



**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO E A
RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR AO IMPEDIR QUE
O TRABALHADOR GOZE DO CONVÍVIO SOCIAL**

**Autora: Jéssica Gomes Cardoso
Orientadora: Ana Paula Machado Amorim**

**Brasília – DF
2015**

JÉSSICA GOMES CARDOSO

**O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO E A
RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR AO IMPEDIR QUE O
TRABALHADOR GOZE DO CONVÍVIO SOCIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel.

Orientadora: Ana Paula Machado Amorim

**Brasília
2015**



Monografia de autoria de Jéssica Gomes Cardoso, intitulada “O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR AO IMPEDIR QUE O TRABALHADOR GOZE DO CONVÍVIO SOCIAL”, apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, em 2015, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof.
Orientador
Direito – UCB

Prof. (titulação) (Nome do membro da banca)
Direito – UCB

Prof. (titulação) (Nome do membro da banca)
Direito – UCB

Brasília
2015

AGRADECIMENTOS

A jornada até este momento não foi fácil, e este trabalho é apenas um marco inicial de tudo que ainda virá. Agradeço primeiramente a Deus pela força, ânimo e esperança, que não me deixaram desanimar diante das adversidades. À minha mãe, irmã e sobrinha, que se fizeram parte desta caminhada. Aos meus colegas de curso e professores por todos os momentos em sala de aula. Aos meus colegas da Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, Tiago, Salmon, e tantos outros, pela dedicação e auxílio, em todos os momentos. Agradeço de forma especial ao Exmo. Sr. Procurador do Trabalho, Valdir Pereira da Silva, pelos ensinamentos que me fizeram enxergar o direito do trabalho em sua perspectiva humanista e essencial à dignidade humana. Agradeço a minha orientadora Ana Paula Machado Amorim, que me ajudou a iniciar essa jornada, a quem eu dedico grande parte do meu saber jurídico. Agradeço a todos que contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional, que mesmo não relacionados nesta dedicatória, estão em meu coração.

RESUMO

CARDOSO, Jéssica Gomes. **O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR AO IMPEDIR QUE O TRABALHADOR GOZE DO CONVÍVIO SOCIAL**. 2015. 43. f Monografia (Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

O homem vive e é moldado pela sociedade, sendo que o trabalho faz parte da sua vida. Portanto, a jornada de trabalho não pode retirar seus direitos, nem prejudicar o seu projeto de vida, ou a sua vida de relações. É neste sentido que se encontra o dano existencial, o qual tem o objetivo de reparar o dano ocasionado pela perda dos prazeres da vida, ou do afastamento do empregado de suas relações sociais. Nesta perspectiva, a jornada de trabalho estabelecida pelo empregador deve respeitar os direitos fundamentais do empregado, dentre eles o direito ao lazer, o qual, possui várias perspectivas, dentre elas, a de possibilitar ao empregado o auto-conhecimento e sua auto-humanização. Esta pesquisa teve o objetivo de demonstrar a possibilidade de responsabilização do empregador por dano existencial decorrente do não usufruto do direito fundamental ao lazer pelo empregado, sendo apontados os requisitos para a responsabilização civil do empregador pela ocorrência do dano existencial, seguido de alguns precedentes judiciais brasileiros.

Palavras-chave: Dano Existencial. Responsabilidade Civil. Direito do trabalho. Responsabilização do Empregador. Direito ao Lazer.

ABSTRACT

The human lives and is shaped by society, being the work is part of his life. Therefore, the working journey cannot take their rights or impair your life plan, or your life relationships. In this sense, it is the existential damage, which aims to repair the damage caused by the loss of life's pleasures, or employee away from their social relations. In this perspective, the working journey established by the employer must respect the fundamental rights of the employee, including the right to leisure, which has a several perspectives, among them, to enable the employee self-knowledge and self-humanization. This research aimed to demonstrate the possibility of liability of the employer for existential damage arising from your failure enjoyment of the fundamental right to leisure by the employee, and pointed out the requirements for the civil liability of the employer for the occurrence of the existential damage, followed by some Brazilian judicial precedents.

Keyword: Existential damage. Civil Responsibility. Labor law. Employer accountability. Right to Leisure

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - O DANO EXISTENCIAL	11
1.1 O DANO À PESSOA HUMANA E AO SEU PROJETO DE VIDA	11
1.2 ORIGENS - DIREITO ITALIANO	14
1.3 DANO EXISTENCIAL - DEFINIÇÃO ATUAL.....	18
1.4 DIFERENCIAÇÃO COM OS DEMAIS DANOS	21
CAPÍTULO 2 - DANO EXISTENCIAL E A JORNADA DE TRABALHO.....	25
2.1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR	25
2.1.1 - Direito Fundamental ao Lazer	26
2.2 - A JORNADA DE TRABALHO COMO ATO ILÍCITO	28
2.2.1 - Jornada de trabalho - Definição.....	29
2.2.2 - Limitação da jornada de trabalho	30
2.2.3 - Dano existencial decorrente da jornada de trabalho	32
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR	34
3.1 RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPREGADOR	34
3.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO.....	34
3.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO EXISTENCIAL.....	36
3.4 PRECEDENTES JUDICIAIS.....	37
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

Ao adquirirmos consciência de nossa existência, passamos a projetar nossos sonhos e inquietações para o futuro. Todos nós temos algo que nos motiva, que nos faz buscar e percorrer um bem maior, o qual podemos considerar o nosso projeto de vida.

Para alcançá-lo, muitas vezes, o homem depende da sua força de trabalho. O trabalho faz parte da vida do homem e é a partir do labor que o homem consegue obter meios para a sua sobrevivência. Contudo, a existência desse labor não pode retirar os seus direitos e nem destruir os seus sonhos.

Assim, o labor humano deve propiciar condições para o desenvolvimento do homem em todos os sentidos, sejam eles materiais ou espirituais. Neste aspecto, o trabalho deve ser um meio para que o ser humano alcance o seu projeto de vida, ou seja, os seus sonhos, sua expectativa para o futuro.

Quando o labor do empregado passa a não mais possibilitar a realização do seu projeto de vida, ou sua interação com sua família e amigos, este passa a sofrer com um esvaziamento de si mesmo, pois vive somente para trabalhar.

É nessa relação entre o esvaziamento dos sonhos e projetos de vida, da inquietação em não poder mais compartilhar dos momentos em sociedade que trata o dano existencial.

A jornada de trabalho, por sua vez, pode ser o ponto gatilho para a ocorrência do referido dano, uma vez que o excesso de horas de trabalho afasta o empregado de suas atividades sociais.

São dessas violações, referentes à dignidade da pessoa humana, e do lazer, que tratam o presente trabalho, onde será abordada a responsabilização civil pela ocorrência do dano existencial decorrente do excesso na jornada de trabalho.

O primeiro capítulo trata da conceituação do dano existencial e sua origem, sendo a segunda parte um estudo sobre o dano existencial e a jornada de trabalho. A terceira e última etapa, por sua vez, pretende demonstrar a possibilidade de responsabilização do empregador, bem como alguns precedentes judiciais sobre o tema.

Foram utilizados neste trabalho a pesquisa bibliográfica e o métodos dedutivo. A pesquisa bibliográfica tem como sua principal fonte as publicações em livros,

artigos, incluindo alguns posicionamentos da jurisprudência brasileira sobre a matéria.

CAPÍTULO 1 - O DANO EXISTENCIAL

O dano existencial é um dano de origem extrapatrimonial e de criação relativamente nova. Derivado do direito italiano e ainda pouco usado no nosso ordenamento pátrio, é fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conceito vem evoluindo no decorrer do tempo (SOARES, 2009, Prefácio).

O dano existencial atinge a essência do ser humano, seu projeto de vida, bem como sua vida de relações. Neste sentido, se fazem necessárias algumas explanações sobre a essência do homem, e sua conseqüente valorização no decorrer dos tempos (SOARES, 2009, Prefácio).

1.1 O DANO À PESSOA HUMANA E AO SEU PROJETO DE VIDA

O homem é o sujeito central do direito. É a partir dele, que se estabelecem não só as relações jurídicas, mas toda a sociedade.

Na antiguidade, o foco do Direito era a proteção à propriedade, com o passar do tempo a noção de proteção ao próprio homem tornou-se necessária, cabendo ao direito a busca de sua proteção em plenitude.

Diante desta ideia de proteção, foram se construindo ao longo do tempo diversos direitos históricos, cujos fundamentos estão calcados na proteção do próprio homem e de sua dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006 apud SCHIAVI, 2008, p. 41).

Já André Gustavo Corrêa de Andrade, citado por Ferrari e Martins, conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente de sua própria condição humana, o que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Constitui a dignidade um valor universal, não

obstante as diversidades socioculturais dos povos (ANDRADE, 2006 apud FERRARI, 2008, p. 13).

Assim, a dignidade da pessoa humana consiste em um construído histórico, o qual se baseia nos valores concedidos a todos os homens, em igual proporção, pela simples condição de sua existência.

A Constituição Federal de 1988, considerada a Constituição Cidadã, estabeleceu como seu fundamento a dignidade da pessoa humana, bem como a proteção os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV). Isso quer dizer que, todas as normas legais, devem ser compreendidas à luz destes fundamentos (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, reconhece que a dignidade é inerente a todos os humanos, estabelecendo em seu artigo primeiro que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”* (BRASIL, 2007).

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é pautada pela liberdade, uma vez que é esta que o permite exercer plenamente os seus direitos existenciais (ANDRADE, 2006 apud FERRARI, 2008, p.14).

Assim, o homem dotado de sua dignidade é um ser livre, sendo que é a sua liberdade que o difere dos demais seres vivos. Com base nessa plenitude, o homem escolhe “o que projeta ser”, sendo que os seus valores são criados através da escolha por ele feita, escolha da qual não há como fugir, pois mesmo a recusa em não escolher já é uma escolha.” (MARQUES, 1998).

O homem possui a liberdade de determinar a sua vida, escolhendo os seus próprios caminhos. Porém, essa escolha não é inteiramente livre, ela é limitada pela sociedade, regras e demais acontecimentos que influenciam no seu poder de escolha.

Essa escolha de caminhos, podemos atribuir o nome de projeto de vida, ou projeto existencial. Segundo o jurista Peruano Carlos Fernández Sessarego, o projeto de vida é como um projeto para o futuro, surgido de uma decisão livre e tendente a ser realizar em um futuro, com os demais seres humanos inseridos na sociedade. Ressalta-se que “[...] Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin elegir ser lo que decide ser, es decir, sin

proyectar. Libertad, coexistencialidad y tiempo son, por consiguiente, los supuestos existenciales del “proyecto de vida”¹ (SESSAREGO, 2015).

Assim, o homem elabora um projeto para seu futuro, considerando não só o seu presente, como seu passado, a fim de projetar novos rumos. Como aponta Jaspers, "consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser" (JASPERS, 1968 apud SESSAREGO, 2015) E, a soma de todos os fatores externos, que contribuem ou não para a realização do seu projeto de vida:

“Una vez que, por ser libres y poder valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al decir "medios" nos referimos a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los "otros", las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración o a su menoscabo y retardo.”²

Carlos Fernández Sessarego distingue ainda o que vem a ser “um projeto de vida”, dos “projetos de vida”:

“Cabe distinguir entre "el proyecto de vida", en singular, y los "proyectos de vida", en plural. Si bien el hombre vive constantemente proyectándose, es dable distinguir, entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, uno de ellos que destaca por su trascendencia y singularidad, por ser radical. Este proyecto compromete todo el ser. En él se juega su destino y el sentido de la vida. Nos referimos, en este caso, al singular "proyecto de vida" (SESSAREGO, 2015).³

¹ Tradução Livre do autor: Por isso, só o ser humano é capaz de formular projetos. E mais, não poderia existir sem eleger o que decide ser, é dizer, sem projetar. Liberdade, coexistência e tempo são, por consequência, os pressupostos existenciais do “projeto de vida”.

² Tradução livre do autor: Uma vez que, por sermos livres e podermos valorar, decidimos ou elegemos um projeto de vida, tratamos por todos os meios ao nosso alcance de cumpri-lo, concretizá-lo, de executá-lo durante o curso de nossa vida, salvo que, em algum momento de nossa existência, mudamos ou modificamos em alguma medida, o projeto existencial. Ao dizer “meios” nos referimos a tudo aquilo que se vale do nosso ser para realizar-se, é dizer, nosso corpo ou somatório, nossa psique, os outros, as coisas do mundo. Tudo isso, de uma outra medida ou modo contribuiu para a realização exitosa do projeto de vida ou para o seu fracasso, a sua destruição, a sua frustração ou sua decadência e retardo.

³ Tradução livre do autor: Cabe distinguir entre “o projeto de vida”, em singular, e os “projetos de vida” no plural. Apensar de que o homem vive constantemente projetando-se, é fácil distinguir, ente os múltiplos projetos que o ser humano desenha em sua vida, um deles se destaca por sua transcendência e singularidade, por ser radical, este projeto compromete todo o ser. É nele que se joga o seu destino e o sentido de sua vida. Nos referimos a este caso, o singular “projeto de vida”.

Neste sentido, o “projeto de vida” é o que o sujeito elabora para si, como um objetivo, uma meta a ser alcançada, seu sonho maior, no qual o homem deposita os seus desejos, lhe atribuindo o “sentido da vida”.

Um dano a esse projeto, não pode ser considerado uma frustração corriqueira, uma vez que altera todo o sentido de ser do homem, gerando um vazio em sua própria existência.

“El daño al proyecto de vida es la consecuencia de un colapso psicossomático de tal magnitud que, para la víctima, significa la frustración o menoscabo del proyecto de vida. Es decir, que el impacto psicossomático es de tal proporción que sume al sujeto en un vacío existencial, y el “desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital”.⁴

El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño previo de carácter psicossomático, ya que no es posible dañar “directamente” aquello de lo que se tiene “experiencia” pero que carece de “ubicación” en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado conocido como “vegetativo”, es decir, de pérdida de conciencia, si bien no se aniquila la libertad en sí misma, - lo que sólo sería posible con la muerte - se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide en su posibilidad de “realizar” una decisión libre, de actuar un proyecto de vida. En este sentido el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente la libertad del sujeto a ser “el mismo” y no “otro”, afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad (SESSAREGO, 1992 apud SESSAREGO, 2015).⁵

Assim, o dano ao projeto de vida afeta a existência do próprio ser, esvaziando aquilo que ele tem como mais importante, sua dignidade e subjetividade.

1.2 ORIGENS - DIREITO ITALIANO

⁴ Tradução Livre do autor: O dano ao projeto de vida é a consequência de um processo psicossomático de tal magnitude, que para a vítima, significa a frustração ou depreciação do projeto de vida. É dizer, que o impacto psicossomático é de tal forma que quantifica para o sujeito um vazio existencial, e o “desconsolo invade o homem que perde a fonte de gratificação e o campo de implantação de sua aposta vital.

⁵ Tradução livre do autor: O dano ao projeto de vida, que bloqueia a liberdade, é a consequência de um dano prévio de caráter psicossomático, já que não se é possível danificar “diretamente” aquilo que se tem por “experiência”, mas que carece de “localização” uma vez que é a própria essência do homem. Se o colapso é uma magnitude tal que se quantifica para o sujeito de um estado conhecido como “vegetativo”, ou seja, de perda de consciência, se embora a própria liberdade não é aniquilada, - o que só seria possível com a morte – se está, na verdade, anulando a sua tomada de decisão. Se o dano, no entanto, é de um grau inferior em termos de suas consequências, embora a capacidade de decisão não desapareça, se infere ao sujeito um dano que incide em sua capacidade de “realizar” uma decisão livre, de pôr em ação um projeto de vida. Neste sentido, o dano ao projeto de vida compromete séria e profundamente a liberdade do indivíduo de ser “si mesmo” e não “outro”, afetando-o naquilo que chamamos de sua identidade dinâmica, ou seja, a implantação de sua personalidade.

O Direito italiano, até a década de 90, apenas admitia duas espécies de dano indenizável, o dano material e o dano moral. O primeiro disposto no art. 2.043 do Código Civil Italiano (*Art. 2.043- “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”*) e segundo no art. 2059 (*“Art. 2059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”*) (SOARES, 2009. Prefácio).

Consoante o art. 2059 do Código Civil Italiano, o dano extrapatrimonial deveria ser indenizado apenas nos casos previstos em lei, sendo que o art. 185.º do Código Penal Italiano é contundente em expressar que o dano causado por uma conduta criminosa obriga o culpado, ou responsável a indenizá-lo. Neste sentido, a responsabilidade civil, na época, estava atrelada a previsão legal, o que ocasionava uma dificuldade em responsabilizar danos civis não previstos na esfera penal (SOARES, 2009, Prefácio).

Expõe o Prof. Doutor Eugênio Facchini Neto que, na década de 1970, por iniciativa de dois magistrados de Génova (Monetti e Pellegrino), iniciou-se uma reinterpretação da responsabilidade civil italiana, de forma a incluir a responsabilização dos danos biológicos. Como a Constituição Italiana, em seu art. 32, garantia o direito à saúde, um dano a integridade física do indivíduo ou ao seu bem-estar deveria ser considerado um dano ao direito subjetivo constitucional à saúde, portanto passível de indenização conforme o art. 2043 do Código Civil Italiano (SOARES, 2009, Prefácio).

Essa interpretação de danos biológicos garantiu a responsabilização por danos extrapatrimoniais, independente da ocorrência de um crime, sendo a construção desse conceito uma consequência de um processo de valorização da pessoa humana e de seus direitos de personalidade.

Essa interpretação de “dano biológico”, ocasionado pela violação do direito da vida, o qual é garantido pela Constituição Italiana, com o passar do tempo foi sendo ampliado de forma a garantir a integridade física e psíquica do ser humano, alcançando ainda todas as esferas da vida de relação das pessoas, sendo o conceito de saúde, tomado em sua plenitude. Desta forma, todos os danos não abrangidos no art. 2043 do Código Civil italiano, se tornaram danos biológicos (SOARES, 2009, Prefácio).

Com a evolução deste pensamento, percebeu-se que nem todos os direitos imateriais inerentes à pessoa humana poderiam ser considerados danos biológicos, assim, a comunidade acadêmica, começou um movimento para a divisão e melhor definição dos danos inerentes à pessoa.

Segundo Soares (2009, p. 43), começaram a ser delimitadas uma categoria de “danos existenciais”, os quais eram baseados nas atividades das pessoas, em suas relações familiares, afetivas, ecológicas, etc., os quais, podiam ser afetados negativamente por uma conduta danosa.

Na década de 90 houve uma separação mais nítida entre os diversos danos, sendo que a Corte Italiana pronunciou-se explicitamente sobre o tema, pela primeira vez, 07 de junho de 2000.

Lembra Flavia Rampazzo Soares que:

O Tribunal de Milão, em determinada ocasião [...] afirmou que o prejuízo decorrente da exposição a ruídos intoleráveis não é qualificado como dano biológico, enquanto não resultar em alteração do estado de saúde ou não surgir uma doença, mas causa uma alteração do bem-estar psicofísico e do ritmo de vida da pessoa, que se reflete sobre a tranquilidade pessoa do sujeito, alterando as atividades cotidianas e provocando um estado de mal-estar difuso que, por não ser uma verdadeira e própria doença, gera ansia, irritação, dificuldade de fazer frente às normais ocupações, etc. (SOARES, 2009, p. 43-44).

Algumas decisões da Corte de Cassação, a saber, Decisões nº 8827 e 8828, ambas julgadas em 31 de maio de 2003, e da Corte Constitucional Italiana, Decisão nº 233, julgada em 11 de julho de 2003, foram consideradas um marco nessa divisão, pois modificaram a fundamentação dos danos biológicos, que passou a ter base no art. 2059 do Código Civil Italiano, que trata dos danos não patrimoniais, portanto, danos morais (SOARES, 2009, Prefácio).

Na decisão nº 233, julgada em 11 de julho de 2003, a Corte Constitucional Italiana dividiu os danos indenizáveis da seguinte forma:

[..] dano moral subjetivo seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; dano biológico em sentido estrito seria a lesão do interesse, constitucionalmente garantido à integridade física da pessoa, medicamente comprovada”; ao passo que o dano existencial seria o “dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa. (SOARES, 2009, Prefácio).

Em relação aos danos existenciais, o Prof. Doutor Eugênio Facchini Neto, explana que:

Noção mais completa e descritiva de danos existenciais foi fornecida pela Corte de Cassação, na decisão nº 6.572, proferida em 24.03.2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (Sezione Unitle), onde se afirmou que “por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito (...) provoca sobre atividades não econômicas do sujeito alterando os seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e provando-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” (tradução livre da reprodução parcial do acórdão, colacionada por Gregor Christandl, na sua obra *La Resarcibilità del Danno Esistenziale*, Milano, Guiffirè, 2007, p. 326) apud Soares, 2009, Prefácio).

Com a evolução da jurisprudência italiana sobre o tema, atualmente, está consagrada a distinção entre os diversos danos da seguinte forma: 1. Dano moral subjetivo, considerado como aquele que ocasiona dor e sofrimento interno, no entanto, o referido sofrimento não altera o projeto de vida do indivíduo, ou demais relações exteriores; 2. Dano existencial, como aquele que ocasiona uma alteração no projeto de vida da pessoa, afetando a sua realização enquanto ser humano; e 3. Danos biológicos, que consistem na presença de uma lesão física ou psicológica que afeta a saúde do homem, e que é passível de aferição por perícia médica (SOARES, 2009, Prefácio).

Destaca-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em alguns pronunciamentos sobre o tema, reconheceu a espécie do dano existencial, em 1998, no caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (NASCIMENTO, 2012).

No caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, o Exmo. Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em sentença datada de 17 de setembro de 1997, consigna diversos apontamentos sobre a importância da projeção ao projeto de vida do homem, uma vez que sua proteção, também é objeto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

[...] Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirmos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo "proyecto" encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno.

4. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una

persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable. En el marco del amplio deber general de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagrado en su artículo 1(1), de respetar y asegurar el respeto de los derechos en ella consagrados, cabe al poder público asegurar a todas las personas bajo la jurisdicción de dichos Estados la plena vigencia de los derechos protegidos, esencial para la realización del proyecto de vida de cada uno. En caso de daño a este último, de ser posible la reparación, ésta se aproximaría de su modalidad *par excellence*, la *restitutio in integrum*. En la gran mayoría de los casos, sin embargo, ésta se muestra imposible (como, entre otros, en los casos de víctimas de la tortura, que sufren secuelas por toda la vida). (CANÇADO, 1997).⁶

Assim, com o advento e crescente valorização da dignidade da pessoa humana, criou-se essa nova espécie de dano, o dano existencial, o qual passamos a definir adiante.

1.3 DANO EXISTENCIAL - DEFINIÇÃO ATUAL

O direito italiano ao estabelecer o conceito de dano biológico, inseriu em sua definição todos os danos que não são decorrentes de ato ilícito, os quais ocasionam lesão aos direitos de personalidade da pessoa, ou seja, dano aos aspectos físicos e morfológicos do homem, redução da eficiência motora ou psíquica, alteração na vida social da pessoa, nos seus relacionamentos interpessoais, redução da capacidade laborativa, entre outros. Com o passar do tempo, percebeu-se que todos estes danos não poderiam ser considerados danos biológicos, razão pela qual a doutrina e

⁶ Tradução livre do autor: “Nós todos vivemos no tempo, o que acaba por nos consumir. Precisamente vivemos no tempo, cada um de nós procura ver o seu projeto de vida. A palavra "projeto" implica, em si, uma dimensão temporal. O conceito de projeto de vida, portanto, tem um valor essencialmente existencial, fundamentado na ideia de realização pessoal completa. É dizer que, no contexto da transitoriedade da vida, cada um deve escolher as opções que lhe parecem mais acertadas, no exercício pleno de sua vontade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca para a realização do projeto de vida se desenrola, portanto, em um importante valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.

4. É por isso que a ruptura repentina desta busca, por fatores externos provocados pelo homem (como a violência, a injustiça, a discriminação), que alteram e destroem de forma injusta e arbitrariamente o projeto de vida de uma pessoa, revestem-se de especial gravidade - e que a lei não pode ficar indiferente a isso. A vida- ao menos a que conhecemos - é uma só, e tem um limite temporal, e a destruição de projeto de vida quase sempre implica um dano sempre verdadeiramente irreparável, ou de uma e outra vez de difícil reparação.

O marco do amplo dever geral dos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal como consagrado no artigo 1 (1), de respeitar e garantir o respeito aos direitos nela consignados, cabe ao poder público assegurar a todas as pessoas a baixo da jurisdição dos referidos Estados o exercício pleno dos direitos protegidos, essenciais para o projeto de vida de cada um. Em caso de danos a este último, se possível o reparo, ele se aproximaria de sua excelência, ou seja, *restitutio in integrum*. Na maioria dos casos, no entanto, esta é inatingível (como, entre outros, nos casos de vítimas de tortura, sofrendo consequências para a vida).

jurisprudência evoluíram e criaram a figura do dano existencial (NASCIMENTO, 2012).

Esse movimento de criação doutrinária, foi liderado pelos Professores, Paolo Cerdon e Patrícia Ziviz, na década de 1990, por meio de diversos artigos e encontros acadêmicos (NASCIMENTO, 2012).

Até que em 1999, o Tribunal de Milão, proferiu decisão no sentido de que a exposição a ruídos intoleráveis não era considerado um dano biológico, pois não resultava em alteração no estado de saúde, mas ocasionava alteração no estado psicofísico da pessoa, refletindo-se em uma alteração na sua vida de relações (SOARES, 2009, p. 43-44).

Assim, a alteração na realização normal das atividades do indivíduo, seja seu repouso ou relaxamento, podem ser considerados como dano existencial. Este, consiste em uma alteração negativa na vida familiar, social, cultural e afetiva do indivíduo, no qual, este toma decisões que normalmente não tomaria, e decisões estas, que afetam a sua própria existência.

O dano existencial, na definição de Flaviana Rampazzo Soares, 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 incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

Este dano constitui uma “renúncia forçada a situações felizes”, sendo que ele assume um caráter de “potencialidade”, no sentido de que abrange não apenas as atividades que foram perdidas ou comprometidas pela pessoa, mas também aquelas que, razoavelmente, a pessoa poderia desenvolver. Acrescenta-se ainda que esta espécie de dano também abarca a “perda de uma chance”, no qual o indivíduo deixa sua expectativa de exercer alguma atividade, ou estudo, ou relação afetiva, em razão do evento ocorrido que alterou seus projetos e atividades cotidianas. (SOARES, 2009, p. 45)

Esclarece melhor SOARES, que:

O dano existencial diferencia-se do moral propriamente dito, porque esse é “essencialmente um sentir”, enquanto aquele é um “não poder mais fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente”, em que ocorre

uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa” (CASSANO, 2002 apud RAMPAZZO, 2009, p. 46).

Desta forma, o dano existencial não é uma sensação negativa de ânimo, como o dano moral, mas é “uma sequência de relações alterada”, um “fazer” ou um “dever fazer” diferente, ou até mesmo um “não poder fazer”, que pode atingir diversos setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas. (SOARES, 2009, p. 46-47).

Assim, o indivíduo que se vê impossibilitado da realização de tarefas de subsistência, tais como locomoção, higiene, alimentação, sofre dano existencial. Também podem sofrer o referido dano o empregado que sofre discriminação sexual, ou acidente do trabalho, assédio moral, lesão à honra, entre outras condutas.

Para Soares (2009, p. 47), os sacrifícios, a abnegação, a clausura, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com outras pessoas, coisas e interesses provisórios ou definitivas, todos estes elementos constituem dano existencial.

Hidemberg Alves da Frota, entende que o dano existencial subdivide-se ao dano ao projeto de vida, e dano à vida de relações (FROTA, 2011).

O dano ao projeto de vida ou *Préjudice D' agrément*, consiste na perda da graça, ou no sentido da vida, uma vez que o indivíduo se priva do projeto de vida que estabeleceu para si mesmo.

Esta ofensa, impede a autorrealização pessoal do indivíduo, bem como impede o desenvolvimento das atividades humanas corriqueiras, as quais, são inerentes a sua própria existência.

Os franceses inseriram sobre a expressão *préjudice d'agrément* todas as ofensas que privassem a pessoa de gozar os prazeres da vida, ou o bem-estar que a existência proporciona, o que inclui atividades específicas, tais como a prática de esportes ou de uma atividade de lazer determinada (prejuízo de lazer), abrangendo, também, os denominados prejuízo juvenil e prejuízo sexual (SOARES, 2009, p.48).

A figura do *Préjudice d'agrément* representa o impedimento ao prazer, seja ele no aspecto sexual, pela impossibilidade de relações sexuais, ou de gozar algum benefício da juventude, ou ainda na impossibilidade da realização de esportes, atividades culturais, ou nas quais a pessoa passaria a gastar o seu tempo de lazer.

O dano ao projeto de vida, ou *Préjudice d'agrément*, segundo Hidemberg Alves da Frota:

[...] refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo (FROTA, 2011).

A segunda divisão do dano existencial, para Hidemberg Alves da Frota, é o dano a vida de relações, o qual, consiste no prejuízo da interação do indivíduo com outros da sociedade, uma vez que ninguém consegue realizar o seu projeto de vida sozinho (FROTA, 2011).

O Direito Inglês e o Direito Americano também possuem a figura do *loss of amenities of life*, ou *loss of enjoyment of life*, ou ainda *hedonic damages*, que consistem nas consequências não econômicas da destruição ou redução temporária ou permanente, que impedem a pessoa de apreciar a sua vida em plenitude.

Segundo Soares (2009. p. 49-50) diversos tribunais nos Estados unidos admitem o dano existencial como um desdobramento do dano moral.

No sistema de julgamento americano, a maioria dos julgamentos neste sentido é realizado por Juris, compostos, por sua maioria, por pessoas sem conhecimentos técnicos. Não obstante, é permitido aos advogados a apresentação de provas que afirmem a existência dos danos e, se preferir, a separação entre eles. Assim, a indenização aos *hedonic damages* visa a reparação dos danos decorrentes da perda do gozo da vida em sua plenitude, sendo que a separação, na prática, busca apenas evitar o pagamento de indenizações de grande vulto.³

1.4 DIFERENCIAÇÃO COM OS DEMAIS DANOS

³ Cita Soares (2009. p. 50) que: “No caso *Bennett v. Lembo*, um acidente automobilístico, causado por David Lembo, gerou sequelas físicas ao Sr. Bennett, especialmente em sua coluna cervical. O lesado não pode mais realizar diversas atividades: deixou de viajar nas férias, principalmente porque não mais conseguia dirigir, deixou de visitar a filha e os netos residentes em outra cidade, em razão das dificuldades físicas que passou a ter, deixou de acompanhar a esposa prática de atividades físicas que antes eram comuns em sua rotina, não mais conseguiu fazer brincadeiras com os netos que lhe exigiam movimentos mais bruscos – brincadeiras simulando lutas, por exemplo - e ficou privado, também, da possibilidade de realizar atividades antes comuns, como cortar grama, e auxiliar os filhos nas reformas de suas casas. Portanto inúmeras atividades antes comuns e prazerosas ao lesado foram suprimidas em razão da conduta ilícita do ofensor”.

O juiz no caso, orientou o júri a diferenciar os diferentes tipos de danos sofridos pelo Sr. Bennett, desde os de ordem patrimonial até o existencial. O júri reconheceu a autonomia do dano existencial face aos demais danos sofridos pelo autor, uma vez que a perda da capacidade de gozar a vida em sua plenitude, é tão importante quanto ao dano físico sofrido pela vítima.

Em que pese o dano existencial estar incluído na categoria de danos não patrimoniais, ele não se confunde com os danos morais.

Conforme ressalta Mauro Schiavi, o dano moral é de difícil definição, uma vez que se infere dentro da esfera íntima da pessoa, sendo considerado um sentimento de tristeza, angústia, que dificilmente pode ser definido ou demonstrado (SCHIAVI, 2008, p. 56).

Ademais, existem diversas definições do que vêm a ser o dano moral, uma vez que cada autor, em sua própria doutrina, traça diversas concepções sobre o tema.

Na definição de Valdir Florindo, citado por Ferrari e Martins:

[...] Na doutrina brasileira, encontramos vários conceitos sobre dano moral. Valdir Florêncio, um dos autores que mais se debruçou sobre o tema e, como ele próprio afirma, valendo-se dos ensinamentos dos grandes autores, inclusive alienígenas, ousaria definir “dano moral como aquele que decorrente de lesão à honra, à dor-sofrimento ou física, aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal, com fortes abalos na personalidade do indivíduo”, e acrescenta ainda que, “pode-se dizer com segurança que seu caráter é extrapatrimonial, contudo é inegável seu reflexo sobre o seu patrimônio. A verdade é que podemos ser lesados no que somos e não somente no que temos” (FLORINDO, 2002 apud FERRARI, 2008, p. 16).

João de Lima Teixeira Filho, por sua vez, define o dano moral, como “[...] o sofrimento humano provocado pelo ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais, consistem em sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e postura nas relações em sociedade é erigida” (SUSSEKIND, 1999 apud FERRARI, 2008, p.16).

Desta forma, todas as concepções de Dano Moral, apontam a violação a direito não patrimonial, ainda que desta transgressão possam surgir impactos patrimoniais.

Destaca Schiavi, que muitas vezes o dano não ocasiona um sofrimento, mas um prejuízo social, exemplificando que este pode ocorrer nos casos de pessoas acometidas com alguma moléstia de saúde, que impossibilite a vida social. Exemplifica ainda que:

[...]Também o dano moral pode afetar um direito inerente à personalidade, que não causa sofrimento, como a utilização da imagem da pessoa, sem autorização. Ainda que essa divulgação não cause nenhum prejuízo ou sofrimento, há violação de um direito da personalidade (SCHIAVI, 2008, p. 57).

Destaca Schiavi que existem divergências doutrinárias em relação ao prejuízo para que se gere o dano à reparação por danos morais. Assim, para uma parte da doutrina, a dor e o sofrimento são requisitos indispensáveis para a responsabilização por danos morais, para outra parte, basta apenas a ocorrência da violação a um direito de personalidade.

Pode-se citar como exemplo de indenização apenas por violação legal, as indenizações concedidas aos empregados pela utilização de camisetas funcionais com logotipos comerciais⁷.

Desta forma, não há uma definição clara na doutrina do que é o dano moral, bem como o seu alcance, sendo que por vezes, tudo o que não é relacionado a dano patrimonial, acaba sendo enquadrado como dano moral, sugerindo-se até a terminação dano não patrimonial, para o encaixe de todas as espécies de dano moral (SCHIAVI, 2008, p. 57)

Existem também, definições do que vêm a ser o dano moral objetivo, e o subjetivo. O primeiro, por sua vez, está relacionado à pessoa no seu meio social, relacionando a isto o seu direito de imagem. O segundo, por sua vez, está relacionado à pessoa e suas relações consigo mesma, seu próprio sentimento e sua subjetividade, se constituindo em uma dor psíquica, a qual se encontra na alma do ser humano. (SCHIAVI, 2008, p. 63).

Flaviana Rampazzo, diferencia de forma ainda mais clara o dano existencial dos demais danos à pessoa:

O dano existencial diferencia-se do dano moral propriamente dito, por que esse é “essencialmente um sentir”, enquanto aquele é “um não poder mais fazer, um dever de agir de outra forma, um relaciona-se diversamente”, em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa. O dano existencial não é propriamente a alteração negativa do ânimo (o moral), mas uma sequência de relações alterada, um “fazer” ou um “dever fazer” diferente, ou até mesmo o “não poder fazer”. O dano existencial

⁷ Neste sentido, entende o Tribunal Superior do Trabalho: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. USO DE CAMISETAS COM PROPAGANDAS DE PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELO EMPREGADOR. DIREITO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. USO DE CAMISETAS COM PROPAGANDAS DE PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELO EMPREGADOR. DIREITO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. O uso não autorizado da imagem das pessoas, ainda que não lhe atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, impõe indenização por danos, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigo 20 do Código Civil de 2002, caso se destine a fim comercial, e independe de prova do prejuízo experimentado, de acordo com a Súmula nº 403 do STJ. Decisão regional reformada. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 149100-58.2012.5.13.0022 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 22/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014)

implica outro modo de reportar-se ao mundo exterior. (SOARES, 2009, p. 46).

Assim, o dano existencial, por sua vez, consiste na inquietação, sofrimento, por deixar de fazer algo, que já estava incorporado em sua rotina, um fazer diferente, uma angústia ocasionada à pessoa por não poder realizar o seu plano de vida ou manter a sua vida de relações.

CAPÍTULO 2 - DANO EXISTENCIAL E A JORNADA DE TRABALHO

O trabalho, atualmente, é permeado pela noção básica da dignidade da pessoa humana, na qual o trabalhador deve laborar de forma a conseguir alcançar meios para sua subsistência, realização pessoal e profissional. Para tanto, o estabelecimento de uma jornada de trabalho digna é primordial para a realização do projeto de vida do empregado.

2.1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

O trabalho faz parte da vida do homem desde a antiguidade. Cita Alice Monteiro de Barros, que os primeiros trabalhos foram os da criação, o que se pode inferir do livro bíblico de Gênesis, o qual retrata a criação do mundo a partir do trabalho de Deus. Segundo a autora, o labor neste sentido, não possuía caráter de penosidade, sendo o descanso apenas pra recuperação dos esforços expendidos (BARROS, 2011, p. 43).

Barros, continua sua explanação afirmando que na antiguidade o trabalho possuía um sentido material, o qual era reduzido a coisa. Este pensamento à época permitiu a escravidão e possibilitou a utilização do trabalho como condenação penal, deserção pelo exército, dentre outras penas, nas quais, podia-se considerar que o homem perdia a posse de si mesmo (BARROS, 2011, p. 43-44).

Contudo, as concepções do labor e de sua importância foram alteradas com o processo evolutivo das sociedades, ora encerrando valores penosos, ora desprezíveis, sendo que com o Cristianismo, o conceito de labor ganhou um sentido mais digno (BARROS, 2011, p. 44).

Cita Schiavi que o Papa João Paulo II, em sua Encíclica sobre o trabalho humano, ressaltou:

[...] O trabalho humano é uma das características que distingue o homem das demais criaturas, cuja atividade, relacionada com a manutenção da vida, não pode-se chamar de trabalho; só o homem é capaz de trabalhar, só ele o pode levar a cabo, enchendo com o trabalho sua existência sobre a terra. Desse modo, o trabalho traz em si um sinal particular do homem e da humanidade, o sinal da pessoa ativa no meio de uma comunidade de pessoas; esse sinal determina a sua característica interior e constitui, num

certo sentido, sua própria natureza” (RUPRECHT, 1995 apud SCHIAVI, 2008, p. 84).

Sendo assim, o trabalho humano deve revestir-se do caráter de dignidade, de forma que o homem possa cumprir adequadamente sua tarefa e ser dignamente indenizado por esta.

2.1.1 - Direito Fundamental ao Lazer

O direito ao lazer é definido, segundo Calvet (2006, p. 76) como o “direito do ser humano de se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo de suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender”.

O Complemento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, realizado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936, informa que:

Art. 2º - O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.

[...]

Art. 4º - O direito à vida comporta: a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar lazes suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição equitativa deve e pode garantir a todos; b) o direito ao pleno cultivo intelectual, moral, artístico e técnico das faculdades de cada um (...) (BRANDÃO, 2001 apud CALVET, 2006, p. 62).

Assim, o direito à vida perpassa o direito ao lazer, sendo que este não é apenas relacionado ao tempo livre, mas também, ao tempo de criação, prazer e felicidade, de tal forma que este deve permitir o desenvolvimento do autoconhecimento e auto-humanização da pessoa (CHEMIN, 2002 apud CALVET, 2006, p. 67).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, expõe ainda em seu art. XXIV que todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias remuneradas periódicas (COMPARATO, 2004 apud CALVET, 2006, p. 67).

Destaca-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, incisos III e IV, consagrou como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, ressaltando em seu art. 06º que é um direito social, leia-se fundamental, o direito ao lazer (BRASIL, 1988).

Ademais, a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 217, parágrafo 03º, expõe que o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social, dispondo também que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e ao lazer (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o lazer não é somente a “negação do trabalho”, mas é constituído de múltiplas dimensões, tanto econômicas, como humanas (CALVET, 2006, p. 66).

Otávio Amaral Calvet expõe que o direito ao lazer pode ser observado por diversos prismas: a) lazer como necessidade biológica, que corresponde ao período de reestabelecimento de forças para a prestação da atividade laborativa, a fim de evitar doenças ocupacionais, entre outras; b) lazer do ponto de vista social, onde o lazer deve viabilizar o convívio social e interação familiar e privada, por meio de atividades lúdicas, esportivas ou de simples interação familiar; c) lazer como necessidade psíquica, no qual o lazer proporciona ao indivíduo a possibilidade de se dedicar a atividades prazerosas, possibilitando “o resgate de talentos naturais” e concretização de “sonhos inviabilizados pelo mundo do trabalho” (CALVET, 2006, p. 69).

O direito ao lazer ainda pode ser observado em seu sentido existencial:

Aqui aparece a ideia de dedicação do ser humano ao “ócio criador” no conceito arcaico, como possibilidade de ter acesso a informações, cultura, artes, enfim, a bens materiais e imateriais, filosofias e tudo o que possa incrementar ao homem no sentido de crescimento individual - viabilizando uma nova subjetividade rompida com a estrutura laboral - e, conseqüentemente, coletivo (CALVET, 2006, p. 69).

Assim, o lazer nesta perspectiva é capaz de produzir modificações na percepção do homem e seu papel na sociedade e no mundo, de forma que este possa dar sentido à própria vida, ou ao menos, viabilizar o referido questionamento (CALVET, 2006, p. 70)

Acrescenta-se que o lazer também pode ser observado sob o prisma econômico, uma vez que quanto maior o tempo destinado ao descanso, menor o tempo de jornada, o que pode demandar a criação de novos postos de trabalho, harmonizando o referido direito ao princípio da busca do pleno emprego, consagrado no art. 170, I, da Constituição Federal, bem como pode, também, incentivar setores da economia destinados ao turismo (CALVET, 2006, p. 70-73).

Ressalta Schiavi que:

Interpretando-se sistematicamente os direitos fundamentais previstos nos arts. 1^a e 3^a da Constituição Federal, sob a ótica da pessoa humana do trabalhador, de acordo com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (*Canotilho*), conclui-se que a preservação dos valores sociais do trabalho é uma das formas de se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como propiciar ao ser humano uma sociedade mais justa, com igualdade de oportunidades, para seu amplo desenvolvimento físico e intelectual. (SCHIAVI, 2008, p. 85).

Assim, segundo Canotilho, todas as normas devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal, uma vez que esta é o marco orientador da constitucionalidade nas normas. Ainda que as normas em geral possuam vários sentidos, deve-se dar preferência a interpretação constitucional, esclarecendo ainda que esta interpretação deve seguir aos seguintes princípios:

(1) o *princípio da prevalência da Constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas 'contra legem'* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através dessa interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada a melhor *orientada* para a Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1.226-1.227 apud SCHIAVI, 2008, p. 32).

Nesta esteira, as disposições relativas ao contrato de trabalho e sua jornada de trabalho devem ter como objetivo assegurar o direito ao lazer e ao pleno desenvolvimento do homem e da sua dignidade, razão pela qual a Constituição Federal dispôs sobre a limitação de jornada em seu art. 07^o (BRASIL, 1988).

Diante deste panorama constitucional, o trabalhador tem como direito fundamental o seu pleno desenvolvimento físico, mental e familiar, devendo o seu trabalho lhe dar oportunidades para a realização do seu projeto de vida, o qual, depende do seu tempo de lazer.

2.2 - A JORNADA DE TRABALHO COMO ATO ILÍCITO.

A duração do tempo de trabalho implica no gozo ou não da plenitude do lazer do empregado, a prática excessiva do labor não restringe somente o direito fundamental ao lazer, como também pode ocasionar um possível dano existencial no trabalhador.

2.2.1 - Jornada de trabalho - Definição

Alice Monteiro de Barros, esclarece que as normas sobre duração da jornada de trabalho tem como objetivo principal tutelar a integridade física do empregado, de forma a evitar a fadiga e o estresse. Este último pode ser responsável por enfermidades coronárias, estomacais, dentre outras moléstias, além de ser atribuído ao absenteísmo, a rotação de mão de obra e acidentes do trabalho. Ademais, o empregado descansado possui um rendimento aumentado e a produção aprimorada, sendo que a redução da jornada também implica na possibilidade do obreiro poder usufruir de sua vida familiar e demais compromissos sociais (BARROS, 2011, p. 522).

A eminente autora também distingue a jornada e horário de trabalho. A jornada é o período que o empregado permanece a disposição do empregador aguardando ordens, sendo que o horário de trabalho é o período que abrange o início e o término da jornada, incluídos os períodos de intervalo para descanso e alimentação, ou outros previstos em norma legal ou convenção coletiva de trabalho (BARROS, 2011, p. 523).

Maurício Godinho Delgado acrescenta que a jornada de trabalho consiste no lapso temporal diário no qual o empregado está à disposição do empregador, possuindo esta jornada três critérios principais para o seu cálculo de extensão: “o tempo efetivamente trabalhado”, “o tempo à disposição do centro de trabalho” e o “tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência”. Destacando-se ainda algumas categorias que possuem tempo de prontidão e sobreaviso (DELGADO, 2013, p. 882).

No que tange ao período relativo ao tempo de prontidão e sobreaviso, ambos se originam de disposições relativas à categoria dos ferroviários (art. 244, da Consolidação das Leis do Trabalho), e se aplicam por analogia aos eletricitários, em razão de suas condições específicas de trabalho (DELGADO, 2013, p. 887-888).

Nestas categorias profissionais diferenciadas, o tempo de “sobrevivo”, ou seja, o tempo que o empregado permanece em casa aguardando ordens, não pode ultrapassar 24 horas; sendo o tempo de prontidão, ou seja, nas dependências do empregador, limitado a 12 horas - parágrafos 2º e 3º do art. 244 da CLT.

2.2.2 - Limitação da jornada de trabalho

A limitação à jornada de trabalho possui segundo Calvet (2006, p. 86-87) várias finalidades. A primeira está relacionada ao aspecto econômico, uma vez que a quantidade da prestação do labor corresponde a contraprestação pecuniária repassada ao empregado; a segunda, está relacionada à prevenção de acidentes, uma vez que o excesso de labor reduz de forma significativa a atenção do empregado em razão da fadiga; a terceira está relacionada ao aspecto social, uma vez que o empregado não pode “viver para trabalhar” pois precisa de tempo hábil para o convívio em sociedade e lazer.

Em razão dessa necessidade de convívio social inerente ao homem, a Constituição Federal em seu art. 07º, inciso XIII estabeleceu que de forma geral, a duração do trabalho não deve ser superior a oito horas diárias, ou quarenta e quatro semanais, podendo esta jornada ser alterada por negociação coletiva (BRASIL, 1988).

A extrapolação da jornada de trabalho de oito horas diárias apenas é permitida até o limite de duas horas, integralizando no máximo dez horas de labor diário (art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho), exceto nos casos de jornadas especiais legalmente determinadas (BARROS, 2011, p. 523).

Não obstante, existem empregados que não estão sujeitos ao controle de jornada, os quais estão previstos no art. 62 da CLT, que dispõe sobre os empregados que exercem atividades externas incompatíveis com o referido controle, além dos gerentes, chefes de departamento ou filial (BARROS, 2011, p. 214).

Para Schiavi e Calvet, a exceção do empregado com cargo de confiança à limitação de jornada disposta no referido artigo, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que a interpretação literal do artigo não permite excluir determinados tipos de empregado ao direito fundamental ao lazer e descanso dispostos na Constituição Federal (SCHIAVI, 2008, p. 131).

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, entende que tal artigo foi recepcionado pela Constituição, conforme os precedentes (RR - 612202-42.1999.5.09.5555, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DJ de 27/5/2005.); (E-RR - 663225-90.2000.5.09.5555, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, SBDI-1, DJ de 17/2/2006.); (TST, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 26/06/2013, 6ª Turma).

Assim, ainda que a jornada de trabalho dos exercentes de cargo de confiança ou dos trabalhadores insuscetíveis ao controle de jornada, em razão de atividades externas, não possua limitação conforme o art. 62 da CLT, o empregado permanece com o seu direito fundamental ao lazer, bem como o seu direito fundamental à dignidade humana (BRASIL, 1994).

A jornada de trabalho conforme os princípios constitucionais deve possibilitar ao empregado o seu convívio social e familiar. Este convívio, é a base do projeto da vida de relação de cada ser humano. Para se considera completo, este necessita não somente do tempo de trabalho, mas carece de tempo para a sua desconexão do trabalho (COLNAGO, 2012).

Retirar o empregado da sua vida de relações ocasiona grave no dano existencial no indivíduo, pois o homem, como um ser social, depende intimamente de carinho e afeto, que não podem ser obtidos unicamente no ambiente laboral.

A jornada excessiva de trabalho impede o desenvolvimento completo do homem, reduzindo-o apenas ao conceito de *homo economicus*, ou seja, um homem econômico, que age apenas para a satisfação de bens materiais. Esse conceito, criado por Frederick Winslow Taylor, um dos precursores da Administração Científica, foi utilizado no princípio da Revolução Industrial para definir o homem e sua relação com o trabalho (CHAVENATO, 2011, p. 59).

Atualmente, não se pode compreender o ser humano somente neste aspecto econômico, pois deve o homem desenvolver-se espiritualmente e ter seu direito fundamental à dignidade e lazer respeitados, a fim de que possa viver a total plenitude humana.

Neste sentido, a limitação do labor diário não tem apenas o objetivo de garantir a saúde físico-psíquica do empregado, mas possibilita que este possa usufruir de um convívio com sua família e sociedade. O trabalho, neste sentido, deve ser um meio para sua realização pessoal, e não um violador de seus direitos.

Com o mundo cada vez mais competitivo, com a busca cada vez mais feroz pelo alcance de metas e lucros, vê-se que o empregado, a cada dia, vem elastecendo ainda mais sua jornada, a fim de conseguir alcançar o resultado esperado pelo empregador. O excesso de trabalho é um fator preocupante em muitos países, sendo relatados diversos casos de trabalhadores, que morreram por exaustão, seja no corte de cana, ou em labor no escritório (COLNAGO, 2012).

2.2.3 - Dano existencial decorrente da jornada de trabalho

Como mencionado, o excesso na jornada de trabalho viola o direito humano ao lazer e retira o empregado do convívio social e, é por meio desse convívio que o empregado pode usufruir e realizar seu projeto de vida, o qual, considerado em sua vida de relações, é essencial para o desenvolvimento humano (FROTA, 2011).

O dano existencial é detectável quando se vê que o empregado, que antes poderia usufruir da vida em família, passa a não “mais poder fazer” as mesmas atividades que antes, ou ainda, fazer um curso profissionalizante ou atividade de lazer, em razão de sua jornada de trabalho, que lhe toma grande parte, ou a totalidade do seu dia. Esse afastamento da vida de relações é suficiente para a caracterização do dano (SOARES, 2009, p. 45).

O afastamento do empregado do meio social, familiar, cultural e afetivo não ocasiona apenas uma sensação de tristeza, menoscabo, violação, como o dano moral, é mais grave, uma vez que tal isolamento esvazia o que homem representa para si mesmo (SOARES, 2009, p. 44).

O excesso na jornada de trabalho remove do empregado a possibilidade de usufruir da felicidade no convívio com as demais pessoas da sociedade. O trabalhador, perde não só a oportunidade de se relacionar socialmente, mas também de estudar, de manter uma relação afetiva duradora e estável, ou qualquer outra atividade que possa permitir que este dê sentido a sua vida (SOARES, 2009, p. 45)

São essas sucessivas perdas de chances de alegria, relacionamentos, convívios sociais, que configuram o que é o dano existencial (SOARES, 2009, p. 45).

Destaca Soares, citando Guiseppe Cassano que somente é caracterizável como dano existencial a alteração do "*standart* qualitativo e quantitativo do bem-

estar correspondente àquele *modus vivendi*” (CASSANO, 2002 apud SOARES, 2009, p. 46)

Entende-se por *standart* um "padrão usual de conduta da pessoa na realização de seus interesses", o que segundo Soares, pode ser analisado tanto quantitativamente como qualitativamente, conforme o caso. Se da referida avaliação for considerado um prejuízo, pode se fazer que há dano existencial (SOARES, 2009, p. 46).

Nesta perspectiva, a jornada de trabalho, deve ser elaborada de tal forma a possibilitar ao trabalhador o gozo do lazer em todas as dimensões pessoais, ou seja, possibilitando o convívio social, familiar, o reestabelecimento das energias, além da reflexão íntima e particular, a qual não pode ser empreendida durante o período laboral” (CALVET, 2006, p. 69).

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR

Segundo o Art. 02º da Consolidação das Leis do Trabalho “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL, 1943).

Também podem ser considerados empregadores, segundo o parágrafo 01º do referido artigo, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Segundo Maria Alice Monteiro de Barros o empregador é a pessoa física ou jurídica que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço do empregado, e que assume os riscos do empreendimento econômico (BARROS, 2011, p. 294).

3.1 RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPREGADOR

O empregador não só assume os riscos econômicos da atividade, mas também, os demais decorrentes de sua atividade. Ao estabelecer um contrato de trabalho com um empregado, o empregador deve cumprir a sua função social, além de dever resguardar durante toda a prestação laboral os princípios de probidade e boa-fé (artigos 421 e 422 do Código Civil Brasileiro de 2002).

Conforme explicita Renato Rua de Almeida, citado por Schiavi, o art. 5º, XXIII, da CF, “ao prescrever que a propriedade atenderá a sua função social, significa dizer que a empresa, como expressão econômica da livre iniciativa e da livre concorrência, tem também sua função social (art. 170, III, da CF/88)” (ALMEIDA, 2005 apud SCHIAVI, 2008, p. 35).

Assim, o empregador, deve guardar durante a execução laboral, o atendimento aos direitos fundamentais do empregado, sob pena da reparação civil por eventuais danos.

3.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

A responsabilização por danos morais é fundamentada no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, e no artigo 927 e seguintes do Código Civil, todos aplicados subsidiariamente no direito do trabalho por força do art. 08º da Consolidação das Leis do Trabalho. Destaca-se que a Emenda Constitucional nº 05, atribuiu a Justiça do Trabalho, a competência para julgamento das ações por danos morais ou patrimoniais, decorrentes da relação de trabalho- art. 114, inciso VI da Constituição Federal (BRASIL, 1943, 1988, 2002).

Para Maria Helena Diniz, a reparação civil consiste na:

Aplicação de medidas que obriguem a alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde ou de fato ou animal sob guarda, ou ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, para particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do status quo ante ou em uma importância em dinheiro. (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, p. 170 apud SCHIAVI, p. 21).

Dispõe ainda SILVA, 2002, que a reparação civil nada mais é que o conserto, a restauração, com fins de reestabelecer a harmonia e equilíbrio (SILVA, 2002, p. 308).

Da interpretação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 pode-se entender que aquele que comete ato ilícito deverá repará-lo. Por ato ilícito, se entende toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, bem como atitudes de um titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Ressalta Alice Monteiro de Barros que a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, bem como objetiva e subjetiva, a última na qual o agente age com dolo ou culpa, e a primeira, na qual em razão de “fatores objetivos de atribuição” deve ser responsável pelo dano, mesmo que não haja dolo ou culpa (BARROS, 2011, p. 511).

Assim, são requisito para a reparação civil, a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo deste agente, o nexo de causalidade e o dano. Os quatro devem estar amplamente comprovados no caso em concreto para que se possa falar em responsabilização civil.

3.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO EXISTENCIAL

O dano existencial pode ser vislumbrado em diversas situações, uma vez que todo aquele que sofre uma afetação negativa no seu cotidiano, de maneira que não seja possível realizar as atividades da forma anterior a ocorrência do fato, sofre um esvaziamento de si mesmo, o que configura o dano em comento.

Pode-se citar como exemplo, as pessoas que receberam transfusão de sangue contaminado com o vírus HIV, ou da Hepatite, uma vez que estes passam a experimentar uma rotina diversa da que teriam, caso não estivessem doentes (SOARES, 2009, p. 66).

Flaviana Soares cita ainda como exemplos a instalação de uma represa que inundará uma área da cidade, obrigando os moradores a afastarem-se de suas moradias; a hipótese de um erro médico que lesiona a voz de um cantor; ou ainda, a lesão contra a visão de um campeão de provas de arco e flecha (SOARES, 2009, p. 67).

Assim, todo o dano que ocasiona um “fazer diferente”, ou a “renúncia forçada a situações felizes” caracteriza-se como dano existencial (SOARES, 2009, p. 45).

Na hipótese do dano existencial decorrente do excesso da jornada de trabalho, opção desta monografia, a culpa ou dolo do agente consiste no próprio estabelecimento da jornada de trabalho contratual.

Ainda que o empregador possua o poder diretivo de estabelecer qual a jornada de trabalho do empregado, este não pode afastar o obreiro dos seus direitos fundamentais, uma vez que deve cumprir a função social do contrato, bem como respeitar os princípios de boa-fé na sua execução.

O nexo de causalidade também pode ser comprovado pela simples prestação do labor e dos requisitos caracterizadores da relação de emprego – art. 03º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Em relação a prova do dano, esta deve ser consistente, nos termos do artigo 818 da CLT, no sentido de demonstrar o “não fazer mais as atividades”, uma vez que devido ao excesso de labor, o empregado afastou-se de sua vida social, ou seja, de sua vida de relações (FROTA, 2011).

Esse sentimento de não poder fazer ocasionado pelo excesso de labor, atingem o homem naquilo que ele projetou para si, configurando o dano existencial.

Ainda que este não esteja previsto claramente no ordenamento jurídico brasileiro, a Jurisprudência vêm se posicionando no sentido de atribuir a sua responsabilização com fundamento no dano moral, em seu sentido amplo.

3.4 PRECEDENTES JUDICIAIS

Em atual posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, um reclamante teve julgado procedente o seu pedido de indenização por danos existenciais, sob o fundamento de que sua jornada de trabalho extenuante o afastava de toda a sua vida de relações sociais. No caso concreto, o empregado laborava de 07 às 21 horas, com uma hora de intervalo para alimentação, de segunda a sexta, e aos sábados de 07 às 16 horas, além de laborar três domingos por mês.

O dano, no seguinte caso, foi considerado *in ré ipsa*, ou seja, presumido, uma vez que a jornada de trabalho não permitia ao reclamante o convívio social, sendo que sua vida era limitada ao trabalho, destacando a Ministra relatora que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. Caracteriza a violação do art. 11, § 1.º, da Lei n.º 1.060/1950, merece ser processado o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA LABORAL EXTENUANTE POR LONGO PERÍODO. 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-lhe um prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, e no âmbito de suas relações sociais. Verifica-se que, em especial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, por prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e as relações sociais. Na hipótese dos autos, o Regional registrou que foi reconhecido em outra ação judicial que o empregado foi submetido, por mais de 5 anos, a uma jornada extenuante de mais de 13 horas (das 7h às 21h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sábado, e das 7h às 16h, também com uma hora de intervalo intrajornada, em três domingos por mês e em metade dos feriados), o que importava em privações de suas atividades existenciais (na família, instrução, esporte, lazer, etc), motivo pelo qual concluiu que houve efetivo dano existencial, pois no período o Autor tinha a vida limitada a alimentar-se, dormir e trabalhar. O único aresto transcrito para configurar a divergência jurisprudencial é inespecífico, nos termos da Súmula n.º 296, I, do TST, pois não se identifica com a hipótese fática delineada pelo Regional. Decisão mantida. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA OJ N.º 348 DA SBDI-1 DO TST. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários. Esse é o posicionamento pacificado nesta Corte por meio da OJ n.º 348 da sua SBDI-1. Decisão regional tomada em sentido contrário deve ser reformada para que se

adeque à atual jurisprudência desta Corte. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

(RR - 78-64.2012.5.04.0251 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 20/08/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014).

Sendo assim, a indenização por danos existenciais, em algumas decisões, não vêm de forma autônoma, mas como um subgênero do dano moral em sentido amplo, pode-se citar outro precedente:

[...] DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito à indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexó de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

(RR - 727-76.2011.5.24.0002 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013)

No processo em comento, a indenização por danos morais, decorrente do dano existencial ocorreu pela privação do direito de férias do empregado, por 10 anos, prejudicando não só sua vida social, mas violando seu direito fundamental ao lazer e a saúde, estabelecido no art. 06º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, na maioria das decisões favoráveis, o dano existencial é tido como uma espécie do dano moral, em seu sentido amplo, não como um subgênero. Não obstante, trata-se de um dano relativamente novo, que carece de um maior posicionamento dos Tribunais. Ainda assim, ele se consagra plenamente no nosso

ordenamento jurídico, uma vez que nossa Carta Magna não limita o que pode ser tido como direito fundamental, mas permite que estes possam ser ampliados no tempo.

Sendo assim, o direito a uma vida social digna, combinada a um labor descente é plenamente protegida pela Constituição Federal, podendo o empregador ser responsabilizado no caso de violação de alguns desses direitos.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve como objetivo demonstrar a possibilidade da responsabilização civil por dano existencial, ocasionado pelo não usufruto do direito fundamental ao lazer, em razão da jornada de trabalho estabelecida pelo empregador.

O homem vive e é moldado pela sociedade, e é através dela que ele adquire sua cultura e descobre o seu papel no mundo. A partir dessa tomada de consciência do que se é, o homem escolhe para si o seu futuro e seus sonhos.

Considerando que o labor é intrínseco ao homem, este deve ser um meio para a realização de seus sonhos, e não uma forma de afastá-los dele. E, para que estes sejam estabelecidos é necessário que o homem tome consciência da própria natureza, e isto só é possível com o gozo do direito fundamental ao lazer.

O lazer, por sua vez, não pode ser considerado apenas como o tempo de não labor, mas como o tempo necessário ao homem adquirir suas habilidades humanas e existenciais. Diante das várias concepções de lazer, esta é a mais importante, que o homem se desenvolva completamente.

É neste sentido que se encontra o dano existencial, que tem o objetivo de reparar o dano ocasionado pela privação dos prazeres da vida (*préjudice d'agrément*), ou do afastamento da vida de relações do homem, ou seja, da sua interação com a família e a sociedade em geral.

O dano existencial foi uma construção doutrinária do direito italiano, obtida a partir da valorização da dignidade da pessoa humana, como um desdobramento do dano biológico, também derivado do referido sistema estrangeiro,

Este dano, no objeto do presente trabalho, está intimamente ligado ao gozo do lazer, que pode ser prejudicado pelo estabelecimento da jornada de trabalho pelo empregador.

Ao elastecer a jornada acima do limite legal, o empregador viola o direito humano ao lazer, retirando o empregado o direito do seu usufruto, e por consequência, o convívio social.

Neste sentido, o empregador não é somente aquele que dirige a prestação dos serviços, ele também assume os riscos da atividade econômica e, os relativos a

sua responsabilidade social, devendo a sua atividade econômica guardar compatibilidade com os princípios de probidade e boa-fé.

Para que a responsabilização civil do empregador por dano existencial seja possível, é necessário que sejam devidamente comprovados a ocorrência do dano, o nexó de casualidade e a conduta do empregador ao definir a jornada de trabalho.

A jurisprudência brasileira têm aceitado os pedidos de indenização por dano existencial, em sua maioria, considerando este como um desdobramento do dano moral. Destaca-se que, conforme demonstrado, os dois não se confundem, uma vez que tutelam bens jurídicos diferentes, estando o dano existencial fundamentado no sentido, ou gozo da vida.

Destacou-se no decorrer desta monografia que o dano existencial pode ser observado em vários casos, por exemplo, na hipótese da perda de um filho decorrente de aborto, ou da perda do genitor, enquanto recém-nascido. Assim, toda a conduta que ocasiona um abalo, seja na vida de relações ou no projeto de vida da pessoa é considerado um dano existencial.

Em suma, destaca-se que o dano supramencionado é um direito relativamente novo, que carece de um maior posicionamento dos tribunais, a fim de se definir com abrangência a sua aplicabilidade no caso concreto, bem como seu emprego destacado do dano moral.

Destaca-se, por fim, que a responsabilização pelo referido dano configura uma consagração ao direito da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida, em toda a sua plenitude.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição Federal de 05 de janeiro de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19.maio.2015.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho de 01ª de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 19.maio.2015.

_____. Lei nº LEI No 8.966, de 27 de dezembro de 1994. Altera a redação do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8966.htm#art1>. Acesso em: 18.maio.2015.

_____. **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#art186>. Acesso em: 06.mar.2015.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas (Org.). **Direitos Humanos**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2007. 241 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/154492>>. Acesso em: 19.maio.2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

CALVET, Otávio. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Voto Razonado Del Juez A.A. Cançado Trindade**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 3 fev. 2015.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 8. ed. totalmente rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2011.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial decorrente de violações à jornada de trabalho. **LTr Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 48, n. 143, p. 737-740, 21 dez. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo, SP: LTr, 2013.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, **¿EXISTE UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA?**. Disponível em: www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>. Acesso em: 15. mar.2015

FROTA, Hidemberg Alves da. **Dano existencial: noções fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

MARQUES, Ilda Helena. **Satre e o Existencialismo.** Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/revistalable/numero1/ilda9.pdf>>. Acesso em: 03. mar. 2015

NASCIMENTO, Maria Emília Costa do. Responsabilidade civil por dano existencial. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 80, p. 37-56, nov. /dez. 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil: teoria geral do dano moral, evolução histórica do dano moral, o dano moral no direito comparado, danos morais e o direito brasileiro, reparação civil do dano moral.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

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

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 149100-58.2012.5.13.0022. Relator: Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2014. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.** Brasília, 31 out. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2013&numProclnt=240589&dtaPublicacaoStr=31/10/2014 07:00:00&nia=6210519>>. Acesso em: 19. maio. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 78-64.2012.5.04.0251. Relator: Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing. Brasília, DF, 20 de janeiro de 2014. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.** Brasília, 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2014&numProclnt=24808&dtaPublicacaoStr=14/11/2014 07:00:00&nia=6135801>>. Acesso em: 19. maio. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 727-76.2011.5.24.0002. Relator: Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, DF, 19 de janeiro de 2013. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.** Brasília, 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2012&numProclnt=141536&dtaPublicacaoStr=06/09/2013 07:00:00&nia=5917730>>. Acesso em: 19. maio. 2015.



Campus I - QS 07 Lote 01 EPCT, Águas Claras - CEP: 71966-700 - Taguatinga/DF - Telefone: (61) 3356-9000
Campus Avançado Asa Norte - SGAN 916 Avenida W5 - CEP: 70790-160 - Brasília/DF - Telefone: (61) 3448-7134
Campus Avançado Asa Sul - SHIGS 702 Conjunto 2 Bloco A - CEP: 70330-710 - Brasília/DF - Telefone: (61) 3226-8210