

DANO MORAL EXISTENCIAL: JUSTIÇA DO TRABALHO

MORESCO, Katia¹
AGUERA, Pedro Henrique Sanches²

RESUMO:

No que tange o direito do trabalho, uma das novidades trazida foi a inclusão do dano moral existencial como uma das espécies de dano moral. Nesse artigo será abordado de forma objetiva questões relacionada a diferença entre o dano moral e dano moral existencial, será analisado algumas jurisprudências sobre o referido tema. Em primeiro momento, será traçado uma breve síntese sobre a origem e a definição do dano moral existencial, será analisado no âmbito jurídico, diante de uma relação entre empregado e empregador, apresentando como está sendo essa nova espécie aplicada na justiça do trabalho. O questionamento central do referido artigo está norteado nas diferenças entre os referidos danos e em sua aplicabilidade no direito do trabalho, a jurisprudência irá demonstrar as formas de provimentos ocorrido na justiça do trabalho e também demonstrar se o dano moral existencial é *in irepsia* (presumido).

PALAVRAS-CHAVE: Empregado, Empregador, dano moral existencial.

ABSTRACT:

EXISTENCIAL MORAL DAMAGE: LABOR JUSTICE

Regarding labor law, one of the novelties brought was the inclusion of existential moral damage as one of the species of moral damage. In this article, it will be approached objectively questions related to the difference between moral damage and existential moral damage, it will be analyzed some jurisprudence on the said topic. First, a brief synthesis will be drawn on the origin and definition of existential moral damage. It will be analyzed in the legal context, in the face of a relationship between employee and employer, showing how this new species is being applied in labor justice. The central question of this article is based on the differences between these damages and their applicability in the labor law, the jurisprudence will demonstrate the forms of victuals occurred in the labor justice and demonstrate if the existential moral damage is *in irepsia* (presumed)

KEYWORDS: Employee, Employer, Existential moral damage.

1 INTRODUÇÃO

O dano moral existencial trouxe algumas inovações para a justiça do trabalho, as quais acabam por refletir sobre sua aplicação, se é viável ou não no caso concreto. Tal dano é observado nos valores sofrido pelo empregado direcionado a sua vida social, familiar, ao seu lazer. O mundo jurídico evolui na consolidação dos direitos do indivíduo, ou seja, a dignificação da valorização da pessoa em seu projeto de vida.

Para tanto, será abordado a origem do dano moral existencial na justiça do trabalho, o qual teve origem no direito Italiano, garantindo os valores fundamentais do indivíduo. Diante desse fato, o estudo do dano moral existencial despertou interesse ao judiciário brasileiro e também à doutrina,

o qual vem se aperfeiçoando ao decorrer dos anos, e já está sendo aplicado no âmbito do direito do trabalho.

Em seguida, uma breve síntese sobre o direito à personalidade, o qual trata de relação aos valores existenciais do ser humano, constitui uma estrutura basicamente peculiar em que oferece resposta jurídica aos fatos sociais relacionados ao seu dia a dia. No âmbito do direito do trabalho, será demonstrado que sua aplicação se dá de forma subsidiária.

Logo após, será estabelecido a diferença entre o dano moral e o dano moral existencial, pelo fato do dano moral existencial ser uma espécie de dano que viola o direito constitucional ao lazer, o qual observa que o excesso de trabalho faz com que o trabalhador deixe de ter uma vida social, prejudicando o seu convívio familiar.

Um dos principais aspectos que diferencia o dano moral do dano existencial está ligado à diferença em que é produzido, tendo como exemplo, o dano moral que está relacionado a uma lesão causada a si mesmo, como uma ofensa, uma deterioração, dentre outros fatos que venham afetar a sua dignidade, sua honra.

Já o dano existencial diferencia-se do dano moral pelo fato de atingir a terceiros, tendo, como exemplo, sua própria família, no caso de excesso de trabalho, em que o empregador faz horários superiores à jornada de trabalho, deixando de ter uma vida social e se dedicando plenamente à empresa. O dano existencial é uma limitação decorrente de uma lesão por atividades cotidianas.

No âmbito trabalhista, este tem destaque na questão de horas excessivas, que conforme a CLT, o horário de trabalho é de até 8 horas por dia, com uma exceção de casos que permitem, em caso de necessidade, exceder essa jornada em até 2 horas diárias.

Dessa forma, para caracterizar o dano, o empregado necessita trabalhar além dessa jornada, incluindo final de semana, feriados, o que trará uma limitação ao projeto de vida do empregado, deixando de ter uma vida social, dar amparo à família, dentre outras, trazendo a perda da qualidade de vida.

Com efeito, o presente artigo tem por objetivo estudar o dano moral existencial, analisar sua diferença com o dano moral, mostrar se esse dano é *in irepsia* (presumido), trazer algumas jurisprudências que serão analisadas no decorrer do trabalho e mostrar como o dano moral existencial vem sendo aceito na Justiça do Trabalho e quais as formas para dar provimento.

2 REFERENCIAL TEÓRICO/DESENVOLVIMENTO

2.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1.1 Origem e definição

Inicialmente, o dano moral existencial é um dano extrapatrimonial, originou-se do direito Italiano, na ITÁLIA, e vem despertando o interesse gradativamente da jurisprudência e da doutrina, em modo especial no âmbito Judiciário tanto na esfera cível como na trabalhista (LORA,2013).

Segundo Quedes (2008), a interpretação dada pela Corte Constitucional Italiana, afirma que a Constituição é a garantia dos valores fundamentais do indivíduo, os demais preceitos de tutela dos, ainda, chamados direitos à personalidade, os quais devem estar em perfeita harmonia. As normas de tutelas da responsabilidade civil devem ser explanadas de modo a abranger não apenas o dano patrimonial e moral, mas todos os danos potencialmente capazes de obstaculizar a atividade realizadora da pessoa humana enquanto pessoa. Diante dessa consequência, surge o dano existencial como categoria do dano não patrimonial.

Pode-se observar que, desde a corte Italiana, a garantia dos valores basilares da pessoa vem sendo pesquisada, estudada. Desta forma, a responsabilidade civil passou a ser entendida de modo a classificar os diferentes tipos de dano. Em consequência disso, o dano moral existencial passou a existir e ser aceito no Brasil, tendo, assim, uma grande repercussão pelo fato de ser uma nova espécie do dano moral.

Diante do exposto, podemos ainda citar a Constituição Federal que contém os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 6º, podendo ainda ser chamado de direito à personalidade.

Já Flaviana Rampazzo Soares (2009), define o dano moral existencial como uma afetação impresumível / negativa, absoluta ou parcial, constante ou provisória, seja a um labor, ou um conjunto de atividade que a vítima do dano, normalmente, tinha agrupado em seu dia-a-dia e que, em razão do efeito danoso, precisou modificar a sua rotina.

O dano moral existencial acarreta alteração na vida do indivíduo, impondo limitações, obstáculos, privações em seu cotidiano, ou ainda, em uma determinada atividade, comportamento, trazendo, assim, dano, prejuízos ao seu projeto de sua vida.

Júlio César Bebber (2009), embasa que, o ser humano procura continuamente extrair o máximo das suas potencialidades o que leva a realizar escolhas, projetar o futuro visando o seu projeto de vida. Afirmar que qualquer fato injusto que frustrasse esse destino, impedindo a realização de seu projeto e obrigando a pessoa a desistir do seu futuro ou refazer seu projeto de vida, deve ser considerado um dano existencial.

2.1.2 Direito da Personalidade: Noções Gerais.

O reconhecimento do direito à personalidade em relação aos valores existenciais da pessoa humana marcou o direito do final do século XX. A personalidade constitui uma estrutura bastante peculiar que possa oferecer respostas jurídicas aos fatos sociais, na forma que acontece em seu cotidiano.

Ramos diz que:

Em se tratando da personalidade e seus direitos, nota-se que estes muito se desenvolveram e que continuarão a se desenvolver no mundo jurídico. Para se entender a veracidade desta última premissa, basta ter em mente as novas realidades técnicas e científicas do século XX. Levando em conta as novas conquistas e prognosticando outras que estão por vir, pode-se (sic) até mesmo antever cenários jurídicos problemáticos e até pouco tempo desconhecidos (mapeamento do DNA, alteração da herança ou bagagem genética), em que a personalidade vem a ser atingida, violada e mesmo alterada em sua essência (RAMOS, 2002, p. 14).

Para tanto, vale ressaltar que o direito da personalidade está disposto no código civil conforme dispõe o Anderson Shereiber:

A codificação limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra e direito à privacidade. (...) por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana, consagrada no artigo 1º, III, da Constituição. (...). Em outras palavras: embora o Código Civil brasileiro tenha tratado apenas de alguns direitos à personalidade e não tenha tido cuidado em ressaltar a existência de outros tantos além daquele que contemplam em seus arts. 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força de aplicação direta do artigo 1º, III da Constituição (2013, p.15).

No domínio da esfera civil, a tutela do ser humano limita-se à ideia de reparação ao prejuízo causado, mediante a responsabilidade civil, em que há reparação do dano. Dessa forma, observa-se que o caráter patrimonial da responsabilidade civil na questão de reparação, em regra, dá-se pelo ressarcimento pecuniário. O fundamento utilizado não é a agressão em si, mas o prejuízo/dano causado pela agressão (CORTIANO, 2000).

No Dicionário brasileiro, (1987), o termo personalidade é definido como qualidade pessoal. Caráter efetivo e exclusivo de um indivíduo.

Já na questão do sentido jurídico, é a capacidade que tem todo o indivíduo, por força da legislação, de exercer e contrair direitos e obrigações (GUIMARÃES, 1995).

A personalidade não deve ser confundida com o direito da personalidade, pois, a primeira se refere à própria característica de ser de um indivíduo, e o último significa a proteção jurídica relacionada às características desse indivíduo.

Vejamos:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens, (DINIZ, 1993, p.83).

A personalidade é um bem, e o mais importante dentre os bens jurídicos, pois dele depende o pleno gozo e o exercício dos outros bens jurídicos. Dessa forma Elimar Szaniawski diz que:

Personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens (...). Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: A vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros dos indivíduos denomina-se direitos da personalidade, (1993, p. 40).

Na condição de bem jurídico, a personalidade é protegida juridicamente, está tutelada pelo Estado de Direito democrático por mediação dos direitos da personalidade.

Os direitos à personalidade são inerentes ao ser humano e estão ligados de forma permanente, os quais nascem com o indivíduo e irão acompanhá-lo durante toda a sua vida, tendo como finalidade principal a proteção aos seus direitos relacionado à dignidade da pessoa humana, nos seus aspectos, os quais podem ser físicos, morais, intelectuais, dentre outros (ALVARENGA, 2013).

Para Soares (2009), os direitos da personalidade estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, sendo considerado direito subjetivo, em que pese o fato de que tais elementos são importantes para o indivíduo alcançar os bens materiais.

Em relação a violação do direito da personalidade pode vir acarretar um dano existencial ao ser humano, frustrando assim o seu projeto de vida.

SOARES diz:

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais, e consequentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou possa realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana (2009, p. 37).

No âmbito trabalhista, o direito à personalidade também é aplicável de forma subsidiária conforme autoriza o artigo 8º CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

De acordo com o magistrado Delgado:

A violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – no caso dos trabalhadores – e respectiva indenização pelos danos morais, são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito das relações de emprego, a exemplo do procedimento discriminatório, a falsa acusação de cometimento de crime, o tratamento fiscalizatório ou disciplinar, degradante ou vexatório, etc. (Delgado, 2010, p. 583).

Dessa forma, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto assegurar a integridade física, psíquica, moral e intelectual do indivíduo, esses direitos jamais desaparecem. Assim, o direito da personalidade não é apenas um direito, mas mais do que um direito, posto que é a base em que se fundamenta os direitos da personalidade, pelo qual os demais direitos devem estar em conformidade com a dignidade humana que é reconhecida como um valor supremo no ordenamento jurídico.

2.1.3 Dano moral existencial versus dano moral.

O dano moral existencial é uma espécie do dano imaterial que vem sendo estudado pela razão de que, segundo a lei, somente são admitidas duas espécies de danos indenizáveis: danos patrimoniais e os extrapatrimoniais (LORA, 2013).

No dano extrapatrimonial, tem-se o dano moral e o existencial. O dano moral é caracterizado como um prejuízo, uma ofensa, uma deterioração, o mal causado a uma pessoa atingindo sua honra, sua intimidade. A moral tem um conceito amplo dependendo da razão a ser exposta, podendo ser no âmbito de questões políticas, sociais e econômicas, e pode ser modificada no decorrer do tempo (MARTINS, 2013).

No entanto, umas das primeiras definições feita ao dano moral existencial, foi por Pontes Miranda (1971), o qual diz que o dano à normalidade em relação a vida do ser humano, é dano não patrimonial, sendo inteiramente cabível a indenização fixada a tal título.

Dessa forma, pode-se analisar que o dano moral ocasiona um sofrimento ao indivíduo, afetando os seus valores, sua honra, sua reputação, causando assim angústia, aflição, vergonha, dentre outros fatores dos quais vem atingir a sua integridade física, emocional e até mesmo psíquica.

Conforme Jorge Cavalcanti Boucinhas, (2013), o dano moral existencial ocorre quando o indivíduo se vê cercado de direitos fundamentais, o que são constitucionalmente lhe assegurado, no caso o mesmo terá o direito de escolher o que fazer em seu tempo livre. Diante desses fatos, o indivíduo se vê restrito de seu direito à liberdade de escolha e por consequência afasta-lhe da qualidade de viver com dignidade.

O dano moral existencial é uma limitação, restrição que o indivíduo sofre em suas atividades habituais, tais como a relação familiar, seu lazer, a relação perante a sociedade, dentre outros setores distintos, os quais vão trazer limitações, provocando assim um prejuízo ao seu projeto de vida. (SOARES,2009).

De acordo com Bebbber, (2009), independe de repercussão financeira ou econômica, trata-se de uma frustração que leva o indivíduo a perda da qualidade de vida.

Segundo SOARES, (2009), o dano existencial abarca todo o evento que incide em negatividade sobre o complexo de trabalho da pessoa, sendo capaz de repercutir de maneira solida sobre a sua existência.

É de fundamental importância observar que o dano moral está ligado à lesão causada diretamente ao indivíduo, acarretando ofensa, ou até mesmo afetando sua dignidade. Contudo, o dano existencial pode afetar também terceiros, como maior exemplo, a família do indivíduo, o fato que leva a esse tipo de dano está ligado ao excesso de atividades, que toma o tempo, não dando oportunidade de usufruir de lazer.

Enfim, o seu tempo está direcionado a um único fato, trazendo, assim, prejuízo as suas relações sociais, familiares, religiosas. Desta forma, se houver limitações de horários das atividades laborais, seguindo o que consta em lei, o trabalhador terá mais tempo disponível para o seu cotidiano, sobrando, assim, tempo para desfrutar da vida social.

2.1.3 Dano Moral Existencial no direito do trabalho

O dano moral existencial, conforme visto, trata de uma lesão decorrente de uma limitação, uma restrição sofrida na atividade cotidiana, é o que diferencia do dano moral, pois o dano moral é causado por uma ofensa atingindo a sua honra, dignidade, afetando a si próprio. (SOARES, 2009).

A ocorrência do dano existencial pode dar-se de diversas formas, podendo ser pelo excesso de jornada de trabalho, não concessão de férias, acidente de trabalho, entre outros fatos que afetam a vida do trabalhador.

Para FILHO (2013), o dano moral existencial entra na relação de trabalho na análise da conduta patronal do cotidiano do indivíduo, o que impõe a sua jornada de trabalho, além dos limites legais, causando assim uma limitação, na qual o indivíduo deixará de ter um lazer, perdendo assim parte de seu convívio familiar, frustrando-o a se desempenhar em seu projeto de vida.

Pode-se analisar que o dano existencial decorre de uma conduta que viola os direitos fundamentais do indivíduo, segundo consta na constituição federal, causando uma alteração no projeto de vida do empregado.

Conforme explica a doutrinadora LORA:

No âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial pode estar presente na hipótese de assédio moral. Este, sabidamente, compromete a saúde do trabalhador, que apresenta, segundo as pesquisas, desde sintomas físicos, que incluem dores generalizadas, dentre outros males, até sintomas psíquicos importantes, com destaque para distúrbios do sono, depressão e ideias suicidas. O evento, além de causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento de capacidade laboral, pode ensejar sofrimento, angústia, abatimento (dano moral) e também prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial) (2013, p 21).

Observar-se que no âmbito do trabalho, além do excesso do mesmo, ocorre também o assédio moral, que compromete a saúde do trabalhador, trazendo prejuízos patrimoniais podendo causar o dano moral devido à angústia, sofrimento e também caracterizar o dano moral existencial, trazendo prejuízo ao seu projeto de vida, aos seus familiares, enfim, a sua vida social.

Conforme constituição federal, o artigo 1º, inciso III e IV, “a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, e o artigo 6º, “direitos à saúde, o trabalho, o lazer, e a segurança”, verifica-se que o trabalhador tem direitos a ser zelados para o seu melhor desenvolvimento tanto no âmbito de sua vida particular quanto ao âmbito trabalhista (BRASIL, 2016).

Além disso, observa-se no artigo 58 da CLT (Consolidação das leis do trabalho) que “A duração de trabalho, para os empregados, em qualquer atividade privada, não excederá 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”, como refere-se o artigo 59 da CLT que estabelece o não excedente a 2 (duas) horas diárias, mediante acordo escrito entre as partes ou contrato coletivo (CLT, 2016).

Diante de tais fatos, segue julgado proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho pela 8ª turma, em 02/12/2015:

Ementa: **DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS.** O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido. (voto da lavra do Desembargador José Felipe Ledur proferido no processo no. 0002125-29.2010.5.04.0203).

Ao analisar a Constituição, nota-se que é possível utilizar o disposto no artigo 1º, III e IV e artigo 6º para reparar danos extrapatrimoniais. Tem-se também amparo à indenização no âmbito trabalhista, segundo o artigo 8º, parágrafo único da CLT, que autoriza a aplicação subsidiária ao direito comum. Havendo o excesso de trabalho, aplica-se os artigos 58 e 59 da CLT para comprovar o dano e, assim, buscar o amparo ao prejuízo causado.

Diante de tais fatos, observa-se que, para conseguir o dano moral existencial, o trabalhador terá que provar que teve privação de sua vida social, deixou de conviver com sua família para atender exigência da empresa em que está laborando, somente deste modo, terá direito a indenização pelos danos causados.

O julgado acima é um exemplo no qual, o trabalhador teve que provar o dano causado, no caso a jornada excedente do limite legal, o qual foi caracterizado o seu excesso, dando assim provimento ao pedido do reclamante, com fundamento no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual decorre o livre desenvolvimento do trabalhador, livre direito ao seu projeto de vida.

Sendo assim, conclui-se que para ter direito ao dano moral existencial, quanto ao dano moral em si, o trabalhador necessita de uma ligação entre empregador/empregado, na qual o empregado está subordinado a seguir regras conforme determinado pelo empregador, e quando houver o abuso do direito como: angústia, sofrimento, excesso de trabalho, privação da vida social do trabalhador, caberá a este indenizar.

Amaro Alves de Almeida Neto conclui que:

(...) toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, sem 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 sujeito as normas legais de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer de sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito a sua expectativa aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais desde os mais singelos até os mais grandiosos, tem o direito a uma infância feliz, a construir 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 suas crenças, 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 (2005, p.21-53).

Conforme expõe o doutrinador, o ser humano tem direito de programar sua vida, de realizar seus objetivos, traçar seus projetos, sem a interferência de ninguém. Mostra que todos temos direitos a uma infância, direito em construir uma família, adquirir capacitações técnica, direito ao trabalho para trazer o sustento a sua família, mas de forma correta, fazer o horário conforme estabelece a lei, assim podendo ter seus direitos protegido.

2.1.4 Dano moral *in irepsia* (presumido).

Dano moral *in irepsia* (presumido) caracteriza-se mediante um dano que, segundo o STJ (Supremo Tribunal de Justiça), a indenização ocorrera de acordo com a extensão deste dano, que deve ser provado e demonstrado o fato ocorrido.

Diante de tal fato, analisa-se a jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - DANO EXISTENCIAL - DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA NESSES DOIS ASPECTOS - NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA - ÔNUS PROBATÓRIO DO RECLAMANTE. (TST: RR- 523-56.2012.5.04.0209).

Nesse caso, o dano existencial foi reconhecido, cujo ônus foi a sobrejornada efetivamente praticada pelo reclamante, porém não se consegue comprovar que devido ao excesso de jornada ocorreu prejuízo ao seu projeto de vida, trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu de forma concreta, em face as ausências das provas.

Existem várias jurisprudências com o mesmo ponto de vista das quais cito:

O julgado RR - 154-80.2013.5.04.0016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015, foi conhecido e provido.

O caso nesse recurso foi referente ao dano existencial causado ao empregado, a jornada de trabalho extenuante e jornadas alternadas, no relato o ministro informa que o direito brasileiro comporta uma visão ampla do dano existencial, informa que a sobrejornada excessiva pelo empregador, pode caracterizar o dano existencial, desde que comprovado que essa sobrejornada foi extrema, demonstrando assim o comprometimento do projeto de vida do empregado. Assim sendo, foi aceito o recurso de revista e dado as exigências ao empregado para provar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo de modo de afetar o seu projeto de vida.

O segundo julgado RR - 105-14.2011.5.04.0241, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 07/05/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DANO MORAL - EXCESSO DE JORNADA Ante a constatação de divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do recurso denegado. II - RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - EXCESSO DE JORNADA A exigência de trabalho extraordinário, por si só, não demonstra a ocorrência de conduta ilícita a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso de Revista conhecido e provido.

Ambos os julgados citados verificam que os provimentos dados foram para excluir o pagamento da condenação ao dano existencial, pois para a demonstração do dano causado depende de que os atrasos tenham causado danos efetivo a vida do trabalhador, fato este que deixou de ser comprovado.

Sendo assim, pode-se concluir que para o TST (Tribunal Superior do Trabalho) o dano existencial não é *in repisa* (presumido), havendo, portanto, a necessidade de sua efetiva comprovação através de provas documentais e testemunhais que apresente a efetiva restrição, limitação causada ao seu projeto de vida, caracterizando assim o dano.

2.1.5 O dano existencial na jurisprudência trabalhista.

Conforme Fernanda Muraro Bonato (2014): Essa categoria representa uma espécie de dano moral que foi desenvolvida pela jurisprudência Italiana, mas vem sendo acolhida pelo Tribunal brasileiro, em especial, na esfera trabalhista.

Em sua maioria, as indenizações são deferidas pelo motivo de os tribunais entenderem que mesmo nas questões das horas extras remuneradas se realizada em excesso, no caso, ultrapassando 15 horas diária, caberá o dano existencial, ou no caso de não concedida as férias, havendo uma jornada excessiva, trabalhando final de semana, feriados, o trabalhador estará deixando de ter seu convívio familiar, social, assim caracterizando o dano.

Diante de tais fatos, segue alguns julgados para análise:

Julgado: TRT4- Recurso ordinário nº 0001420-60.2012.5.04-0009, o Tribunal considerou a jornada de 12 horas diárias como excessiva, trazendo prejuízo ao convívio familiar e interação social, julgando assim procedente o dano existencial, no qual a empresa foi sentenciada a pagar o valor de R\$ 5.000,00, considerando que o contrato equivale a 6 meses de trabalho.

Já o julgado TST-RR-727-76.2011.5.24.0002, trata-se de um economista que ficou 9 (nove) anos sem suas respectivas férias e será indenizado por dano existencial. Foi julgado pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho o qual condenou a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul – CASSESMS a indenizar em R\$ 25 mil reais a um economista de Campo Grande que estava a 9 (nove) anos sem tirar férias. O ministro Hugo Carlos Scheuermann, ressaltou que a questão não se referia a não concessão de férias e sim a violação de seu direito a férias.

Assim o julgado do TST - RR 1291520135040001 informa que:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a imposição ao empregado de jornada excessiva, por si só, não implica ato ilícito que enseje o pagamento de indenização a título de dano existencial, especialmente quando não comprovado o prejuízo que lhe tenha advindo, ônus que cabe ao trabalhador por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. A decisão regional contraria a Súmula 219, I, do TST, na medida em que o Reclamante não está assistido pelo sindicato de sua categoria profissional. Recurso de Revista conhecido e provido.

Portanto, observar-se que a aceitação desta jurisprudência tem aumentado na esfera trabalhista, e que o dano moral existencial está bem discernido do dano moral, pedido com mais frequência nas ações trabalhistas. Pode-se analisar que o dano moral existencial vem ganhando

espaço no mercado, bem como sendo estudado e utilizado quando realmente houver necessidade, dessa forma faz-se com que as empresas (proprietárias) tenham mais cautela ao contratar um empregado para, posteriormente, não responder por seus atos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtudes dos fatos mencionados, é possível analisar que o dano existencial gerado ao empregado pela inobservância das leis trabalhista constitui várias consequências para a vítima. O maior exemplo que temos é o constrangimento pela exigência compulsória de horas extras, o qual afeta o desempenho físico, mental e psicológico do empregado, deixando o mesmo de ter uma vida social, um convívio familiar dentre outras coisas o qual se priva para satisfazer o desejo do empregador.

Para a concretização do dano moral existencial, depende do caso concreto, que evidenciado o excesso de trabalho, a restrição ao convívio familiar, social, dentre outros, já são meios para a sua comprovação.

A Justiça do Trabalho, por meios de suas decisões, vem tentando coibir essas ofensas causadas ao empregado, os que laboram, buscando assim, talvez, o desrespeitos causados ao empregado possa ser inibido, possibilitando que o ser humano possa viver com dignidade, lutar pelos seus ideias em condições de igualdade perante ao próximo, não se privando a uma empresa e sim poder ter horários dignos conforme determinado na legislação, sobrando assim tempo para poder realizar seus sonhos.

Para tanto, verifica-se que conforme as jurisprudências o dano moral existencial necessita de comprovação para que seja concedido ao empregador, não basta somente o mesmo informar que está sendo privado do seu convívio familiar, de sua vida social, e sim que há a necessidade de que seja provado que realmente houve a privação de seu convívio familiar para que seja concedido a indenização por dano existencial.

Sendo assim, o dano moral existencial nada mais é que um dano causado ao indivíduo que sofre limitações em seu convívio familiar, em sua vida social, trazendo assim prejuízo ao seu projeto de vida.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 2013.

BEBBER, Júlio César. **Dano extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial)**. São Paulo: Revista LTR, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Revista dos Tribunais, nº 32, 1993.

BONATTO, Fernanda Muraro. **O reconhecimento do dano existencial na jurisprudência trabalhista**. Jornal do Comércio, Caderno Jornal da Lei – 24/06/2014. (artigo).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada e ampliada até 30/12/2015. Nesta edição adendo especial com os textos originais dos artigos alterados. Vade Mecum RT, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, RR 105-14.2011.5.04.0241, Relator Convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 07 de maio de 2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, RR - 154-80.2013.5.04.0016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, RR – 727-76.2011.5.24.0002, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 28/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013) TST-RR-727-76.2011.5.24.0002.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, RR - 129-15.2013.5.04.0001, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 02/12/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *in*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v.1, 1993.

DICIONÁRIO **BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA**. São Paulo: Encyclopaedia britannica do Brasil, V.3. 1987.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas, **O dano existencial e o direito do trabalho**, Revista Magister de Direito do Trabalho, Porto Alegre, Ed. Magister, v.10, n.57 (nov./dez. 2013).

GUEDES, Marcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

FROATA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Jus Navigandi Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20349>.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi **Dano existencial no direito do trabalho**: Revista Eletrônica Tribunal Regional do Paraná, v. 02, nº 22, setembro de 2013, Curitiba, Paraná.

MARTINS, Sergio Pinto **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, 3 ed. Borsou, Rio de Janeiro, 1971.

NETO, Amaro Alves de Almeida, **Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana**, REVISTA DE DIREITO PRIVADO, São Paulo, Revista dos Tribunais v.6, n ° 24 out/dez 2005.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O direito pessoal no do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAMOS, Erasmo Marcos. Estudo comparado do **direito da personalidade no Brasil e na Alemanha**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, nº. 799, maio 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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

SCHEREIBER, Anderson, **Direitos da Personalidade**, 2ª edição, São Paulo, 2013, Editora Atlas.