e para ser disciplinada pela legislação trabalhista e não pelo direito civil – Capítulo da Prestação de Serviço (art. 593 do CC²⁸), reservado à relação de trabalho – necessita preencher os requisitos do art. 3º da CLT, originando-se, a partir disso, o contrato de emprego firmado entre dois sujeitos que vêm definidos nos arts. 2º²⁹ e 3º da CLT.

Portanto, a distinção entre as relações de trabalho e emprego encontra-se no âmbito

²⁷ Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

²⁸ Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste Capítulo.

²⁹ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

de que a primeira refere-se à prestação de serviço a outrem sem que se tenha o preenchimento dos requisitos necessários para configurar o prestador de serviço como um empregado, tais como: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade, limitando-se a existir em comum a onerosidade e, em algumas situações, a pessoalidade, mas não a subordinação e a não eventualidade, posto que, se preenchido, depara-se com a relação de emprego³⁰.

A par desta distinção, verifica-se que é a partir da relação de emprego que se origina o contrato de emprego, que é disciplinado e regulamentado em seus deveres e obrigações pelas normas trabalhistas e no qual figuram como sujeitos o empregado e empregador, objeto do capítulo seguinte, cujas características encontram-se descritas no art. 442³¹ da CLT.

Em se tratando de contrato de emprego, Martins³² apresenta a distinção de contrato de trabalho e emprego, o que se faz necessário para efeito da proteção trabalhista, colocando o de emprego como uma espécie do contrato de trabalho em que se limita a relação entre empregador e empregado tão apenas, e o de trabalho, em sentido amplo, compreendendo o autônomo, eventual, avulso, etc.

Assim, se na relação entre trabalhador e tomador de serviço existirem os requisitos (pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade) de forma concomitante, tem-se a presença de relação de emprego e se configura o contrato de emprego que é regido pela norma trabalhista e seus princípios protetivos.

³⁰ Delgado apresenta com clareza a distinção entre as relações de trabalho e emprego. **Relação de Trabalho versus Relação de Emprego** – A ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo *ser humano*, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoas jurídicas). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, *o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim*.

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma modalidade específica de relação de trabalho juridicamente configurada. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho. (grifos do autor). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 309-310.

³¹ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

³² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 88.

1.2.2 Sujeitos da relação de emprego

Os sujeitos do contrato de emprego estão delimitados na própria CLT, sendo eles o empregado (art. 3º) e o empregador (art. 2º). Aquele, pessoa física, portanto, trabalhador que dispõe da mão de obra de forma não eventual, subordinada e onerosa em favor do empregador, a quem a lei se refere como pessoa jurídica individual ou coletiva. Equipara-se, ainda, o profissional liberal, instituição de beneficência, associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos (art. 2º, § 1º³³), que contratam empregados, pagam o salário e assumem o risco do negócio.

Assim, os fatores importantes nas definições dos citados sujeitos e que refletem na desigualdade da relação são, do lado do empregado: *a subordinação jurídica e a detenção de mão de obra como meio de atingir e ver seus direitos sociais efetivados*; e do lado do empregador, *que, por pagar salário, assumir o ônus do risco da atividade econômica ou não, detém o poder*, tornando a relação de emprego um tanto desigual. Esses fatores vão existir independentes das características de trabalhadores que buscam a justiça do trabalho, que vai desde o mais hipossuficiente ao mais alto diretor.

Assim, os requisitos necessários para configurar o trabalhador como empregado, e ser tutelado pelo direito do trabalho, confundem-se com os próprios requisitos da relação de emprego³⁴.

Em relação ao empregador, da mesma forma, o art. 2º da CLT o conceitua e o faz como sendo *pessoa física, jurídica ou ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico e o parágrafo primeiro apresenta as pessoas que são equiparadas a empregador para efeito de contrato de emprego*.

Não obstante os conceitos supracitados, percebe-se claramente que os sujeitos possuem requisitos prescritos em lei, cuja presença concomitante os caracterizam como empregado e empregador, portanto, para ter a relação regulamentada pela CLT, a prestação de

³³ § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

³⁴ Os principais elementos da relação de emprego gerado pelo contrato de trabalho são: a) pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza de não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviço ao empregador. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 173.

serviço deve ser pessoal (*intuitu persona*), não eventual (o que existe previsão de retorno e cujo serviço prestado esteja relacionado à atividade econômica dispensável da empresa, sendo necessário para o desenvolvimento da empresa), subordinada (à ordem e à estrutura) e onerosa e, por sua vez, o tomador deve contratar tal prestador de serviço, assumir o risco e pagar o salário.

Diante dessa desigualdade e dos pontos que distinguem os sujeitos, tem o empregado a proteção pelo direito do trabalho. E, embora seja considerado como a parte forte na relação, ao empregador – por assumir o risco do empreendimento e, portanto, por ter um papel importante na efetivação dos direitos sociais, já que interfere na economia com a concessão de emprego – é permitida pela doutrina e pela jurisprudência a realização de pequenas variações, denominadas *jus variandi*, no contrato de emprego e sem anuência do trabalhador, sem que seja considerada alteração lesiva do contrato, prevista no art. 468 da CLT³⁵. Típica interpretação flexível, o que não significa estar fora da vigilância do direito do trabalho. Desta feita, extrai-se que o empregador possui na relação de emprego o *poder de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinar*.

O poder de direção está ligado diretamente ao poder que possui de organizar a estrutura empresarial; o de regulamentação está vinculado à fixação de normas e regras disciplinadoras da relação empregatícia, e o de fiscalização autoriza e assegura o direito de fiscalizar e de controlar a atividade desempenhada pelo empregado ao longo do contrato de trabalho; por último, o disciplinar que está ligado à prerrogativa de aplicar sanções na relação empregatícia, tais como advertências, suspensão ou justa causa.

Em muitos casos, o empregador, utilizando-se do poder de direção e regulamentação, exige do empregado cumprimento de ordem que extrapola a normalidade e a razoabilidade, configurando afronta aos direitos sociais, a exemplo, cumprimento de jornada extremamente excessiva, trabalhos em intervalos para descansos intrajornada, interjornadas, anual (férias), o que acaba também por contribuir para a ocorrência de acidente de trabalho, diante do estado físico cansativo do trabalhador, etc.

Por tais motivos, os poderes do empregador encontram restrições nos limites nos direitos sociais e na afronta aos direitos mínimos trabalhistas assegurados ao empregado, cujo *abuso* pode acarretar uma afronta à dignidade da pessoa humana, nascendo o direito à reparação pelo dano praticado, que pode ser de ordem patrimonial e extrapatrimonial e, este

³⁵ 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.

último, na modalidade de dano existencial. Até porque, os poderes devem ter limites em face da proteção da digna existência do ser humano assegurado pela ordem constitucional.

1.3 Direitos mínimos assegurados na relação de emprego

Diante dos abusos e exploração desumana dos trabalhadores, por busca imensurável de capital, precisamente, a partir da Revolução Industrial, verifica-se, do ponto de vista da evolução do direito do trabalho, que as reivindicações ocorridas propiciaram o surgimento do direito do trabalho, que surgiu para assegurar ao trabalhador as condições mínimas de dignidade humana diante do dispêndio do seu único produto: o trabalho.

Abre-se um parêntese para esclarecer que tais abusos ainda existem, a exemplo, exploração de mão de obra análoga à escrava.

Com isto, a CRFB foi um marco para efeito de conquistas dos direitos trabalhistas e sociais, tanto que possui como fundamento da própria República a dignidade humana e a valoração do trabalho, atribuindo de forma específica o art. 6º (direitos sociais), cuja efetividade encontra-se assegurada já de início pelo preâmbulo da CRFB³⁶, e o art. 7º referente a direito individual e coletivo do trabalho, além dos arts. 8º³⁷ e 9º³⁸. Sendo que o valor do trabalho também foi referendado no *caput* e inciso VIII³⁹, do art. 170 da CRFB.

A CRFB colocou a dignidade da pessoa humana e a valoração do trabalho não só no

³⁶Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

³⁷Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

³⁸Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

³⁹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego;

âmbito dos direitos trabalhistas e sociais, mas também como fundamento da república, ensejando a despatrimonialização da relação jurídica nas relações privadas, entre elas a de trabalho, portanto, elegeu a dignidade como valor maior e estabeleceu a existência digna como finalidade. Dessa forma, na relação de emprego, a interpretação deve ponderar ao fim de proteger a dignidade humana como meio de manter a existência digna, não obstante o protecionismo que já opera desde 1943 com a CLT e os princípios da proteção da relação empregatícia.

Desta feita, entre os direitos mínimos trabalhistas assegurados aos trabalhadores, encontra-se o rol de 34 incisos prescritos no art. 7º da CRFB, que ainda permite outros desde que acarretem a melhoria de condição social. Nota-se que, embora o art. 7º se refira aos direitos dos trabalhadores, não deixa de ser direito social, tanto que alocado propositalmente no capítulo II da Constituição, denominado Dos Direitos Sociais.

Além do quê, tem-se como norma infraconstitucional a CLT, também já apresentada no título da evolução histórica do direito do trabalho, a qual assegura o cumprimento dos direitos constitucionalmente conquistados pelos trabalhadores.

Ocorre que, dentre os direitos previstos e assegurados pelo art. 7º da CRFB, há alguns incisos que são destinados a concretizar os direitos sociais relacionados a educação, saúde, lazer, previdência social e proteção à maternidade, cuja afronta pode acarretar a frustração do projeto de vida e da vida de relação, requisitos que, uma vez comprovados, caracterizam o dano existencial.

Assim, por exemplo, cita-se a jornada de trabalho e os intervalos (art. 7º, incisos XIII, XIV, XV, XVI e XVII⁴⁰), além do Capítulo II – Duração do trabalho previsto na CLT, ao estabelecer limites, a norma pretendeu evitar o abuso para assegurar o direito social como a possibilidade de permitir a educação, lazer do trabalhador e direito à saúde (de forma geral) física ou psíquica.

O trabalho em excesso é uma questão histórica que acompanha a afronta aos direitos, pois se verificam relatos anteriores, precisamente, a partir da Revolução Industrial e na extinção da escravatura, de que os trabalhadores eram submetidos à carga horária desumana, como 16, 18 horas. Não se pode fechar os olhos para a realidade atual, eis que ainda, mesmo com toda proteção e limitação, há trabalhadores submetidos a tais jornadas. Por tais situações,

⁴⁰XIII - 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;

cabe analisar a reparação por dano existencial, sem prejuízo de demais penalidades administrativa, patrimonial ou até mesmo penal ao infrator, a exemplo, os dispositivos prescritos no CP relacionados ao título dos crimes contra a organização do trabalho, assim como ao trabalho análogo ao escravo.

Em se tratando de dano existencial, ressalta-se que caberá ao julgador a análise do caso concreto, não se tratando de norma ampla e genérica e nem mesmo de reparação de dano por mera presunção, inclusive deverá ser ponderada a boa-fé dos sujeitos na relação, sob pena de industrializar o dano.

Para efeito de direito trabalhista e dano existencial, deve ser considerada a jornada de forma ampla, ou seja, as horas em que o trabalhador presta serviço ao empregador, que está à disposição (art. 4º da CLT⁴¹) e, ainda, em certas condições de tempo de percurso, a exemplo, § 2º, do art. 58 da CLT⁴² e a súmula nº 429 do TST⁴³.

O mesmo se argumenta em relação à norma infraconstitucional ao descanso anual que encontra previsão constitucional, art. 7º, inciso XVII⁴⁴ e no Capítulo das Férias Anuais da CLT.

Das normas apresentadas, nota-se, também, a preocupação do legislador com a restrição da jornada excessiva e com a ausência de intervalo, tanto que disciplina o pagamento com acréscimo de adicional e infrações administrativas e, ainda, se demonstrado afronta ao projeto de vida e vida em relacionamento, o dano existencial, além de dano coletivo em face de ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Trabalho.

Não se pode esquecer, visto ser de fundamental importância para a concretização também do dano existencial em estudo, a supressão de intervalos destinados ao repouso, como os intervalos intrajornada que ocorrem dentro da jornada diária (art. 71 da CLT⁴⁵), intervalo interjornada, que se referem ao intervalo para descanso do encerramento de uma jornada até o início da outra, no mínimo de 11 horas, para trabalhador comum (art. 66 da

⁴¹ Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

⁴² § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

⁴³ Súmula nº 429 do C. TST: Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

⁴⁴ XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

⁴⁵ Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

CLT⁴⁶), o DSR correspondente a 24 horas por semana (art. 67 do citado diploma legal⁴⁷), vez que, novamente, verifica-se a preocupação com o direito social relacionado à saúde do trabalhador e ao lazer e convívio familiar, o que exige a coincidência com os domingos.

Registra-se, ainda, o respeito imperioso ao descanso anual, que se refere ao direito indisponível de usufruir, a cada 12 meses de trabalho, férias de no mínimo 30 dias (art. 129 da CLT⁴⁸), direitos todos irrenunciáveis, enquanto perdurar o contrato, cujo descumprimento pelo empregador acarreta consequências, inclusive, se demonstrado ato ilícito com reflexo além do contrato de trabalho, de dano existencial.

Ademais, tem-se, também como proteção constitucional, os incisos XVIII e XIX, do art. 7º da CRFB em relação à proteção a maternidade e paternidade, no sentido de garantir ao trabalhador a possibilidade de permanecer com o filho em momento importante, assim como a redução de risco à saúde e à vida, a exemplo, incisos XXII e XXIII, que se preocupam com o acidente de trabalho e, para arrematar o presente estudo, a aposentadoria, inciso XXIV, garantidor do gozo de melhor idade com felicidade e garantindo uma remuneração como retribuição pela contribuição durante a vida.

Salienta-se que, nesse tópico, os direitos apresentados são por amostragem, vez que não se tem a intenção de esgotar os direitos trabalhistas que, uma vez afrontados na relação de emprego, são hábeis de gerar indenização por dano existencial, até porque se deve analisar a situação fática, pautando-se para a afronta aos direitos mínimos assegurados ao empregado e que acarrete um dano que frustre o projeto de vida e a vida deste em relacionamento, sob pena de limitar a reparação patrimonial ou até extrapatrimonial quanto ao dano moral puro, mas não existencial.

Como se não bastassem os direitos mínimos acima, é de suma importância para o estudo em questão a valoração da pessoa humana apresentada pelo CC, ao atribuir, na Parte Geral, um Título destinado à pessoa e um capítulo, o II, dedicado ao direito da personalidade, arts. 11 até o 21, inclusive tutelando de forma positiva em relação ao dano à personalidade, ao permitir que sejam tomadas medidas para que cesse a ameaça ou a lesão do direito da personalidade, art. 12⁴⁹.

⁴⁶Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

⁴⁷Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

⁴⁸ Art. 129 - Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

⁴⁹Art. 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.

Diante de todo esse cenário da legislação constitucional e infraconstitucional apresentado, mas não esgotado, nota-se a total preocupação do direito com o excesso e abuso do poder do empregador, cuja reparação perante o poder judiciário passa também a ser vista como dano extrapatrimonial e, se afrontar direito social, aplica-se a modalidade de dano existencial, caso o dano comprometa o cotidiano e, com isso, frustre projeto de vida e a vida de relação do trabalhador, de origem do Direito Italiano e já aplicado no nosso ordenamento jurídico, como espécie do dano extrapatrimonial, além da simples reparação patrimonial reparado pelo direito do trabalho.

1.4 Direitos fundamentais

O direito fundamental é aquele que tem como fim assegurar o direito da personalidade, direitos sociais e os mínimos previstos no art. 7º da CRFB, já que estes estão inclusos no capítulo dos sociais e, acompanhando os ensinamentos de Lora⁵⁰, entrelaça-se com a dignidade humana, fundamento da República.

Diante desse entrelaçamento, com o qual concorda, conclui a citada autora⁵¹ que os direitos fundamentais assumem, de certa forma, um aspecto fundamental no âmbito de justificar e fundamentar as reparações de atos ilícitos praticados por infratores e, no caso, em exame, reparar o dano existencial.

Assim, verifica-se que o direito fundamental visa assegurar os direitos mínimos da pessoa humana, *inclusive na relação entre particulares*, determinando-se que, no conflito com a autonomia privada, a interpretação se faça no sentido de assegurá-lo para só assim proteger a dignidade humana, espinha dorsal do nosso ornamento jurídico e fundamento de validade de toda norma e relação pessoal.

Temos também como direito fundamental, portanto, o direito social mínimo que o art. 6º da CRFB constitui como sendo *direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados*.

Uma das funções do direito fundamental, seguindo as lições de Canotilho⁵², é a defesa da pessoa humana, incluindo aqui a dignidade humana, assim como a de prestação

⁵⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, fev. 2013. p. 11-12.

⁵¹ *Ibid.*, p. 20.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 407-411.

social quanto a usufruir dos direitos mínimos assegurados e proteção perante terceiro para que não sofra violação de seus direitos e por fim assegurar a igualdade em face da função de não discriminação.

Em relação ao liame laboral, os prescritos no art. 7º da CRFB, constituído num cenário mínimo de 34 incisos, que assegura ao trabalhador, uma vez respeitados tais direitos mínimos, atingir os direitos sociais citados no art. 6º, vez que estabelece, por exemplo, o mínimo salarial para atender às necessidades mínimas suficientes para viver com dignidade, determina limite de jornada de trabalho, períodos semanal e anual de descanso, DSR e férias para efeito de atender ao direito social, lazer e família, remuneração superior em horário noturno e medidas de segurança para assegurar a saúde do trabalhador, meio ambiente de trabalho digno, etc.

Também os arts. 8º, 9º e 10º⁵³ asseguram o direito social do trabalhador em ter representatividade e se utilizar do direito constitucional de greve para o fim de buscar melhoria na relação laboral, desde que com os limites previstos na Lei nº 7.783, de 28.06.1989, sob pena de abusar do direito assegurado, como meio de pressão, evitando-se, assim, decisões que consideram o direito abusivo, como vivenciado muitas vezes no setor de transportes, saúde, etc., isso porque, se abusivo, a classe também afronta direito da sociedade que necessita dos serviços essenciais (art. 10, da Lei nº 7.783/89⁵⁴).

O tema do presente estudo está vinculado ao respeito aos direitos fundamentais como meio para atingir o mínimo social, permitindo condições de uma vida digna e, via de consequência, assegurar o mínimo existencial⁵⁵. Os direitos sociais podem ser conceituados como sendo prestações que devem ser proporcionadas pelo Estado para o fim de permitir ou possibilitar melhores condições de vida.

⁵³ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

⁵⁴ Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária.

⁵⁵ A efetiva garantia de uma existência digna não se reduz à garantia da simples sobrevivência física, porém se estende para além do limite da pobreza absoluta. Portanto, o mínimo existencial não se confunde com o mínimo vital ou com o mínimo de sobrevivência, pois este concerne à garantia da vida humana, sem considerar as condições necessárias à sobrevivência física com dignidade. Sholler ensina que somente haverá garantia de dignidade da pessoa humana 'quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade'.

O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, o qual é protegido contra as ingerências do Estado e da sociedade. NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial – trabalho digno e sustentável – o caso dos maquinistas. *Revista LTr*. São Paulo, v. 77, n. 5, p. 77-05/536-544, maio 2013. p. 77-05/539-540.

Silva conceitua que os direitos sociais como dimensão do direito fundamental:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciativas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.⁵⁶

Vinculado à proteção do ser humano na relação de emprego, tem-se, inclusive por previsão normativa constitucional – a exemplo, inciso VI, do art. 1º, arts. 6º, 170 e 193 da CRFB⁵⁷ –, que o trabalho e sua valoração como um direito social e o direito do trabalho corrobora para a concretização dos direitos sociais da pessoa humana, permitindo-se uma vida digna.

Entre os direitos sociais dos trabalhadores, dos quais os mínimos encontram previsão normativa constitucional no art. 7º, da CRFB, tem-se o direito relativo ao repouso e à inatividade do trabalhador, exemplos citados por refletir no tema em estudo, ou seja, afronta ao projeto de vida e a vida de relação que acarreta dano existencial⁵⁸.

Em face da proteção ao direito social vinculado ao descanso, no art. 7º da CRFB, tem-se assegurado como direito mínimo do trabalhador: I) *repouso semanal remunerado*, preferencialmente aos domingos; II) *férias anuais*, remuneradas com acréscimos de 1/3; III) licença maternidade e paternidade e IV) limitação da jornada de trabalho, direitos que asseguram a concretização de direitos sociais como saúde, lazer, cultura, educação, etc., todos prescritos no art. 6º da CRFB, cuja afronta pode frustrar o projeto de vida e a vida de relação, nascendo o dever do infrator em indenizar.

Completando o direito fundamental, ao lado dos direitos sociais, também para assegurar a dignidade do trabalhador, tem-se o direito da personalidade com a vigência do CC, que passou a disciplinar no Capítulo II, nos arts. 11 até 21, o Direito da Personalidade, que deve ser interpretado também em conjunto com o art. 5º, da CRFB, no sentido de complemento para o fim de proteção à personalidade, neste ponto, da pessoa física ou

⁵⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p.286-287.

⁵⁷Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

⁵⁸ O repouso do trabalhador é outro elemento que se inclui entre as condições dignas de trabalho. Fora desumano o sistema de submeter os trabalhadores a trabalho contínuo em todos os dias da semana e do ano, sem previsão de repouso semanal remunerado, sem férias e outras formas de descanso. *Ibid.*, p.295.

jurídica, nos termos que dispõe o art. 52 do CC⁵⁹, que reza aplicar a estas, no que couber ou for compatível, a proteção ao direito da personalidade. Ponto importante, uma vez que na relação de emprego não se pode esquecer, sob este prisma, que o empregador também tem o direito à personalidade assegurado e, da mesma forma, deve ser respeitado⁶⁰.

Nas mesmas lições, encontra-se Gomes e SimónapudALVARENGA: “são direitos destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos ataques de outros indivíduos”⁶¹, aqui destacando-se uma das funções do direito fundamental.

Direito que assume uma característica de intransferível e irrenunciável, art. 11 do CC⁶², portanto *personalíssimo*, o que lhe assegura, inclusive, a natureza de impenhorabilidade aos que não são suscetíveis de cessão de crédito ou que repercutem valor econômico contratual, a exemplo, direito à imagem, nesta linha cita-se Alvarenga⁶³.

Assim, ao eleger tais direitos como fundamentais e ao assegurar no âmbito da relação particular laboral, estar-se-á assegurando a dignidade da pessoa humana positivada no inciso III, do art. 1º daCRFB.

Isso faz com que se possa analisar a dignidade como uma condição muito subjetiva, não permitindo tê-la como uma regra, por isso ela corresponde ao exercício de assegurar à pessoa o mínimo existencial previsto nos direitos fundamentais, aqui estudados como direitos sociais e da personalidade e, no âmbito da relação empregatícia, assegurá-los em total complemento à busca de um trabalho digno que respeita ao trabalhador como pessoa, ser humano, que, nas lições de Costa, *antes de ser um empregado, submetido à subordinação do empregador, trata-se de um cidadão*⁶⁴.

Assim continua Costa, com a maestria que lhe é particular:

De outra banda, o fato de esse trabalhador estar submetido ao regramento empresarial não o despe, como salientado antes, da condição prévia de cidadão, por consequência dos direitos constitucionais e infraconstitucionais

⁵⁹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

⁶⁰ Destacam-se, nesse enleio, como direitos fundamentais de personalidade do ser humano, dentre outros: o direito ao nome, à vida, à liberdade, direito ao próprio corpo, proteção à imagem das pessoas, à honra, à dor, à vergonha, à integridade física, psíquica e moral, vida privada e a proteção à intimidade. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A tutela dos direitos de personalidade no direito do trabalho brasileiro. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, v. 25, p. 17-44, jul./ago. 2008. p. 18.

⁶¹ *Ibid.*, p.18.

⁶² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não pode o seu exercício sofrer limitações voluntárias.

⁶³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. São Paulo: LTr, 2013. p. 114.

⁶⁴ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares - Juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 96.

atribuídos a essa categoria de pessoas.⁶⁵

Analisando-se o caso concreto em que se busca a proteção dos direitos fundamentais, o fundamento da dignidade nos leva a algumas interpretações. Apenas a título de exemplificação, suponha-se que o empregador vinculado por instrumento normativo tem a obrigação trabalhista de conceder mensalmente uma cesta básica ao trabalhador, no entanto, o não fornecimento em espécie ou a substituição em pecúnia para um trabalhador, pai de família, com filhos e que ganha uma renda mensal referente a um salário mínimo nacional ou regional, pode acarretar uma afronta à sua dignidade humana, já que, ao privá-lo do citado direito, retira-lhe parte do mínimo existencial, que no caso hipotético é a alimentação saudável, a saúde, porque fica comprometida uma boa alimentação para ele e sua própria família.

Diferentemente seria, portanto, o descumprimento deste direito pelo empregador a um trabalhador que possui condições melhores de salário, inclusive, acima da média, cuja família possui rendimento próprio, pois, neste caso, a inadimplência gera apenas reparação ao direito trabalhista em reparação pecuniária, mas não chega a afrontar o mínimo existencial deste trabalhador, via de consequência, a sua dignidade da pessoa humana.

É essa interpretação, ou análise de caso, que será aqui sustentada para efeito de reconhecimento ou não do dano existencial, mormente, quanto à prova da frustração do projeto de vida, ou da vida de relação, ou o reconhecimento tão apenas de dano patrimonial, moral, ou perda da chance.

Isto é meramente exemplificativo, mas serve para valorar o sentido da proteção, para, somente assim, assegurar a finalidade que visa à proteção à dignidade da pessoa humana e evitar a banalização do instituto.

Para melhor esclarecer, se o ato ilícito civil retirar de forma *substancial* o direito mínimo social, a exemplo, à *vida*, com ambiente insalubre ou totalmente desprovido de condições humanas, ou à saúde, à moradia, não há daí que se analisarem outras circunstâncias, porque afronta a dignidade de qualquer cidadão ou trabalhador, independentemente da cultura, região, costume ou condição econômica. Comparação esta apresentada para estabelecer a questão da subjetividade e amplitude que é a dignidade humana posta como fundamento constitucional.

Desta feita, para arrematar e deixar claro o propósito que se pretende apresentar em

⁶⁵COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares* - Juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 96.

relação à dignidade da pessoa humana, transcrevemos uma jurisprudência de empregado de uma empresa que exercia a função de maquinista e que era obrigado a submeter-se à jornada extremamente excessiva, sem descanso e, ainda, realizar suas necessidades fisiológicas no próprio local, cabine, no mesmo ambiente em que se alimentava. Ora, aqui, não há que perquirir qualquer condição, qualquer ser humano teria a dignidade afrontada⁶⁶.

Citam-se listas de situações de trabalho totalmente degradantes e que afrontam a dignidade, tais como, análogo ao escravo, trabalhador no âmbito rural a quem não é assegurado local de fazer as necessidades básicas fisiológicas, assédio sexual e moral que se refere ao terror psicológico com o fim de reduzir o trabalhador a mero objeto, trabalho com o pagamento para gastar apenas dentro da propriedade, cuja dívida se torna impagável pelo empregado, trabalho com jornadas totalmente excessivas, sem qualquer respeito aos intervalos, etc., retirando-lhe a personalidade, entre outros.

Portanto, o que deve ser tutelado é a afronta à dignidade humana e esta somente será tutelada quando assegurados os direitos fundamentais (social e da personalidade) e um trabalho digno/decente.

Com isto, permite-se concluir, na mesma linha de Góes: “A dignidade da pessoa humana merece ser considerada como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁶⁷.

Não obstante a aceitação em nosso ordenamento da espécie do dano existencial em face do sistema ser aberto, com cláusula geral quanto à reparação civil e, por outro lado, tutela a reparação integral de dano, esta aceitação deve ser vista com cautela, a fim de evitar, como o que ocorreu com o instituto dano moral a partir da CRFB, que com fundamento na dignidade da pessoa humana, banalizou-se em várias ações, com fundamentos totalmente

⁶⁶ DANO MORAL. MAQUINISTA DE TREM DA VALE. TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. DESRESPEITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL. COMPROVAÇÃO. É patente o trabalho em condições degradantes a que estava sujeito o empregado que trabalha na função de maquinista e que é privado de utilizar o banheiro sempre que necessário, em virtude da existência de um dispositivo de segurança intitulado “alertor” que o impede de se afastar do painel de controle, quando em movimento a locomotiva, por mais de 1min25seg, sendo obrigado, por conseguinte, a defecar em jornais e sacos plásticos, bem como a urinar pela janela ou em copos e garrafas no mesmo local onde fazia suas refeições (cabine do trem). Tal situação atenta contra a garantia do mínimo existencial: Conjunto de garantias materiais para uma vida digna. Dano moral. Indenização. Fixação do quantum. No arbitramento da indenização por dano moral, deve o julgador 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 à imagem e à honra e o valor monetário da indenização imposta. Uma vez atendidos tais critérios, indevida a majoração pretendida. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Recurso Ordinário nº 0000802-08.2011.5.08.0117, Primeira Turma. Recorrentes: Vale S/A e Marcos Antônio Macedo da Silva. Recorridos: os mesmos. Relatora: Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. Julgado em: 19.02.2013. Publicado em: 22.02.2013.

⁶⁷ GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, v. 28, p. 52-73, nov./dez. 2008. p. 57.

abstratos, razão pela qual se faz necessária a análise criteriosa de todos os aplicadores do direito, inclusive os advogados, para verificar se efetivamente estão presentes no caso concreto, em tese, *os elementos caracterizadores e que autorizam a reparação do dano existencial*, assim como, *ao julgador à valoração efetiva da prova dos elementos, evitando-se transformar uma indenização patrimonial e extrapatrimonial*, como no caso da indenização decorrente da relação de emprego.

Evitando-se assim que se perca a grandeza de um instituto que permite a reparação total, diante de atos ilícitos provocados pelo infrator e que frustra o projeto de vida e a vida de relação.

1.5 Dignidade da pessoa humana

Em todo trabalho quesustenta e em que se discute a efetivação dos direitos fundamentais, é de essencial importância fazer uma análise da dignidade da pessoa humana, mesmo que não seja esse o foco principal, eis que conforme anteriormente citado por Lora⁶⁸ esta entrelaça com os direitos fundamentais.

Até por ser fundamento da República Federativa do Brasil uma reparação cabível, nos termos esculpidos no inciso III, do art. 1º da CRFB, e por ser interpretada com o fim maior no conflito de princípio, no critério de ponderação, todas as vezes que desrespeitados os direitos fundamentais dos seres humanos, a exemplo, os direitos sociais (art. 6º da CRFB), os mínimos dos trabalhadores (art. 7º da CRFB).

O art. 7º assegura, *em se tratando de trabalhador*, o mínimo para garantir a dignidade e com isso atingir a busca pela *felicidade*⁶⁹, apresentando, inclusive, normas restritivas a fim de evitar abuso do poder econômico, tais como, por exemplo, entre o rol de direito, a limitação da jornada de trabalho e a concessão de intervalos de descanso para proteger a saúde, o trabalho, a educação e o lazer.

Inclusive houveandamento no Congresso Nacional do Projeto de Emenda Constitucional, denominado PEC da Felicidade,apresentado pelo então Senador Cristovão

⁶⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p. 11.

⁶⁹Tejon, Panzarini e Megido, *apud* Franco Filho: Tempos atrás, três estudiosos (um brasileiro e dois italianos) realizaram pesquisa sobre o comportamento humano ante as grandes inovações tecnológicas, às mudanças de paradigmas e as facilidades geradas pelos múltiplos efeitos da modernidade. E, logo de início, alertaram para o fato incontestável de que *mais do que nunca, as pessoas estão à procura da felicidade e da auto realização também por intermédio do consumo, mas um consumo sensato e que se coloca no próprio modelo de vida*. (grifos do autor) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O direito social à felicidade. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 77, n. 5, p. 77-05/529-535, maio 2013. p. 77-05/529.

Buarque em julho de 2000 e que tramitou sob o nº 19/2000, que visava acrescentar nos direitos sociais do art. 6º da CRFB a busca à felicidade pela pessoa e pela sociedade⁷⁰, sendo que citado projeto encontra-se atualmente arquivado, nos termos do art. 332 do RISF⁷¹.

Nesse cenário, as relações laborais e o contrato firmado devem ser pautados na boa-fé, visto que, se efetivados, auxiliariam o ser humano a atingir a felicidade. Importante ressaltar que essa efetivação deve respeitar os direitos e deveres das partes contratantes, *sem que ocorra o abuso e a afronta aos direitos mínimos constitucionalmente assegurados*, sob pena de acarretar um retrocesso social ao direito do trabalhador e, conseqüentemente, cair por terra a maior finalidade do direito do trabalho que visa atender à dignidade do trabalho com a efetivação dos direitos sociais e contribuir para a busca da felicidade.

A felicidade referida e buscada atualmente se refere ao viver de maneira digna, sem dor, sem angústia, sem tensão, viver em relação com outro, etc., ou seja, com a concretização dos direitos sociais, portanto, pode ser extraída de forma implícita da CRFB.

Tratar sobre a dignidade da pessoa humana é algo inquietante, visto que se trata de uma qualidade inerente a cada ser humano que o faz merecedor da concretização dos direitos fundamentais⁷². Com isto, de suma importância as lições de Sarlet a respeito:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-reponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁷³

Com base nesse raciocínio, a dignidade é atributo peculiar de cada ser humano, atribuído pela CRFB como fundamento da República, cujo respeito está, de certa forma,

⁷⁰ Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷¹ Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: [...]

⁷² Apesar de ser um conceito jurídico indeterminado, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana implica em conjunto de direitos, tais como: paz, prosperidade, educação, moradia, igualdade de direitos e oportunidades. Vale dizer: a dignidade da pessoa humana é a plenitude concreta de todos os direitos fundamentais para que todos os seres humanos gozem de um tratamento idêntico e realístico quanto às condições de vida em sociedade. Nesse contexto temos o Direito do Trabalho, como conjunto de normas, princípios e institutos que visam atenuar os antagonismos decorrentes da relação de trabalho e capital, estabelecendo regras de proteção ao trabalhador. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

vinculado aos direitos e condições mínimas existenciais para que a pessoa humana tenha uma vida digna⁷⁴.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana é valor intrínseco e inerente de cada ser humano, de valor elevado a fundamento da própria República Federativa, o que autoriza a conversão da interpretação com foco em sua efetivação, com o respeito de todos os direitos mínimos assegurados ao ser humano⁷⁵.

Não poderia deixar de citar Kant, ao transcorrer quanto à dignidade, já que se trata de ponto precursor da reparação quando afrontada:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito a inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento; mas o que se faz condição para que alguma coisa seja fim em si mesmo, isso não tem simplesmente valor relativo ou condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a modalidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.⁷⁶

Lições de suma importância para efetivamente analisar e valorar a questão da dignidade humana, que necessita ser tutelada com a devida reparação.

A dignidade refere-se a uma qualidade particular do ser humano passível de direitos

⁷⁴[...] a dignidade da pessoa humana é atributo peculiar e distintivo de cada ser humano e que o faz merecer igual respeito e deferência por parte do Estado e da comunidade. Implica, assim, conjunto de deveres e direitos fundamentais que garantem a pessoa contra quaisquer atos degradantes e desumanos. Tais deveres e direitos fundamentais também determinam a garantia de condições existenciais mínimas para vida salutar e viabilizam à pessoa tomar parte ativamente e com responsabilidade nos destinos da própria existência coletiva. Ao abordar a dimensão ontológica da dignidade, o autor afirma que esta é qualidade inerente à pessoa humana, que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacada. Não pode, por isso, ser criada, concedida ou retirada, mas pode e deve ser promovida e respeitada. LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e o problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Paraná, v. 4, n. 42, jul. 2015. p. 76.

⁷⁵O princípio da dignidade da pessoa humana é a expressão normativa do valor fundamental do ser humano na ordem jurídica brasileira. Embora assente em profundas raízes históricas, de natureza ética, filosófica e religiosa, esse princípio é relativamente novo na sua posituação jurídica, tendo adquirido relevância jurídica após a segunda guerra mundial, integrando-se, por sua reconhecida importância, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.48, e em diversas Constituições europeias e documentos internacionais.

[...]

Esse princípio exprime a convicção de que a pessoa humana é um valor em si mesmo, intrínseco, não meio de realizar interesses alheios. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70-71.

⁷⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 65.

fundamentais, permitindo-lhe que seja assegurada uma vida digna⁷⁷. Portanto, a proteção da dignidade humana está ligada à busca da plena felicidade e, conseqüentemente, com a existência humana, cuja frustração acarreta um dano reparável.

Dessa feita, a análise da dignidade da pessoa humana e, no caso, do trabalhador, para a efetivação dos direitos fundamentais, entre eles os sociais, é imprescindível, precisamente, porque, *na balança de princípios*, faz-se necessário aplicar o critério de ponderação visando à dignidade do trabalhador, para efetivar o direito social prescrito no art. 6º da CRFB.

1.6 Da competência da justiça do trabalho

O objeto do presente trabalho envolve o direito material que se refere ao dano provocado à pessoa do trabalhador ou a ele vinculado por afinidade, desde que possua nexo causal com a relação de emprego, ou seja, dano que decorra da relação de emprego, assim como, uma análise do conjunto probatório e o respectivo ônus que se faz necessário para a configuração do dano e reconhecimento do dever de indenizar pleiteado pela vítima ou terceiro a ela vinculada por afinidade perante a justiça do trabalho.

Diante disso, cabe apenas ressaltar que, após a EC nº 45, de 2004, a justiça do trabalho teve sua competência material e pessoal, de ordem absoluta, ampliada.

O art. 114 da CRFB⁷⁸, anterior à citada Emenda, prescrevia a competência absoluta da justiça do trabalho para *conciliar e julgar* as causas envolvendo tão apenas a relação entre empregado e empregador, portanto, restrita à matéria de direito do trabalho a essas duas pessoas, ambas conceituadas pela CLT, arts. 2º e 3º, permitindo-se outras controversas *decorrentes*⁷⁹ da relação de trabalho, desde que autorizada por lei infraconstitucional.

⁷⁷A dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: i) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão *defensiva*); ii) de ter uma vida saudável (dimensão *prestacional*); vale dizer, de ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da Organização Mundial de Saúde); iii) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (*autonomia e cidadania*). CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado RDPPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 71, p. 111-128, nov. 2016. p. 113-114.

⁷⁸Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

⁷⁹**decorrência** s.f. (1958 cf. AA) ato ou efeito de decorrer ('suceder'); conseqüência <*faleceu em d. dos ferimentos*>. ETIM *decorrer* + *-ência*; ver *corr-*
decorrer v. (sXIV cf. IVPM) 1 int. escoar-se, passar (diz-se de tempo) <*já decorreram dois meses, desde que ele partiu*> 2 int. desenrolar-se, transcorrer (de maneira contínua); processar-se, correr <*decorreram bem as conversações de paz*> 3 int. suceder (algo); ocorrer, acontecer <*fatos estranhos decorreram na sua ausência*> 4 t.i. ter origem em; proceder, derivar <*tais coisas decorrem de sua falta de educação*>. ETIM lat.

Com efeito, o citado dispositivo constitucional passou a ser competente para *processar e julgar* matéria, limitando-se ao objeto do estudo, acresceu matéria envolvendo a natureza civil, e não meramente trabalhista, entre elas as indenizações extrapatrimoniais e patrimoniais, desde que decorrentes da relação de trabalho, posto que acrescidos nove incisos ao art. 114 da CRFB⁸⁰. Entre os incisos, tem-se o destaque para o inciso VI⁸¹ que compete o processamento e julgamento das ações de indenização *decorrentes* da relação de trabalho.

Abre-se um esclarecimento para informar que, não obstante a previsão constitucional tenha se dado com a EC nº 45, é certo que o STJ, em conflito de competência, já julgava a justiça do trabalho como competente para o julgamento de matéria envolvendo pedido de indenização decorrente da relação de emprego⁸², que vincula as partes envolvidas, ou seja, empregado e empregador apenas.

No entanto, com a EC deixa de existir a discussão quanto à competência para ações de indenização, o que gerava conflitos de competência e passa ser por dispositivo constitucional, afastando qualquer discussão a respeito. O STJ, inclusive, confirmou também a competência para o dano de ricochete, indenizações pleiteadas por pessoas que não a vítima, mas que possuem com ela afinidade, ao cancelar em 2009 a súmula 366⁸³, diante do julgamento do Conflito de Competência nº 101.977-SP, assim como a questão está resolvida pela súmula vinculante nº 22 do STF⁸⁴.

Decūrrō, is, cūrrī/cucūrrī, cūrsum, currere ‘correr para baixo, estender-se, dilatar-se, ir, fazer um trajeto, recorrer a, percorrer’; ver *corr-*; f.hist. sXV *decorer*. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 922.

⁸⁰ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

⁸¹ VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

⁸² COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. I - Nos termos da jurisprudência desta Corte, cristalizada no enunciado nº 15 da sua Súmula, "competem à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho". II - O Supremo Tribunal Federal decidiu ser da Justiça do Trabalho a competência quando se trata de indenização de dano moral ou material derivado da relação de emprego, como, por exemplo, a despedida por justa causa. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo no Conflito de Competência nº 31607- MG, Segunda Seção. Autor: Irene Francisca Barbosa Santana. Réu: Companhia Têxtil Santa Elisabeth. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23.10.2002. Publicado em: 03.02.2003.

⁸³ Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho. (*)

(*) Julgando o CC 101.977-SP, na sessão de 16/09/2009, a Corte Especial deliberou pelo CANCELAMENTO da Súmula n. 366. *Revista de Súmulas Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, a. 6, nº 32, dez. 2012. p. 425.

⁸⁴ A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Posteriormente, em 2015, o TST alterou a súmula nº 392⁸⁵ para incluir a possibilidade também do dano de ricochete ou reflexo, portanto, descabe neste momento qualquer discussão a respeito, tendo-se a justiça do trabalho como competente para processar e julgar o pedido de indenização extrapatrimonial e patrimonial da vítima ou de terceiros que possuem um laço de convivência próxima com a vítima.

O verbo “decorrer”, utilizado no citado inciso, tem certa influência na atual atribuição à justiça do trabalho da competência para processar e julgar os danos extrapatrimoniais pré-contrato (por exemplo, início de uma contratação que é frustrada sem motivo), pós-contrato (por exemplo, denegrir a imagem do trabalhador ao ser consultado sobre sua referência laboral) e o de ricochete (por exemplo, pessoas diversas das vítimas, mas que possuem algum laço de afinidade), visto que considera ato ilícito que deriva da relação de trabalho, portanto do contrato de trabalho.

Ademais, não obstante a norma constitucional trazer em seu texto a expressão “indenização por dano moral”, tem como interpretação a utilização da nomenclatura no caso, dano moral, como sendo dano extrapatrimonial, e não dano moral em sentido estrito apenas, ou seja, o que decorre da ofensa à esfera íntima da vítima, precisamente, diante do posicionamento de admitir indenização por reflexo, o que justifica também a interpretação de que se trata de dano extrapatrimonial.

Com isso, conforme será apresentado neste trabalho e será aprofundado no próximo capítulo, admite-se em nosso ordenamento, como espécie de dano extrapatrimonial, ao lado de dano moral e demais indenizações autônomas, *o dano existencial que decorreu do direito italiano e que tutela a afronta ao projeto de vida e a vida de relação*, cuja competência para processar e julgar ações que envolvam o pedido de indenização por dano existencial, *desde que decorra (seja derivado) da relação de trabalho*, é da justiça do trabalho e, por isso, deve seguir os procedimentos do processo do trabalho⁸⁶.

⁸⁵Súmula nº 392 do TST. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

⁸⁶**Art. 1º** As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento. Instrução Normativa nº 27 de 2005. Dispõe sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

2 DO DANO EXISTENCIAL

Neste capítulo, aborda-se a origem desta nova modalidade de dano, seu conceito e os elementos necessários para a respectiva configuração, com ênfase na *frustração ao projeto de vida e da vida de relação*, para justificar a *autonomia* em relação aos demais danos extrapatrimoniais, distinguindo-se, aliás, do dano moral e da perda da chance e sua aplicabilidade no nosso ordenamento, para o fim de demonstrar que, em um mesmo caso concreto, pode-se reparar em todas as modalidades, para, assim, atender à reparação integral da vítima. Ao final, analisa-se a forma com que os tribunais estão enfrentando as questões envolvendo o dano existencial.

2.1 Histórico

O dano existencial tem origem na doutrina, na jurisprudência italiana, e surgiu como forma de reparação de dano extrapatrimonial, responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito que comprometa o cotidiano do ser humano e, com isso, o prive da vida de relação, inclusive, frustrando o projeto razoável de vida.

Esse tipo de dano adentrou em nosso ordenamento diante da aceitação comparada por nossa doutrina e Tribunais, assim como por ser nosso sistema aberto e permitir a cláusula geral a respeito da responsabilidade civil. Desta feita, passou a ser analisado, em primeiro momento, nos casos em concreto e no âmbito do direito de família e, mais recentemente, no direito do trabalho como fim de proteger o trabalhador dos abusos praticados pelos empregadores.

Contudo, tanto no Direito Italiano como no nosso ordenamento, o dano existencial nasce de interpretação de dispositivo legal referente à responsabilidade civil, a exemplo do que está no Código Civil Italiano e no Brasileiro, com valoração do ser humano e interpretação na Constituição. Portanto, pode-se verificar do histórico e da evolução do dano existencial que seu reconhecimento decorre da interpretação de dispositivo infraconstitucional com visão para a Constituição.

Dessa forma, é de suma importância para reconhecimento do dano existencial a inexistência na *legislação italiana* de dispositivo legal que reparasse o dano decorrente de ato ilícito civil, visto que os dispositivos infraconstitucionais vinculam a reparação ao ilícito penal.

A reparação civil no CCI, de 16 de março de 1942, vem prescrita em dois

dispositivos, arts. 2.043⁸⁷ e 2.059⁸⁸, sendo que o primeiro tem como elemento a reparação se o fato doloso ou culposo praticado acarretar dano injusto, e o segundo, o dano extrapatrimonial decorrer apenas dos casos previstos em lei. A referida lei era a legislação penal, o que se extrai do art. 185 do CPI⁸⁹. Diante disso, a reparação ficava limitada ao dano patrimonial e extrapatrimonial vinculado a uma tipicidade penal.

A esse respeito, Lora⁹⁰ refere-se à responsabilidade civil italiana, cuja legislação admite apenas duas espécies de dano indenizável praticado contra a pessoa, o dano patrimonial do art. 2.043 e extrapatrimonial do art. 2.059, vinculado à tipicidade penal. Sendo que, por inexistir a previsão expressa e desvinculada prevista em lei para se reparar o dano imaterial decorrente do ilícito meramente civil, forçou a doutrina italiana, segundo as lições extraídas da citada autora⁹¹, a dar classificação a uma nova espécie de dano à pessoa, o que foi atribuído à denominação pela doutrina de *dano à vida de relação e que consistia em ofensa física ou psíquica, mas que provoca uma afronta aos direitos sociais fora do âmbito do contrato de trabalho*, interferindo no relacionamento da vítima em sociedade.

Portanto, o dano existencial que, conforme já salientado, teve surgimento na Itália, decorre de uma resposta doutrinária e jurisprudencial que se fez necessária diante do sistema fechado de indenização extrapatrimonial, a exemplo, a restrição dos arts. 2.043 e 2.059, cuja indenização extrapatrimonial remetia-se à previsão legal e esta ao âmbito penal.

Ainda, tem-se como supedâneo Neto e Wesendonck:

Noção mais completa e descritiva de danos existenciais foi fornecida pela Corte de Cassação, na Decisão n.º 6.572, proferida em 24 de março de 2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (*Sezione Unite*), em que se afirmou

⁸⁷ **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito:** Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

⁸⁸ **Art. 2059 Danni non patrimonial:** Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

⁸⁹ **Art. 185 - Restituzioni e risarcimento del danno -** Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

⁹⁰ [...]: a) o dano patrimonial, fundado no art. 2.043 do Código Civil; e b) o dano extrapatrimonial, previsto no art. 2.059 do mesmo Código, com a ressalva, entretanto, de que a indenização somente é devida nos casos previstos em lei ou se o dano for causado por uma conduta criminosa. LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. p.16.

⁹¹ A falta de previsão em lei para a reparação do dano imaterial decorrente de ato ilícito civil levou a doutrina italiana, no início dos anos 60, a classificar nova espécie de dano injusto causado à pessoa, que foi denominado de dano à vida de relação e que consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa, que obstaculiza, total ou parcialmente, usufruiu as benesses propiciadas por atividades recreativas, fora do âmbito laboral, como praticar esportes, frequentar clubes e igrejas, fazer turismo, entre outras. A lesão provoca intensa interferência no estado de ânimo e, por consequência, no seu relacionamento social e profissional, reduzindo as chances de progresso no trabalho, com reflexo patrimonial negativo. Como exemplos, a doutrina cita erros médicos que comprometem a higidez física e impossibilitam a prática de esportes. *Ibid.*, p. 16-17.

que[...] por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.⁹²

Desta forma, nota-se a dificuldade de identificação do dano imaterial, vez que o art. 2.043 do CCI referia-se aos danos patrimoniais e o art. 2.059 vincula reparação apenas nos casos previstos em lei, sendo esta de natureza essencialmente penal.

Não obstante a previsão legal, nos anos de 1950 houve reconhecimento de dano à vida de relação e, a partir de 1970, especificamente, passou-se a emitir maiores pronunciamentos para proteger o ser humano, em típica valorização da pessoa, contra atos que atingissem o campo das atividades realizadoras. Esses posicionamentos se deram em face da interpretação realizada em conjunto com os arts. 2º e 3º (Princípios Fundamentais)^{93/94} e 32 (Relações ético-sociais) da CRI, promulgada em 22/12/1947⁹⁵ e em vigência a partir de 1º/01/1948, portanto, posterior ao CCI, por considerar o direito à saúde como um direito fundamental.

Transcrevem-se os citados artigos da CRI:

Articolo 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Articolo 3: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

⁹² NETO, Eugênio Facchini; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012. p. 237. Disponível em: <file:///C:/Users/Francisco/Documents/Downloads/408-1144-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 maio 2017.

⁹³ Tradução livre: art. 2: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como um indivíduo e em grupos sociais, onde ele expressa sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.

⁹⁴ Tradução livre: art 3: Todos os cidadãos têm status social igual e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, pessoal e condições sociais.

É dever da República para remover todos os obstáculos econômicos e sociais que restringem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores na política, econômica e negócios do país.

⁹⁵ Tradução livre: art. 32: A República protege a saúde como direito fundamental do interesse individual e coletiva, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes.

Ninguém pode ser forçado a um tratamento médico específico, a menos que exigido por lei. A lei não pode, sob quaisquer circunstâncias, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

[...]

Articolo 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Por tais razões, a jurisprudência e a doutrina passaram a interpretar que os atos praticados que acarretassem uma ofensa à saúde física ou psíquica do ser humano representariam um dano passível de indenização, ou seja, qualquer ofensa praticada ao ser humano seria passível de indenização, independente da vinculação à tipicidade penal até então exigida pelo art. 2.059 do CCI, entendimento este que encontrou fundamento no art. 2.043 do citado diploma legal italiano, por violação aos artigos constitucionais citados, que protegem o direito à saúde, tida como direito fundamental.

A partir desta interpretação, com base no direito fundamental previsto na Constituição, outros danos, na década de 1970, na Itália, passaram ser indenizados, mas com a denominação de danos biológicos, já que era respaldado no dano à saúde, protegido pelo art. 32 da CRI, inclusive o dano à vida de relação, que futuramente deu fundamento ao dano existencial⁹⁶.

Neste prisma, tem-se como importante as decisões da Corte Constitucional Italiana^{97/98}, a de nº 88, de 12/07/1979, e a de nº 184, de 30/06/1986, as quais analisaram os

⁹⁶Tratava-se de interesses imateriais que mereciam tutela jurídica, mas que não se enquadravam nos conceitos tradicionais, tal como o conceito de dano moral. No entanto, o conceito de dano biológico foi sendo ampliado a ponto de quase todas as ofensas aos direitos de personalidade ser consideradas como danos biológicos.

Da análise da doutrina e da jurisprudência italianas, é possível perceber certa vacilação quanto à nomenclatura, principalmente quanto ao que exatamente estaria abrangido conceito de dano biológico. Conforme dito, inicialmente, a jurisprudência lançou, como integrantes do dano biológico, todos os danos que não eram enquadrados na regra do artigo 2.043 do Código Civil italiano, o que gerou uma abrangência enorme ao referido tipo de dano, o qual englobava as alterações do aspecto exterior e morfológico da pessoa; as reduções de eficiência psicofísica da pessoa, a alteração da capacidade social da pessoal (vida de relação); a redução da capacidade de trabalho em geral e da perda de oportunidade de trabalho em razão do dano. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 42.

⁹⁷O Tribunal Constitucional, previsto nos artigos 134 a 137 da Constituição, não pertence ao Poder Judiciário. Constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Suprema Corte de Cassação. FREITAS, Vladimir Passos de. *Entenda a estrutura do Judiciário na Itália*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁹⁸[...] Tribunal significa juízo de primeiro grau (exerce jurisdição civil e penal). Corte de Apelação é o órgão colegiado que julga os recursos contra as sentenças dos Tribunais em matéria civil e penal. Corte de Cassação é

danos biológicos e os distinguiram dos danos morais, tratando de forma diversa de danos, que em síntese reconheceu a saúde como direito fundamental.

A decisão de nº 88 refere-se a pedido de indenização de ordem cível que originou da condenação criminal, em busca do dano biológico, como categoria diversa das duas já existentes, que se refere a patrimonial e extrapatrimonial decorrente e vinculado à infração criminal, cuja decisão visa reparar o bem-estar físico do indivíduo, considerando a possibilidade de interpretação ampla com base na Constituição que reconhece a saúde como direito fundamental, no entanto, sem se falar expressamente em dano existencial.

Segue o trecho da decisão:

Appare evidente, allora, che ricorrendo nella fattispecie in esame i presupposti per l'applicabilità dell'art. 2059 del codice civile (il Capenti era stato condannato, in sede penale, per il reato di cui all'art. 582 cod. pen.), vi è la possibilità di accordare agli attori il risarcimento per tutti i pregiudizi di carattere non patrimoniale da essi subiti in dipendenza dell'illecito, compresi quelli corrispondenti alla menomazione della loro integrità fisica in sé considerata.

Non è quindi ipotizzabile alcun contrasto con gli artt. 32 e 24 della Costituzione - in quanto la tutela del diritto alla salute, riconosciuto dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo oltre che come interesse della collettività, riceve, nella particolare ipotesi esaminata (che è la sola che in questa sede può venire in considerazione), concreta applicazione.

3. - Del pari insussistente è poi la dedotta violazione dell'art. 3 della Costituzione - fondata sulla differente entità del risarcimento a seconda del reddito e delle condizioni economiche del danneggiato - poiché, per quanto si è detto, la lesione del diritto alla salute, autonomamente considerato, può trovare, nel caso di specie, congrua riparazione, a prescindere da ogni riflesso di ordine economico.⁹⁹

órgão de última instância do sistema jurisdicional ordinário civil e penal italiano. É composta de seções e, em casos mais importantes nos quais há divergência entre as seções, a Corte se reúne em Seções Unidas. A Corte da Cassação tem por objetivo garantir a observância e a interpretação uniforme do Direito, a unidade do direito objetivo nacional e o respeito dos limites das várias jurisdições (art. 65 do Ordenamento Jurídico italiano RD, 30 de junho de 1941, n. 12). WESENDONCK, Tula. O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira – um estudo de direito comparado. *Revista da AJURIS*. Rio Grande do Sul, v. 38, n. 124, p. 327-356, dez. 2011. p. 330.

⁹⁹ Tradução livre:

Na verdade arts. 2.059 do Código Civil e 185 do Código Penal, em seu conjunto, prevê expressamente que, quando um crime é cometido, o infrator é obrigado a pagar uma indenização por danos morais. A expressão "danos morais", adaptada pelo legislador, é ampla e geral, e trata-se, sem dúvida, qualquer preconceito que se opõe, de forma negativa, para a capital, caracterizada por o custo dos juros prejudicado. O que leva a crer que o âmbito de aplicação do acima indicado artigos. 2.059 do Código Civil e 185 do Código Penal - ao contrário do que foi afirmado na referência - que se estende para abranger todos e quaisquer danos não diretamente suscetíveis a avaliação econômica, incluindo a saúde.

A bem a este aferentes é protegido pelo art. 32 Constituição não apenas como um interesse coletivo, mas também como um direito fundamental, de modo que é configurado como um direito fundamental e absoluta, em pleno funcionamento, mesmo nas relações entre particulares. Ele certamente deve ser incluída entre as posições subjetivas diretamente protegidos pela Constituição e não parece duvidosa a existência da infração, com uma exigência de reparação, em caso de violação da própria lei.

A decisão de nº 184 foi a precursora para chegar ao dano existencial, ora estudado, na medida em que permitiu a interpretação ampla dos arts. 2.043 e 2.059 que disciplina a indenização por dano material e indenização por dano moral, nos casos apenas vinculados à lei penal, reconhecendo o dano biológico como dano que afronta a saúde, considerado como direito fundamental com fundamento no art. 32 da CRI, e sem vincular ao dano material e a necessidade da lei penal. O que fez com base também na decisão anterior, ou seja, nº 88 de 1979, que fundamentou o dano à saúde, citando o dano biológico com base na interpretação originária do art. 32 da CRI.

Referida decisão refere-se a acidente automobilístico, conforme se verifica no trecho a seguir apresentado:

Considerato in diritto:

[...]

4. - Per poter distinguere il danno biologico dai danni morali subiettivi, come dai danni patrimoniali in senso stretto, occorre chiarire la struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità bio - psichica del soggetto offeso.

Il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno - conseguenza in senso stretto.

Il danno - biologico (o fisiologico) è danno specifico, è un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo è, invece, un genere di danno - conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno - conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità, è il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici.

5. - Nel distinguere il danno biologico dal danno morale subiettivo sono state poste anche le premesse per un'individuazione precisa dei contenuti semantici delle varie espressioni usate in materia dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

A partir deste segue-se que a qualificação indenizatória não pode ser limitada às consequências dos incidentes de violação sobre a atitude para produzir renda, mas também devem compreender os efeitos da lesão direta, considerada como uma posição de sujeito autónomo, independentemente de qualquer outra circunstância e consequência. Esta situação decorre da proteção primária conferida pela Constituição ao direito à saúde como a todas as outras posições de sujeito em conteúdo, essencialmente, não pecuniários, diretamente protegidas.

Parece claro, portanto, que o recurso no presente caso as condições de aplicabilidade do artigo. 2.059 do Código Civil (o Capenti tinha sido condenado em um tribunal penal para o crime do art. 582 cod. Pen.), Existe a possibilidade de concessão de uma compensação aos atores para todos os preconceitos de caráter de não-pecuniário eles sofreram na dependência da infracção, incluindo as correspondentes ao comprometimento de sua integridade física, considerada em si mesma.

Portanto, não é concebível qualquer contrariedade aos artigos. 32 e 24 da Constituição - como a proteção do direito à saúde, reconhecido pela Constituição como um direito fundamental, bem como o interesse da comunidade, recebe, no caso específico analisado (que é o único aqui pode vir em consideração), aplicação prática.

3. - Igualmente infundada é também a alegada violação do art. 3 da Constituição - com base na quantidade diferente de compensação de acordo com a renda e as condições económicas dos feridos - porque, como dissemos, a violação do direito à saúde, independentemente considerada, podem ser encontrados, neste caso, devido à restituição, independentemente de qualquer reflexão de ordem económica.

6. - Tenuto conto di quanto ora precisato, mentre il danno biologico risulta nettamente distinto dal danno morale subiettivo, ben può applicarsi l'art. 2059 c.c., ove dal primo (e cioè dalla lesione alla salute) derivi, come conseguenza ulteriore (rispetto all'evento della menomazione delle condizioni psico - fisiche del soggetto offeso) un danno morale subiettivo.

[...]

11. - Sennonché, soltanto il collegamento tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2043 c.c., come si dirà meglio oltre, imponendo una lettura "costituzionale" di quest'ultimo articolo, consente di interpretarlo come comprendente il risarcimento, in ogni caso, del danno biologico: è la lettura "costituzionale" dello stesso articolo, correlato con l'art. 32 Cost., che soddisfa le esigenze sottostanti a tutte le tesi proposte in materia.

12. - Il riconoscimento del diritto alla salute come diritto pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato, non è senza conseguenza in ordine ai collegamenti tra lo stesso art. 32, primo comma, Cost. e l'art. 2043 c.c.

L'art. 2043 c.c. è una sorta di "norma in bianco": mentre nello stesso articolo è espressamente e chiaramente indicata l'obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso o colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata: l'illiceità oggettiva del fatto, che condiziona il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, viene indicata unicamente attraverso l'"ingiustizia" del danno prodotto dall'illecito. È stato affermato, quasi all'inizio di questo secolo (l'osservazione era riferita all'art. 1151 dell'abrogato codice civile ma vale, ovviamente, anche per il vigente art. 2043 c.c.) che l'articolo in esame "contiene una norma giuridica secondaria, la cui applicazione suppone l'esistenza d'una norma giuridica primaria, perché non fa che statuire le conseguenze dell'iniuria, dell'atto contra ius, cioè della violazione della norma di diritto obiettivo".

Il riconoscimento del diritto alla salute, come fondamentale diritto della persona umana, comporta il riconoscimento che l'art. 32 Cost. integra l'art. 2043 c.c., completandone il precetto primario.

16. [...]

L'interpretazione giudiziaria ha già iniziato la revisione di alcune nozioni tradizionali; dall'esperienza giudiziaria sono nati il danno alla vita di relazione, il danno alla sfera sessuale, il danno estetico non concretamente incidente sulla capacità di guadagno, ecc. e sono state prese in considerazione, ad esempio, le ipotesi di piccole invalidità permanenti non influenti sul reddito del soggetto nonché quelle relative a periodi di malattia temporanea durante la quale il lavoratore ha continuato a percepire l'intera retribuzione. Tutto ciò ha costituito l'immediato "precedente" giurisprudenziale del danno biologico.

Il fatto che le esigenze innovatrici siano partite dall'esperienza, ispirata ai valori, personali, esplicitamente garantiti dalla Carta costituzionale, è garanzia di verità delle medesime, anche se lasciano ancora la dottrina incerta in ordine alla strada da intraprendere per raggiungere l'esatta risposta alle stesse esigenze.

22. [...]

Poiché le ordinanze di rimessione chiedono la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di reato; poiché qui si è preso atto del diritto vivente, per il quale l'art. 2059 c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità, in ogni caso, del danno biologico, per sé considerato; poiché lo stesso diritto vivente individua nell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 32 Cost., la disposizione che

disciplina la risarcibilità, per sé, in ogni caso, del danno biologico; mentre va dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale, così come prospettata, dell'art. 2059 c.c., va dato atto che il combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., consente la risarcibilità, in ogni caso, del danno biologico.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Tradução livre:

Considerações legais

[...]

4. - Para ser capaz de distinguir o dano biológico de subietivi dano moral como por perdas financeiras estritamente falando, necessário clarificar a estrutura da realização fato da bio lesão-psíquica do sujeito ofendido. O dano biológico é o caso de o fato prejudicial para a saúde, enquanto o ser subjetivo dano moral (E o prejuízo financeiro) pertencem à categoria dos danos - consequência em sentido estrito.

O dano-biológico (ou fisiológico) é um dano específico, é um tipo de dano, identificando-se com um tipo de evento. O dano moral é estar subjetivo, em vez disso, um tipo de dano - um resultado, que pode resultar de um número de diferentes tipos de eventos; bem como o tipo de dano - condição de valorização, por conseguinte, objetivo, é o prejuízo financeiro, o qual, por sua vez, pode ser causado por vários eventos típicos.

5. - Ao distinguir o dano biológico de ser danos subjetivo imaterial eles também foram estabelecidas as bases para a identificação clara do conteúdo semântico das várias expressões utilizadas pela jurisprudência e doutrina.

6. - Tendo em vista o tempo especificado, enquanto que os danos biológicos é claramente distinta da estar subjetivo danos moral, pode também aplicar a arte. 2059 cc, onde a primeira (isto é, o prejuízo para a saúde) resultante como uma consequência ainda mais (em comparação com o caso de comprometimento da psico - condições físicas do assunto ofendido) danos estar subjetivo pecuniária.

[...]

11. - Excepto que, somente a conexão entre a arte. 32 Cost. E a art. 2043 cc, como será melhor do que impor um "constitucional" de ler este artigo, você pode interpretá-lo como incluindo a compensação, em qualquer caso, o dano biológico: é a leitura "Constituição" do mesmo artigo, correlacionada com 'art. 32 Const, que atende às necessidades subjacentes em todas as teses propostas.

12. - O reconhecimento do direito à saúde como plenamente operacional certo, mesmo nas relações de direito privado, não é sem consequências no que diz respeito às ligações entre a mesma arte. 32, da Constituição. E a art. 2043 cc.

Artigo. 2043 cc é uma espécie de "regra de branco": enquanto no mesmo artigo é expressa e claramente indicada a obrigação de compensação, que segue a culpa ou negligência, os interesses jurídicos cuja lesão não é identificado proibido: a ilegalidade objetiva do fato, o que influencia a constituição de danos, é indicado apenas através de "injustiça" do dano produzido a partir do crime. Foi alegado, perto do início deste século (a observação foi relacionado art. 1.151 do Código Civil revogado, mas é, naturalmente, também para a arte existente. 2043 cc) que o artigo em questão "contém uma regra secundária de lei, cuja aplicação pressupõe a existência de uma regra primária de direito, uma vez que é apenas as consequências regra dell'iniuria do ato são ilegalmente, ou seja, a violação da "regra objetivo" da lei.

O reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental, implica o reconhecimento de que o artigo. 32 da Constituição. Integra o art. 2043 cc, completando o preceito primário.

[...]

16. [...]

A interpretação judicial já iniciou uma revisão de algumas noções tradicionais; experiência judicial nasceram o dano às relações humanas, o dano à esfera sexual, o dano estético não realmente falhar em capacidade de ganho, etc. e eles foram levados em conta, por exemplo, os pressupostos da pequena incapacidade permanente que não afetam o rendimento do réu e as relativas aos períodos de doença temporária durante o qual o trabalhador tem continuado a receber salário integral. Esta tem sido a lei "precedente" caso imediata do dano biológico.

O fato de que as necessidades inovadores são partidas a partir da experiência, inspirados nos valores, pessoal, explicitamente garantido pela Constituição, é uma garantia da verdade da mesma, embora ainda deixam a doutrina incerta quanto ao caminho a seguir para alcançar a resposta correta as mesmas necessidades.

22. [...]

Desde as ordens de referência que pedem a declaração de inconstitucionalidade do art. 2.059 do Código Civil, na medida em que prevê a possibilidade de recuperação de danos morais resultantes da violação do direito à saúde por qualquer ofensa subsequente; pois aqui que tomou nota da lei viva, para as quais o art. 2059 cc Relaciona-se exclusivamente a danos morais subietivi e não exclui que outras disposições preveem a possibilidade de recuperação, em qualquer caso, o dano biológico, por si só considerada; uma vez que a mesma lei viva identifica art. 2.043 do Código Civil, em relação à arte. 32 de custos, a disposição que regula a capacidade de recuperação, em si mesma, em qualquer caso, o dano biológico; e deve ser rejeitado como a questão da constitucionalidade, tal como proposto, art. 2.059 do Código Civil, deve-se reconhecer que as disposições conjugadas dos artigos. 32

A interpretação da jurisprudência não parou e continuou evoluindo. Em razão da amplitude dada ao dano biológico, a doutrina também passou a questionar sobre atos praticados que não poderiam ser enquadrados como dano biológico, nem como dano moral em sentido estrito e, por sua vez, também não seria patrimonial, até chegar à conclusão de que nasceria o dano existencial como forma de reparação, visto que se concluiu que a lesão ao direito da personalidade configuraria dano à existência do ser humano.

Seguem as lições de Almeida Neto: “Assim estava aberto o caminho para a tutela absoluta da pessoa humana, a tutela da dignidade humana em toda sua plenitude, que logo seria alcançada com o reconhecimento do dano existencial”¹⁰¹.

Dessa forma, o assunto em relação ao dano diverso da interpretação restrita que se tinha nos citados dispositivos que disciplinavam o dano material e o moral, mas este vinculado a uma infração penal aguçou os estudiosos do meio acadêmico italiano, passando a formular uma nova modalidade de responsabilidade civil, a fim de permitir a inclusão do dano existencial¹⁰².

Tempos depois, no final de 1990, também na Itália, surge a diferenciação entre as espécies de dano extrapatrimonial, embora ainda existisse o dano biológico e, a partir disso, passou-se a reparar com maior frequência o dano existencial com o fim de reparar a vida de relação, afronta aos direitos fundamentais.

A Suprema Corte Italiana reconhece explicitamente sobre o dano existencial no ano de 2000, precisamente, em 07 de junho, por meio da decisão nº 7.713, relacionado ao direito de família, resumidamente, envolvendo uma ação civil indenizatória ajuizada pelo filho em face do genitor, que havia sido absolvido no processo criminal de abandono material. Transcreve-se o fundamento:

Custo. E 2.043 cc, permite a capacidade de recuperação, em qualquer caso, os danos biológicos. ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentali. Sentenza 184/1986*. Rel. Renato Dell'andro. Decisione del 30/06/1986. Pubblicazione in G.U. 23/07/1986 n. 35. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 10 jan. 2017

¹⁰¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*. p. 23. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>.

Acesso em: 09 maio 2017.

¹⁰²O movimento em torno do assunto agitou o meio acadêmico italiano. Os Professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, no início de 1990, foram responsáveis por diversos encontros acadêmicos, e, sucessivamente, por variados artigos em periódicos, que tratavam do que se passou a denominar de ‘dano existencial’.

Assim, começaram a ser traçados os primeiros contornos de uma nova formulação de responsabilidade civil, para incluir tais danos no âmbito de uma categoria intitulada “dano existencial”, baseada nas atividades remuneradas ou não remuneradas da pessoa, referente a interesses diversos da integridade psicofísica, tais como as relações de estudo, sociais, familiares, afetivas, culturais, artísticas, ecológicas, etc., que eram afetadas negativamente por uma conduta lesiva. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

Decisão nº 7713, de 07 de julho de 2000, Presidente Dott. Pasquale Reale: 5.1.

Il che è stato del resto già ben posto in luce dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n.184 del 1986, relativa al danno-evento da lesione del diritto alla salute (cd. Danno biologico) ma riferibile (per la latitudine dei suoi enunciati) ad ogni analoga lesione di diritti comunque fondamentali della persona; risolvendosi in un danno esistenziale ed alla vita di relazione.

La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c. (che non si sottrarrebbe altrimenti ad esiti di incostituzionalità), "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori", nel senso appunto che quella norma sia "idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito", attraverso "il risarcimento del danno (che) è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse".

Il citato art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Costituzione, va così "necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".

Per cui, quindi - essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona pienamente e direttamente, operanti "anche nei rapporti tra privati" (cd. "drittwirkung") - "non è ipotizzabile limite alla risarcibilità", della correlativa lesione, "per sé considerata" (n.184/1986 cit.), ai sensi dell'art. 2043 c.c.: che, per tal profilo la Corte veneziana ha per ciò correttamente applicato, riconoscendo all'attore il ristoro del danno (non già "morale" da illecito penale, ma) da lesione in sé di suoi diritti fondamentali, in conseguenza della riferita condotta del suo genitore.¹⁰³

Essa decisão atribuiu autonomia ao dano existencial, considerando-o como uma espécie de dano extrapatrimonial e independente da esfera criminal, até então necessária, nos

¹⁰³ Tradução livre. 5.1. [...]Que era na verdade já tão bem pelo Tribunal Constitucional com a nota 184 do acórdão 1986, relativo ao dano-evento para a violação do direito à saúde (cd. Danos Biológica), mas refere-se (para a latitude de suas declarações) semelhante a cada lesão, direitos no entanto fundamentais da pessoa; resultando em um **dano existencial e relações humanas**.

A atual Constituição, garantindo valores principalmente e principalmente pessoais requer, de fato, uma arte orientada constitucionalmente lendo. 2043 cc (Que de outra forma escaparia aos resultados inconstitucionais), em relação aos artigos da Carta que protegem os valores previstos, no sentido de que, de facto, a regra é "obrigado a compensar o sacrifício que os mesmos valores sofrem por causa da infracção" através de "danos (que) é sanção exequível do preceito primário e é o mínimo das sanções que a lei pronto para a protecção de um interesse".

Os art. citados. 2.043 do Código Civil, relacionado com os artigos 2 e seguintes. Constituição, que é "precisa ser estendida para abranger não só a reparação dos danos estritamente capital, mas de todo o dano que pelo menos potencialmente prejudicar conquistadores atividades da pessoa humana".

Assim, então - sendo as limitações constitucionais de garantia dos direitos fundamentais da pessoa completa e diretamente, operacional "nas relações entre particulares" (cd "Drittwirkung".) - "Não é limite concebível para Recuperação", a lesão correlativo "em si considerado"(184/1986 cit.), nos termos do art. 2043 cc: a tal ponto o perfil Venetian Tribunal para o que devidamente aplicadas, reconhecendo a compensação autor por danos (e não "moral" como uma ofensa criminal, mas) a partir da própria lesão dos seus direitos fundamentais, como resultado do relataram conduta de seus pais. (grifos nossos). ITÁLIA. Legge e Giustizia. *Risarcimento del danno esistenziale per la lesione dei diritti fondamentali, garantiti dalla Costituzione. Sentenza n. 7713/2000*. Ricorrente: Cappelletto Francesco. Controricorrente: Hu Cheng Daniele e Hu Cheng Donatela. Rel. Mario Rosario Morelli. Decisione del 10 gennaio 2000. Depositato in Cancelleria in data 7 giugno 2000. Disponível em: <http://www.legge-e-giustizia.it/index.php?option=com_content&task=view&id=2838&Itemid=149>. Acesso em: 10 jan. 2017.

termos do art. 2.059 do CCI e art. 185 do CPI.

O dano existencial representa uma alteração na vida extra-contratual do trabalhador, interferindo no projeto de vida e a vida com terceiro¹⁰⁴.

Com efeito, proclamou-se a interpretação ampla de proteção à dignidade humana e, assim, inseriu-se o dano existencial, atualmente aceito pela jurisprudência no nosso ordenamento jurídico, até porque, também amplo e com um sistema aberto quanto à reparabilidade.

Nesse sentido, verifica-se que o dano existencial visa reparar o ato ilícito civil praticado pela parte que tem o condão *de frustrar projeto de vida ou a vida de relação da pessoa humana*, desta forma, enquadra o ato ilícito, por exemplo, decorrente de *erro médico, acidente de trânsito com lesão física permanente, que impossibilite de desfrutar dos direitos mínimos existenciais, como lazer, ou com morte que priva o ente de viver com os genitores, etc.*

A partir de então, passa a ter decisões sobre reparação de dano existencial com maior frequência no Direito Italiano. O mesmo ocorre com nosso ordenamento jurídico, que também passou a se deparar com o dano existencial, no entanto, com certa confusão a respeito de ser formulado nos pedidos iniciais e julgado como dano moral e até mesmo como perda de uma chance, conforme será apresentado e comparado nos julgados a seguir. Por tais razões, justifica-se o conhecimento autônomo do dano existencial, evitando-se, assim, que a vítima não seja reparada na sua integralidade.

Tem-se notícia de que o TST se deparou com o dano existencial no ano de 2008, conforme se verifica do julgamento do Recurso de Revista que tramitou sobre nº 105041-75.2006.5.08.0008, de Relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, em caso envolvendo dano moral e estético, no qual o fundamento do julgamento se referiu ao dano existencial, mas o denominou como dano moral¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Trata-se de dano existencial, consistente na alteração das normais atividades do indivíduo, que são, no caso acima referido, o repouso, o relaxamento, a atividade de trabalho, mesmo o domiciliar, classificação essa que decorreu, com visto, do reconhecimento da inviolabilidade da pessoa, e da reprovação aos danos que afetassem a sua plenitude psicossomática e existencial.

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração prejudicial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanente – sobre a sua existência.

O traço relevante, entretanto, quanto ao dano existencial, está no fato de que os italianos entenderam que o rol de atividades da vida de relação que podem ser afetadas, negativamente, é amplo, e concluíram que tais danos são os que atingem a existência humana. Daí a denominação de dano existencial. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

¹⁰⁵ O Egrégio Tribunal Regional, mediante o v. acórdão de fls. 117-129, deferiu ao reclamante a indenização por danos morais e estéticos, fixando um único valor. A decisão teve o seguinte fundamento: A indenização ora

No ano seguinte, em 2009, outro julgamento nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, nº 151040-73.2005.5.08.0109, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, referindo-se ao mesmo fundamento em relação ao dano existencial, ou seja, tratar-se de dano extrapatrimonial e denominação dada pela nova doutrina civilista, por tutelar o dano ao bem jurídico decorrente da personalidade, que envolveu um caso de perda auditiva decorrente da má condição do ambiente de trabalho, ponderou a ofensa à dignidade humana¹⁰⁶.

Assim, o TST passa a se deparar cada vez mais com o dano existencial, não obstante, julgado como dano moral, *mas fundamentando com base nos elementos característicos relacionados à frustração do projeto de vida e da vida de relação*, inclusive quanto à necessidade da prova para configuração, como se pode perceber no julgamento atual, nos autos de 2016, proferido no Recurso de Revista nº 0000530-38.2014.5.04.0305, em 14/12/2016, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann¹⁰⁷.

Não obstante os citados julgamentos, ainda persiste a confusão feita pelos Tribunais, considerando as características de dano existencial, mas arbitrando o valor como sendo dano moral e, com isto, deixando de atingir, de certa forma, a reparação total, o que justifica a classificação como dano autônomo.

Já o TRT da 15ª Região, delimitação deste trabalho, com sede em Campinas-SP (art. 674 da CLT), tomou contato com o dano existencial pelo julgamento do Recurso Ordinário^o

pleiteada tem caráter eminentemente extrapatrimonial, aquilo que a moderna doutrina civilista chama de *dano existencial*, pois envolve um dano aos bens jurídicos decorrentes da personalidade da pessoa: *honra e integridade física*. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 105041-75.2006.5.08.0008, 6ª Turma. Recorrente: Clóvis de Oliveira Sousa. Recorrida: Construtora Mauá Júnior Ltda. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Julgado em: 20.08.2008. Publicado em: 22.08.2008.

¹⁰⁶A vida é o direito de maior proteção garantido pelo texto constitucional, inserindo-se como um dos princípios, estruturantes da Lei Magna, cristalizado na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, 111). Mesmo que não tenha a doença afetado a capacidade laborativa do empregado durante a relação de emprego, evidente a presença da dor moral sofrida, ainda mais quando se trata de patologia com a qual deverá conviver até o final da sua vida. Assim, estando plenamente comprovada a culpa da reclamada por descumprimento da lei (culpa contra a legalidade), deve responder pelo dano moral causado (CC, arts. 186 e 927). A indenização pleiteada tem caráter eminentemente extrapatrimonial, aquilo que a moderna doutrina civilista chama de dano existencial, pois envolve um dano aos bens jurídicos decorrentes da personalidade da pessoa: honra e integridade física. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 151040-73.2005.5.08.0109, 2ª Turma. Agravante: Centrais Elétricas do Pará S.A. Agravado: Norberto Guimarães Florenzano. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Julgado em: 25.03.2009. Publicado em: 24.04.2009.

¹⁰⁷Ressalto que, ao poder de comando ou poder diretivo do empregador, contrapõem-se limites traçados pelo ordenamento jurídico, de modo a impedir contornos de arbitrariedade patronal. Vale dizer que qualquer empreendimento ou organização empresarial deve respeitar as condições mínimas de proteção ao trabalhador, sob pena de configurar abuso de direito. Assim, os direitos fundamentais servem como um parâmetro e um balizador na preservação do princípio da igualdade face aos atos discriminatórios. Nesta linha, a exigência de jornadas extremas a um determinado grupo de trabalhadores reveste-se de brutal ato discriminatório em relação ao restante da coletividade, que exerce suas atividades laborais dentro dos limites aceitáveis como razoável e justo. Trata-se de dano existencial por prática abusiva do empregador que atenta contra direito fundamental do empregado. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000530-38.2014.5.04.0305, 2ª Turma. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrida: Tásiana Figueira da Silva. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Julgado em: 14.12.2016. Publicado em: 19.12.2016.

0000805-41.2011.5.15.0028, no ano de 2013, Relator José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, no entanto, o reparou também como dano moral, mesmo reconhecendo ter requisitos mais amplos necessários para a configuração. Frisa-se que esses dados foram extraídos do acervo de julgados do citado Tribunal, portanto, parte-se da premissa de ser esse o primeiro contato com o tema¹⁰⁸.

Da mesma forma, há, nos julgamentos do Tribunal Regional citado, grande confusão em se tratar do dano existencial como dano moral, conforme poderá ser melhor explorado no item que analisar os critérios adotados para o reconhecimento e afastamento do dano.

No âmbito do direito do trabalho, passou-se a verificar o comportamento do empregador no contrato de trabalho que reflete em ações *fora* do contrato, por exemplo, jornada excessiva, ausência de intervalos anuais (férias), afronta ao lazer, impossibilidade de se aposentar, por falta de reconhecimento de INSS, acidente de trabalho com sequelas, etc., o que justifica uma melhor análise pela doutrina e até mesmo pelo poder judiciário, para evitar-se banalização do dano.

O que restou muito bem esclarecido por Frota:

Deflagrado por eventos que, por vezes, também repercutem no âmbito da inteligência física, moral e psíquica, o *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, entre outras) e a dificuldade de retornar sua *vida de relação* (de âmbito público ou privado,

¹⁰⁸O dano existencial (mais amplo que o dano à vida de relação) atinge em cheio a vítima do acidente do trabalho, que, por conta deste, sofre prejuízos de tamanha monta que a incapacitam para o resto da vida, tornando-a incapaz não somente de trabalhar, mas de promover o desenvolvimento de sua personalidade, com o estudo, o aprimoramento intelectual, a aspiração de crescimento profissional etc., tornando-se a situação ainda mais grave quando a vítima não consegue nem mesmo se relacionar da maneira como o fazia com os amigos, não podendo mais se locomover, ir a festas, clubes, passeios etc. Entrementes, essa situação pode chegar ao extremo quando a vítima não consegue mais nem mesmo realizar tarefas simples do cotidiano familiar, nem mesmo cuidar de si, dependendo de outra pessoa para os cuidados mais básicos do ser humano, como os relacionados à higiene. E não pode ser olvidada a situação de impossibilidade de relações sexuais com a pessoa amada, o dano à vida de relação em sentido estrito, que gera um sentimento de frustração, de impotência, da mais profunda tristeza, tendo em vista ser o sexo imprescindível à harmonia conjugal e à própria saúde, como amplamente divulgado no meio científico.

E esses danos à vida de relação, em sentido lato, podem atingir também em cheio pessoas componentes do que a doutrina tem denominado de núcleo familiar básico, como esposo e filhos, quando estes precisam inclusive dedicar parte de seu precioso tempo aos cuidados mais básicos com o familiar inválido. Principalmente o esposo, quando este já não tem mais nem mesmo possibilidade de praticar o ato conjugal. De modo que o dano existencial ou o dano à vida de relação é mais amplo do que o dano moral em sentido estrito, mas não impede a condenação ao pagamento de uma indenização por dano moral, já que todos são danos extrapatrimoniais, ou seja, de ordem pessoal. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000805-41.2011.5.15.0028, 2ª Turma, 4ª Câmara. Recorrente: Joaquim Ferreira dos Santos. Recorrida: Agropecuária Nossa Senhora do Carmo S.A. Relator: José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. Julgado em: 06.08.2013. Publicado em: 16.08.2013.

sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).¹⁰⁹

Para caracterização do dano existencial, continua Frota: “[...] que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida e/ou vida de relação*”¹¹⁰.

Desta forma, nota-se que o dano deve ter repercussão do ponto de vista a inviabilizar um projeto de vida razoável de ser atingido e não irreal ou ilícito, a exemplo, ter sido frustrado de morar na lua e de ser o maior matador de pessoas da localidade.

Em outras palavras, mas de mesma importância para a compreensão do tema ainda novo perante os nossos Tribunais Superiores, tem-se o dano existencial como sendo o decorrente de uma conduta infracional relacionado ao contrato de emprego, com reflexos na interferência da vida extra contrato, ou seja, com inibição ou restrição prolongada no tempo, da vida em relação, afastando do trabalhador os direitos sociais¹¹¹.

Com efeito, o dano existencial decorreu da interpretação do dano à vida de relação, referindo-se às atividades diárias, cotidianas, inerentes aos prazeres mínimos da vida do ser humano, cuja afronta acarretaria a reparação, independente da necessidade de prejuízo econômico e da vinculação com a lei penal.

A respeito da vida de relação para efeito de indenização, surge como meio de reparar a lesão provocada e que cause prejuízo quanto o relacionamento em sociedade, isso porque o ato de se relacionar é inerente ao ser humano, razão pela qual permite-se que consiga exercer os direitos sociais, como lazer, e atingir a proteção de saúde, refletindo no bem estar e, conseqüentemente, na relação de emprego, por permitir maior capacidade laborativa¹¹². Verifica-se que nossa Constituição, no art. 6º, apresenta como direito social os

¹⁰⁹ FROTA, Hidemberg Alves. Noções Fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013. p.22-23.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹¹¹ O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013. p. 38.

¹¹² Assim, desde o início dos anos 60 a doutrina italiana, aumentando o leque de espécies de dano, sempre visando à orientação do intérprete, classificou uma nova espécie de dano injusto causando à pessoa, que foi então chamado de *danno ala vita di relazione* [dano à vida de relação], dano ao relacionamento em sociedade, à convivência, que não atinge diretamente, mas indiretamente, a capacidade laborativa – a capacidade de obter rendimento – da vítima.

O homem necessita de se relacionar em sociedade, de praticar atividades recreativas para suportar as pressões externas do cotidiano. São essas atividades que propiciam o bem estar físico e psíquico da pessoa, favorecendo a sua capacidade não somente de continuar exercendo seu trabalho, sua profissão, como aumentado suas chances

prazeres que, se afrontados, configuram a afronta à vida de relação, a exemplo, educação, lazer, etc.

Dessa forma, a doutrina apresenta que o dano existencial tem como base o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relações, devendo ser um projeto de vida razoável e nada irreal; deve-se verificar, ainda, a boa-fé dos envolvidos na relação. Por tais razões, antes de adentrar nos elementos caracterizadores, se faz necessário apresentar, diante da doutrina brasileira, o conceito que vem sendo atribuído ao dano existencial, visto que em inúmeros julgados verifica-se que ainda há confusão da teoria em relação a dano existencial e moral, eis que se condena a dano moral quando se está diante de típico dano existencial.

2.2 Conceito

Em se tratando de dano existencial é de suma importância partir da premissa do conceito de **dano** e de **existência**, com o fim de tutelar a dignidade humana, visto ser inegável a importância da reparação deste dano como meio de defesa da dignidade do trabalhador e a efetivação dos direitos sociais, vinculando-o a um prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

2.2.1 Do dano

A palavra “dano”, que se refere a todo mal ou ofensa praticada por uma pessoa a outra, emana no latim *damnum*, que se refere à *perda*. Desta feita, sua origem vincula-se a prejuízo, diminuição, ofensa, etc.¹¹³.

Portanto, o dano em qualquer origem que se busque, está relacionado ao prejuízo e

de crescer, de ascender melhores postos e, com isso, aumento seus rendimentos. Como foi idealizado, o dano à vida de relação, na sua essência, consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente, de desfrutar os prazeres propiciados por atividades recreativas, extra-laborais as mais variadas, como praticar esportes, fazer turismo, pescar, frequentar cinema, teatros ou clubes etc., interferindo decisivamente no seu estado de ânimo e, conseqüentemente, no seu relacionamento social e profissional, diminuindo suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, trazendo como consequência um reflexo patrimonial negativo. ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*. p. 38-39 Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 09 maio 2017.

¹¹³ Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo *mal* ou *ofensa* que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim o sentido econômico de *diminuição* ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, *dano* é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o *prejuízo causado*, em virtude de ato ou de outrem, que vem causar diminuição patrimonial. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol. I (A-I). Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 3.

perda praticados a outrem, razão disto se trata de objeto da responsabilidade civil (arts. 186 e 927do CC^{114/115}) que enseja a reparação.

Nas lições de Santos:

Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeição legítima. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens matérias ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações, como diz o Jorge Mosset Iturraspe (*Responsabilidade Civil*, p. 21).¹¹⁶

Desta feita, o dano está vinculado a uma conduta, um prejuízo que não é, necessariamente, econômico, material, podendo ser, para a pessoa, de ordem psíquica, imaterial.

2.2.2 Do existencialismo nas lições de Karl Jaspers

Em conjunto com o dano, se faz necessário para a compreensão do dano existencial, objeto do estudo, discorrer, não com profundidade filosófica, a respeito do significado de existência, voltada à pessoa humana, para então, em composição do conceito de dano, dar o efetivo significado da tutela que pretende assegurar e reparar na integralidade e de forma autônoma.

O significado da palavra “existência” decorre, em um primeiro momento, do estar, existir, relacionado, no caso em questão, à existência humana, à própria vida, ao direito de ser livre, tomar liberdade e proceder escolhas, sendo esta limitada não de forma ilimitada, mas vinculada à razão e a valores como os jurídicos, religiosos, sócios-culturais, éticos, etc., pois tem o significado de manter-se relacionado com outro, projetar-se¹¹⁷.

Nesse sentido, a corrente filosófica do existencialismo estuda a existência, sendo de

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 75.

¹¹⁷ *Existir* é se encontrar com o mundo, tendo-o como sua morada (*ser-no-mundo*), e estar em relação com o mundo e com as coisas e os seres nele situados (*ser-com*), incluindo-se o ‘relacionar-se consigo mesmo e com o seu ser’.

A existência humana decorre da coexistência com coisas e pessoas (*ser-com*), durante a vivência em um mundo (*ser-no-mundo*), que é moldado pelo diálogo, seja do indivíduo consigo mesmo, seja entre o seu universo e os universos das coisas e das demais pessoas. (grifos do autor) FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento Filosófico do dano existencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, p. 41-59, jul./dez. 2010. p. 45.

fundamental importância para a compreensão da existência e, esta, enquanto existência humana.

Para uma melhor exploração da existência, no campo da filosofia existencial, tem-se como referencial teórico o pensamento de Karl Jaspers (1973), que se dedicou ao estudo da existência no plano do existencialismo cristão, em sentido contrário ao existencialismo ateu sustentado por Jean-Paul Sartre (1943)¹¹⁸, para quem a existência precede a essência e o ser humano é possuidor de uma liberdade irrestrita, sem limite e, por isso, o homem se constrói com suas tomadas de decisão, assumindo suas consequências.

Nas lições de Jaspers, há *existência* em relação ao *ser-no-mundo enquanto ser-em-situação*. Situação esta esclarecida nas lições de Perdigão:

Situação cujo sentido está ligado embrionariamente a todos os temas que giram em torno da existência humana como o são, por exemplo, a temporalidade, a historicidade, a liberdade, a finitude, o sofrimento (e/ou o naufrágio), a morte, a transcendência.¹¹⁹

Essa filosofia funde-se em três conceitos: *Dasein*, *Existenz* e *Transzendenz*.

O primeiro conceito – *Dasein* considera o ser humano como vida apenas, é o estar aí, pois apenas neste ponto a existência que se pretende estudar fica limitada à presença do homem no mundo. Nesse contexto, sustenta-se que a existência está relacionada a uma superação de si mesmo (enquanto ser humano) que é procedido por meio de lutas, fracasso e fé, pois defende-se que o “existir” (*Dasein* – *estar aí*) é transcender na liberdade, por Jaspers denominada *Existenz*, o segundo conceito, estágio em que se apresentam caminhos em meio de um conjunto de situações. O *Existenz* representa a liberdade de escolha – ligada à razão¹²⁰, sem a qual inexistiria existência própria – que permite a transcendência, o *Transzendenz*.

Desta feita, o ser humano em liberdade transcende completamente tudo quanto

¹¹⁸Teoria apresentada pela primeira vez em 1943, com a publicação da obra *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução e Notas de Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 2007.

¹¹⁹PERDIGÃO, Antónia Cristina. A filosofia existencial de Karl Jaspers. *Análise Psicológica*. v. 19, n. 4, p. 539-557, 2001. p. 540. Disponível em: <<http://publicacoes.ispa.pt/index.php/ap/article/view/386>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

¹²⁰Por sua vez, a Razão é para Jaspers, fundamentalmente duas coisas: por um lado, e tal como para Descartes, uma *exigência formal* de método, objectividade e rigor; por outro, como no pensamento Kantiniano, uma faculdade cuja atividade tem uma *função reguladora*. O significado mais profundo que Karl Jaspers atribuiu ao esclarecimento da Existência surge da articulação destes dois aspectos. Sem essa luz própria da Razão, a Existência não teria o brilho humano que a caracteriza. A razão confere-lhe as condições e/ou a capacidade que lhe faltava (ao nível do *Dasein*) de significação e reflexividade do seu *dentro*, do seu conteúdo especificamente humano. A existência, por sua vez, dá sentido, profundidade e futuro, da humanidade à Razão. Em conjunto, conjunto, constituem e alimentam o horizonte de possibilidades e significação que garante um *con-texto* a cada indivíduo enquanto projecto existencial concreto. Ibid., p. 543.

seja, conheça ou faça¹²¹.

Para concluir a respeito da existência com fundamento no existencialismo cristão estudado por Jaspers, aproveita-se das lições de Jeannette Antonios Maman que ensina que, para o filósofo, *o existir é sempre existir em uma determinada situação e que há situações limites e vinculadas à razão*. Portanto, pode-se também apresentar como exemplo do conceito de limite aqui citado os *valores jurídicos, religiosos, sócioculturais, éticos, etc.*¹²², pois se trata de um limitador no exercício da liberdade.

Assim, autoriza-se concluir que *existir é estar aí (Dasein)* em relação com o mundo, com as coisas e com os outros homens (*Existenz e Transzendenz*), até porque a comunicação se faz necessária para complementar a existência no sentido de relacionar-se, ser-no-mundo e, portanto, o ato ilícito que interfira nesta relação provoca o dano existencial.

2.2.3 Do dano existencial

Desta composição, verifica-se que o dano em estudo necessariamente precisa de um prejuízo, uma perda vinculada à existência humana, caso da restrição à liberdade de escolha referente às atividades cotidianas, ou restrição às condições mínimas para que se assegure à pessoa humana a existência digna, tais como alteração relevante no projeto de vida ou no prazer em se relacionar, esta característica única do ser humano, visto o existencialismo considerar o existir como o estar em relação com o mundo e com os outros¹²³.

Com efeito, pode-se partir da premissa de que o dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial e, ainda, de forma autônoma, conforme será explorado mais adiante neste trabalho, que provoca na vítima uma frustração, decorrente do ato ilícito, no caso da

¹²¹ JASPERS, Karl. *Filosofia da Existência*. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

¹²² Karl Jaspers vê o homem existente *em situação*, condicionado por fatos que o impede de querer e agir de modo diferente daquilo que é (ainda que seja possível a mudança de uma situação pelo trabalho humano). Para ele, há situações-limites “situações que subsistem em sua essência, ainda quando que se modifique a sua aparência momentânea e se dissimule sob um véu a sua onipotência: tenho de morrer, de sofrer, tenho de lutar: estou sujeito ao acaso, encontro-me inevitavelmente preso aos laços de culpabilidade” – que levam o homem, “desde o fundo de si mesmo, a buscar, através do malogro, o caminho do ser”. Neste sentido, existir é sempre existir nunca situação determinada: não se pode viver sem luta e sem dor e a todo momento somos levados a decidir na situação que nos apresenta-decidir pelo superficial ou inautêntico, ou pelas determinações profundas da autenticidade. MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*. Crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000. p. 83

¹²³ [...] é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

relação de emprego, praticado pelo empregador, suficiente para impedi-lo de dar prosseguimento ao projeto de vida, às suas escolhas ou de manter-se relacionado com terceiros, deixando de concretizar os direitos mínimos sociais¹²⁴.

Para encerrar, não poderia o estudo deixar de apresentar o conceito apresentado por Bebbber:

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoal que perde a fonte de gratificação vital.¹²⁵

Independentemente dos conceitos apresentados, há os elementos necessários para a configuração, que refletirá no objeto e necessidade da prova dos autos e se difere do dano moral, que é dor íntima, conforme será melhor estudado a seguir, no campo da autonomia do dano existencial, *de forma geral, dano, frustração ao projeto de vida e de forma considerável a vida de relação*.

Dessa forma, o conceito de dano existencial, qualquer que seja, não foge da necessidade de estar presente e demonstrado a frustração de projeto de vida e da vida de relação, no caso em estudo, do empregado, provocado por uma conduta ilícita praticada pelo empregador, que retire do empregado a liberdade de escolha e exige deste uma reprogramação da própria vida ou do seu cotidiano.

Portanto, para a configuração, há necessidade da presença de uma frustração na liberdade de escolha ou da autorrealização e da vida de relação, o que caracteriza a afronta aos direitos mínimos fundamentais sociais e da personalidade, não assegurando ao trabalhador a

¹²⁴ O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta na vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retornar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social) FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013. p. 32.

No mesmo sentido, Almeida Neto: O dano existencial, ou seja, dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*. p. 25. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>.

Acesso em: 09 maio 2017.

¹²⁵ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*. São Paulo, v. 73, n. 1, p. 73-01/26-29, jan. 2009. p. 73-01/28.

dignidade prevista na CRFB.

Sendo assim, tem-se como dano existencial o dano que decorre de um ato ilícito, por culpa ou dolo e que frustrar um projeto de vida razoável e com objeto lícito, com probabilidade de concretização, assim como uma vida de relação.

Nas lições de Frota e Bião:

O dano existencial compromete, sensivelmente, a *situação existencial do ser-aí* (obsta-se “o encontrar-se no mundo e com o outro”): o ilícito provoca um injusto embaraço à liberdade de *coexistir* com os demais (*ser-com-os-outros*) e de *participar* do mundo *circundante* e do mundo *humano*(*ser-no-mundo*).¹²⁶

Por se tratar de uma reparação civil, aplicam-se os mesmos requisitos necessários da reparação geral: ato ilícito, culpa ou dolo, nexos causal e o dano, aqui vinculado à frustração do projeto de vida e da vida de relação, que ultrapassa de certa forma a *dor*, o *sofrimento*, característica interiorizada da vítima.

Não obstante os Tribunais venham reconhecendo essa modalidade de dano existencial, o fazem como forma de dano moral, *condenando o infrator quando há afronta aos direitos sociais e da personalidade* por frustrar o projeto de vida e da vida de relação do trabalhador.

A título de exemplo, cita-se um julgamento do TST a respeito do dano existencial, vez que os demais serão analisados em capítulo oportuno. Nota-se que este julgado aponta todas as características do dano existencial, inclusive a respeito da prova que se faz necessária para configuração e que será objeto de análise deste trabalho e o diferencia do dano moral¹²⁷.

¹²⁶ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento Filosófico do dano existencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, p. 41-59, jul./dez. 2010. p. 47.

¹²⁷ O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. Nesse sentido, o conceito de projeto de vida e a concepção de lesões que atingem o projeto de vida passam a fazer parte da noção de dano existencial, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No âmbito da doutrina trabalhista, o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada vida de relações. Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. No caso concreto, a Corte regional entendeu que não restou demonstrado o dano existencial, não podendo haver um corolário lógico de que a jornada prolongada em alguns dias causou efetivo prejuízo às relações sociais ou ao projeto de vida do trabalhador. Logo, conforme decidido pelo Tribunal Regional, o dano existencial não pode ser reconhecido à míngua de prova específica do efetivo prejuízo pessoal, social ou familiar. Nessa situação, vale ressaltar, é inviável a presunção de que, no caso dos autos,

Diante desta nova modalidade de indenização com que nossos tribunais passaram a se deparar, ou seja, dano existencial, precisamente após a EC nº 45 que normatizou a justiça do trabalho, atribuindo-lhe competência para julgar matéria de dano moral e material, art. 114 da CRFB, cabe aos julgadores, *sob pena de banalizar um instituto de reparação de danos ao mínimo existencial da pessoa humana*, apreciarem, nos termos que sustenta Costa, com ponderação e com apoio ao princípio da razoabilidade ao estar diante de conflito, na relação particular entre as partes, do mínimo existencial e autonomia privada/direito de propriedade¹²⁸.

Registra-se que se deve tomar por cautela verificar a prova e a distribuição do ônus quanto aos elementos necessários para configuração do dano existencial, que vai além dos elementos comuns da responsabilidade civil, tais como ato ilícito, culpa ou dolo, nexos causal e o dano no sentido de frustrar o projeto de vida razoável e da vida de relação. Caso contrário, estar-se-á, sem sombra de dúvida, incentivando novo requisito de petição inicial trabalhista, como chegou a ser popularizado o dano moral, por acompanhar todas as iniciais em típica indústria do dano moral, com isso banalizando o instituto, confundindo-se mera infração contratual como dano moral e, ainda, não se ponderando a efetiva afronta aos direitos pessoalíssimos e a dor da vítima, ou seja, quantificando como mero aborrecimento que necessita ser suportado pelo ser humano dentro de uma relação de emprego. Portanto, em se tratando de dano, e, no caso, de dano existencial, a ponderação e a prova são de suma importância para o julgamento.

Por outro lado, há também entendimento que afasta o *dano existencial* por ausência de prova efetiva do dano e, ainda, porque entende que o ilícito que acarretaria o dano existencial é passível de reparação econômica através da condenação da empresa ao pagamento do direito lesado, a exemplo, jornada de trabalho excessiva e inexistência de descanso, pois a legislação trabalhista já prevê o pagamento e as infrações administrativas pertinentes, situação que será objeto de análise em item seguinte.

A respeito da prova do dano existencial ainda há muito para ser discutido, já que se

o dano existencial efetivamente aconteceu, em face da ausência de provas neste sentido. Embora a possibilidade, abstratamente, exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para que sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovados, *in re ipsa*, a dor e o dano à sua personalidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista não conhecido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0001392-42.2014.5.12.0028, Sétima Turma. Recorrente: Sanderson Marques. Recorrida: Companhia de Cimento Itambé. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Julgado em: 16.06.2016. Publicado em: 18.03.2016.

¹²⁸COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares* – Juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 50-51.

trata de matéria nova em nossos Tribunais.

No entanto, quando se tratar de dano originário da matéria relacionada ao direito do trabalho, exemplo: jornada em excesso e ausência de intervalo, não cabe ao julgador analisar apenas a infração da legislação trabalhista e, com isso, presumir o dano existencial, pois este exige uma convicção pouco além da infração dos direitos trabalhistas, vez que se volta para a frustração com certa magnitude do projeto de vida razoável, provável e da vedação da vida de relação, *privando de um futuro que demonstra ter sido programado, possível e real* e, devido a ato ilícito praticado pela empresa, não foi possível concretizar-se e nem mesmo permitiu-se a relação com a família ou vedou de gozar dos direitos mínimos sociais, como lazer.

O conjunto probatório deve ser verificado na totalidade e não apenas como foco para infração trabalhista em separado.

Neste contexto, a prova cabe a quem alega, utilizando-se, em primeiro plano, o ônus aplicado no processo do trabalho, empregando a hipótese por amostragem da jornada em excesso, art. 818 da CLT¹²⁹ e incisos I e II, do art. 373 do CPC¹³⁰, além da súmula nº 338 do TST¹³¹ e, no segundo plano, a prova referente à responsabilidade civil e o terceiro, a prova quanto ao dano efetivo, ou seja, à frustração do projeto de vida e da vida de relação. Dentro deste conjunto deve-se, ainda, verificar a aplicabilidade da dinâmica da distribuição do ônus da prova, art. 373, § 1º do CPC¹³².

Assim, quando se falar em dano existencial decorrente da relação empregatícia, a prova teria três estágios: o primeiro aplicando-se a regra do ônus para demonstrar o ilícito trabalhista; o segundo a demonstrar os elementos da responsabilidade civil e o terceiro para se comprovar o dano à vida que era projetada e que foi interrompida por culpa do infrator, assim como a vida de relação deste trabalhador, causando, assim, o prejuízo existencial.

Desta forma, será possível atender ao princípio da dignidade humana com a reparação do dano na hipótese de afronta aos direitos sociais assegurados a todos os

¹²⁹ Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

¹³⁰ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹³¹ Súmula nº 338 do C. TST. Jornada de Trabalho. Registro. Ônus da prova. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário; II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário e III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

¹³² § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

trabalhadores e cidadãos.

Concluído o julgador pela configuração do dano existencial, caberá passar à análise do critério de fixação do *quantum*, que, nos parece, deve seguir os mesmos critérios utilizados para fixação do dano moral, ou seja, análise da gravidade da culpa, a extensão do dano, capacidade econômica das partes e função pedagógica para evitar reincidência por parte do infrator, sem que comprometa a continuidade econômica deste, já que é gerador de emprego, e sem enriquecer a vítima, porque não se trata de lucro fácil.

Pode-se citar, como rol exemplificativo, de possibilidade de dano existencial na relação de emprego: acidente de trabalho como vítima de lesão física ou até mesmo morte, no caso de dano por ricochete; não reconhecimento do INSS que frustra a aposentadoria do trabalhador e a garantia de gozar da velhice; meio ambiente de trabalho insalubre e que acarreta lesão à saúde do trabalho, retirando o prazer da vida em alterar o cotidiano; trabalho análogo a escravo; jornada excessiva e que reflete na relação extra contrato de trabalho; assédio moral e sexual com traumas psicológicos, entre outras hipóteses que, no caso concreto, restar demonstrado a frustração ao projeto de vida e a afronta à vida de relação da vítima.

Com isto, temos uma ideia da nova indenização que está adentrando no julgamento dos processos que envolvem matéria relacionada ao direito do trabalho que, com alteração do inciso VI, art. 114 da CRFB¹³³, passou a ser competência da justiça do trabalho processar e julgar ações envolvendo indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes das relações de trabalho. No entanto, o dano moral aqui utilizado deve ser interpretado como dano extrapatrimonial e, via de consequência, o dano existencial.

2.3 Elementos necessários para concretização do dano existencial

Em se tratando de dano existencial na relação de emprego, para que efetivamente seja configurado e que nasça o dever de reparação, faz-se necessária a presença de elementos como: *a) infração contratual; b) os requisitos da responsabilidade civil e c) frustração de projeto de vida e da vida de relação.*

Eis aqui a justificativa para análise da prova e dos respectivos ônus em cada etapa dos elementos.

¹³³Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Por tais razões, o conhecimento e contato com o conceito e com os elementos passíveis de caracterização do dano existencial são importantes, inclusive, para distingui-lo das demais modalidades de dano extrapatrimonial ou imaterial, deixando claro que se trata de uma modalidade autônoma, ao lado do dano material, moral e até mesmo da perda da chance.

Assim, da análise até então apresentada e do conceito do dano existencial, em se tratando ao objeto do estudo, na relação de emprego, exige-se para configuração de ato ilícito, em primeiro momento, a prática abusiva por parte do empregador quanto à infração contratual e que ultrapasse a zona cinzenta da reparabilidade apenas patrimonial, chegando a atingir a esfera do projeto de vida e a vida de relação do empregado.

Por tais razões, verifica-se que no âmbito do direito do trabalho, as relações são tuteladas por reparação material, pois, como inibidor do abuso da jornada de trabalho, a CRFB limitou a oito horas diárias e 44 horas semanais, inciso XIII, art. 7º¹³⁴. Não obstante a limitação, a CLT autoriza que a jornada seja extrapolada, no limite de duas horas além da legalmente permitida, art. 59¹³⁵ e, ainda, autoriza a compensação da jornada com folgas, § 2º, art. 59¹³⁶.

Caso seja ultrapassada a jornada legal e não compensada, tem-se como reparação o pagamento da hora, em se tratando de salário fixo por jornada, acrescido do adicional de, no mínimo 50%. Caso a jornada seja ultrapassada de forma abusiva e que retire do trabalhador a vida de relação, ou seja, os direitos mínimos sociais prescritos no art. 6º da CRFB¹³⁷, a exemplo, lazer, além do pagamento econômico como hora extra acrescida do adicional, é cabível o dano existencial, desde que a exigência tenha sido do empregador, sem opção de escolha do empregado. O que pode também ocorrer em face da subtração do direito de férias, supressão de intervalos que retira do trabalhador a vida social e a vida de relação.

Além disto, tem-se também como conduta ilícita do empregador a que não assegure ao trabalhador um meio ambiente saudável de trabalho, inclusive provocando acidentes de trabalho que acarretem a frustração do projeto de vida ou da vida de relação, seja provocando

¹³⁴Art. 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;

¹³⁵Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

¹³⁶ Art. 59. [...] § 2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

¹³⁷Art. 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.

uma lesão física ou psíquica (depressão, por exemplo) ou até mesmo a morte, ato ilícito que pode provocar também o dano existencial por ricochete ou por reflexo, aos membros da família, entre os inúmeros atos ilícitos decorrentes da relação de emprego que podem acarretar o dano existencial.

Ao se tratar de reconhecimento do ato ilícito contratual, como elemento do dano existencial, para não se banalizar o instituto, devem ser muito bem valoradas as condições em cada caso concreto, até porque dano existencial necessita de prova, não cabendo a regra de experiência e presunção, com isso cabendo a valoração casual.

Ademais, no julgamento a razoabilidade deve ser considerada, analisando critério importantíssimo, a exemplo, o tempo de durabilidade da infração contratual, para se concluir se o ilícito será mera infração contratual que, por si só, é reparada pelo direito do trabalho via critério econômico, com pagamentos das verbas e multas, ou se, além do ilícito contratual, configurou-se o dano existencial.

Portanto, no estudo dos elementos que configuram o dano existencial, cabe a análise de cada caso concreto e as reais situações das pessoas envolvidas. Para melhor compreensão da extensão do dano existencial, considere-se a seguinte situação hipotética: tem-se uma jornada realmente excessiva praticada por um empregador, cujo empregado trata-se de menor com 17 anos a quem o excesso de jornada, devidamente comprovado, frustra os estudos e o convívio familiar.

Em outro exemplo, considere-se a mesma jornada de trabalho e o mesmo empregador, mas o empregado é considerado trabalhador viciado, tanto em face da competitividade, como porque o seu projeto de vida, por si só, era capitalizar-se, cada vez mais, para juntar patrimônio para os filhos e realizar hora extra para aumentar o seu ganho. Portanto, nota-se mesmo empregador, mesma jornada, mas pessoas e projetos diferentes.

Assim, ao analisar o caso em concreto, eis a valoração e a razoabilidade que se fazem necessárias, além da boa-fé da relação contratual, pois, no primeiro caso, o menor teve efetivamente demonstrado que a jornada excessiva frustrou os estudos, lazer e a relação da vida em família, portanto, configurado o dano existencial; já na segunda hipótese, a jornada excessiva era visada pelo trabalhador que recebeu a reparação econômica, o adicional de hora extra e, com o fruto do trabalho em excesso, adquiriu patrimônio, já que visava apenas capitalizar-se para suprir o futuro dos filhos, não há que configurar o dano existencial, porque inexistem os elementos caracterizadores, tais como a frustração ao projeto de vida e da vida de relação.

Nesse ponto, destaca Costa:

[...] para alguns, uma vida dedicada quase que exclusivamente ao trabalho pode ser entendida como uma vida sem sentido, apesar do sucesso. Doutra forma, para outros, pode ser tida como uma existência voltada à carreira e ao sucesso profissional, uma escolha voluntária do indivíduo, que dentre os moldes da sua liberdade individual optou por colocar as atividades laborais em primeiro lugar em seu projeto de vida.

Nestas situações, a reparação do dano existencial mostra-se descabida, em virtude dos planos existenciais do indivíduo abrangerem de maneira prioritária sua carreira e atividade profissionais. Por isso, em regra, presume-se que mesmo diante do descumprimento de normas trabalhistas, não haverá a responsabilização específica pelo dano existencial, pois não houve violação ao projeto de vida, nem tampouco, da vida em relação deste empregado. Já que este definiu o trabalho como sendo seu plano existencial e guia de suas estruturas relacionais.¹³⁸

Outro aspecto que enseja interpretação do julgador refere-se ao período que o ilícito contratual ocorreu, posto que nem a doutrina e nem a jurisprudência atentam-se, ou apresentam, um critério para apuração, apenas o que se verifica é que fato isolado, *na maioria das vezes*, não gera dano existencial, com exceção de acidente de trabalho que venha incapacitar o trabalhador ou levá-lo a óbito, do que nasce o dano existencial para vítima ou por ricochete, ou seja, por reflexo aos familiares.

Tem-se como ponto de extrema dificuldade valorar o período em que a infração contratual se prolonga no tempo para efeito de caracterizar dano existencial ou apenas infração contratual, que merece ser reparada economicamente. A exemplo, tem-se o julgado do TST que afastou o dano por curto período e por não haver continuidade da infração contratual, não obstante não se estabeleça o que seria curta duração ou não para caracterização¹³⁹.

¹³⁸ COSTA, Karina A. Monteiro da. O dano existencial no direito do trabalho: desafios ao seu adequado reconhecimento ante a individualidade e a liberdade do empregado. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17828>. Acesso em: 17 jan. 2017.

¹³⁹[...]. O dano existencial é espécie de dano imaterial, e 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. Mas não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como um dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, no âmbito de suas relações sociais. No caso, não ficou comprovada a conduta ilícita por parte da empresa que implicasse o dever de indenizar o Obreiro para além da esfera puramente patrimonial. Assim, não preenchidos os requisitos necessários à responsabilidade civil do empregador, no caso os elementos caracterizadores do prejuízo moral, não há de se falar em indenização por dano moral. Nesse sentido, precedente desta 4ª Turma. Recurso de Revista conhecido, no particular, e não provido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000434-37.2014.5.09.0126, Quarta Turma. Recorrentes: ARM Telecomunicações e Serviços de Engenharia S.A e Lindiomar Santin. Recorrida: OI S.A. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Julgado em: 13.04.2016. Publicado em: 15.04.2016.

Abre-se um parêntese para salientar que a curta duração deve ser valorada em situações de infrações continuadas, que no prolongamento do tempo acarrete o dano, visto que há possibilidade fática do empregador praticar ato único que venha afrontar projeto de vida ou vida de relação, inclusive, de familiares, a exemplo, acidente de trabalho com incapacidade parcial ou total da vítima.

Da mesma forma, ao interpretar o que configure curta duração para afastar o dano, quando não decorrente de ato único, a exemplo, *acidente de trabalho*, mas sim, por jornadas prolongadas ou ausência de intervalos, tem-se, como razoável, *o período inferior a 12 meses*. Justifica-se a interpretação diante da análise do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional trabalhista ao estabelecer nos direitos mínimos esse período como base para aquisição de tais direitos.

A exemplo, verifica-se o art. 130 da CLT¹⁴⁰, que reza que a cada 12 meses de vigência do contrato o trabalhador adquira o descanso anual, chamado de férias, além do § 1º, do art. 478 da CLT¹⁴¹, que considera o primeiro ano de contrato de trabalho como sendo de experiência para efeito de indenização quando rescindido o contrato.

Frisa-se que não se pretende estabelecer critério de tempo como se fosse tabelado, mas sim, estabelecer parâmetro para efeito de *ponderar* o pedido de indenização, sem que torne o instituto banalizado, mas, claro, sem deixar de valorar o caso concreto, até porque pode-se distinguir tal critério do que seja dano moral, existencial e, até mesmo, a perda da chance, portanto, tal parâmetro não retira a possibilidade de ser valorado outro no caso concreto.

Nesse sentido, encontram-se na jurisprudência julgados afastando o pedido de dano existencial, levando em consideração o critério período e considerando que a jornada de trabalho em excesso, por um período inferior a 12 meses, não é passível de configurar dano ao projeto de vida ou afrontar a vida em relação.

Tem-se o posicionamento do TST que afasta o dano existencial quando a infração contratual decorre de curto espaço de tempo, o que pode ser considerado inferior a 12 meses¹⁴².

¹⁴⁰Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

¹⁴¹Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses. § 1º - O primeiro ano de duração do contrato por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida.

¹⁴²[...]. Mas não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como um dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo prejuízo à sua dignidade ou à sua personalidade, no âmbito de suas

No entanto, o dano existencial, em se tratando de dano na relação de emprego, tem origem com uma infração contratual praticada de forma abusiva pelo empregador. Para tanto, deve ser considerada a razoabilidade e levar em conta o período do ilícito, quando se tratar de infração contratual continuada, a exemplo, hora extra em número extravagante, ausência de intervalo, etc., vez que há possibilidade do ilícito ser por ato único, o que não se leva em consideração o prolongamento do tempo, a exemplo, um acidente de trabalho que torna a vítima incapaz. Outro elemento necessário para configurar o dano existencial refere-se aos elementos presentes na responsabilidade civil, tais como ato ilícito, culpa, nexos causal e o dano.

Não obstante a necessidade dos elementos acima mencionados, frisa-se que o presente estudo não tem a intenção de se aprofundar em relação ao conteúdo de tais elementos, apenas citá-los e esclarecer cada um para efeito de compor os elementos necessários para caracterizar o dano existencial e, de certa forma, porque refletirá no ônus da prova em caso concreto com o qual se analisará o dano existencial.

Dessa forma, em se tratando de ato ilícito, o próprio CC, no art. 186, o apresentou como sendo o ato praticado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência e que viola, afronta direito a outrem, causando dano na esfera material ou extrapatrimonial da vítima. Nota-se que essa premissa limita o trabalho ao ato ilícito civil, portanto o ato ilícito decorre de uma conduta que contraria o ordenamento jurídico, contrapondo-se ao ato lícito que age de acordo com o ordenamento, seja afrontando um dever contratual, seja um direito, conforme o apresenta Amaral: “ato praticado como infração de um dever legal ou contratual, de que resulta dano para outrem”¹⁴³.

Nota-se que, conforme prescrito na própria definição legal, para sua configuração o ato ilícito necessita de uma conduta que pode ser por ação ou omissão, sendo a primeira um ato voluntário e a segunda, uma abstenção quando presente o dever de agir, sendo que a conduta, no mínimo, deve ser culposa, seja por negligência, seja imperícia, contratual ou extracontratual, para que nasça o dever de indenizar.

Com clareza, Amaral define a negligência como “omissão, [...] inobservância das normas que nos mandam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”,

relações sociais. No caso, não ficou comprovada a conduta ilícita por parte da empresa que implicasse o dever de indenizar o Obreiro. Assim, não preenchidos os requisitos necessários à responsabilidade civil do empregador, no caso os elementos caracterizadores do prejuízo moral, não há de se falar em indenização por dano moral. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. [...]. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0000077-10.2013.5.12.0029, Quarta Turma. Agravante: Ambev S.A e Maurício Pires Martins. Agravada: União (PGF). Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Julgado em: 19.04.2017. Publicado em: 28.04.2017.

¹⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 552.

enquanto a imperícia “é a precipitação, procedimento sem cautela”¹⁴⁴.

Em se tratando de responsabilidade civil, é importante a distinção entre culpa e dolo, este como a ação ou omissão voluntária, consciente do resultado.

Para completar a ocorrência do ato ilícito (que se refere à afronta ao contrato de emprego e ao direito fundamental) e o dever de reparar o dano, necessário se faz, como elemento de responsabilidade civil, o nexo causal, que se refere à relação causa (ato ilícito) e o efeito (dano), sem o qual inexistente o dever de responsabilidade, conforme explica Amaral: “Nexo de causalidade é a relação da causa e efeito entre o fato e o dano. Constituiu elemento essencial ao dever de indenizar, porque só existe responsabilidade civil se houver nexo causal entre o fato e seu autor, independente da culpa do agente”¹⁴⁵.

Preenchidos todos esses elementos, ato ilícito, culpa ou dolo, nexo causal e o dano, cujo conceito já foi inicialmente explorado, seja o prejuízo de ordem econômica ou não, nasce o dever de reparar de forma integral, decorrente da responsabilidade civil.

Importante a lição de Amaral, que apresenta o instituto da responsabilidade sob o panorama ético-jurídico:

O instituto da responsabilidade civil traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada. Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometido com o social. A responsabilidade civil traduz, portanto, o dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento.¹⁴⁶

Não obstante a relação do dano existencial com a responsabilidade civil, eis que uma vez preenchidos todos os elementos necessários para a configuração, tem-se o dever de reparar o dano. Não se pretende discorrer em profundidade quanto à responsabilidade, mas entende-se ser relevante apresentar um breve esboço da classificação desta em responsabilidade civil contratual e extracontratual, ou aquiliana, considerando o direito lesado e se a lesão decorre do não cumprimento de uma obrigação contratual, ou da afronta ao direito previsto em lei ou, nas lições de Amaral¹⁴⁷, um direito absoluto previsto em lei.

Assim como, até para efeito posterior de análise do campo das provas, entende-se necessária a apresentação da responsabilidade subjetiva e objetiva, pois essa distinção tem

¹⁴⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 556.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 558.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 576.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 576-577.

vinculação à culpa do agente no ato ilícito, sendo que essa última surge como meio de equilíbrio da desigualdade social provocada pelo crescimento acelerado de atividades empresariais que envolvam risco ao trabalhador¹⁴⁸. Isso porque, na primeira, analisa-se a culpa, e, na segunda, o dever de reparar é desvinculado desta, pois se dispensa a culpa, aplicando-se a responsabilidade objetiva em face da teoria do risco, que autoriza a reparação do dano independente da ocorrência ou prática da culpa, visto que não considera culpa como elemento essencial para o dever de indenizar.

Teoria utilizada diante da análise da atividade explorada pelo empregador, cuja atividade possua potencial perigo de causar dano ao direito do trabalhador, no caso em exame, – e, com isso, atingir a dignidade humana, diante do aumento de risco produzido pelo processo industrial, cujo risco corresponde a uma cláusula geral e que necessita de interpretação, embora vinculado à atividade empresarial, voltando-se à responsabilidade dentro do contrato de emprego – surge com o propósito de proteger o trabalhador, que é parte hipossuficiente na relação¹⁴⁹.

A maior defesa à aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva em detrimento da subjetiva sustenta-se *na proteção à pessoa que sofre o dano e não ao infrator, como se dá na responsabilidade subjetiva que necessita da prova da culpa do infrator*. Eis o ponto principal desta responsabilidade, ou seja, proteção da vítima (dignidade humana) e não do infrator. Tais considerações se fazem necessárias para posterior análise do campo da prova, mas neste momento não se tem a intenção de discorrer de forma profunda sobre os dois institutos.

O que se faz necessário, a esta altura, é a análise dos elementos como frustração do projeto de vida e da vida de relação.

Projeto de vida é inerente à pessoa humana, que tem por natureza projetar a realização própria, sempre no sentido de angariar e concretizar o que propõe para sua vida,

¹⁴⁸ Impulsionado pelo surgimento da sociedade de risco, regida pelo medo e pela incerteza ocasionados pela Revolução Industrial, o estudo sobre a responsabilidade civil objetiva ganhou força a partir de 1883. Esse fato histórico, apesar de importante, agravou a insegurança social, primeiramente, de forma isolada na Inglaterra e, posteriormente, atingindo países como a França, a Alemanha, a Rússia e a Itália. Diante desse desequilíbrio, a jurisprudência buscou na doutrina e nos princípios da equidade a superação das ideias oitocentistas, com o fim de incorporar a nova e necessária perspectiva do Direito: a valorização da pessoa humana. SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. *Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco: da incidência às excludentes*. 2015. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). p. 29. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6923/1/Adriana%20Jardim%20Alexandre%20Supioni.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

¹⁴⁹ A responsabilidade civil passa por uma reconfiguração determinada pela nova consciência do homem a cerca de sua dignidade e por uma sociedade agora compreendida com a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, no palco da humanidade, surge a sociedade de risco, caracterizada pela civilização que ameaça a si mesma. Todos esses fenômenos influenciaram a nova concepção da responsabilidade civil fundamentada no risco. *Ibid.*, p. 22.

considerando-se “vida” no sentido de existência mínima garantida ao ser humano¹⁵⁰. Nesse sentido, a psicóloga Bião arremata a questão referente ao projeto de vida, que denomina como:

[...] um arcabouço de planos e movimento cuja finalidade é atribuir sentido à própria existência do indivíduo, ou seja, representa o sentido concreto e individual de cada experiência de vida. Por meio das escolhas que realiza em sua existência, entre o passado (experiências pretéritas), o presente (aqui e agora) e o futuro (vir-a-ser), o ser é convidado a experimentar o investimento de seus sonhos e desejos ou optar pela não concretude de tais aspectos.¹⁵¹

E arremata Teixeira *apud* Bião:

*O projeto existencial é a união, o “fio condutor” entre o passado, presente e futuro, a continuidade compreensível das vivências, coerências internas do mundo individual, que reflete a escolha originária que o indivíduo fez de si e que aparece em todas as suas realizações significativas, quer ao nível dos sentimentos, quer ao nível das realizações pessoais e profissionais.*¹⁵²

Desta feita, um dano provocado a este projeto atinge a própria existência, eis que frustra o desenvolvimento pessoal proposto, assim como reflete na frustração do projeto de vida de familiares ou vinculados à vítima por afinidade¹⁵³.

Lembra-se que o projeto de vida deve ser provável e lícito, que seja possível ou com probabilidade, no mínimo razoável, de realização pela vítima. Por razoável entende-se o que pode ser sonhado e com probabilidade de ser concretizado, pois projetos irrealis não são possíveis de serem materializados, portanto, incabível a indenização, a exemplo, como já apresentado, morar na lua¹⁵⁴. Além disto, o objeto do projeto de vida deve ser lícito, não sendo

¹⁵⁰ Por 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. BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*. São Paulo, v. 73, n. 1, p. 73-01/26-29, jan. 2009. p. 73-01/28.

¹⁵¹ BIÃO, Fernanda Leite. Do terror psicológico à perda no sentido da vida: estudo de caso a respeito do assédio moral e do dano existencial no ambiente de trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 21, n. 255, p. 218-229, set. 2010. p. 226.

¹⁵² *Ibid.*, p. 226.

¹⁵³ O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal profissional e familiar da vítima, incidindo sobre sua liberdade de escolher o seu próprio destino. FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013. p. 24.

¹⁵⁴ Bebber traz a razoabilidade do projeto de vida como um elemento para aferição do dano existencial: 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. *Ibid.*, p. 73-01/28.

tutelado projeto de vida que possui conteúdo ilícito, a exemplo, de continuar no exercício da atividade de contrabando ou descaminho, de constituir uma clínica de aborto, etc.

Nas palavras de Frota e Bião:

[...] o projeto de vida, para que seja indenizável em face de dano existencial, necessita (além de ter tido sua execução prejudicada por ato ilícito) possuir *objeto lícito* e ter estado, no cenário do *status quo ante*, imbuído de coeficiente mínimo de razoabilidade, sendo, em outras palavras, imperioso que, no contexto prévio à ocorrência da conduta ilícita, fosse um programa de ações *realistas* e *exequível*, de *possível* ou *provável* concretização (profilaxia a evitar indenizações por dano existencial baseadas em hipóteses absurdas, genéricas em demasia ou fantasiosas – *verbi gratia*, alegar-se prejuízo a uma escolha profissional sem, contudo, trazer a lume indícios fundados de que, ausente dado acontecimento, teria a suposta vítima trilhado determinada carreira profissional e formação acadêmica), em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio (*ad exemplum*, não seria indenizável a título de dano ao projeto de vida quem se sente prejudicado pela ação repressora do Estado, porque foi tolhido do intento de continuar a traficar drogas e/ou a evoluir na hierarquia de uma organização criminoso).¹⁵⁵

Já a vida de relação refere-se ao direito que o trabalhador tem de, após encerrada sua jornada legal de trabalho, portanto fora do ambiente de trabalho, relacionar-se com a família, amigo, sociedade, usufruindo do seu tempo livre com o lazer, cultura, educação, etc., ou seja, usufruir de sua liberdade de escolha, direitos que dignificam a existência mínima do ser humano e que se encontram dentro do rol de direitos sociais e da personalidade, portanto, fundamentais, até porque, quando exercidos em sua plenitude, sem restrições, permitem melhores condições de vida.

Continua neste sentido trazendo os ensinamentos Frota:

E, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*, a qual diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, no mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade.¹⁵⁶

¹⁵⁵ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento Filosófico do dano existencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, p. 41-59, jul./dez. 2010. p. 53.

¹⁵⁶ FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013. p. 24-25.

Portanto, nota-se que o dano existencial se vincula também à demonstração de que a liberdade, direito fundamental da pessoa humana, tenha sido afrontada ou cerceada pelo poder diretivo do empregador.

Nas lições de Tula, o dano existencial está sempre vinculado a um fazer ou não fazer, uma nova tomada de atitude, uma alteração de hábitos, da própria agenda da vítima, frente às consequências do ato lesivo, frustrando o projeto de vida original do indivíduo¹⁵⁷. Com isto, tem-se como elemento caracterizador do dano um fazer ou não fazer que frustrar o projeto de vida e a vida de relação da vítima, causando nesta uma modificação em seu cotidiano, em seus afazeres extra relação de emprego.

Sendo assim, para configuração do dano existencial se faz necessário, em primeiro momento, a infração contratual reiterada, praticada de forma abusiva pelo empregador e que tolha liberdade de escolha do empregado, configurando ato ilícito, além dos demais elementos gerais de responsabilidade civil, a exemplo, culpa, em qualquer modalidade, nexo causal e o dano. Este último na modalidade de frustrar a própria existência do trabalhador, tal como ocorre com a frustração do projeto de vida e da vida de relação, e não apenas o dano que gera uma dor, na esfera íntima do ser humano. Portanto, nota-se que o dano existencial se configura com a presença de todos esses elementos, o que inclusive justificam a autonomia que será sustentada, bem como as etapas e ônus das provas para a efetiva configuração como direito a reparação integral.

O dano existencial, não obstante a presença dos requisitos da responsabilidade civil, conforme antes sustentado, caracteriza-se, de forma específica, em dois pontos complementares, quais sejam: dano ao projeto de vida e da vida de relação. No entanto, ao analisar o caso concreto para efeito de efetiva configuração do dano existencial, é certo que deve ser razoável na interpretação e configuração do dano existencial, sob pena de banalizar e, com isto, retroceder com a aplicabilidade do citado dano pelo poder judiciário, tornando-o como um dano moral amplo e, muitas vezes, afastado pelo fundamento de que houve a reparação material, a exemplo, pagamento das verbas trabalhistas.

Sendo assim, é de suma importância o juízo de valoração, com vista voltada para a razoabilidade que, sem sombra de dúvida, trata-se de importante instrumento de defesa e efetivação de direito fundamental e também importante análise entre uma ofensa ao direito e mero aborrecimento enfrentado pelo dia a dia entre as pessoas em sociedade e, da mesma forma, envolvidas em relação de emprego que envolve a mão de obra e o capital.

¹⁵⁷WESENDONCK, Tula. O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira – um estudo de direito comparado. *Revista da AJURIS*. Rio Grande do Sul, v. 38, n. 124, p. 327-356, dez. 2011. p. 338.

Questão que merece ser avaliada e valorada pelo poder judiciário, precisamente, utilizando-se regras de experiência, art. 375 do CPC¹⁵⁸, para uma análise de que a afronta aos direitos trabalhistas que, em tese, poderia acarretar uma frustração de projeto de vida ou da vida de relação, não ultrapassa o dano patrimonial, ficando apenas dentro de mero aborrecimento que o ser humano, mesmo diante da proteção normativa, deve suportar, sem que ocorra o dever de indenizar.

E com o dano existencial não há que se falar em situação diversa, tanto que, conforme já analisado, os julgadores levam em consideração o prolongamento, afastando o dano quando a infração contratual e social ocorra em curto espaço de tempo, sem que isso cause uma envergadura no direito social do empregado. Cabe observar se a afronta efetivamente ultrapassou o dano material, ou seja, o dever de reparar pela infração contratual e se efetivamente frustrou o projeto de vida ou a vida de relação.

Com efeito, o dano existencial somente entrará na esfera indenizável se o ato praticado pelo empregador fugir da normalidade, de forma prolongada, interferindo intensamente na vida extra laboral do trabalhador, pois frustrações eventuais e sem qualquer interferência na vida do trabalhador fora do âmbito laboral, por si só, não geram o dever de indenizar, limitando-se à indenização de reparação material, como, por exemplo, pagamento de hora extra, se extrapolar a jornada, pagamento de férias vencidas em dobro ou simples se não concedidas em épocas próprias, art. 134 da CLT¹⁵⁹; até porque meros aborrecimentos e desconfortos devem ser suportados pelo ser humano comum e pelo trabalhador no contrato de trabalho^{160/161}.

Pode-se apresentar, como suporte ao acima sustentado, quando ao critério de apuração, a real e efetiva agressão à dignidade humana, como forma de configurar o dano,

¹⁵⁸Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

¹⁵⁹Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

¹⁶⁰[...]. Considerando-se a natureza imaterial do dano moral e existencial, somente na presença das circunstâncias de ordem pessoal que afetem o trabalhador, de forma concreta e direta, transcendendo a esfera do mero aborrecimento ou insatisfação é que se justifica a imposição de indenização. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000001-04.2015.5.08.0101, Quarta Turma. Recorrente: José Carlos Batista da Silva. Recorrido: Vale S.A. Relatora: Desembargadora Alda Maria de Pinho Couto Julgado em: 02.02.2016. Publicado em: 12.02.2016.

¹⁶¹[...]. Dano existencial. Sobrejornada habitual. Não configuração automática da jornada extenuante. Dano moral indeferido. O dano moral é a lesão imaterial provocada por fato de outrem que fere a personalidade, o bom nome do ofendido ou o sentimento de estima da pessoa. A ocorrência de sobrejornada habitual, em que pese o desconforto causado, não possui o condão de automaticamente configurar jornada extenuante, logo não há como reconhecer o ventilado dano existencial no presente caso. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000433-25.2015.5.14.0111, Primeira Turma. Recorrente: Jeferson Julio Venancio e Transalessi Transportes Rodoviários Ltda - EPP. Recorridos: os mesmos. Relator: Juiz Convocado Afrânio Viana Gonçalves. Julgado em: 21.03.2017. Publicado em: 27.03.2017.

evitando-se assim reparações por meros desconfortos ou por meras situações que o homem comum tem o dever de suportar na vida em sociedade.

Seguem as lições de Cavaliere Filho:

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferido do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, imagem, reputação, etc.). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização.¹⁶²

Portanto, deve-se utilizar como critério de ofensa o projeto de vida e a vida de relação, no sentido de que efetivamente tenham sido frustrados.

Outro ponto importante e que merece ser considerado pelo julgador para uma análise da efetiva ocorrência do dano existencial, com a consequente necessidade de reparação, refere-se à aplicabilidade no caso da razoabilidade (adequação) e da proporcionalidade (adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito). Não obstante não seja o objetivo deste trabalho discorrer sobre estes institutos, o atendimento do critério da razoabilidade e proporcionalidade assume importância na efetivação do direito fundamental, bem como no afastamento de abusos, tanto que sua aplicabilidade e observação no ordenamento jurídico referem-se a meio para resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, a exemplo, a prescrição normativa, art. 8º do CPC¹⁶³.

2.4 Aplicabilidade no sistema brasileiro e a autonomia do dano existencial

Para a aceitação e aplicabilidade do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, *não se encontram maiores dificuldades*, uma vez que o sistema brasileiro é atípico e aberto em relação ao campo da indenização.

A aceitação torna-se muito mais acessível no nosso sistema, que é diverso do Direito Italiano, já que este, conforme já visto, atribui o dano extrapatrimonial aos casos previstos em lei (art. 2.059) e, ainda, o vincula ao ilícito penal (art. 185).

¹⁶²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112.

¹⁶³Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Verifica-se que nosso ordenamento reconhece, tradicionalmente, duas modalidades de dano, uma de ordem patrimonial e outra de ordem extrapatrimonial, como, por exemplo, quando se trata de dano estético – embora não seja o foco do estudo –, que é considerado pela jurisprudência dentro destas duas modalidades, ora como patrimonial, caso a vítima utilize-se da imagem para efeito econômico, exemplo, modelo; ora como mero dano moral, na hipótese de inexistir pela vítima ganhos econômicos com a imagem. Nestes prismas, verificam-se as súmulas 37 e 387 do STJ^{164/165}, sendo a primeira que permite a cumulatividade do dano material como o estético e a segunda, do dano moral como o estético.

A atipicidade decorre, em primeiro momento, das normas infraconstitucionais, inclusive o prescrito no art. 159 do CC/16¹⁶⁶, portanto bem antes da CRFB, o que restou mantido no atual art. 186 do CC¹⁶⁷. Além disso, a própria norma infraconstitucional também mantém o sistema aberto ao tratar de reparação quando há afronta ao direito da personalidade, arts. 12¹⁶⁸ e 927¹⁶⁹, trazendo também a questão da reparação total. Ademais, com a CRFB a indenização por dano continuou aberta e atípica, com maior fundamento na dignidade humana (inciso III, art. 1º e incisos V e X, art. 5º¹⁷⁰).

Por tais razões, a cláusula geral da indenização, no que diz respeito à reparação do dano, torna-se, ao contrário do direito italiano – embora também restou reconhecido – muito mais fácil para que o dano existencial seja aceito como espécie do dano extrapatrimonial e, ainda, analisado e valorado de forma autônoma, podendo incidir ao lado do dano moral, no mesmo caso prático, servindo como reparação integral do dano quando as situações analisadas afrontarem e alterarem o cotidiano da vítima no que diz respeito à vida de relação e ao projeto de vida. A título de exemplo, citemos a hipótese de acidente de trabalho em que a vítima venha a ficar tetraplégica, situação em que são notórios danos: material, moral (sentimento de dor) e existencial, visto que rompe com os afazeres normais do cotidiano, restringindo a relação de vida e o projeto de vida desta vítima, negando-lhe a prática de esportes,

¹⁶⁴ Súmula nº 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹⁶⁵ Súmula nº 387 do STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

¹⁶⁶ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁷⁰ 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;

acarretando total mudança em sua rotina, dependência de terceiro, etc. Nesse caso, é possível, até mesmo, a modalidade da perda da chance.

A respeito da aceitabilidade do dano existencial em nosso ordenamento, Nascimento ensina:

O dano existencial, embora não encontre previsão explícita no ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente cabível e tutelável com base nas cláusulas gerais e nos fundamentos constitucionais da responsabilidade civil, principalmente de proteção aos interesses imateriais.¹⁷¹

Em se tratando de cláusula geral, de suma importância as lições trazidas por Amaral, no sentido de que estas “são proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora”¹⁷² e continua apresentando como função das citadas cláusulas a permissão de abertura e a mobilidade do sistema jurídico, o que justifica a aceitação do dano existencial no nosso ordenamento e de forma autônoma.

Sem sombra de dúvida, a existência de cláusula geral de dano em relação à responsabilidade civil em nosso ordenamento permite a aceitação de reparação pela afronta a situações que retiram a existência do ser humano, no caso, o dano existencial, entre outras que serão apresentadas neste trabalho, embora não seja a intenção explorar cada conceito, a exemplo, a perda da chance¹⁷³.

Pode-se considerar o próprio inciso III, do art. 1º, da CRFB, como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, o que justifica aceitar o dano existencial como forma autônoma no nosso ordenamento jurídico, visto que tem fundamento na própria norma constitucional.

Para arrematar, em relação à aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, além do fundamento da cláusula geral quanto à reparabilidade total do dano, arts. 186 e 927 do CC e o

¹⁷¹NASCIMENTO, Maria Emília Costa do. Responsabilidade civil por dano existencial. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n. 80, p. 37-56, nov./dez. 2012. p. 43.

¹⁷² AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

¹⁷³ Isto porque, assim como os Códigos Civis francês e italiano, o Código Civil brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que, como isto, em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar. Não obstante isto, as alterações inseridas nos arts. 948 e 949 acabaram com qualquer dúvida, apesar de a nosso sentir infundadas, acerca da possibilidade de serem indenizados todos os danos sofridos pelas vítimas, ainda que não estejam enumerados pelo legislador. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda da chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 86.

citado dispositivo constitucional quanto a tutela e promoção da pessoa humana nas relações jurídicas, tem-se a questão do ponto de vista de interpretação direta pela CRFB, art. 5º, caput e inciso V, teoria esta apresentada por Meireles no sentido de que: “considera que a norma constitucional, mesmo quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em análise, deve ser fonte normativa da relação jurídica de direito civil.”¹⁷⁴, não sendo diferente no direito do trabalho.

Nosso ordenamento atual, precisamente, após o direito civil de 2002, tem uma carga de cláusula geral e conceito legal indeterminado, que, em um primeiro momento, era visto como uma forma de insegurança jurídica, já que, até então, tínhamos o positivismo como forma de interpretação. No entanto, essa nova forma de interpretação partindo de cláusula geral é considerada como meio de maior eficácia para efetivação dos direitos fundamentais, a exemplo, o que ocorre com a aceitação do dano existencial diante das cláusulas gerais citadas, permitindo assim uma reparação total à vítima.

Sponton traz a diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados:

Mas o que são cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados [?]

Para definir *cláusula geral* faz-se necessário salientar os ensinamentos de Nelson Nery Júnior ao explicar que os *princípios gerais do direito* “são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico”. E complementa ao esclarecer que não se encontram positivados e carecem de concreção, mas exercem auxílio relevante na lacuna da lei e *quando positivados, deixam de ser princípios ou regras de interpretação para se tornarem cláusula geral*. Logo, como cláusula geral, adquire conteúdo normativo e, portanto, fonte criadora de direitos e obrigações.

Pelo mesmo texto é possível extrair a definição de *conceitos legais indeterminados* como conceito abstrato e lacunoso, utilizados na própria norma, exigindo do juiz quando da subsunção do fato à norma ‘preencher os claros e dizer se norma atua ou não no caso concreto’, ou seja, cabe a análise dos elementos abstratos trazidos no conceito estabelecido pela norma, cuja solução se encontra preestabelecida, não competindo ao juiz inovação.¹⁷⁵
(grifos da autora)

A citada autora arremata apresentando as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados como instrumentos importantes para a efetivação dos direitos fundamentais, afastando a insegurança jurídica sustentada pelo direito posto: “Portanto, sob a influência da

¹⁷⁴MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 4.

¹⁷⁵SPONTON, Silvana Andrade. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados no Código Civil constitucionalizado e a aplicabilidade no Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 40, n. 158, p. 95-113, jul./ago. 2014. p. 102.

teoria pós-positivista, o juiz está vinculado à aplicação dos direitos fundamentais, vez que eixo da orientação hermenêutica, sendo as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados instrumentos disponibilizados para essa finalidade”¹⁷⁶.

A importância das cláusulas gerais é a mobilidade e o diálogo das normas para o fim de permitir a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo adaptações, precisamente, se considerar a valoração da dignidade da pessoa humana¹⁷⁷.

Observe-se que as cláusulas gerais se diferenciam dos conceitos legais indeterminados em relação ao poder de integração do juiz, isso porque, no referido poder, a própria lei já disciplina a consequência jurídica, pois a solução já está atribuída pela própria lei, o que não ocorre com a cláusula geral¹⁷⁸.

Como forma de melhor entender a aceitação no nosso ordenamento jurídico do dano existencial, conforme já vimos pela doutrina e jurisprudência, tem-se como fator a nova ordem de interpretação vinculada e com ponderação visando à dignidade da pessoa humana. Dessa feita, pertinentes e necessárias as lições de Dallegrave Neto:

Findou o tempo em que o magistrado acolhia somente os pedidos fundamentados na rigorosa interpretação literal da lei. Isso ocorreu na era do Positivismo Científico dos séculos XVIII e XIX quando, em nome da “segurança jurídica”, sequer se admitia a hipótese de existência de lacunas dentro do direito positivo. Vive-se hoje uma nova ordem jurídica em que os princípios e valores estampados na Constituição Federal e nas legislações

¹⁷⁶SPONTON, Silvana Andrade. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados no Código Civil constitucionalizado e a aplicabilidade no Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 40, n. 158, p. 95-113, jul./ago. 2014. p. 106.

¹⁷⁷As cláusulas gerais visam dotar o sistema de mobilidade, permitindo a mitigação de regras mais rígidas, proporcionando assim um completo diálogo sistêmico e uma nova forma de realizar a efetiva concretização do que se encontra previsto nos princípios gerais do Direito e nos conceitos legais indeterminados. Servem, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei, daí porque devem passar, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função, que se estruturam mediante a análise do caso concreto.

[...]. A maior vantagem da utilização das cláusulas gerais pelo legislador é que elas fazem com que o sistema possa abranger as novas situações futuras, evitando-se assim o engessamento da legislação. SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. *Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco: da incidência às excludentes*. 2015. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). p. 46-47. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6923/1/Adriana%20Jardim%20Alexandre%20Supioni.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

¹⁷⁸Tanto nos conceitos legais indeterminados como nas cláusulas gerais há determinado grau de generalidade. A diferença entre ambos reside na limitação do poder de integração do juiz. Nos conceitos legais indeterminados, a lei prevê a consequência jurídica, cabendo ao juiz apenas integral o conceito geral ao caso concreto. Uma vez preenchido o conteúdo conceitual, o juiz deve seguir a determinação imposta pela lei, dando ao caso a solução preestabelecida pelo legislador. Já as cláusulas gerais não contêm a consequência, devendo o juiz criar a solução mais adequada à causa, que pode ser uma em um caso e outra em um outro caso diferente, dadas suas peculiaridades. Ao aplicar a cláusula geral, o juiz exercer uma função integrativa, razão pela qual sua sentença tem natureza determinada. *Ibid.*, p. 47.

esparsas vinculam o operador jurídico. Um tempo em que a exegese sistêmica prefere à gramatical.¹⁷⁹

Não obstante a permissão em face da cláusula geral e da interpretação do direito com base nos valores da dignidade humana, o Tribunal muitas vezes analisa apenas a questão patrimonial e extrapatrimonial em relação do dano moral, o que não atende à reparação integral do dano.

Desta forma, entende-se que o dano existencial é uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial e assim merece ser valorada pela jurisprudência, visto que permitido pelo nosso sistema e, ainda, porque atende à reparação integral que se busca ao tutelar a vítima diante da prática de um ato ilícito, nexu causal, culpa e da ocorrência do dano.

A necessidade da reparação integral justifica a importância em se distinguir o dano existencial de outro dano e o classificar como espécie de dano extrapatrimonial. O dano existencial tem como premissa o ato ilícito que altera nocivamente a vida cotidiana do trabalhador, no caso em estudo, prejudicando o projeto de vida e da vida de relação, o que afeta direito social previsto na Constituição, a exemplo, impossibilidade de lazer com a família, filhos, pais, etc.

Posicionamento diverso ao acima citado é apresentado por Noronha¹⁸⁰, que sustenta não se tratar o dano existencial de dano em espécie, inexistindo, portanto, a necessidade que o dano existencial seja assim rotulado. O doutrinador classifica como dano à pessoa, subdividindo-o em dano biológico (corporal) e dano anímico (dano moral em sentido estrito) e à coisa; também classifica-o em dano patrimonial (ou econômico) e extrapatrimonial (dano

¹⁷⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 189.

¹⁸⁰ A nosso ver, realmente é preciso considerar o dano existencial, mas não é necessário fazer dele uma categoria autônoma, para ser contraposta ao dano anímico. Pelo menos entre nós, em que não existem restrições à reparação desta espécie de danos, o dano existencial será um dos tipos que é possível distinguir dentro dos danos anímicos, como veremos oportunamente [v 2, cap. 10]. Não é necessária a criação dessa nova categoria, e, por outro lado, não parece ser exata a classificação dos danos em geral (danos patrimoniais, morais e existenciais) em que assenta e que é pressuposta pelos juristas que a sustentam. Continua o citado autor: A outra observação é a respeito de saber se existirá uma terceira categoria de danos à pessoa, a par dos corporais e dos anímicos. Na Itália, onde a noção de dano biológico foi primeiro sintetizada, devido à necessidade de contornar preceitos legais que permitiam a reparação de danos morais apenas quando tivessem sido cometidos crimes (*vide* anotação no final desta seção), uma parte da mais recente doutrina e ainda da jurisprudência, com base no princípio de que toda e qualquer ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana deve ser reparada, sustenta haver uma outra categoria de danos à pessoa, ao lado dos morais e dos biológicos, a qual é designada de *danos existenciais* (ou *danos existenciais não biológicos*, por danos biológicos). A nova orientação que se vem afirmando na Itália entende que são três as categorias de danos em geral, os patrimoniais, os morais e os existenciais; depois, dentro dos danos existenciais, inclina-se no sentido de distinguir danos simplesmente biológicos e danos estritamente existenciais. [...] A nosso ver, realmente é preciso considerar o dano existencial, mas não é necessário fazer dele uma categoria autônoma, para ser contraposta ao dano anímico. NORONHA, Fernando. *Direitos das obrigações*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 563-564.

moral em sentido amplo), não obstante reconheça a existência em nosso ordenamento jurídico do dano existencial.

Além dessa doutrina, há de consignar que Sessarego, ao enfrentar o estudo sobre o dano existencial, vai além e o diferencia do dano ao projeto de vida, sob o fundamento de que este é muito mais grave porque a dor não é superada nem mesmo com o transcorrer do tempo¹⁸¹.

Este estudo não compartilha destes entendimentos; primeiro, por entender que o dano existencial trata-se de dano autônomo, ao lado de dano moral, perda da chance e diante da reparação integral do dano e pela possibilidade permitida em nosso sistema de cláusula geral em relação à reparabilidade do dano e da proteção à pessoa humana; segundo, porque o projeto de vida e a vida de relação, pressuposto do dano existencial, coexistem para efeito de reparação e, portanto, não há que se falar em autonomia do projeto de vida e, ademais, o fato de ser grave, o que se concorda, deve ser considerado na quantificação e arbitramento.

Dessa forma, não obstante o respeito aos citados doutrinadores, o presente estudo compartilha do posicionamento que sustenta tratar de um dano autônomo e uma espécie do gênero dano extrapatrimonial¹⁸². Esse é também o posicionamento do TST, que, embora nos julgamentos faça certa referência ao dano existencial como moral, deixa clara a autonomia em seus julgamentos¹⁸³, o que será melhor explorado em tópico seguinte, ao se analisarem as decisões que se deparam com o pedido de dano existencial.

¹⁸¹ A dor sentida pela morte de um ente querido é muito intensa no início, todavia, ao longo do tempo, o sentimento transforma-se em uma sensação de orgulho, admiração, ternura ou gratidão, em uma boa lembrança. Por outro lado, a dor sofrida em caso de dano ao projeto de vida é diferente, tendo em vista que o dano traz consequências que comprometem a própria existência do sujeito, que dificilmente são superadas com o tempo. Neste caso a vítima perdeu parte de sua própria identidade, pois deixou de ser aquilo que se propôs, sendo, portanto, impossível confundir os institutos. (tradução livre) SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde Conceptual entre “Daño a la Persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral”. *Portal de Información y Opinión Legal – revista Foro Jurídico – Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Peru*. Año 1. n. 2, julio 2003. p. 72. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 19 jan. 2017.

¹⁸² Destarte, o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminha, etc.), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99.

¹⁸³ Figura relativamente recente na doutrina e nos julgados brasileiros, o dano existencial não se confunde com o já sedimentado dano moral. Ambos são espécies do gênero "direitos extrapatrimoniais ou imateriais", mas, enquanto o dano moral se relaciona à violação da honra, da intimidade, do aspecto sentimental e psicológico do indivíduo, o dano existencial se caracteriza pela ofensa à sua própria condição de ser humano, ao seu projeto de vida, ao conjunto de relações que desenvolve nos mais variados âmbitos familiar, recreativo, social etc. Sob o aspecto jurídico, invoca-se esse conceito para expressar o prejuízo causado por outrem na integração de alguém à sociedade, na exploração de todas as suas potencialidades de vida, aqui considerados os aspectos cultural, afetivo, recreativo, profissional, entre outros. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº

A autonomia, uma vez reconhecida, reflete diretamente no reconhecimento do citado dano pelos Tribunais e, ainda, na liquidação, evitando-se, por um lado, indenizações sem o devido fundamento e, por outro, garantindo à vítima uma reparação integral.

Não obstante a autonomia ora sustentada, os Tribunais ainda resistem em reconhecê-lo e condenam o ofensor a indenizar a vítima, como sendo dano moral, quando, da realidade, a causa de pedir é típica afronta ao projeto de vida ou da vida de relação¹⁸⁴.

Sendo assim, diante da cláusula geral apontada pela legislação infraconstitucional e constitucional, bem como da importância da reparação integral do dano, justifica-se o entendimento de que o dano existencial deve ser acolhido como espécie e de forma autônoma, tendo sido acolhido perante nosso ordenamento jurídico com fundamento consagrado na CRFB, precisamente, princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguem as lições apresentada por Cavalieri Filho, a fim de justificar a distinção apresentada, tem-se também da responsabilidade civil que decorre da violação de um dever jurídico e, como consequência, o dever de reparar o dano causado:

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, corresponde a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, a responsabilidade

00001263-90.2013.5.04.0029, Sétima Turma. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrida: Thiarlys Salgado de Oliveira. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgado em: 26.10.2016. Publicado em: 04.11.2016.

¹⁸⁴ Para Almeida Neto [...]. Essa é, portanto, a explicação do dano existencial: toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeitos às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcórrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito de uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida. ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana*. p. 34-35. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 09 maio 2017.

civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.¹⁸⁵

Eis a importância da autonomia do dano em estudo, pois, se o ato ilícito que gera a responsabilidade civil acarretar um dano no projeto de vida ou da vida de relação, a reparação civil corresponde a recompor a existência afrontada, que pode ser tanto de forma de reabilitação, como econômica. Todavia, se o dano decorrer de uma dor, angústia provocada na vítima, teria a natureza de dano moral e, assim por diante, considerando o ato ilícito e a causa do dano.

Portanto, pode-se argumentar que do ato ilícito praticado decorre o dever de reparar por danos materiais/patrimoniais (tais como: danos emergentes, que se referem ao prejuízo imediato e definitivo sofrido pela vítima; e o lucro cessante, que se refere ao prejuízo de perda com ganhos futuros); dano extrapatrimonial (como, por exemplo, dano moral que se refere ao íntimo da vítima, porque decorre da dor, angústia, sofrimento causado pelo ato ilícito); e o dano existencial que retira da vítima a existência mínima, tal como a frustração do projeto de vida e a vida em relacionamento.

Em linhas gerais, o dano patrimonial refere-se a prejuízo vinculado ao econômico e financeiro, ao passo que o dano extrapatrimonial ou imaterial, que tem como causa o ato ilícito que provoca na vítima uma dor, atinge o espírito, na modalidade de dano moral, que pode ser minimizado com o transcorrer do tempo e com o perdão tácito ou expresso da vítima¹⁸⁶.

De certa forma, Moraes, ao tratar do dano moral, o faz de forma ampla, incluindo todas as lesões à pessoa humana, criticando a restrição do dano moral à dor, à angústia ou afronta aos direitos personalíssimos:

Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extra-patrimonial” da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer “mal evidente” ou

¹⁸⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

¹⁸⁶Para Theodoro Júnior: De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da *intimidade* e da *consideração pessoal*”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atual (“o da *reputação* ou da *consideração social*”). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”. Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” capaz de gerar “alterações psíquicas ou “prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38.

“perturbação”, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.¹⁸⁷

No entanto, o presente estudo não compartilha deste posicionamento, visto que entende que a cláusula geral de tutela permite a aplicabilidade de outros danos, a exemplo, dano existencial, cujo elemento de configuração é diverso do dano moral, assim atendendo com maior respaldo a reparação à lesão da dignidade humana, visto que, num mesmo fato, poderá ocorrer da reparação por dano moral, dano existencial e a perda da chance, por exemplo.

O dano existencial, nos termos já apresentados, tem como causa a frustração do projeto de vida e a vida de relação, que correspondem a elementos diversos, em que ocorre uma limitação da liberdade do ser humano e com reflexo direto no seu cotidiano, portanto, não está vinculado nem a fator econômico, nem à esfera íntima do ser humano.

A esse respeito, segue o ensinamento de Boucinhas Filho e Alvarenga:

Conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. 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. Para Mauricio Godinho Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc., e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha.

A reparação do dano moral visa, por conseguinte, “compensar, ainda que por meio de prestação pecuniária, o desapareço psíquico representado pela violação do direito à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada”.

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 pessoa do trabalhador (como perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade).

Neste aspecto, o dano existencial impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.) e a sua dimensão é subjetiva e não se prova; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva.¹⁸⁸

¹⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 183-184.

¹⁸⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zatonelli. O dano existencial e o Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013. p. 47-48.

Verifica-se a importância de também distinguir o dano e não o considerar como dano comum, na necessidade de reparação total do dano, o que corresponde à função da responsabilidade civil¹⁸⁹. A necessidade de reparação total do dano, sem sombra de dúvida, corrobora com a autonomia do dano existencial ora sustentada, visto que, se o considerar apenas como um dano extrapatrimonial e classificá-lo como dano moral, como se verifica em alguns julgados que serão comentados, mesmo diante dos elementos que configuram o dano existencial, não se está dando o devido valor à indenização, nem mesmo atendendo à finalidade do instituto reparação civil.

Nesse contexto, a vítima acaba por ser reparada apenas em parte, afrontando o princípio da reparação integral, posto que, ao arbitrar como dano moral, o julgador valoriza a dor, o sofrimento da vítima, e não a frustração do projeto de vida ou da vida de relação diante da afronta dos direitos sociais, o que possui um alto grau de gravidade, vez que atinge diretamente a existência própria.

A autonomia do dano existencial também refletirá no campo da prova, visto que, em se tratando do pedido específico e na relação de emprego, conforme se sustentará, a prova processual de desdobrar-se 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.

De certa forma, em um caso concreto, desde que requerido de forma autônoma, pode não fazer prova da frustração do projeto de vida ou da vida de relação, elementos necessários para configuração do dano existencial, mas, no mesmo caso, ficar caracterizada a dor, sofrimento, ao ponto de ultrapassar o mero aborrecimento e dissabor comum, autorizando o reconhecimento do dano moral ou até mesmo apenas da perda da chance.

Diante disto, nota-se a importância para o instituto da reparação integral tratar da autonomia do dano existencial para o efeito de atingir a reparação integral, até porque não é permitido ao julgador, diante de um pedido expresso da vítima, ou seja, indenização por dano

¹⁸⁹O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isto se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

existencial, deferir como moral, por inexistir prova da frustração do projeto de vida e da vida de relação.

Nascimento, em breve palavra, diferencia o dano moral do existencial sob o aspecto de que o dano moral “pertence à esfera interior da pessoa” e o existencial “caracteriza-se por todas as alterações nocivas da vida cotidiana da vítima, em todos seus componentes relacionais”¹⁹⁰.

Com efeito, em se tratando de dano autônomo, não há impedimento para que seja reconhecido juntamente e de forma cumulativa com o dano moral, pode ter inclusive natureza distinta, a exemplo, no mesmo caso, pode ser fixado um valor econômico para o dano moral e uma recompensa para o dano existencial. A título de demonstração, imagina-seo caso de um acidente de trabalho envolvendo um menor de 17 anos, que em razão do acidente venha a ficar acamado por um período que lhe acarreta a perda do estudo, levando à reprovação, no entanto, após a retomada, retorna ao estudo, mas de forma atrasada. Nesse caso, o julgador poderá fixar um valor econômico para efeito de reparar a dor sofrida pelo acidente e, diante do fato de ficar acamado, eis que atinge a vítima em seu espírito, poderá recompor o dano existencial com uma bolsa de estudo em pós-graduação, recompondo o projeto de vida da vítima e, de certa forma, reparando na integralidade o dano até então causado.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Boucinhas Filho e Alvarenga:

Havendo, no contexto da relação de emprego, a ocorrência de dano existencial e de dano moral, poderá haver a cumulação entre ambos, desde que sejam provenientes do mesmo fato. Do mesmo modo que é possível cumular dano moral com dano material e, por consequência, com o dano estético, também será possível cumular o dano moral, pela lesão à saúde do trabalhador, como o dano existencial.

Desse modo, quando são afetadas as atividades realizadoras do trabalhador, em virtude do dano a sua saúde física ou mental, que se deu pelo excesso de trabalho, poderá haver a fixação de forma cumulada tanto do dano moral quanto do dano existencial. Essa cumulação acontece não só pelo prejuízo ocasionado aos prazeres de vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado – pessoal, social e profissional, mas também pelo dano à sua saúde, mesmo que a seqüela oriunda do acidente do trabalho não seja responsável pela redução da sua capacidade para o trabalho.

Conclui-se, portanto, que o “reconhecimento do dano existencial, para figurar ao lado do dano moral, revela-se imprescindível para a completa reparação do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa” e “para a proteção total do ser humano contra as ofensas aos seus direitos fundamentais”.¹⁹¹

¹⁹⁰NASCIMENTO, Maria Emília Costa do. Responsabilidade civil por dano existencial. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n. 80, p. 37-56, nov./dez. 2012. p. 48.

¹⁹¹BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013. p. 48-49.

Portanto, nota-se que a reparação integral, de certa forma, justifica o reconhecimento do dano existencial de forma autônoma e cumulado com outra forma de dano, a exemplo, dano moral, material e até mesmo, eis que a doutrina e jurisprudência também aceitaram, a responsabilidade civil por perda da chance, que muito se confunde com o dano existencial.

A esse respeito, e para sustentar a importância da responsabilidade civil como meio de reparação integral do dano, daí a necessidade de distinguir o dano existencial, apresentam-se as lições de Nascimento:

Destarte, faz-se indispensável a atuação da responsabilidade civil no âmbito das lesões existenciais, através da reparação civil por dano existencial, como forma de garantir a proteção integral ao valor da personalidade humana e tutela dos chamados direitos da personalidade, e, conseqüentemente, a plenitude do valor da dignidade humana, fundamento não só do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil, mas também da própria existência humana.¹⁹²

A autonomia e a possibilidade de cumulação dos danos morais, patrimoniais, existenciais e outros, justifica-se por terem elementos diversos para o seu reconhecimento e também para atender à responsabilidade civil de reparação total¹⁹³.

Ainda para reforçar a autonomia, apresenta-se, embora não seja o ponto do estudo, o dever de reparar, diante da responsabilidade civil, os danos decorrentes da perda da chance, também admitida em nosso ordenamento em face da cláusula geral da reparabilidade do dano, que reconhece a indenização por perda da chance, diante da probabilidade real e séria que foi frustrada pelo ato ilícito, mas que, diante disso, a chance restou perdida, não sendo suficiente para a reparação a mera possibilidade.

Portanto, quando se trata de instituto que possui denominação própria, entende-se ser de suma importância para a compreensão conhecer o significado das palavras que o compõe. Sendo assim, o termo “perda” é empregado no sentido de deixar de ter ou obter alguma coisa; por sua vez, a palavra “chance” refere-se à possibilidade de algo acontecer. Em síntese, a expressão “perda da chance” leva a interpretação de que se deixou de obter a

¹⁹²NASCIMENTO, Maria Emília Costa do. Responsabilidade civil por dano existencial. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n. 80, p. 37-56, nov./dez. 2012. p. 54-55.

¹⁹³Ao logo do artigo iniciou-se o estudo da tipologia de danos existentes no direito privado brasileiro: o dano moral, estético e psíquico, assim como suas pontuais diferenças em relação ao dano existencial. Embora cada um desses danos seja espécie do grande gênero dos danos extrapatrimoniais, entre si as figuras guardam suas diferenças, fato que garante a autonomia de cada dano e, acima de tudo, a possibilidade de cumulação deles todos, vez que são diversas lesões enfrentadas pela pessoa humana em toda a legítima extensão de seus valores morais. *Ibid.*, p. 55.

possibilidade de conseguir alguma coisa que melhorasse a situação em que o indivíduo se encontrava, sem que isso adentre no campo do êxito em obter.

Com efeito, tem-se no ordenamento jurídico a perda da chance como uma forma de reparação da perda que o sujeito teve da possibilidade, essa real e séria, de uma probabilidade de resultado, pois o que se tutela é a perda de prosseguir e não o resultado que poderia ser obtido, caso não tivesse sido retirada, por ato ilícito, a chance de prosseguir. Até porque, se se indenizar o resultado, não haveria que se falar em perda da chance, mas sim, dano material¹⁹⁴.

A respeito da necessidade de se indenizar apenas a perda da chance que seja real e séria, e não a mera chance hipotética, seguem as lições de Noronha, que se remetem às regras de experiência para efeito de indenização:

Para tal, em primeiro lugar importa averiguar se a chance perdida era *real e séria*: se for, haverá obrigação de indenizar; se ela tiver caráter hipotético, não. E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às “regras de experiência comum” subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, como se dispõe no art. 335 do Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, nos casos em que a chance era real e séria, vai ser necessário estimar o valor desta. Para tal efeito, é preciso considerar a álea presente no caso concreto; o valor da chance só pode ser aferido através do cômputo do *grau de probabilidade*, que havia, se vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa.¹⁹⁵

Frisa-se que o citado dispositivo legal no corpo da citação é o atual art. 375¹⁹⁶ do CPC, cuja aplicabilidade será objeto de discussão em capítulo seguinte, ao sediscorrer sobre as provas para configuração do dano existencial.

Responsabilidade civil que encontrou permissão em nosso ordenamento diante das características já sustentadas, tais como o sistema aberto e de cláusulas gerais, além do princípio, que merece respaldo, que se refere à reparação integral do dano provocado na vítima¹⁹⁷. Também nesse sentido é o posicionamento dos Tribunais, cujas razões *de decidir*,

¹⁹⁴ A indenização, por sua vez, deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. O perdido ou frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal. (grifos nossos) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando. *Direitos das obrigações*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 674-675.

¹⁹⁶ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

¹⁹⁷ No mesmo caminho Theodoro Júnior: A evolução da responsabilidade civil culminou na permissão, por parte da doutrina, de se indenizar a perda de uma chance da vítima do ato ilícito. A ideia surgiu do direito francês e, posteriormente, no norte-americano, que atribuíram às chances perdidas um caráter autônomo para fins de indenização. Para os ordenamentos estrangeiros, a chance, segundo Rafael Peteffi da Silva, ‘representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final,

comum nos julgamentos, leva em consideração a perda da chance, no sentido de oportunidade, guardando alguma incerteza quanto à obtenção da vantagem pretendida e que a vítima participaria^{198/199}.

Salienta-se que neste momento apenas apresentam-se os citados julgamentos para corroborar com o estudo, sendo que os fundamentos utilizados serão comentados em tópico seguinte.

Silva deixa clara a necessidade de a chance ser real e séria, ao sustentar que:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu

conforme o sucesso do processo aleatório'. E acrescenta, 'quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza'. No país, o instituto é recente, mas a doutrina reconhece a necessidade de que a chance perdida seja séria e real para que seja indenizada. Segundo Fernando Noronha, 'o dano da perda da chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade de que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo. Mas ressalta, 'mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado'. Daí porque o valor da indenização dependerá do grau de probabilidade de que a vantagem seria alcançada ou de que o prejuízo seria evitado. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 191-192.

¹⁹⁸A teoria da indenização pela perda de uma chance, inspirada na doutrina francesa, consigna que, se alguém, ao praticar um ato ilícito, faz com que outrem perca a oportunidade de obter uma situação mais vantajosa ou evitar um prejuízo, deve indenizar a parte prejudicada pelos danos causados. A indenização, neste caso, contudo, pressupõe a existência de um dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, não sendo suficientes meras conjecturas ou possibilidades, pois o dano potencial ou incerto, via de regra, não enseja indenização. Na hipótese em comento, o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional não permite concluir que a Reclamada praticou ato ilícito, pois ficou registrado que o adiamento das férias se deu em razão de um acréscimo inesperado de serviço, e as férias de grande número de empregados, inclusive da autora, tiveram que ser canceladas. Frise-se que, nos termos do art. 136 da CLT, a época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador, não se tendo, no acórdão recorrido, elementos que demonstrem qualquer abuso desse direito pela Reclamada. Agravo de instrumento desprovido. B) [...]. Agravo de instrumento desprovido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0136400-88.2008.5.01.0001, Terceira Turma. Agravantes: Joice Cristina da Gama Barroso e Aliança Navegação e Logística Ltda. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 04.05.2016. Publicado em: 06.05.2016.

¹⁹⁹[...]. Não obstante, a Corte regional reformou a sentença que deferira ao autor a indenização pela perda de uma chance, ao fundamento de que não há provas concretas nos autos que autorizem a conclusão de que, se delas tivesse participado, teria sido escolhido e efetivamente trabalhado aumentando, assim, sua renda. Ao contrário do que entendeu o Tribunal Regional, nesse ponto, cabível a avaliação do tema pelo prisma da teoria da perda de uma chance (pertedune chance), na qual se visa à responsabilização do agente causador pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance, desde que razoável, é considerada uma ofensa às expectativas do trabalhador, que, ao pretender uma situação mais vantajosa, teve abroquelado seu intento por ato omissivo do Órgão gestor de mão de obra. A chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, dando azo ao pagamento de indenização correspondente à possibilidade de êxito do intento do trabalhador. Portanto, a mera impossibilidade de assegurar que o trabalhador teria adquirido a oportunidade de trabalho, caso a chance não houvesse sido suprimida, não obsta o dever de reparar, que, no caso, deve ficar adstrito à probabilidade de êxito que o obreiro teria. Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000914-14.2011.5.09.0322, Sétima Turma. Recorrente: Jorge Correia Filho. Recorrido: Órgão de Gestão de Mão de Obra do Serviço Portuário Avulso do Porto Organizados de Paranaguá – OGMO/PR. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 24.08.2016. Publicado em: 26.08.2016.

seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.²⁰⁰

Não obstante isto, a jurisprudência vem adotando critério de analisar apenas a frustração da chance, como critério para indenização, sem analisar a real e séria probabilidade da chance, a exemplo, o que se verifica nas razões de decidir dos julgados que se referem à indenização por negligência de advogado²⁰¹.

No acórdão proferido, nota-se claramente que o julgador analisou tão apenas a frustração da chance, ou seja, mera possibilidade, sem valorar a real probabilidade do dano e, com base nesse critério, que deve ser apurada a indenização, ou seja, a perda da oportunidade (chance) e não no valor do que conseguiria caso obtivesse o êxito se a chance não fosse perdida, da própria vantagem²⁰².

Sendo assim, a causa de pedir da perda da chance diverge do dano moral e do dano existencial. Explica-se: enquanto o primeiro visa tutelar a perda de uma chance conferida à vítima, cuja probabilidade deva ser real e séria e que dela participou para buscar a vantagem, o segundo visa tutelar a dor íntima e o terceiro a frustração do projeto de vida e a vida de relação e não a mera expectativa. Diferença que, inclusive, permite sustentar a possibilidade de ser cumulado com o dano existencial.

Como distinção do dano existencial e a perda de uma chance, aproveita-se também dos ensinamentos de Boucinhas Filho e Alvarenga, que os distinguem de dano moral em total corroboração ao que ora se sustenta:

²⁰⁰SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 134.

²⁰¹[...]. Quando o advogado deixa de fazer uso do recurso cabível, decerto que retira do cliente uma chance dada pela Lei de tentativa de reversão da decisão desfavorável. Não significa dizer que esse recurso seria vitorioso, mas que se trata de uma oportunidade técnica de reexame da pretensão ou resistência. Assim, não se pode negar a existência de uma chance de reexame com possibilidade de reversão, total ou parcial, conferida pela Lei, que não pode ser suprimida pela vontade do advogado, porquanto direito subjetivo do cliente. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando a prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. Trata-se, portanto, de fato gerador de dano moral. BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação Cível nº 1.0408.11.002324-4/001, 12ª Câmara Cível. Apelante: Sinserp - MB - Sindicato dos Trabalhadores, Servidores e Funcionários Municipais da Administração Direta e Indireta da Prefeitura de Matias Barbosa/MG. Apelada: Roberta de Souza da Silva. Relator: Desembargador Saldanha da Fonseca. Julgado em: 09.11.2016. Publicado em: 17.11.2016.

²⁰²No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, ele frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso. Mas a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal. O valor da indenização, repita-se, deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentando também aqui ao princípio da razoabilidade. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 155.

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado. As duas figuram podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma ocorrência cuja premiação era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso, se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva.²⁰³

Ocorre que, muitas vezes, os Tribunais acabam por confundir as indenizações, assim como os advogados deixam de pedir de forma autônoma, tratando todas as modalidades como dano moral, citando apenas para efeito de quantificação do dano moral, acarretando um prejuízo à vítima, que deixa de ter a reparação integral. É isso que se pretende demonstrar com a autonomia do dano existencial e, inclusive, acarretar em extinção do pedido sem resolução, vez que causas de pedir são diversas.

Nota-se em alguns julgados certa confusão ainda em relação às indenizações, pois, ao condenar o infrator à perda da chance, o fazem com base na probabilidade de crescimento profissional, o que ocorre muito em caso que envolve acidente de trabalho com a incapacidade (total ou parcial) do trabalhador que, nesta hipótese, poderia também sofrer o dano em seu projeto de vida e da vida de relação, além do dano moral, nos termos do julgado acima transcrito. No entanto, diante da inexistência de pedido autônomo, casos como esses são reparados apenas com a indenização decorrente da perda em uma chance²⁰⁴.

²⁰³BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013. p. 51.

²⁰⁴[...]. O reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva e consequente obrigação de indenizar do empregador, em decorrência de acidente de trabalho ou doença ocupacional a ele equiparada, reclama a congruência de três elementos, quais sejam, o evento danoso (acidente ou doença ocupacional), o nexos causal entre este e as atividades laborais da Obreira e a culpa do empregador. Presentes, todavia, esses três elementos, o dano moral decorrente da doença ocupacional ou do acidente de trabalho é presumível, de modo que dispensável a produção de prova das repercussões que o acidente de trabalho causou na esfera pessoal e psicológica do indivíduo. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DOENÇA OCUPACIONAL. É devida a reparação, amparada na teoria da perda de uma chance, quando o trabalhador sofre prejuízo material e fica impedido de crescer profissionalmente em decorrência de doença ocupacional e consequente suspensão de seu contrato de trabalho. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000590-63.2010.5.05.0033, Segunda Turma. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Kleuber José de Abreu. Relator: Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos. Julgado em: 20.08.2012. Publicado em: 24.08.2012.

Todas essas diferenças não são em vão e nem mesmo meramente didáticas, pois têm como fundamento e importância a integral reparação do dano causado à vítima, que se extrai do disposto no art. 944 do CC^{205/206}.

Isto tudo passa a ser fundamento e justificativa para a autonomia do dano e corrobora para a reparação integral, que é instituído em nosso ordenamento jurídico, art. 927 do CC²⁰⁷, além de influenciar diretamente no critério de quantificação do dano e até mesmo na espécie de reparação, se meramente econômica ou também de restabelecimento, bem como da finalidade de incentivar a cultura dentro da relação de emprego de que as partes merecem ter uma vida digna dentro e fora da relação contratual assegurada, desestimulando condutas de empregadores que visam afrontar o mínimo existencial do trabalhador.

2.5 Das decisões envolvendo dano existencial

Nos julgamentos em primeira instância, assim como os de instâncias superiores, encontra-se resistência e em muitos se condena o ofensor ao pagamento na forma de dano moral, mesmo diante de típico dano existencial, situação que causa prejuízo à própria vítima, porque deixa de reparar de forma integral, fazendo confusão entre os institutos. Isso ocorre não obstante já se tenha acolhido o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial diante do nosso sistema atípico e aberto, conforme já citado neste trabalho, ao sustentar sua autonomia e, ainda, diante da extrema necessidade de atender a reparação integral do dano e até mesmo a causa de pedir processual.

No entanto, não são apenas os julgamentos que analisam de forma genérica, tratando-se o pedido de dano existencial como sendo dano moral em sentido estrito, muitos profissionais, entre eles os advogados, em petições buscam a tutela da afronta, no caso concreto, de projeto de vida e de vida de relação, como forma geral e o pleiteia apenas como dano moral.

²⁰⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

²⁰⁶ Este princípio tem a importante função de garantir seja estabelecido o equilíbrio entre o dano e a reparação, como forma de assegurar, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*. A importância deste princípio no estudo da responsabilidade civil é destacada, uma vez que tem a grande virtude de assegurar o direito da vítima de ser ressarcida de todos os danos sofridos, colocando-a a mesma posição que estaria se o fato danoso não tivesse acontecido. [...]

Este princípio é, portanto, verdadeiro princípio de justiça que deverá sempre nortear a atividade do interprete quando da necessidade de aferir o que deve ser objeto de reparação na responsabilidade civil. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda da chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 87.

²⁰⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ocorre que, conforme se pode concluir, cada um tem sua causa de pedir e seus requisitos necessários para configuração, inclusive o reflexo quanto à prova, já que o dano existencial não cabe o reconhecimento por presunção ou, ainda, de forma *in re ipsa*, nem mesmo utilizar-se da regra de experiência já que envolve frustração de projeto de vida e da vida de relação, o que atribui o ônus à vítima, ou seja, alteração do cotidiano da vítima.

Em razão disso, é necessário que as pessoas envolvidas em processo com objeto pedido de dano existencial tenham ciência de sua autonomia para evitar prejuízo à vítima, seja no pedido inicial, seja na concessão da tutela jurisdicional, assim como para evitar a banalização do instituto, como, de certa forma, já ocorreu com o dano moral em sentido estrito. Caso contrário, o resultado é a intenção invertida, ou seja, ao contrário de proteger a vítima e repará-la, afasta-a do ordenamento jurídico²⁰⁸.

Nota-se que o julgado afasta o pedido de dano existencial, mesmo reconhecendo que a infração contratual praticada pelo empregador afrontou a vida de relação, diante das jornadas exorbitantes e sem intervalos, sobre a razão de decidir no sentido de que não se pode banalizar o instituto com o alargamento do conceito de dano, acarretando com isso a ausência de reparação do dano e, pior, participa a vítima do prejuízo sofrido.

A título de demonstração de divergência de entendimento, citam-se alguns julgamentos no âmbito da justiça do trabalho que, mesmo diante dos elementos caracterizados e ensejadores do dano existencial, devidamente demonstrados, consideraram como dano moral e, com isso, a valoração e liquidação não atingiu a plenitude do dano, causando prejuízo à vítima que, de certa forma, acaba por pagar pelo dano.

Com efeito, em muitos casos, mesmo diante dos elementos que, presentes, configurariam dano existencial, os tribunais, entre eles TRT da 15ª Região, situado em

²⁰⁸ Voto do Ministro Vieira de Mello Filho, ao analisar pedido de dano existencial em decorrência de jornada extraordinária. [...]. Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. Nesse sentido, por exemplo, é verdade que construções jurídicas relevantes e fiéis aos propósitos e requisitos do instituto permitem concluir que situações em que houve comprovação de rotinas de trabalho tão intensas e desprovidas de pausas implicaram a destruição das relações sociais e familiares dos trabalhadores, em prejuízo da "vida de relações" e dos projetos de futuro dos envolvidos em relações de trabalho abusivas, restando caracterizado o dano existencial. Entretanto, tais construções complexas, pautadas em aferições minuciosas de quadros fáticos, não podem dar azo à banalização do instituto, mediante simplificação excessiva do seu conceito, para acabar por compreendê-lo como mera decorrência da prestação de sobrejornada. Tal espécie de alargamento conceitual, longe de ampliar a esfera de proteção da pessoa humana, a esvazia, tornando-a vulnerável e passível de não consolidação no ordenamento jurídico. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0001392-42.2014.5.12.0028, Sétima Turma. Recorrente: Sanderson Marques. Recorrido: Companhia de Cimento Itambé. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 16.03.2016. Publicado em: 18.03.2016.

Campinas-SP, julga matéria relacionada a dano existencial, mas com a denominação de dano moral e, muitas das vezes, afasta o pedido, *vez que conclui pela inexistência de afronta a direito à personalidade, à intimidade da pessoa, à dor*, art. 5º, inciso X, da CRFB, portanto utiliza-se da razão de decidir por considerar o dano existencial como dano moral e, diante dos elementos necessários para configurar o dano moral, a exemplo, dor íntima e afronta à personalidade, deixa de reparar a vítima de dano existencial.

Ao mesmo tempo, justifica também que não se pode, sob pena de banalizar o instituto, conceder indenizações por mero aborrecimento e, neste aspecto, o julgado analisa a infração contratual, jornada extraordinária, se dentro ou não do aceitável, valorizando o mero aborrecimento para efeito de afastar pedidos genéricos.

Portanto, se pleiteado de forma autônoma, considerando os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido de dano existencial, e se apontada de forma clara a afronta à frustração do projeto de vida ou da vida de relação, com a devida prova, teria a vítima da afronta o seu direito social reparado²⁰⁹. Tal estado de coisas também reflete no fundamento no campo da prova, vez que o dano moral por ter como fundamento a dor e a angústia, demonstrados os elementos da responsabilidade civil, o dano é *in re ipsa*, dispensando a prova, inclusive, permitindo a utilização da regra de experiência, o que não ocorre com o dano existencial, eis que necessita ser demonstrado o dano em relação ao projeto de vida e da vida de relação. Além disso, por se tratar de requisitos específicos, a narrativa da forma de dano moral é passível de extinção sem resolução por ausência de causa de pedir.

Em outra situação, o TRT da 15ª Região ao analisar o pedido de dano existencial, eis que com fundamento na jornada excessiva, afastou o dano reconhecido em primeira instância

²⁰⁹ Voto do Relator Excelentíssimo Doutor José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva [...] *O reclamante pretende a indenização por danos morais decorrente do excesso de jornada a que era submetido. De todos sabido que o dano moral é o que afeta um dos direitos de personalidade protegidos pelo sistema jurídico, sendo o rol do inciso X do art. 5º da Constituição Federal apenas exemplificativo. Todos os direitos, enquanto destinados a dar conteúdo à personalidade, podem ser chamados "direitos da personalidade". São, portanto, direitos essenciais à conformação e desenvolvimento da personalidade, para cada pessoa. O trabalho extraordinário, por si só, não implica lesão a direito da personalidade, mas a direito patrimonial com punição devidamente regulamentada pela CLT, a qual foi objeto de condenação no tópico anterior. Somente se configuraria dano moral a jornada extenuante provocadora de dano existencial, ou seja, acima do suportável para a mente e para o corpo com prejuízo do projeto de vida e das relações sociais, o que não se apresenta no feito, uma vez que as horas extras realizadas são inferiores às permitidas diariamente pela CLT (artigo 59). [...]. Como tem asseverado reiteradamente a jurisprudência, não é o mero aborrecimento resultante de fatos desagradáveis que gera um dano moral, que é um sofrimento anormal. Assim, não pode haver a banalização do instituto, que, portanto, deve ser considerado nos casos mais graves, que geram um sentimento de injustiça em todas as pessoas de bom senso. Ausente a violação ao direito da personalidade, indefiro o direito à indenização por danos morais, neste tópico.* (grifos nossos) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0000156-48.2011.5.15.005, 2ª Turma, 4ª Câmara. Recorrente: Daniel Silva da Costa. Recorrido: Vânia Pereira de Abreu Miranda e João Parreira de Miranda. Relator: Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. Julgado em: 09.09.2014.

por entender que inexistiu prova do dano e que a sobrejornada já é reparada por pagamento das horas extras.No entanto, considerou o dano existencial como uma espécie de dano moral, atribuindo, neste julgado, o dano moral como sendo a categoria de extrapatrimonial, deixando de analisar a autonomia e os elementos para a configuração²¹⁰.

Desta feita, o não reconhecimento do dano existencial como forma autônoma do dano extrapatrimonial, podendo ser reconhecido ao lado do dano moral, leva-se à condenação sem a devida prova, partindo-se da presunção da dor, características da indenização por danos morais.A título de exemplo, tem-se julgado do mesmo Tribunal que reconhece o dano existencial presumindo o prejuízo da vítima diante da ausência de folga aos domingos durante o contrato de emprego²¹¹, *o que merece críticas, nos termos do presente estudo, uma vez que, em se tratando de dano moral, a dor é presumida, no entanto, em se tratando de dano existencial, o reconhecimento depende da prova da frustração do projeto de vida e da vida*

²¹⁰Voto do Relator Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Hamilton Luiz Scarabelim. [...]. Ocorre que, no caso dos autos, não há qualquer prova da hipótese de dano existencial. O fundamento apontado para o deferimento da indenização ora sob exame seria o reconhecimento de que o autor cumpria jornada média de 12 horas diárias. Não obstante tratar-se de jornada bastante extensa, não se depreende que o dano social ao empregado, daí decorrente, tenha sido de tal monta que enseje indenização. Com efeito, a prestação de trabalho em regime de sobrejornada já se encontra reparada pela condenação da empresa ao pagamento de horas extras. Para se ter direito ao pagamento de indenização por dano existencial (espécie de dano moral), deve haver comprovação do efetivo dano, o que não ocorreu *in casu*. A realização de horas extras em excesso, por si só, enseja apenas o pagamento das verbas próprias, com juros e correção monetária. Fatos que não repercutem em ofensa à honra, à imagem ou à dignidade profissional da empregada, não havendo afronta aos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal. Assim, nega-se provimento ao apelo do reclamante e dar-se provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral existencial de R\$5.000,00. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0010088-52.2014.5.15.0133, 4ª Turma, 8ª Câmara. Recorrentes: Wilson José Sevilha e Transzape Transportes Rodoviários Ltda. Recorridos: os mesmos. Relator: Juiz Hamilton Luiz Scarabelim. Julgado em: 01.03.2016. Publicado em: 03.03.2016.

²¹¹Voto do Relator Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Claudinei Zapata Marques. [...]. Assim, constatado o sobrelabor excessivo, é presumível logicamente que houve prejuízo aos aspectos pessoais da vida da autora, uma vez que comprovado que a recorrida era submetida a regime de trabalho que extrapola os limites razoáveis. [...].Assim, tendo a reclamante laborado em vários domingos sem a correta folga compensatória, resta configurado o dano moral, em específico, na modalidade existencial. O dano existencial, nas relações de trabalho, é aquele sofrido pelo trabalhador ao ser privado de seus projetos de vida e de suas relações, quando impedido de usufruir o seu tempo livre. Decorre das exigências exacerbadas do empregador, que o coloca em situação de trabalho extenuante, seja por excesso de sobrejornada, pela exigência além das forças de trabalho, pela não concessão de férias ou qualquer outro ato que impeça o trabalhador de poder realizar um projeto de vida ou mesmo de viver suas relações sociais. [...]. E a reparação que disto decorre mede-se pela extensão deste dano, nos termos do art. 944, do Código Civil. Assim, tendo em vista que indenização pelo dano existencial não pode ser tarifada, necessário que o julgador utilize-se das chamadas "normas de calibração" princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta outros fatores como a duração do sofrimento experimentado, a extensão do dano na vida privada e social da vítima e a capacidade econômica do devedor, além do efeito pedagógico da condenação. Destaco ser este o maior problema enfrentado pelo julgador, uma vez que a indenização deve fazer frente à dor sofrida (o que nem sempre é possível), e, ao mesmo tempo, punir de maneira sensível o responsável, sem, contudo, chegar a provocar o enriquecimento sem causa do indenizado. A dificuldade, aí, é encontrar, no dizer de Aristóteles, o "justo meio termo". Assim, levando-se em conta a condição sócio-econômica das partes envolvidas, a gravidade e a extensão do dano, bem como o caráter pedagógico da sanção, entendo ser devida indenização no importe de R\$ 10.000,00, valor este adequado aos precedentes jurisprudenciais. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0001034-74.2014.5.15.0002, 4ª Turma, 8ª Câmara. Recorrente: Elisangela Pires. Recorrido: Fidelity Processadora e Serviços S.A. Relator: Desembargador Claudinei Zapata Marques. Julgado em: 28.04.2014.

derelação com uma envergadura na vida interpessoal da trabalhadora e com alteração do seu cotidiano. Até porque, conforme já sustentado, podem existir pessoas viciadas em trabalho, cuja felicidade e projeto de vida é trabalhar, adquirir fortunas, portanto, justifica a impossibilidade de presumir os elementos que caracterizam o dano existencial.

Esta mesma distorção ou, pode-se afirmar, confusão diante do não reconhecimento da autonomia do dano existencial, reflete no campo da prova processual, já que, se afastada a autonomia, tem-se o resultado por presunção e, se não afastada, necessita-se da prova dos elementos, eis também a razão da autonomia, inclusive neste sentido foi a razão de decidir do TST²¹².

Para arrematar, o TST segue o entendimento de inexistir dano existencial por mera presunção, havendo necessidade da prova dos elementos necessários para configurar o dever de indenizar, na modalidade de dano existencial, no entanto, percebe-se que ainda deixa transparecer a confusão entre os requisitos do dano moral e existencial²¹³.

²¹² Voto do Ministro Vieira de Mello Filho. [...] Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. No caso concreto, a Corte regional entendeu que o reclamante se desincumbiu do ônus de comprovar o dano existencial tão somente em razão de o trabalhador ter demonstrado a prática habitual de sobrejornada. Entendeu que o corolário lógico dessa prova seria a compreensão de que houve prejuízo às relações sociais do sujeito, dispensando o reclamante do ônus de comprovar o efetivo prejuízo à sua vida de relações ou ao seu projeto de vida. Portanto, extrai-se que o dano existencial foi reconhecido e a responsabilidade do empregador foi declarada à míngua de prova específica do dano existencial, cujo ônus competiria ao reclamante. Embora exista prova da sobrejornada, não houve na instrução processual demonstração ou indício de que tal jornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito do reclamante. É importante esclarecer: não se trata, em absoluto, de negar a possibilidade de a jornada efetivamente praticada pelo reclamante na situação dos autos (ilicitamente fixada em 70 horas semanais) ter por consequência a deterioração de suas relações pessoais ou de eventual projeto de vida: trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu no caso concreto, em face da ausência de prova nesse sentido. Embora a possibilidade abstratamente exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovado, *in re ipsa*, a dor e o dano a sua dignidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 523-56.2012.5.04.0292, 7ª Turma. Recorrente: RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A. Recorridas: Diones de Souza Chaves e WR LOG Distribuidora de Jornais Ltda. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 26.08.2015. Publicado em: 28.08.2015.

²¹³ Voto do Desembargador Convocado Doutor André Genn de Assunção Barros. [...]. Esta Corte Regional tem se posicionado no sentido de que, embora a jornada extraordinária possa causar cansaço ao empregado e privação das horas de convívio social e familiar, uma vez que a limitação da jornada de trabalho visa proteger a integridade dos trabalhadores, evitando a fadiga física e psíquica, não se pode presumir a ocorrência de danos à moral do obreiro. Isso porque o convívio familiar e social, embora salutar, é fator bastante subjetivo, possuindo maior ou menor valor, dependendo da pessoa. No caso, não há no acórdão regional elementos que indiquem ter havido sofrimento ou abalo à incolumidade moral do reclamante, a ensejar indenização, sendo a condenação fruto de mera presunção. Observe-se que o dano existencial em questão não é *in re ipsa* (presumível, independentemente de comprovação). [...]. Por conseguinte, dou provimento ao recurso de revista, para excluir da condenação a indenização por dano moral. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº

Todavia, salienta-se que, não obstante tais posicionamentos, encontra-se, na jurisprudência, o deferimento de dano existencial por mera presunção, quando demonstrado por si só a jornada extraordinária, fundamento que, diante do nosso estudo, não comporta aceitação^{214/215}. O que é passível de crítica diante dos fundamentos já apresentados, precisamente, diante da possibilidade de banalizar o instituto e com isto retroceder na reparação do dano.

Essa análise dos atuais julgamentos perante os Tribunais, embora limitada ao TST e ao TRT da 15ª Região, faz-se de suma importância para a finalidade que se propõe o estudo, qual seja: demonstrar que o ordenamento jurídico acolheu em face do sistema aberto de

191-55.2013.5.15.0096, 7ª Turma. Recorrente: Nepomuceno Cargas Ltda. Recorrido: Aguinaldo Ferreira e CRBS S.A. Relator: Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros. Julgado em: 02.09.2015. Publicado em: 11.09.2015.

²¹⁴Voto da Desembargadora Luiza Aparecida Oliveira Lomba. [...]. 1. O acórdão regional registrou a existência de decisão judicial na qual foi reconhecido que o Reclamante trabalhava em uma jornada de 15h30min, de segunda a sábado, durante sete anos e concluiu que "...o reclamante teve tolhido o seu direito de projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida, além de ter sido impossibilitado de cultivar a vida de relações, por meio da oposição de dificuldades pelo empregador para o regular desenvolvimento de outras atividades em seu meio social. Tais circunstâncias se consubstanciaram a partir da realização de jornadas extenuantes de trabalho, as quais perfaziam mais de 14h. Destarte constata-se que restaram configurados os elementos para a configuração do dano existencial...". 2. Segundo ensina Flavia Rampazzo Soares o dano existencial "É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina". Ora, é evidente que um trabalhador nas condições descritas no acórdão regional não dispõe de tempo para a família, para o lazer ou para os amigos, o que de fato caracteriza uma privação a uma vida social e familiar mínima e de fato causa um dano existencial. 3. O acórdão regional revelou-se dotado de todos os elementos justificadores para a indenização deferida por dano existencial, tal como em relação ao quantum arbitrado de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), que não se mostrou desproporcional ao prejuízo, de forma que não se confirmam as violações à letra da lei e da Constituição da República articuladas no recurso de revista. Ainda, os arestos colacionados com o objetivo de demonstrar divergência não servem ao fim pretendido por retratarem situações diversas daquela que se mostrou no caso vertente. Assim, há *in casu* a inespecificidade obstativa a que aludem os enunciados das Súmulas nº 23 e 296 do Tribunal Superior do Trabalho. Constata-se, no caso dos autos, que somente com o revolvimento do substrato fático probatório seria possível afastar as premissas sobre as quais se fundamentou a decisão prolatada pela Corte de origem, procedimento obstado nesta seara superior, nos moldes do enunciado da Súmula nº 126 de seu orientador jurisprudencial. Agravo de instrumento não provido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1255-07.2011.5.04.0281, 1ª Turma. Agravante: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Agravado: Paulo Adenir Veber Dias. Relatora: Desembargadora Convocada Luíza Aparecida Oliveira Lomba. Julgado em: 15.04.2015. Publicado em: 17.04.2015.

²¹⁵[...]. Assim, fica comprovada a reprovável conduta patronal, com a prática de abuso do poder diretivo ao exigir jornada exaustiva de trabalho e restrição dos direitos ao descanso e lazer, com óbvias consequências à saúde do obreiro, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias dispendidas. Dessa forma, a conduta patronal ofendeu os direitos humanos fundamentais, atingindo a dignidade, a liberdade e o patrimônio moral do demandante, o que resulta na obrigação legal de reparar. Assim, inquestionável que a hipótese dos autos não se trata de mero cumprimento de horas extras habituais, mas de jornada exaustiva, indigna e inconstitucional, sendo extremamente fácil inferir o dano causado ao autor, em razão de a reclamada ter flagrantemente desobedecido as regras de limitação da jornada, o que afastou o direito social ao lazer, previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal. Ressalta-se a máxima o extraordinário se prova e o ordinário se presume. Portanto, o ato ilícito praticado pela reclamada acarreta dano moral *in re ipsa*, que dispensa comprovação da existência e da extensão, sendo presumível em razão do fato danoso. Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0002583-84.2013.5.15.0025, Segunda Turma. Recorrente: Marcos Roberto Zanetti. Recorrida: Transportadora Aquarium Ltda. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Julgado em: 31.08.2016. Publicado em: 09.09.2016.

responsabilidade civil o dano existencial, o qual se trata de modalidade autônoma, para atingir a reparação integral decorrente de conduta ilícita do ofensor, devendo-se, ademais, se preocupar com a prova produzida nos autos, precisamente dos elementos necessários para a configuração, vez que não se pode reconhecer por mera presunção ou por regra de experiência, para o fim de evitar banalização do instituto, afastando a concretização dos direitos sociais, via efetivação do direito do trabalho.

Da mesma forma, o estudo reflete na importância da quantificação do dano em questão, pois, embora não seja o foco, salienta-se que cabe ao julgador considerar o caso concreto, até para evitar tarifação (colocar preço estático e fixo para reparação de dano extrapatrimonial, a exemplo, se dano moral decorrente de acidente um valor fixo, se decorrente de jornada extraordinária em grau elevado um outro valor fixo e assim por diante) e não reparação devida à vítima, desta feita, deve ainda ser arbitrado considerando a ofensa perpetrada e devidamente comprovada, a condição cultural, social e a relação da vítima, assim como a condição econômica dos envolvidos, o caráter didático-pedagógico-punitivo da condenação, de modo que repugne outras ofensas e traga conforto ao ofendido, sem causar enriquecimento e a substituição do instituto como fim de buscar valores sem qualquer fato que o fundamente.

Sendo assim, verificados os pontos apresentados, precisamente, no sentido de justificar a autonomia do dano existencial, até mesmo diante dos elementos peculiares que, quando demonstrados, autorizam o reconhecimento do dano e a indenização – e que vão além da mera infração contratual e os requisitos gerais de responsabilidade civil –, o presente estudo termina com uma análise de prova dentro do processo e sobre a quem efetivamente cabe a prova dos elementos que configuram o dano, além da sua necessidade para a configuração, encerrando com a dinâmica da distribuição do ônus e uma síntese sobre a contaminação do juiz ao colher a prova ou determinar de ofício. É, pois, neste sentido que se desenvolve o capítulo seguinte.

3 DA PROVA DO DANO EXISTENCIAL

Este capítulo tem como finalidade apresentar, no campo da prova, os objetos para configuração do dano existencial de forma autônoma e o respectivo ônus das partes, dentro do procedimento seguido pelo processo do trabalho, com aplicação subsidiária e supletiva do processo civil, visto ser da competência da justiça do trabalho processar e julgar o dano em estudo. Para tanto, destacam-se três etapas diversas e que necessitam ser demonstradas de forma concomitantes para a configuração, vez que envolve matéria do direito do trabalho, responsabilidade civil e dano existencial com a *frustração do projeto de vida e da vida de relação*. Conclui-se pela inaplicabilidade da distribuição dinâmica na terceira etapa relacionada à frustração do projeto de vida e da vida de relação, assim como a inaplicabilidade da regra de experiência e da presunção, encerrando-se com uma breve exposição quanto à contaminação do julgador que participa diretamente da colheita da prova.

3.1 Do procedimento processual

Antes de adentrar propriamente no campo da prova, de forma específica referente à matéria dano existencial, entende-se salutar fazer apontamentos a respeito do procedimento processual a ser observado quando envolver questão de natureza do dano existencial decorrente da relação de emprego, isto porque a competência material da justiça do trabalho foi ampliada pela EC nº 45, que acresceu o inciso VI ao art. 114 da CRFB, fixando competência da justiça do trabalho para processar e julgar as ações de indenização extrapatrimonial e patrimoniais desde que decorrentes da relação de trabalho.

Diante desta ampliação, a justiça do trabalho, portanto o processo do trabalho, deixou de enfrentar matéria tão apenas relacionada ao direito do trabalho e passou a deparar-se com direito material de natureza diversa do trabalho, a exemplo, responsabilidade civil.

Com isto, o primeiro questionamento se deu em relação a qual procedimento seguir quando as ações envolvessem matérias diversas do contrato de emprego, qual seja, matéria de natureza civil, ou seja, se o procedimento seguiria o estabelecido na CLT ou o do CPC. Configura-se tal situação porque *o processo do trabalho possui um procedimento diverso, composto por ritos processuais específicos, regras de procedimentos diversos do processo civil, tanto na fase probatória, como recursal e na execução*.

Mesmo diante da inicial dúvida, o certo é que, se tramita pela competência da justiça do trabalho, deve o processo seguir o procedimento estabelecido na CLT, art. 763²¹⁶ e art. 1º da Lei nº 5.584, de 26/06/1970²¹⁷ e, por fim, o TST elaborou a IN nº 27, de 2005, que com o art. 1º²¹⁸ esclareceu ser o procedimento trabalhista.

Apenas a título de exemplo, posto não ser o foco do trabalho, mas para compreensão em geral do processo do trabalho, este é dividido, dentro do procedimento comum, em três ritos: o *sumário*, quando a causa não ultrapassar dois salários mínimos (Lei nº 5584/70²¹⁹); o *sumaríssimo*, quando não ultrapassar quarenta salários mínimos e não for parte de administração pública direta, autárquicas e fundacionais instituído pela Lei nº 9.957, de 12/01/2000²²⁰; e o *ordinário*, quando ultrapassar o valor de quarenta salários mínimo.

Não obstante estes ritos, o processo do trabalho tem em *comum* para todos os procedimentos a *audiência* ou *de instrução e julgamento*, quando se realizam os atos referentes à conciliação, apresentação de defesa, instrução processual e a sentença, dando-se ênfase ao princípio da simplicidade dos atos, oralidade e celeridade processual²²¹, bem antes da determinação do inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB²²² e do atual art. 4º do CPC²²³, este último também com natureza de norma fundamental.

Embora o processo do trabalho tenha previsão expressa quanto ao procedimento, se faz também necessário, e não tão menos importante, apontar que, não obstante a

²¹⁶Art. 763. O processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, reger-se-á, em todo o território nacional, pelas normas estabelecidas neste Título.

²¹⁷Art. 1º. Nos processos perante a Justiça do Trabalho, observar-se-ão os princípios estabelecidos nesta lei.

²¹⁸Art. 1º. As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.

²¹⁹Art. 2º Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidente, da Junta ou o Juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido. [...] § 3º Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 2 (duas) vezes o salário-mínimo vigente na sede do Juízo, será dispensável o resumo dos depoimentos, devendo constar da Ata a conclusão da Junta quanto à matéria de fato.

²²⁰Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo. Parágrafo único. Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

²²¹Art. 765 da CLT. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. Art. 852-B, inciso III - a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento.

²²²LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²²³Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

aplicabilidade das normas processuais trabalhistas, a própria CLT regulamenta no art. 769²²⁴, limitado ao processo de conhecimento, exceto na execução (art. 889 da CLT²²⁵), a aplicabilidade de forma subsidiária do CPC, desde que possua uma *omissão* e seja *compatível* com as normas do processo do trabalho. Quanto ao termo *omissão* já vinha se admitindo interpretação como possibilidade de ser o texto normativo complementado, como um suplemento normativo, a exemplo, o que ocorre com o disposto no art. 818²²⁶ da CLT e o art. 373²²⁷ do CPC, quando se trata de ônus da prova.

Veja que, embora a CLT tenha previsão expressa, portanto, não há que se falar em omissão, aplica-se a norma processual civil quanto à regra da distribuição estabelecida nos incisos I e II do citado dispositivo processual, além de outras hipóteses quanto aos meios legais utilizados como prova, o que será discutido nos parágrafos seguintes quanto às provas e o respectivo ônus.

Segue que, em 2015, com o advento da Lei nº 1.3105, de 16/03/2015, ao novo CPC foi acrescido o art.15²²⁸ que determinou a aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho, surgindo nova discussão quanto à aplicabilidade do processo civil no processo do trabalho, no entanto, longe de pretender explorar o assunto da aplicabilidade no processo civil no processo do trabalho, tem-se, como única voz, que *continua a regra da omissão normativa e compatibilidade para aplicação do processo civil*, para aplicação de forma subsidiária²²⁹ ou supletiva²³⁰.

²²⁴ Art. 769 da CLT. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

²²⁵ Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

²²⁶ Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

²²⁷ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²²⁸ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

²²⁹ subsidiário /si/ adj. (sXIV cf. NobilP) **1** relativo a subsídio ou que tem caráter de subsídio <recursos s. para instituições de assistência>**2** que subsidia, ajuda, socorre <essa doação tem caráter s.>**3** que reforça, aumenta, contribui; afluente <rios s.>**4**p.ext. de importância menor; secundário, acessório <os pontos s. de um assunto>**5** que faz parte de ou é controlado por empresa mais poderosa <empresa s.>**6** que reforça ou dá apoio a (algo anteriormente apresentado) <elementos s.><argumentos s.> ETIM lat. *subsidiarius*, a, um 'que é da reserva, que vem na retaguarda, que é de reforço'; ver *sed(i)-*; a datação é para a acp.'que subsidia' PAR subsidiária(f.) / subsidiária(fl.subsidiar). HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2628.

²³⁰ supletivo adj. (1881 cf. CA¹) **1** que completa ou que serve de suplemento; supletório **2** GRAM LING que, sendo de um paradigma diferente, é tomado para completar um paradigma deficiente (diz-se de morfema, forma, palavra etc.) s.m.**3**B ensino que se destina a suprir a escolarização regular de adolescentes e adultos que não a concluíram na idade própria ETIM lat.tar. *suppletivus*, a, um 'que serve para completar', de *supplētum*, supn. de *supplēre* 'encher de novo, suprir'; ver *plen(i)*. Ibid.,p. 2643.

A interpretação da aplicabilidade do CPC no processo do trabalho deve levar em consideração, sem qualquer dúvida, a *compatibilidade*, pois sem esta ocorreria uma ruína ao procedimento trabalhista²³¹ e, após, quanto à omissão, a interpretação não deve atualmente considerar apenas no sentido da *ausência expressa de norma*, entende-se fazer necessário *também aplicar o CPC ao processo de trabalho, desde que compatível, quando encontrar-se o texto legal expresso na CLT desatualizado em face dos fatos sociais, o que se tem por lacuna ontológica ou, ainda, quando não for a letra da lei satisfatória, típica lacuna axiológica*, sempre no sentido de *atender a compatibilidade, a celeridade processual e a efetividade*, interesses que merecem ser ponderados para uma análise da incidência subsidiária ou supletiva do CPC no processo do trabalho²³².

Da mesma forma deve ser a interpretação do processo no sentido de atender ao fim social e à exigência do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana²³³, eis a interpretação que se exige do processo para que se atinja a harmonia e pacificação social com a concessão da tutela jurisdicional.

Nada justifica atrelar-se à literalidade da norma, a exemplo, da CLT de 1943, deixando de aplicar um dispositivo que atenda aos demais critérios supracitados.

Não obstante a possibilidade de aplicar o processo civil no processo do trabalho, é também importante destacar que o procedimento civil, que se refere à fase de saneamento e da

²³¹ Temos fundados receio de que, se não for rigorosamente observado o requisito da *compatibilidade* (e, antes, o da *omissão*; e, em certas situações, o da *necessidade*), o art. 15 do CPC possa converter-se, na prática, em uma espécie de mecanismo de destruição não só do art. 769 da CLT, mas de todo o processo do trabalho, pois quanto mais as disposições do CPC forem aplicadas ao processo do trabalho, tanto mais o sistema deste estará sob o risco de esgarçamento, de perda de sua identidade ideológica e, em consequência, de sua extinção.

Conforme tivemos oportunidade de mencionar, no dia 26 de junho de 2015, em conferência proferida no encerramento do 55º Congresso de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado pela LTr, em São Paulo, outrora, quando a CLT era ainda uma donzela ingênua – uma espécie de Dama das Camélias – ela permitiu que esse belo e sedutor príncipe, que é o processo civil, a visitasse nas condições estabelecidas pelo art. 769 da CLT. O tempo passou, as inúmeras visitas se sucederam e chegamos ao ano de 2015. Agora, remoçado, esse príncipe tornou-se audaz, atrevido, pois pretende visitar, por meio do art. 15, quando bem entender, essa senhora envelhecida e desprotegida, que é a CLT. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p.48.

²³²No nosso entender, ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, havendo quebra da isomorfia, três são as principais espécies de *lacunas*: 1º) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2º) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anquilosamento da norma positiva; 3º) *axiológica*, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta. (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 95.)

²³³Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

organização do processo previsto no art. 357 do CPC²³⁴ (que apresenta entre suas finalidades a fixação de pontos controvertidos e a especificação dos meios de provas), não se aplica ao processo do trabalho, como fase preliminar, isto porque, conforme já demonstrado, o processo do trabalho desenvolve-se em audiência e, neste ato processual, o primeiro passo é a tentativa de conciliação, após apresentação de defesa em audiência e, em seguida, a instrução; nota-se que não se fala em saneamento e muito menos organização do processo.

No entanto, não se sustenta não ser possível a aplicação; ao contrário, seria de bom andamento, em audiência, após a proposta de conciliação, os sujeitos do processo, em cooperação, sanarem e organizarem para, assim, a instrução ficar delimitada, mas não é o que se verifica na prática, muitas vezes em face do período exímio entre as audiências, conforme já salientado.

Tais apontamentos se refletem diretamente no sistema probatório, uma vez que a CLT prestigia a informalidade quanto ao tema prova, o que não poderia ser diferente, visto que o processo do trabalho, conforme já tratado em competência, disciplinava apenas matéria vinculada aos direitos trabalhistas e limitada à pessoa do empregado e empregador, os quais, por permissão legal, possuem ainda a capacidade postulatória, *jus postulandi*, art. 791 da CLT²³⁵, que atualmente sofre limitação a primeira e segunda instância, súmula nº 425 do TST²³⁶ e apenas na relação de emprego (que figura como parte empregado e empregador).

Diante disto, ao dispor sobre o sistema probatório, o que será estudado no item seguinte, notar-se-á no processo do trabalho a presença de *amplos poderes* concedidos ao julgador na instrução, a exemplo, o disposto no art. 765 da CLT²³⁷ que reza ter o julgador ampla liberdade na direção do processo, “podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” e, por sua vez, que a CLT disciplina para prova apenas 13 artigos, precisamente dos arts. 818 até 830, e em relação ao ônus e os meios de provas admitidas, o que demonstra ser bem inferior aos dispositivos do CPC que disciplina o montante de 115 artigos destinados ao sistema probatório, arts. 369 até 484.

²³⁴Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

²³⁵Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

²³⁶Súmula nº 425 do C. TST: O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

²³⁷Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Com efeito, dentro deste sistema probatório e diante do disposto no art. 769 da CLT e art. 15 do CPC, que visam à aplicação subsidiária e supletiva na hipótese de omissão e compatibilidade, caberá ao estudo analisar a questão da prova quanto ao dano existencial, evitando-se que o torne um instituto banalizado e vista como meio de renda e utilização abusiva da dinâmica da distribuição do ônus da prova, regra de experiência e presunção dos requisitos específicos do dano existencial, frustração do projeto de vida e da vida de relação.

3.2 Da prova

Inicia-se este item sob o aspecto de considerar a prova como sendo *um direito fundamental extraído da própria CRFB*²³⁸, mormente, da compreensão do devido processo legal, onde há rigor respeito ao contraditório e ampla defesa, incisos LIV e LV do art. 5º²³⁹, cuja negativa à parte, desde que acarrete um prejuízo processual, autoriza o decreto de nulidade do ato processual (decisão) que negou o direito fundamental.

Nesse sentido, em um primeiro momento do estudo, antes de adentrar ao ônus e sua distribuição, faz-se necessária a análise da prova quanto ao conceito, objetos e seus destinatários.

Desta feita, parte-se da premissa de que a prova corresponde aos elementos apresentados pelas partes no processo para contribuir no convencimento do julgador quanto às alegações apresentadas sobre os fatos controvertidos e relevantes para a resolução do

²³⁸ Na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando-se, portanto, de um direito fundamental. O exposto reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. Com efeito, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição faz o mesmo em relação à prova, na medida em que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo (a parte tem o direito de se defender provando). De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito: a) à dignidade da pessoa humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhes são inerentes, para o qual contribui, no processo, a prova; b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático, é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013. p. 173-174.

²³⁹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

processo²⁴⁰, bem como contribuir com as partes que, diante do dever de cooperação, possam decidir a conduta no processo, ou, até mesmo, permitir que solucionem o conflito evitando a intervenção do Estado com o ato decisório ou evitando-se interposição de recursos.

Diante de tal conceito e da complexidade da análise da prova, salienta-se que há posicionamento que entende ser a prova como *meio*²⁴¹ ou *instrumento*²⁴² para demonstrar a existência de um fato com o fim de formar a convicção do juízo²⁴³. No entanto, o estudo segue como sendo *elementos*²⁴⁴ apresentados no processo.

Outro aspecto que se pode extrair do conceito apresentado refere-se ao objeto da prova como sendo as *alegações dos fatos controvertidos e relevantes*, eis que a prova visa a demonstração das alegações dos fatos e não do fato em si^{245/246}, até porque as provas das alegações constroem a verdade na convicção do julgador, portanto, verdade processual.

²⁴⁰ Prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa. [...] É interessante notar que o termo *prova* pode ser empregado em dois diferentes sentidos, um *subjetivo* e outro *objetivo*. Do ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação. É neste sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo *existe prova* de que o pagamento aconteceu. Quem diz isso está, na verdade, a afirmar que se convenceu de que o pagamento foi feito. Trata-se, pois, de uma percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para tentar demonstrar que uma afirmação é verdadeira. Assim, por exemplo, quando uma das partes diz que com o documento trazido aos autos *faz prova* do alegado, pretende-se afirmar que tal documento é trazido ao processo para demonstrar a veracidade da alegação. Aqui, a prova é percebida como um dado objetivo. O conceito de prova que aqui se apresenta, como se pode então perceber, reúne essas duas acepções. Fala-se da prova como um *elemento trazido ao processo* (dado objetivo) e se alude a sua *capacidade de contribuir para a formação do convencimento* (dado subjetivo). A junção desses dois aspectos permite a compreensão do que seja, então, para o processo, a *prova*. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p.221-222.

²⁴¹ meio [...] **7** aquilo que serve para ou permite alcançar um fim [...] **10** procedimento, objeto, instrumento que permite a realização de algo [...]. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1883.

²⁴² instrumento [...] **6** JUR qualquer título, auto, documento escrito, que serve para fazer constar fato ou convênio de que derivam consequências jurídicas [...]. *Ibid.*, p. 1628.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I, 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 849.

²⁴⁴ elemento [...] **5** recurso, subsídio, informação <não sei de que e. dispõe para fazer semelhante acusação> [...]. *Ibid.*, p. 1108.

²⁴⁵ Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o *thema probandum*. A doutrina mais atual, porém, nega essa conclusão. Afirmam que, 'provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a 'alegação de fato'. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 52.

²⁴⁶ [...]. Do conceito de prova e de sua função é fácil inferir a relevância do direito a ela no sistema processual, definindo também como o *conjunto de oportunidades* oferecidas às partes pela Constituição e pela lei para que possam demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 181.

Tal assertiva se sustenta porque nem sempre a solução do conflito se dá quando o julgador esteja plenamente convencido ou que a verdade dos fatos foi encontrada, assim, tem-se que o fato é verdadeiro, mas a alegação do fato pode ser falsa²⁴⁷.

Para corroborar com a premissa utilizada em relação ao *objeto da prova* no presente estudo, importantes as lições de Marinoni e Aranhart:

O fato não pode ser qualificado de “certo”, “indivíduo” ou “verdadeiro”. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou falsidade de uma afirmação.

Note-se que a sentença – de lado casos excepcionais – requer a convicção de verdade, o que não se confunde – como demonstrado em capítulo anterior – como o encontro da “essência da verdade”. Isso quer dizer, em outros termos, que o fato que o processo supõe existente pode, no plano da realidade, não existir e vice-versa. Em suma: não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdade, declarando-se a existência do direito.²⁴⁸

Questão de grande peso no processo do trabalho, onde, conforme antes apontado no procedimento, a prova testemunhal é muito utilizada e, ainda, pesa o *princípio da primazia da realidade dos fatos*²⁴⁹, permitindo-se assim que o convencimento sobre as alegações sobreponha-se à prova documental. Veja-se, a título de exemplificação, uma situação hipotética cujo pedido de dano existencial tem como causa a jornada extravagante e que frustrou o projeto de vida ou a vida de relação, essa jornada, mesmo que anotada em cartão de ponto ou livro de ponto, poderá ser desconsiderada se a prova testemunhal confirmar ou convencer o julgador de que não retrata a realidade.

Não obstante a divergência quanto à prova e seu objeto, este estudo, conforme pode ser percebido, filia-se à prova como elemento apresentado aos autos (aspecto objetivo) para o fim de contribuir para formar a convicção do julgador na decisão (aspecto subjetivo), assim

²⁴⁷ Em regra, a alegação ou a versão de fatos é que constitui o objeto da prova e não o fato em si. O fato é sempre verdadeiro. A inverdade não corresponde a um fato. Trata-se de uma afirmação falsa de um fato. O que não se admite é um fato falso, pois o fato sempre é verídico. CAIRO JR., José. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 498.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 118.

²⁴⁹ O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreto efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta específica pela legislação. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p.224.

como das partes para o fim de contribuir na condução do processo, permitindo-se solucionar o conflito sem intervenção e evitar condutas que possam protelar o andamento com interposição de recursos cientes de inexistência de êxito.

Premissa apresentada que pode ser muito salutar no processo do trabalho, visto que, no presente caso, conforme já visto, mesmo se tratando do objeto da ação pedido de natureza civil, no caso, dano existencial, por ser competência da justiça do trabalho, segue o trâmite do processo do trabalho e que justifica serem as partes também destinatárias das provas, pois o processo do trabalho se desenvolve em audiência, sendo esta obrigatória em todos os procedimentos, art. 841 da CLT²⁵⁰, inclusive sob pena de nulidade do processo²⁵¹.

Na audiência, tem-se uma tentativa de conciliação antes de recebida a defesa, art. 846 da CLT²⁵² e, na hipótese de ser infrutífera, o processo segue com a instrução probatória, arts. 847 e 848 do citado diploma legal²⁵³, razões finais orais, havendo na sequência *nova tentativa de conciliação*, sendo esta última infrutífera, prossegue-se com o julgamento, nos termos do art. 850 da CLT²⁵⁴.

No entanto, *infelizmente*, na prática, em razão de pautas de audiências com períodos apertados entre uma e outra audiência, quando não conciliados em primeira oportunidade, *não se dá muita atenção à segunda tentativa de conciliação*, isto não só pelo tempo curto entre as audiências, mas também pela interpretação, do ponto de vista do presente estudo, *equivocada de que a prova é produzida apenas como destinatário o julgador*, posto que nesta oportunidade as partes, diante do conjunto probatório já produzido e da contribuição da prova para convicção, pode-se, em cooperação com o julgador (art. 6º do CPC²⁵⁵), *chegarem a uma*

²⁵⁰ Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

²⁵¹ [...]. O Ordenamento Jurídico Trabalhista, mormente os preceitos dispostos nos artigos 764, 846 e 850 da CLT, é taxativo, ao sujeitar os dissídios individuais e coletivos às propostas conciliatórias. Em assim, ausentes aquelas tentativas, ante a não realização de audiência, impõe-se declarada a nulidade do processo. BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*. Recurso Ordinário nº 0010823-47.2014.5.07.0026, Segunda Turma. Recorrente: Município de Varzea Alegre. Recorrida: Glória Maria Cavalcanti Filho. Relator: Desembargador Antonio Marques Cavalcante Filho. Julgado em: 22.02.2016. Publicado em: 25.02.2016.

²⁵² Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

²⁵³ Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes. Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

²⁵⁴ Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

²⁵⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

conciliação e solucionar o conflito de forma harmônica e atingindo a paz social, sem a necessidade de uma intervenção de terceiro na solução do processo.

Diante também dessas razões, pretende-se justificar o posicionamento adotado e a vantagem processual em interpretar as partes como destinatárias também da prova, ao lado do julgador.

Para complementar, faz-se necessário destacar a previsão legal quanto aos fatos controvertidos e pertinentes que *atraem* a prova das alegações e os que são dispensados da produção de prova, tais como os notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontrovertidos e os que militam presunção legal de existência ou de veracidade, incisos I a IV, do art. 374 do CPC²⁵⁶.

Assim como, dentro deste sistema, exige necessidade da prova da alegação de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, na hipótese de o juiz determinar, art. 376 do CPC²⁵⁷.

Essa situação se reflete na instrução probatória e no julgamento, posto que, embora não se aplique no processo do trabalho a fase preliminar de saneamento e fixação de ponto, tal fixação pode ser valorada em audiência em conjunto com as partes para efeito de conduzirem a instrução processual.

Desta feita, passa-se a apresentar e destacar que, ao buscar perante o poder judiciário a reparação por dano existencial, *se faz necessário, para a configuração e convencimento*, demonstrar as alegações, *concomitante*, de todos os requisitos já apresentados, tais como, as infrações contratuais, os requisitos gerais da responsabilidade civil e os inerentes e específicos do dano existencial que, para efeito didático e melhor compreensão do que se sustenta, divide-se em três etapas: a primeira quanto às infrações contratuais, a segunda referente aos da responsabilidade civil e a terceira referente aos requisitos do dano existencial.

3.3 Objeto de prova para configuração do dano existencial

Em se tratando de dano existencial, no presente caso, decorrido da relação de emprego, para sua real configuração, a prova que se faz necessária para o convencimento refere-se às alegações dos requisitos de todas as etapas apresentadas e de forma concomitante.

²⁵⁶ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontrovertidos.

²⁵⁷ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Sustenta-se a concomitância e a adição de todos os requisitos, uma vez que a *inexistência* de um deles desconfigura o dano existencial, pois se não demonstrada infração contratual (primeira etapa), não se tem configurado o dano decorrente da relação de emprego; se não demonstrados os requisitos da responsabilidade, não se tem configurado do dever de indenizar (segunda etapa); e se não demonstrada frustração do projeto de vida e da vida de relação (terceira etapa), afasta-se o dano existencial.

Por outro lado, a comprovação de apenas uma das etapas acarreta a reparação inerente, a exemplo, se demonstrada afronta ao contrato, repara-se com o pagamento das verbas trabalhistas, dano material; se demonstrados os requisitos da responsabilidade civil, repara-se com outras modalidades de dano, seja moral ou até mesmo a perda da chance, mas não o existencial, pois este apenas se configurará quando comprovado e, pela vítima, o que será objeto de estudo a seguir, os requisitos da terceira etapa, junto com as anteriores.

Ressalta-se que para se falar em dano existencial, nos termos sustentados, é de suma importância a demonstração da afronta ao conceito de existência apresentado como premissa, ou seja, existir, no sentido de *ser-no-mundo enquanto ser-em-situação*, sendo esta vinculada a temporalidade, comunicação, historicidade, liberdade, finitude e a transcendência. Portanto, há necessidade da demonstração da afronta à existência enquanto superação de si mesmo que é procedido.

Assim, se limitada a infração ao contrato de emprego, figura-se o dano material apenas e a reparação decorrente; se, além da infração contratual, afronta direito personalíssimo íntimo e que acarreta uma dor espiritual, mas sem que se retire a liberdade de escolha e sem frustrar a projeção e superação, tem-se a limitação do dano moral; se se ultrapassar todas essas etapas, afrontando a própria existência humana fundada nos três conceitos apresentados pelo filósofo Jaspers – *Dasein, Existenz e Transzendenz* (o que condiz com o projeto de vida e a vida de relação) – tem-se o direito de reparar pela configuração de dano material.

Importante salientar que as etapas acima destacadas facilitam a compreensão e instrução processual, permitindo maior convencimento, na medida em que cada uma terá reflexo quanto ao ônus das provas e a regra de distribuição dinâmica, utilização das regras de experiência e presunção, considerando o direito material envolvido em uma única hipótese, *direito do trabalho e responsabilidade civil*.

Veja-se no processo envolvendo, a título de exemplificação, dano existencial decorrente da jornada de trabalho por excesso, ausências de intervalos intrajornada, interjornada e anual durante o contrato de emprego, que para comprovação da infração

trabalhista a instrução poderá seguir as regras do processo do trabalho, considerado o ônus nos termos da súmula nº338 do TST²⁵⁸, que atribui ao empregador ou, até mesmo a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Da mesma forma, ao analisar os requisitos da responsabilidade civil, pode-se fazer levando em consideração se o dano decorre de afronta à norma trabalhista referente à jornada, o que se aplicará a responsabilidade subjetiva, ou decorrente de um acidente de trabalho, com atividade empresarial de risco, o que atrai a responsabilidade objetiva, independente da culpa, e, por fim, a terceira etapa, cujo ônus cabe exclusivamente à vítima, portanto, inaplicável a distribuição dinâmica, regra de experidência e presunção, visto que o prejuízo, projeto de vida e vida de relação refere-se ao dano fora do ambiente de trabalho, tornando-se uma prova impossível do empregador realizar.

Outros exemplos podem ser utilizados, tais como a prestação de serviço por vários anos e a inexistência de vínculo, de recolhimento de contribuição social, pois, no primeiro caso, tem-se apenas a condenação referente às verbas rescisórias e assim por diante, no segundo, a dor e angústia e, com o terceiro, o dano existencial, por não conseguir a aposentadoria.

Com efeito, somente após ocorrer o convencimento destas três etapas e de forma concomitante, cada um com sua peculiaridade, é que se pode formar a convicção a respeito da configuração do dano existencial e, ainda, na modalidade de dano autônomo, dentro da modalidade de dano extrapatrimonial.

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.

²⁵⁸ Súmula nº 338 do C. TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

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.

A exemplo, considere-se o caso hipotético de uma trabalhadora, cujo projeto de vida era seguir a carreira de modelo, tendo participado de determinados cursos de formação de modelo. Imagine-se que essa trabalhadora esteja se preparando para participar de um concurso de *miss* da cidade em que reside e seja indicada como favorita, mas, em razão do contrato de trabalho firmado com a empresa, trabalha em local insalubre, com jornada em excesso e acaba por sofrer um acidente de trabalho, que, além de acarretar incapacidade laboral da trabalhadora, provocou *lesão corporal, na face, que venha trazer determinada deformidade*. Tal situação acarreta uma frustração ao projeto de vida desta trabalhadora.

Diante desta condição fática, uma vez comprovado as alegações de todos os fatos apontados, a condenação da empresa deverá corresponder ao pagamento das verbas trabalhistas, dano material pelas despesas com o acidente, se houver a comprovação, dano moral em razão da dor experimentada, dano estético em face de a lesão ser permanente e visível, perda da chance por não conseguir participar do concurso de miss e deixar de ganhar o prêmio e, por fim, o dano existencial por ter o projeto de vida, ser modelo, frustrado diante do ato ilícito, nexos causal, culpa e dano praticado pelo empregador.

E, em se tratando de dano existencial, eis que objeto do estudo, é de rigor a demonstração de que as infrações contratuais refletiram no trabalhador fora do ambiente de trabalho, com a frustração do projeto de vida e da vida de relação, requisito que cabe tão apenas à vítima comprovar, vez que além de se tratar de projetos pessoais, refere-se a fatos que se deram fora do ambiente do trabalho.

Ademais, conforme já estudado, ao proceder à análise em alguns julgados dos tribunais a respeito do dano existencial, verifica-se que o entendimento do TST é no sentido de que não se admite a presunção de frustração ao projeto de vida ou da vida de relação, apenas com a prova de que houve a infração contratual, por exemplo, jornada de trabalho em excesso ou ausência de intervalos como as férias, visto que se faz necessária alegação dos fatos que convencem pela frustração dos direitos sociais²⁵⁹.

²⁵⁹ O relator explicou que o dano existencial é diferente do dano moral. "O primeiro é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que pretende uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral", observou. Os danos, nesse caso, se refletem não apenas no âmbito moral e físico, mas comprometem também suas relações com terceiros. Na doutrina trabalhista, o conceito tem sido aplicado às relações de trabalho no caso de violações de direitos e

Sendo assim, não obstante o objeto de prova das alegações dos fatos que dão ensejos e autorizam o reconhecimento das indenizações, em se tratando de dano existencial, de forma única, eis que objeto do estudo, *faz-se necessário, dentro de cada etapa*, analisar não só a prova, mas também o ônus atribuído às partes e, ainda, a impossibilidade de aplicar a distribuição da dinâmica da regra de ônus da prova em relação a terceira etapa, frustração do projeto de vida e da vida de relação, sob pena de configurar a prova impossível ou excessivamente difícil, o que é vedado nos termos do § 2º, do art. 373 do CPC²⁶⁰.

3.4 Ônus da prova em relação ao dano existencial na relação de emprego

Em relação ao ônus da prova e, no caso específico, do dano existencial decorrente da relação de emprego, é pertinente analisar os dispositivos legais que o disciplina, assim como a distribuição estática e dinâmica, voltada para aplicabilidade no processo do trabalho e para as etapas destacadas para cada direito material que se tutela, ao que a parte precisa se ater para conseguir convencer o julgador a respeito dos elementos que caracterizam o dano e, com isso, obtenha êxito na pretensão.

Embora não seja o foco do presente item, salienta-se para posterior conclusão quanto à distribuição do ônus da prova, que *ônus*²⁶¹ corresponde a um comportamento, uma conduta

limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou morais, danos ao seu projeto de vida ou à chamada "vida de relações".

Vieira de Mello ressaltou, porém, que, embora uma mesma situação possa gerar duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória são independentes. "No caso concreto, embora exista prova da sobrejornada, não houve demonstração ou indício de que isso tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do seu direito", afirmou.

O ministro esclareceu que não se trata, "em absoluto", de negar a possibilidade de que a jornada de 70 horas semanais possa ter esse efeito. "Trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu no caso concreto, em face da ausência de prova nesse sentido", argumentou. "O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte". BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Notícias. Turma afirma necessidade de comprovação de dano existencial para deferimento de indenização a trabalhador. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador>. Acesso em: 10.01.2017.

²⁶⁰ Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...]. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

²⁶¹ ÔNUS. S.m. (Lat. *onus*) Dir. Civ. Encargo. Subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, em forma de ação ou abstenção, e de caráter legal ou voluntário. Difere da *obrigação* em que, nessa, há subordinação de um interesse próprio a um interesse alheio. Cognatos: *onerar* (v.t.); *oneroso*. (adj.), que carrega ônus, ou impõe encargos a uma pessoa ou coisa; *onerosidade* (s.f.), qualidade ou caráter de oneroso; encargo; *onerado* (adj.), sujeito a ônus. Cf. *oberar*. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 391.

atribuída à parte no processo para que obtenha um resultado satisfativo quanto a sua pretensão em juízo, *ligado à ideia de risco*, uma vez que o não atendimento acarretará um prejuízo próprio, sem qualquer cominação de sanção.

Conceito que afasta a ideia de que o ônus corresponde a uma *obrigação*²⁶² ou a um *dever*²⁶³ da parte, isto porque o descumprimento da primeira leva a um comportamento ilegal ou inerente à quebra de contrato, por exemplo, podendo uma parte exigir da outra o cumprimento da obrigação, acarretando uma sanção pelo não atendimento; e o segundo está vinculado a uma conduta de lealdade e boa-fé, cujo descumprimento também acarreta uma sanção. Com isso, entende-se que ônus da prova corresponde a uma imposição processual destinada às partes, cujo não atendimento *provoca o risco* de sofrer uma decisão desfavorável, portanto, o prejuízo é pessoal, inexistindo sanção²⁶⁴.

Não obstante, é de bom alvitre salientar que o fato da parte não exercer o ônus da prova, por si só, não se pode afirmar que haverá uma decisão efetivamente desfavorável, eis que o julgador pode se convencer pelas provas apresentadas nos autos e serem produzidas pela parte adversa ou, até mesmo, de ofício²⁶⁵.

Ultrapassando o significado que se atribui a ônus, ao tratar deste em relação ao dano existencial, que processará sob as normas que disciplinam o processo do trabalho, aplicando-se o processo civil tão apenas no caso de omissão e compatibilidade, é de rigor a análise da previsão legal apresentada no art. 818 da CLT²⁶⁶ quanto à distribuição do ônus da prova, atribuindo-o a quem alega.

Ao verificar o teor prescrito no citado artigo, em um primeiro momento, sustenta-se a simplicidade da norma e a sua generalidade, o que levou a aplicar de forma supletiva

²⁶² OBRIGAÇÃO S.f. (Lat. *obligatio*) Dir. Obr. Em sentido amplo: dever imposto a qualquer pessoa para pautar seu comportamento em obediência à ordem jurídica. Em sentido estrito: relação jurídica patrimonial em virtude da qual um sujeito ativo (*credor*) pode exigir de um sujeito passivo (*devedor*) uma prestação ou uma abstenção. Cognatos: *obrigar* (v.t. e pr.); *obrigacional* (adj.), respeitante a obrigação; *obrigado* (adj. e s.m.), aquele que, por lei ou contrato, é sujeito passivo de uma obrigação; *obrigacionário* (s.m.), *obrigacionista* (s. 2 g.) ou *obrigatário* (s.m.), cons.; *obrigatório* (adj.), que obriga. CC, arts. 863-1571; CBust, 164-174. Cf. *obrigações imperfeitas*. Ibid., p. 384.

²⁶³ DEVER S.m. (Lat. *debere*, v.t.) Dir. Obr. Imposição a alguém de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Ibid., p. 181.

²⁶⁴ É possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada. Entretanto, há uma questão, já levantada no item anterior, que agora pode ser mais bem explicada. A ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento *necessário* para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada mais impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

²⁶⁵ Art. 370 do CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

²⁶⁶ Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

à distribuição estática que já era prevista no art. 333 do CPC/73²⁶⁷, o que foi mantido no art. 373 do CPC, atribuindo a prova dos fatos constitutivos para o autor, e os impeditivos, modificativos e extintivos, ao réu, como critério de informação às partes para que sejam diligentes na condução do processo em face dos respectivos interesses.

No entanto, entende-se que não seria necessária aplicação supletiva do dispositivo processual civil em face da previsão expressa da CLT, isto porque, em se tratando de ônus da prova, essa conduta ou comportamento *cabe a quem pretende e possui interesse*²⁶⁸ em provar suas alegações.

Com isso, é certo que, se o autor alegar um fato que constitua ou dê eficácia ao direito pretendido, cabe a ele o ônus, da mesma forma, qualquer alegação no sentido de contraprova ou de fatos diversos do fato constitutivo atrai o ônus da prova, inclusive, responde o questionamento feito por Câmara²⁶⁹ quando alega de quem seria o ônus de um fato impeditivo, alegado em réplica, de um fato extintivo alegado pelo réu em defesa, por tais razões sustenta-se ser, ao contrário do sustentado pela doutrina, não de simplicidade o art. 818 da CLT, mas sim de grande sapiência processual.

Sendo assim, ressalvado o entendimento apresentado referente à desnecessidade de aplicação supletiva quanto à distribuição do ônus da prova, é certo que o Tribunal e a doutrina aceitam a incidência da distribuição estática apresentada pelos incisos I e II do art. 373 CPC²⁷⁰, aplicando-o no processo do trabalho, em que a regra reza que os *fatos constitutivos* que geram, que dão eficácia ao direito afirmado pelo autor, cabe a este a prova e, por outro lado, os *fatos modificativos* que alteram o direito pleiteado, os *impeditivos* que obstam o direito e os *extintivos* que cessam o direito, cabe, via de consequência, a quem alega e, atribuem ao requerido, incisos I e II do CPC.

²⁶⁷ Art. 333, do CPC/73. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²⁶⁸ Na dialética do processo civil preponderantemente dispositivo, no qual cada uma das partes compete esgrimir com as armas que a lei legitimamente lhe oferece, cada uma delas tem *interesse* em que o juiz reconheça a veracidade de suas alegações de fato e a mendacidade das alegações adversárias. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 183.

²⁶⁹ Além desses quatro tipos de fatos, porém, outros podem ser alegados. Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato o fato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi inválido por ter sido feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento), pois o texto do art. 373 não dá solução a uma relevante questão: sobre quem incidirá o ônus da prova a cerca deste último fato alegado (o “fato impeditivo do extintivo”)? Daí por que é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a *quem alega (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)*. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 231.

²⁷⁰ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em conjunto, devem as partes se atentarem aos fatos que dispensam as provas, como os fatos *notórios*, *os afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária*, *os admitidos no processo como incontroversos e os que cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade*, incisos I a IV do art. 374 do CPC²⁷¹.

No entanto, a distribuição do ônus da prova acima apresentada refere-se à realizada pelo legislador, diante da previsão legal, denominada de distribuição *estática*, juntamente à qual se tem a distribuição *convencional*, art. 190 e 373, § 3º, ambos do CPC²⁷² e a realizada pelo juiz, que se refere à distribuição *dinâmica* do ônus da prova, § 1º, do art. 373 do CPC²⁷³, inclusive esta última será discorrida no item seguinte sob o foco de ser ou não aplicável na comprovação da frustração do projeto de vida ou da vida de relação.

Em se tratando de competência da justiça do trabalho, nos termos já estudados, seguem-se os procedimentos e as normas relacionados ao processo do trabalho, que devem de igual maneira ser considerados também diante do fato de uma das partes do processo ser trabalhador, em tese, hipossuficiente em todos os termos (econômico, técnico e jurídico), presumindo-se a subordinação na convenção de ônus da prova antes do processo. Considerando-se, ainda, o direito do trabalho um direito indisponível, tem-se em regra por inaplicado a distribuição por convenção das partes, seja do art. 190 ou do § 3º do 373 do CPC. Inclusive a IN nº 39/2016 do TST afasta a aplicabilidade nos incisos II e VII do art. 2º²⁷⁴.

Não obstante a vedação pela instrução normativa citada, tem-se que não deve ser analisada a aplicabilidade com este rigor, isto porque não se verifica prejuízo à convenção de distribuição de ônus da prova, quando não houve prejuízo à parte mais fraca da relação²⁷⁵. Cita-se, a exemplo, um contrato em que se convencionou que o ônus da prova recairá ao

²⁷¹ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos;

²⁷² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...]. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁷³ § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

²⁷⁴ Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual); VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes);

²⁷⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 504.

empregador quanto à jornada de trabalho, pagamento de salário, etc. Deve-se analisar com cautelas a aceitabilidade da distribuição convencional, mesmo antes do processo, em contrato em que o trabalhador não se trata de hipossuficiente, a exemplo, contrato de emprego que envolve trabalhadores graduados, médicos, engenheiros, advogados, juízes, etc.

Passado por este ponto, quanto à distribuição do ônus da prova da forma estática, destina-se, em primeiro momento, ao julgador, como sendo *regra de julgamento*, ocasião em que, na hipótese da prova não ser satisfatória para o convencimento do julgador, com base na distribuição do ônus da prova, analisar o caso concreto, sendo que, em caso de fragilidade da prova da alegação do fato (constitutivo, modificativo, impedido ou extintivo), voltar-se para quem detinha o ônus da prova, com julgamento desfavorável ao detentor do ônus que, ao não se desincumbir, assumiu o risco da decisão desfavorável.

Mas não se trata de uma regra o julgamento desfavorável para a parte que não se desincumbiu do ônus, isto porque pode o juiz analisar as provas que estão nos autos e que foram produzidas pela parte contrária ou de ofício, utilizando-se também das *regras de experiência* previstas no art. 375 do CPC²⁷⁶.

Desta feita, no caso em questão, para se atingir a pretensão definitiva, ou seja, autonomia do dano existencial e a reparação integral no caso de ofensa, terá a vítima que caminhar pelo âmbito da prova e do ônus no direito do trabalho, na responsabilidade civil e no complemento para que o dano existencial seja configurado, passível de reparação, o que, didaticamente, justifica a separação anterior em três etapas.

Nesse caso, o juiz deverá considerar no julgamento o ônus de cada parte em cada etapa (na relação de direito de trabalho para as infrações contratuais, nos elementos da responsabilidade civil e o projeto de vida e a vida de relação), posto que, no mesmo caso, podemos ter a distribuição de forma diversa, pois, ao verificar a infração contratual, deverá seguir a regra de distribuição levando em consideração o direito material do trabalho, em que há várias situações que atribuem critérios diversos, por exemplo, limitando-se a jornada de trabalho, a OJ nº 233, SBDI-1²⁷⁷ e súmula nº 338, ambos do TST²⁷⁸.

²⁷⁶Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

²⁷⁷ 233. HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO (nova redação) – DJ 20.04.2005. A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.

²⁷⁸ Súmula nº 338 do C. TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os

O mesmo se argumenta quanto à responsabilidade civil, eis que envolve a questão da responsabilidade subjetiva ou objetiva para demonstração ou não da culpa da vítima e, por fim, o projeto de vida ou a vida de relação que se refere a situações fora do ambiente de trabalho e pessoais, o que afasta a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, regra de experiência e presunção, assuntodiscorrido no tópico seguinte.

Por fim, entende-se totalmente pertinentes as lições de Lopes²⁷⁹ ao sustentar que as questões envolvendo ônus da prova e suas distribuições tomam importância processual quando houver falta ou insuficiência de prova, isto porque, se comprovado a alegação dos fatos, torna-se irrelevante a questão do ônus da prova, precisamente, se tratarmos de prova das alegações.

3.5 Da aptidão do ônus da prova, da distribuição dinâmica, presunção e regra de experiência

Na sequência ao ônus da prova e da regra estática de distribuição, o CPC inova ao trazer em seu § 1º, do art. 373 a *distribuição dinâmica do ônus da prova*²⁸⁰ que autoriza ao juiz, uma vez fundamentado e respeitado o contraditório, atribuir a regra estática prescrita nos incisos I e II do CPC de *forma diversa*, desde que esteja diante do determinado pelo próprio dispositivo, ou seja: que se tenha previsão em lei, ou se a peculiaridade da causa estiver relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir com o ônus ou, ainda, se a outra parte dispor de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Não se discute, neste momento, a distribuição dinâmica, nem mesmo a denominação dada pela doutrina como distribuição da carga dinâmica da prova, denominação criticada por não corresponder a uma tradução correta do termo original, *carga dinámica de la prueba*²⁸¹,

cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

²⁷⁹LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42-44.

²⁸⁰Esta teoria foi desenvolvida na Argentina e teve como principais mentores Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello. Para tanto, Peyrano utilizou a conhecida teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt, que considera que os vínculos jurídicos entre as partes não são relações jurídicas (consideração estática do direito), e sim fenômenos diversos, que resumem em três palavras: expectativas, possibilidades e cargas (consideração dinâmica do direito). CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 140.

²⁸¹[...]. Este é o fenômeno que já há algum tempo vem regulado no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, 6º, VIII), mas que recebe tratamento adequado e completo nos §§ 1º e 2º do art. 373, os quais trazem para o sistema processual civil brasileiro, definitivamente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ou, como alguns chamam, *teoria da carga dinâmica da prova*, designação que parece inadequada por ser tradução equivocada da expressão castelhana – a teoria aqui apresentada nasceu na doutrina argentina – *carga dinámica de la prueba*, sendo relevante lembrar que a palavra *ônus* não existe em língua espanhola, motivo pelo qual a expressão “ônus

eis que esse não é o fim que se pretende com o presente estudo, tampouco quanto à majoração dos poderes instrutórios do julgador com a distribuição dinâmica, o que é fato.

Esclarece-se que majorar não está ligado diretamente como abusar, por isto, embora a regra da distribuição dinâmica da prova majora o poder do julgador, inibe o abuso, ao condicionar a fundamentação da decisão que assim aplicar. No entanto, antes da previsão normativa pelo citado dispositivo processual, no âmbito do processo do trabalho, a doutrina e a jurisprudência aceitava atribuir o ônus à parte diversa, caso tivesse maior facilidade em produzir, o que se fazia com fundamento na *aptidão do ônus da prova*²⁸² que tem fundamento no direito constitucional de acesso à justiça, ampla defesa e igualdade das partes.

Em se tratando de processo do trabalho, uma das partes possui tratamento diferenciado em face da proteção por desigualdade, cuja finalidade é permitir o amplo acesso ao poder judiciário e, de certa forma, proteger o litigante titular do direito lesado que, em tese, é a parte mais fraca da relação processual, porque considerado mero detentor da mão de obra²⁸³.

Desta feita, a *aptidão do ônus da prova* corresponde à mesma finalidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, isto porque, no caso em concreto, fundamentada a decisão, o juiz poderia atribuir o ônus à parte diversa do que originalmente incumbiria.

Por tais razões, não haveria qualquer resistência à permissão para que essa teoria da distribuição do ônus, prevista nos §§ 1º e 2º, do art. 373 do CPC, fosse aplicada nos casos de competência da justiça do trabalho e que regem pelas normas processuais trabalhistas, o que dispensava, inclusive, a necessidade da IN nº 39/2016 em decretar a aplicabilidade da teoria, nos termos do inciso VII, art. 3º²⁸⁴, já que se trata de dispositivo processual compatível com o processo trabalhista e, só por isto, poderia ser aplicado supletivamente, arts. 769 da CLT e 15 do CPC.

da prova” é, em espanhol, *carga de la prueba*. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232.

²⁸² Trata-se, na verdade, da superação da regra do ônus da prova prevista nos art. 818 da CLT e 373 do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte que não detém o ônus da prova. SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 54.

²⁸³ De nossa parte, o Processo do Trabalho tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, [...] SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 125.

²⁸⁴ Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face da omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: [...]; VII – art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova);

Sendo assim, superada a aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, tem-se apenas de estabelecer, para posterior análise do caso de dano existencial, caso seja ou não aplicada ou, ainda, se em todas as etapas ou não, etc., e se a aplicabilidade se refere a uma regra de julgamento ou regra de dirigida às partes.

Diante disto, e para evitar a surpresa para a parte que teve aregra do ônus alterado, por determinação judicial, tem-se que a distribuição dinâmica deve ser realizada antes do julgamento, portanto, orienta-se ser no ato do saneamento do processo, art. 357 do CPC. Tal entendimento é salutar para que a parte, ou seja, a quem for atribuído o ônus, até então não atribuído pela regra estática, possa conduzir-se no processo se preocupando com a produção da prova, evitando-se o risco de não se desincumbir do ônus.

No processo do trabalho, como já salientado no primeiro item deste capítulo, não há a fase preliminar de saneamento do art. 357 do CPC, pois o processo se desenvolve em audiência e, por isto, a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica da prova teria que ocorrer após a conciliação infrutífera e aceita a defesa nos autos, momento que constituiu o contraditório.

Abre-se um parêntese, embora não seja o objetivo do capítulo, mas apenas para argumentar: desta decisão interlocutória²⁸⁵, no processo do trabalho, não cabe recurso de imediato²⁸⁶, sendo, de costume, acampado pelo posicionamento do TST, a apresentação de *protestos anti-preclusivos*²⁸⁷. Com isso, discute-se a nulidade em preliminar de recurso ordinário, inciso I, do art. 895 da CLT²⁸⁸.

Independente da discussão sobre ser a regra direcionada às partes ou de julgamento, o que se sustenta é que, no caso envolvendo pedido de dano existencial decorrente da relação

²⁸⁵ Art. 203 do CPC. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

²⁸⁶ Súmula nº 214 do C. TST. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

²⁸⁷ O protesto, em verdade, não existe nem na Legislação Processual Trabalhista, tampouco na Processual Civil, entretanto, a praxe e a jurisprudência o admitem por força da interpretação sistemática dos arts. 794 e 795 da CLT, a fim de evitar eventual preclusão em face das nulidades, por exige o art. 795 consolidado que as nulidades sejam invocadas no primeiro momento em que a parte tiver de falar nos autos. De outro lado, o reconhecimento do protesto na Justiça do Trabalho também se dá em razão do costume, e este é fonte do direito processual do trabalho à luz do art. 8º da CLT e também do art. 140 do CPC. SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 882-883.

²⁸⁸ Art. 895, inciso I, da CLT. Cabe recurso ordinário para a instância superior: I – das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias.

de emprego, se aplicada a teoria, deve-se limitar a primeira e segunda etapa, ou seja, quanto às infrações contratuais, por exemplo, em jornada excessiva, assédio moral, ou até mesmo sexual, assim como na segunda que se verificam os requisitos da responsabilidade civil, ato ilícito, culpa, nexos causal e o dano à vítima, o que pode ser atribuído à teoria da distribuição dinâmica, sem que ocorra a incidência do § 2º do art. 373 do CPC²⁸⁹, tipificada como as chamadas *provas diabólicas*, ou seja, aquelas cuja produção é impossível ou excessivamente difícil.

No entanto, em se tratando da terceira etapa, a frustração do projeto de vida e da vida de relação deve ser concomitantemente demonstrada pela vítima para configuração do dano existencial, até porque atribuir o ônus ao infrator incidirá na prova diabólica, visto se referirem acircunstâncias pessoais e de ocorrência fora do ambiente de trabalho. Com isso, foge do alcance e conhecimento do ofensor, no caso do dano existencial decorrente da relação de emprego, portanto, perfeitamente cabíveis na primeira e segunda etapas, aqui denominadas para efeitos didáticos, mas não quanto aos requisitos do dano existencial (terceira etapa).

Imaginemos a situação hipotética em que um trabalhador alega ser vítima porque, diante da jornada extravagante exigida pelo empregador e que por isso encontra-se incapaz, teve frustrado projeto de vida e a vida de relação.

Pois bem, é aceitável e justificada a aplicabilidade da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, atribuindo ao réu a prova quanto à inexistência de jornada em excesso, assim como dos requisitos da responsabilidade civil, a exemplo, nexos causal e culpa, mas não é aceitável atribuir a quem não tem conhecimento, por se tratar de situação fora do ambiente de trabalho, a demonstração de que o projeto de vida e a vida do trabalhador de relação não tenha sido frustrado, eis que o empregador não tem a obrigação de saber qual o projeto de vida e nem com quem o trabalhador mantém relacionamento social, ou se mantém tal relacionamento, ou que não seja viciado em trabalho, cujo projeto de vida é construir patrimônio.

Esta é a cautela que se deve exigir do julgador em se tratando de pedido de dano existencial em processo do trabalho, não devendo a justificativa recair apenas e pelo fato de que o trabalhador é parte hipossuficiente na relação. Justifica-se, portanto, a distribuição dinâmica em todas as etapas, ou sem qualquer ressalva, já que a legislação não faz qualquer ressalva ao desdobramento da aplicabilidade.

²⁸⁹§ 2º, art. 373 do CPC. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a descumbrência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Isto também tem valor a partir do momento que, em se tratando de dano existencial, não há que se falar em presunção do dano, tão apenas porque ocorreu uma prova de jornada extraordinária, inexistência de férias, assim por diante, posto que a frustração do projeto de vida e da vida de relação deve ser demonstrado de forma clara e precisa, e o ônus cabe exclusivamente à vítima, sob pena de atribuir à parte diversa um ônus impossível ou excessivamente difícil de se demonstrar.

O mesmo se argumenta quanto à possibilidade do julgador se utilizar das chamadas *regras de experiências*²⁹⁰ prescritas no art. 375 do CPC²⁹¹ e art. 852-D da CLT²⁹², que são os conhecimentos que o julgador adquire e que utiliza como base para sua própria existência. A questão levantada está no fato de ser aceitável utilizar-se das regras de experiências para julgar processo que envolva o dano existencial. Mantendo-se a mesma premissa, ao envolver dano existencial não se discute uma modalidade geral de dano extrapatrimonial, mas, sim, um dano que se configura quando demonstrado, de forma concomitante, a ilícito no contrato de emprego, os requisitos gerais de responsabilidade civil e, ainda, o mais importante, a frustração a um projeto de vida e da vida de relação.

Portanto, nota-se que não é aceitável o julgamento para reconhecimento do dano existencial com base em regras de experiências, conhecimentos formados pelo julgador com base em sua cultura, religião, filosofia, etc., pois os elementos que configuram o dano existencial são pessoais, o que se torna incompatível com a aplicabilidade da regra de experiência.

Por tais razões, também se sustenta não ser possível utilizar-se do julgamento com base nas presunções²⁹³, visto que o julgador não pode presumir que uma jornada em excesso realizada pelo empregado durante vários anos afronta-se o direito social de lazer ou de relacionar-se. Tal situação se configura porque o dano existencial, por ser demonstrado com elementos pessoais da vítima e que ocorrem fora do ambiente de trabalho, não admite a

²⁹⁰As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter vase em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico-científico sobre uma determinada situação. MARINONI, Luiz Guilherme; ARANHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

²⁹¹Art. 375 do CPC. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

²⁹²Art. 852-D da CLT. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

²⁹³A noção de presunção parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado. Ou seja: partindo-se da convicção da ocorrência de determinado fato, pode-se, por dedução lógica, inferir a existência de outro, pois comumente um decorre do outro, ou ambos devem acontecer simultaneamente. *Ibid.*, p. 158.

presunção, que decorre da convicção, por dedução lógica, da ocorrência do fato determinante para reconhecimento do direito.

Sendo assim, para configuração do dano existencial se faz necessário que a vítima se desincumba do ônus do fato constitutivo e, com isto, comprove pelos meios de provas as alegações, como fim de formar convicção de que, diante da infração contratual que se prolongou e, que não seja fato único, como o acidente de trabalho, por exemplo, teve frustrado um projeto de vida, no mínimo, atingido, razoável, e a vida de relação, sob pena de não ter reconhecido o dano existencial, podendo ser reparada em outra modalidade, a exemplo, dano patrimonial, moral ou até mesmo a perda da chance, mas não o existencial, objeto do estudo.

3.6 Da produção da prova e a contaminação do juiz que dela participa

A colheita da prova no processo, tanto no trabalho como no processo civil, tem uma carga muito forte do julgador que participa da fase de instrução, pois a CLT concede pelo art. 765 aos juízos e tribunais *ampla* liberdade na direção do processo, assim como a possibilidade de determinar *qualquer* diligência necessária ao esclarecimento. Por sua vez, o CPC, no art. 370²⁹⁴, concede a possibilidade de determinar prova de ofício, desde que entenda necessária para o julgamento do mérito, o que também já era permitido no CPC/73, além das regras de experiência para julgar em situações que não está tão clara a prova. Por fim, o atual código permite a distribuição dinâmica da prova concedendo assim maiores poderes ao julgador no campo probatório.

Assim, configura-se a inexistência de referência legal, no atual CPC, da aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz, ainda no processo à vinculação do juiz que participa da colheita da prova com o julgamento. Portanto, o julgamento é realizado por pessoa natural, aprovada em concursos e provas, que exerce a função jurisdicional com a maior lisura exigida para o devido processo legal, fazendo-se da máxima da imparcialidade. Não obstante, é certo que, ao decidir, o julgador carrega, no seu íntimo, grande carga de questões subjetivas e da colheita da prova, que possa quebrar a imparcialidade que corresponde a direito fundamental da jurisdição.

²⁹⁴Art. 370 do CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Com isso, é de relevância discutir se esse contato do juiz com a colheita da prova e a vinculação ao julgamento acabam por influenciar na *imparcialidade* do julgador, uma das estruturas do devido processo legal.

Tal reflexão se justifica, precisamente, quando se discute instrução processual que analisa a prova de afronta a um direito social e à dignidade da pessoa humana. De igual maneira, deve-se refletir a respeito da carga de questões subjetivas do julgador que, por ser envolvido em tais situações, precisamente o que participa do calor das colheitas das provas, pode derrubar o pilar do processo, que é o devido processo legal, com a imparcialidade contaminada pelas provas.

Não se discute a quebra de imparcialidade por parte do julgador por ato consciente, mas sim aquela que ocorre por fatores subjetivos que podem levar ao julgamento a partir da colheita da prova²⁹⁵.

Essa preocupação já foi objeto de discussão pela Lei nº 11.690/2008 com a tentativa de se incluir o § 4º ao art. 157 do CPP²⁹⁶ e que dispunha da seguinte redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

No entanto, o citado parágrafo foi vedado, mas com o fundamento apenas processual, ou seja, causar transtorno ao andamento do processo, já que quem instruiu o processo não julgaria e com isso outro julgador não conheceria o caso. Contudo, não foi levado em consideração o ponto principal: a contaminação do julgador, pois acreditam que a

²⁹⁵ Assim, o julgador que atua na fase de investigação pode ser contaminado e ter o seu convencimento formado ali e, por mais, que tente se distanciar disto, estes conceitos irão macular todos os seus julgamentos futuros. O julgador, assim, como todo ser humano, vivencia e interpreta o mundo através de uma dinâmica psíquica não somente consciente e racional, pois o inconsciente é inexpurgável de qualquer procedimento mental complexo, e, por isso, a compreensão da realidade objetiva é permeada por fantasias, desejos, emoções e o que mais habitar o inconsciente de quem a interpreta.

[...]

É inegável que o julgador sofre influências de aspectos subjetivos e inconscientes, isto ainda que dentro de uma estrutura processual e com pleno respeito às garantias constitucionais. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *Razão e emoção no ato de julgar: as contaminações do julgador e seus pré-julgamentos na fase de investigação preliminar*. p. 07-08. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

²⁹⁶ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

imparcialidade pode ser controlada em qualquer situação²⁹⁷.

Não obstante a questão levar em consideração a prova ilícita, o que é vedado, aplica-se como fundamento no presente estudo, porque toca em ponto fundamental para que o devido processo legal efetivamente seja respeitado, ou seja, evitar a contaminação psicológica do julgador que participa da colheita da prova permitida.

Talvez a questão passe para uma nova reflexão, visto que o novo CPC não apresentou qualquer correspondente ao antigo art. 132 do CPC/73²⁹⁸, que determinava a obrigatoriedade da identidade física do juiz.

Com efeito, a legislação deveria caminhar para o que se pretendeu com a citada lei ao acrescentar a proibição do juiz que teve contato com a prova ilícita julgar o caso, pois manter a ideia de que o juiz que participa da colheita da prova ou requer a prova de ofício consiga julgar, sem qualquer contaminação psicológica, é caminhar acreditando que o ser humano consiga, com um desligar de um botão, afastar-se de qualquer circunstância que o segue no ato de julgar.

A discussão sobre a contaminação do juiz, muitas vezes, não leva em consideração a questão nuclear do problema, que é a condição humana do julgador. A esse respeito, entende-se pertinentes as lições de Gomes, citando Aury Lopes Júnior:

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador, faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora se tem pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo.²⁹⁹

Por tais razões, e por um processo que atenda ao devido processo legal, assim como o direito fundamental de ser julgado por quem efetivamente aplica-se a imparcialidade, é

²⁹⁷Evidentemente que os motivos do veto não foram os mais adequados. Pautaram-se em aspectos práticos (como celeridade e dificuldade de redistribuição), ignorando o espírito da regra contida no § 4º: afastar o julgador que teve contato com a prova ilícita, pois isso implicou a sua *contaminação psicológica*.

Os motivos do veto desconsideraram a necessidade de preservar a qualidade e imparcialidade da prestação jurisdicional. Jamais se terá como controlar se o julgamento foi influenciado – ainda que inconscientemente – pelo resultado da prova ilícita. Não seria muito complexo elaborar uma blindagem argumentativa como forma de transparecer que a solução foi tomada com base apenas na prova lícita. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 197.

²⁹⁸Art. 132 do CPC/73. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

²⁹⁹GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080716181236305>. Acesso em: 28 abr. 2017.

questão que merece maior atenção, precisamente, quando envolve situações que se deparam com afronta à dignidade da pessoa humana e, no caso do dano existencial, frustrações pessoais da vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto do presente estudo, o dano existencial, sendo originado no Direito Italiano, passou a ser aplicado pelos nossos Tribunais, no âmbito também do direito do trabalho, com o suporte no inciso III, do art. 1º da CRFB, que atribuiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e aceito diante da cláusula geral quanto ao dano extrapatrimonial.

Para uma melhor compreensão deste dano e seus requisitos caracterizadores, entendeu-se de suma importância a análise do existencialismo, com base no referencial teórico do filósofo Karl Jaspers, para quem a existência está relacionada com o *ser-no-mundo enquanto ser-em-situação*.

Essa filosofia funde-se nos conceitos *Daisen, Existenze, Transzendenz*. O primeiro considera o ser humano como vida apenas, é o estar aí; já o segundo estágio em que se apresentam caminhos em meio de um conjunto de situações, representa a liberdade de escolha do ser humano e culmina com a transcendência, ou, *Transzendenz*. Assim, compreende-se que *o existir é sempre existir em determinada situação e que há situações limites vinculadas à razão*.

Partindo-se desta premissa e do conceito apresentado de dano, no sentido do prejuízo, conforme estudado, permite-se uma melhor compreensão do conceito de dano existencial decorrente da relação de emprego, objeto do estudo e de seus requisitos caracterizadores, permitindo-se, melhor clareza para a conclusão da autonomia e reparação total sustentada no presente trabalho.

Diante disto, pode-se extrair que, não obstante a aceitação e os julgamentos, há certa divergência e confusão a respeito do dano existencial, precisamente, em relação a sua autonomia, isto porque encontram-se julgados e doutrinas que tratam o dano existencial como sendo dano moral, o que não pode ser aceito, por se tratar de modalidade diversa e com requisitos diversos para a configuração, haja vista que o dano existencial necessita que tenham ocorrido, concomitantemente, infração contratual, requisitos gerais da responsabilidade civil, além da frustração ao projeto de vida e da vida de relação, o que o torna autônomo, inclusive, para efeito de uma reparação integral.

Pelas razões já apresentadas no desenvolvimento deste trabalho, demonstrou-se, de forma clara, que o dano existencial na relação de emprego não pode ser confundido com o dano moral, tendo em vista que não se refere à esfera íntima do empregado, pelo contrário, trata-se de um dano decorrente de uma frustração a elementos da vida pessoal do empregado e

que reflete em seu cotidiano, de forma a impedir sua realização pessoal.

Desta forma, somente se reconhecendo a autonomia do dano em questão, pode-se garantir à vítima uma reparação integral, já que, nos termos demonstrados, em um determinado caso concreto, pode ocorrer a reparação de dano material, moral, estético, perda da chance e o dano existencial.

Ademais, para configuração e reparo do dano existencial, é necessário provar os elementos em conjunto, para convencer-se da ultrapassagem da linha da mera infração contratual laboral passível de reparação patrimonial e entrar na esfera da reparação extrapatrimonial no âmbito de dano existencial.

Para a prova, há a necessidade de analisar o ônus em três etapas diversas: quanto à matéria do direito do trabalho, de responsabilidade civil e dos requisitos que se referem à frustração do projeto de vida e da vida de relação, sendo que nestes últimos não se verifica a hipótese de aplicar a regra de experiência, presunção, nem mesmo a distribuição dinâmica do ônus da prova, visto que se trata de requisitos pessoais e que são extra ambiente de trabalho, cuja distribuição acarreta na prova diabólica.

É exatamente neste ponto que se verifica a importância de sua autonomia, sendo dever de cada julgador, no caso concreto, dar maior atenção às provas produzidas nos autos, especialmente quanto à presença dos elementos caracterizadores, impedindo que sua configuração decorra de mera presunção, com o fim de se evitar a banalização do instituto, como muitas vezes acontece com o dano moral.

No tocante à instrução probatória, uma vez colhida a prova, sendo ela produzida pelas partes ou de ofício, resta configurada a contaminação do juiz que dela participa e julga. Sendo assim, conclui-se que um processo que envolva, no caso em estudo, o pedido de dano existencial, tem que ser conduzido de forma cautelosa, inclusive, quanto às provas, diante das etapas que se exige e pelas matérias que estão vinculadas, a saber: direito do trabalho, responsabilidade civil e o próprio dano existencial. Após a produção das provas, é necessário que os autos sejam encaminhados para julgador que não participa de forma direta, a fim de assegurar o direito fundamental da imparcialidade e, com isso, atender ao devido processo legal e à efetividade da tutela discutida perante o processo.

Deste modo, como conclusão, é importante reafirmar a ideia de que o dano existencial apenas restará configurado, e passível de reparação, nos casos em que os atos praticados pelo empregador fugirem à normalidade, prolongando-se no tempo. Não restando demonstrado nos autos tal situação, restará ao empregador tão somente a obrigação quanto à indenização de reparação material.

Somente assim atender-se-á ao devido processo legal e à efetividade da tutela discutida perante o processo com a reparação integral do dano.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Kleber Henrique Saconato. A relação de trabalho à luz da interpretação da dignidade humana e o dano existencial. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 257-282.
- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A tutela dos direitos de personalidade no direito do trabalho brasileiro. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, v. 25, p. 17-44, jul./ago. 2008.
- _____. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. São Paulo: LTr, 2013.
- ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.
- BARRETO, Glaucia; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- _____. *Código de Processo Civil e Constituição Federal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*. São Paulo, v. 73, n. 1, p. 73-01/26-29, jan. 2009.
- BIÃO, Fernanda Leite. Do terror psicológico à perda no sentido da vida: estudo de caso a respeito do assédio moral e do dano existencial no ambiente de trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 21, n. 255, p. 218-229, set. 2010.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária* São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. v. 1, Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAIRO JR., José. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 71, p. 111-128, nov. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução e notas Amilcare Carletti. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares – Juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: Dinamização - teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O direito social à felicidade. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 77, n. 5, p. 77-05/529-535, maio 2013.

FROTA, Hidemberg Alves. Noções Fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo v. 24, n. 284, p. 22-34, fev./2013.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento Filosófico do dano existencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Mato Grosso do Sul, v. 12, n. 24, p. 41-59, jul./dez. 2010.

GAGNO, Luciano Picoli. *A prova no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, v. 28, p. 52-73, nov./dez. 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 126-131.

JASPERS, Karl. *Filosofia da Existência*. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

_____. *Razão e anti-razão em nosso tempo*. Tradução de Álvaro Vieira Pinto. Botafogo: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1958.

_____. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 1964.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processo do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*. Crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000.

MANHABUSCO, José Carlos. A inversão do ônus da prova no novo CPC: ênfase no processo do trabalho - aspectos práticos. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 132-137.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Fundamentos de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo : Atlas, 2015.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo II. São Paulo: Loyola, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil - constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Maria Emília Costa do. Responsabilidade civil por dano existencial. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n. 80, p. 37-56, nov./dez. 2012.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial - trabalho digno e sustentável - o caso dos maquinistas. *Revista LTr*. São Paulo, v. 77, n. 5, p. 77-05/536-544, maio 2013.

NORONHA, Fernando. *Direitos das obrigações*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Direitos da personalidade nas relação de trabalho: limitação, relativização e disponibilidade*. São Paulo: LTr, 2017.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Revista de Súmulas Superior Tribunal de Justiça. Brasília, a. 6, n. 32, p. 419-452, dez. 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2001.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryana. O ônus da prova no Novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC Repercussões no Processo do Trabalho*. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 111-124.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução e Notas de Paulo Perdiggão. Petrópolis: Vozes, 2007.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda da chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Provas no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no direito do trabalho moderno -A jornada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol. I (A-I). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

SPADONI, Lila. *Psicologia realmente aplicada ao direito*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SPONTON, Silvana Andrade. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados no Código Civil constitucionalizado e a aplicabilidade no Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 40, n. 158, p. 95-113, jul./ago. 2014.

_____. *Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco: da incidência às excludentes*. São Paulo: LTr, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

WESENDONCK, Tula. O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira – um estudo de direito comparado. *Revista da AJURIS*. Rio Grande do Sul, v. 38, n. 124, p. 327-356, dez. 2011.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana.* p. 21-53. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º 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: 08 maio 2017.

_____. Lei nº 10.406, 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: 08 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 22.* A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Recurso Ordinário nº 0000802-08.2011.5.08.0117, Primeira Turma. Recorrentes: Vale S/A e Marcos Antônio Macedo da*

Silva. Recorridos: os mesmos. Relatora: Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. Julgado em: 19.02.2013. Publicado em: 22.02.2013. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=338>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Conflito de Competência nº 38310-SP, Segunda Seção. Autora: Evangelina Fernandes Giovanetti. Ré: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em: 13.08.2003. Publicado em: 01.09.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300187826&dt_publicacao=01/09/2003>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo no Conflito de Competência nº 31607- MG, Segunda Seção. Autor: Irene Francisca Barbosa Santana. Réu: Companhia Têxtil Santa Elisabeth. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23.10.2002. Publicado em: 03.02.2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. *Instrução Normativa nº 27 de 2005*. Dispõe sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 105041-75.2006.5.08.0008, 6ª Turma. Recorrente: Clóvis de Oliveira Sousa. Recorrida: Construtora Mauá Júnior Ltda. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Julgado em: 20.08.2008. Publicado em: 22.08.2008. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=201699&anoInt=2008>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 151040-73.2005.5.08.0109, 2ª Turma. Agravante: Centrais Elétricas do Pará S.A. Agravado: Norberto Guimarães Florenzano. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Julgado em: 25.03.2009. Publicado em: 24.04.2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=183796&anoInt=2008>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000530-38.2014.5.04.0305, 2ª Turma. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrida: Tásiana Figueira da Silva. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Julgado em: 14.12.2016. Publicado em: 19.12.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=225805&anoInt=2015>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000805-41.2011.5.15.0028, 2ª Turma, 4ª Câmara. Recorrente: Joaquim Ferreira dos Santos. Recorrida: Agropecuária Nossa Senhora do Carmo S.A. Relator: José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. Julgado em: 06.08.2013. Publicado em: 16.08.2013. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=%22dano+existencial%22&proxystylesheet=dev_index&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&getfields=* &wc=200&wc_mc=1&ulang=pt-BR&ip=187.66.66.111&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=dev_index&filter=0&as_q=&site=jurisfp&sort=date%3AA%3AS%3Ad1>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0001392-42.2014.5.12.0028, Sétima Turma. Recorrente: Sanderson Marques. Recorrida: Companhia de Cimento Itambé. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Julgado em: 16.06.2016. Publicado em: 18.03.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=270403&anoInt=2015>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000434-37.2014.5.09.0126, Quarta Turma. Recorrentes: ARM Telecomunicações e Serviços de Engenharia S.A e Lindiomar Santin. Recorrida: OI S.A. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Julgado em: 13.04.2016. Publicado em: 15.04.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=1126&anoInt=2016>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0000077-10.2013.5.12.0029, Quarta Turma. Agravante: Ambev S.A e Maurício Pires Martins. Agravada: União (PGF). Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Julgado em: 19.04.2017. Publicado em: 28.04.2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=6354&anoInt=2017>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000001-04.2015.5.08.0101, Quarta Turma. Recorrente: José Carlos Batista da Silva. Recorrido: Vale S.A. Relatora: Desembargadora Alda Maria de Pinho Couto Julgado em: 02.02.2016. Publicado em: 12.02.2016. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=338>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000433-25.2015.5.14.0111, Primeira Turma. Recorrente: Jeferson Julio Venancio e Transalessi Transportes Rodoviários Ltda - EPP. Recorridos: os mesmos. Relator: Juiz Convocado Afrânio Viana Gonçalves. Julgado em: 21.03.2017. Publicado em: 27.03.2017. Disponível em: <http://pesquisa.trt14.jus.br/db/racscan/INDEX_ACORSENTMONO_GSA/azE9Miw0NzA5NA>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000508-87.2013.5.01.0243, Sétima Turma. Recorrentes: Trans-Expert Vigilância e Transporte de Valores Ltda e Antônio Amaro dos Santos Junior. Recorridos: Itaú Unibanco S.A; Trans-Expert Vigilância e Transporte de Valores Ltda e Antônio Amaro dos Santos Junior. Relator: Desembargador Theocrito Borges dos Santos Filho. Julgado em: 25.11.2015. Publicado em: 10.12.2015. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 00001263-90.2013.5.04.0029, Sétima Turma. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrida: Thiarlys Salgado de Oliveira. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgado em: 26.10.2016. Publicado em: 04.11.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=158073&anoInt=2015>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0136400-88.2008.5.01.0001, Terceira Turma. Agravantes: Joice Cristina da Gama Barroso e Aliança Navegação e Logística Ltda. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 04.05.2016. Publicado em: 06.05.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=69320&anoInt=2012>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0000914-14.2011.5.09.0322, Sétima Turma. Recorrente: Jorge Correia Filho. Recorrido: Órgão de Gestão de Mão de Obra do Serviço Portuário Avulso do Porto Organizados de Paranaguá – OGMO/PR. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 24.08.2016. Publicado em: 26.08.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=96163&anoInt=2013>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Recurso Ordinário nº 0001921-50.2014.5.03.0048, Oitava Turma. Recorrente: Adilson de Faria. Recorrido: Vale Fertilizantes S.A. Relatora: Juíza Convocada Luciana Alves Viotti. Julgado em: 26.10.2016. Publicado em: 04.11.2016. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=2618328>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000590-63.2010.5.05.0033, Segunda Turma. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Kleuber José de Abreu. Relator: Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos. Julgado em: 20.08.2012. Publicado em: 24.08.2012. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=334628>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0001392-42.2014.5.12.0028, Sétima Turma. Recorrente: Sanderson Marques. Recorrido: Companhia de Cimento Itambé. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 16.03.2016. Publicado em: 18.03.2016. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201392-42.2014.5.12.0028&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMrJAAE&dataPublicacao=18/03/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0000156-48.2011.5.15.005, 2ª Turma, 4ª Câmara. Recorrente: Daniel Silva da Costa. Recorrido: Vânia Pereira de Abreu Miranda e João Parreira de Miranda. Relator: Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. Julgado em: 09.09.2014. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:fmBYLnxih4oJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2014/072/07281814.rtf+CONHECER+EM+PARTE+do+recurso+de+DANIEL+SILVA+DA+COSTA&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=dev_index&site=jurisp&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0010088-52.2014.5.15.0133, 4ª Turma, 8ª Câmara. Recorrentes: Wilson José Sevilha e Transzape Transportes Rodoviários Ltda. Recorridos: os mesmos. Relator: Juiz Hamilton Luiz Scarabelim. Julgado em: 01.03.2016. Publicado em: 03.03.2016. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:TcQbSWLssF0J:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/5318621+Ocorre+que,+no+caso+dos+autos,+n%C3%A3o+h%C3%A1+qualquer+prova+da+hip%C3%B3tese+de+dano+existencial.&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=dev_index&site=jurisp&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Recurso Ordinário nº 0001034-74.2014.5.15.0002, 4ª Turma, 8ª Câmara. Recorrente: Elisângela Pires. Recorrido: Fidelity Processadora e Serviços S.A. Relator: Desembargador Claudinei Zapata Marques. Julgado em: 28.04.2014. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:BEIsc-twJpIJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2015/024/02451015.rtf+Assim,+constatado+o+sobrelabor+excessivo,+%C3%A9+presum%C3%ADvel+logicamente+que+houve+preju%C3%ADzo+&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=dev_index&site=jurisp&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 523-56.2012.5.04.0292, 7ª Turma. Recorrente: RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A. Recorridas: Diones de Souza Chaves e WR LOG Distribuidora de Jornais Ltda. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 26.08.2015. Publicado em: 28.08.2015. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=97766&anoInt=2014>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação Cível nº 1.0408.11.002324-4/001, 12ª Câmara Cível. Apelante: Sinserpu - MB - Sindicato dos Trabalhadores, Servidores e Funcionários Municipais da Administração Direta e Indireta da Prefeitura de Matias Barbosa/MG. Apelada: Roberta de Souza da Silva. Relator: Desembargador Saldanha da Fonseca. Julgado em: 09.11.2016. Publicado em: 17.11.2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0408.11.002324-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 191-55.2013.5.15.0096, 7ª Turma. Recorrente: Nepomuceno Cargas Ltda. Recorrido: Aguinaldo Ferreira e CRBS S.A. Relator: Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros. Julgado em: 02.09.2015. Publicado em: 11.09.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=88300&anoInt=2015>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1255-07.2011.5.04.0281, 1ª Turma. Agravante: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Agravado: Paulo Adenir Veber Dias. Relatora: Desembargadora Convocada Luíza Aparecida Oliveira Lomba. Julgado em: 15.04.2015. Publicado em: 17.04.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=239214&anoInt=2014>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista nº 0002583-84.2013.5.15.0025, Segunda Turma. Recorrente: Marcos Roberto Zanetti. Recorrida: Transportadora Aquarium Ltda. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Julgado em: 31.08.2016. Publicado em: 09.09.2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=110868&anoInt=2016>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*. Recurso Ordinário nº 0010823-47.2014.5.07.0026, Segunda Turma. Recorrente: Município de Varzea Alegre. Recorrida: Glória Maria Cavalcanti Filho. Relator: Desembargador Antonio Marques Cavalcante Filho. Julgado em: 22.02.2016. Publicado em: 25.02.2016. Disponível em: <<http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/integra.aspx?opcao=317363>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Notícias. Turma afirma necessidade de comprovação de dano existencial para deferimento de indenização a trabalhador. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador>. Acesso em: 10.01.2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Orientações Jurisprudenciais. 01 - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SBDI I. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/en/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/01-subsecao-i-especializada-em-dissidios-individuais-sbdi-i?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fen%2Fweb%2Fguest%2Fojs%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 08 maio 2017.

COSTA, Karina A. Monteiro da. O dano existencial no direito do trabalho: desafios ao seu adequado reconhecimento ante a individualidade e a liberdade do empregado. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17828>. Acesso em: 17 jan. 2017.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; PORTO, Giovane Moraes. CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*. Curitiba, v. 2, n. 43, p. 725-753, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1865/1236>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Entenda a estrutura do Judiciário na Itália*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080716181236305>. Acesso em: 28 abr. 2017.

ITÁLIA. Consulta Online. Decisioni dela Corte Costituzionale. *Sentenza n. 88/1979*. Depositata in cancelleria il 26 luglio 1979. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. Corte Costituzionale. *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentali*. *Sentenza n. 184/1986*. Rel. Renato Dell'andro. Decisione del 30.06.1986. Pubblicazione in G.U. 23.07.1986 n. 35. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Il Codice Civile Italiano*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html>. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. *La Costituzione Italiana*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/cost/home.html>. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. Legge e Giustizia. *Risarcimento del danno esistenziale per la lesione dei diritti fondamentali, garantiti dalla Costituzione. Sentenza n. 7713/2000*. Ricorrente: Cappelletto Francesco. Controricorrente: Hu Cheng Daniele e Hu Cheng Donatela. Rel. Mario Rosario Morelli. Decisão del 10 gennaio 2000. Depositato in Cancelleria in data 7 giugno 2000. Disponível em: <http://www.legge-e-giustizia.it/index.php?option=com_content&task=view&id=2838&Itemid=149>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e o problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Paraná, v. 4, n. 42, p. 68-88, jul. 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/Francisco/Documents/Downloads/Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20Trabalho%20\(Ano%20IV%20-%2007%202015%20-%20n.%2042\).pdf](file:///C:/Users/Francisco/Documents/Downloads/Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20Trabalho%20(Ano%20IV%20-%2007%202015%20-%20n.%2042).pdf)>. Acesso em: 10 maio 2017.

MELO, Fernanda de Araújo. Para uma filosofia da transcendência em Karl Jaspers. *Revista de Estudos Filosóficos*. São João del-Rei, n. 8, p. 51-60, 2012. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art4_rev8.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

NETO, Eugênio Facchini; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012. p. 237. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/408/156>>. Acesso em: 09 maio 2017.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *Razão e emoção no ato de julgar: as contaminações do julgador e seus pré-julgamentos na fase de investigação preliminar*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

PERDIGÃO, Antónia Cristina. A filosofia existencial de Karl Jaspers. *Análise Psicológica*. v. 19, n. 4, p. 539-557, 2001. Disponível em: <<http://publicacoes.ispa.pt/index.php/ap/article/view/386>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

PORTO, Giovane Moraes; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A “RATIO DECIDENDI” DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33. *Revista de Mestrado em Direito da Universidade Católica*

de Brasília. Brasília, v. 10, n. 2, p. 221-246, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6766>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 7, n. 2, p. 1559-1587, abr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5637>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde Conceptual entre “Daño a la Persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral”. *Portal de Información y Opinión Legal – revista Foro Jurídico – Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Peru*. Año 1. n. 2, julio 2003. p. 72. Disponível em: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF. Acesso em: 19 jan. 2017.

SILVA, Márcia Maria da. Filosofia e Psicologia: o pensamento fenomenológico existencial de Karl Jaspers. *Revista de Ciências Humanas*. Florianópolis, v. 46, n. 2, p. 563-566, out. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2012v46n2p563>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

SILVA, Nelson Finotti. UM JUIZ MAIS ATIVO NO PROCESSO CIVIL. *Revista Em Tempo*. Marília, v. 5, p. 193-201, ago. 2003. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/197>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SILVA, Nelson Finotti; STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho. UMA VISÃO SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EFICÁCIA NO SISTEMA BRASILEIRO ATUAL. *Revista Em Tempo*. Marília, v. 15, p. 72-87, dez. 2016. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1677>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. *Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco: da incidência às excludentes*. 2015. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6923/1/Adriana%20Jardim%20Alexandre%20Supioni.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>. Acesso em: 04 abr. 2017.