

O DANO EXISTENCIAL E A PROVA

Kleber Henrique S. Afonso

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília -
UNIVEM.

Especialista e Pós-Graduado em Direito, pelo Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários - IBET e Faculdade de Economia, Administração
e Contabilidade de Ribeirão Preto - FEA-RP/USP .

Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba -
UNIMEP (1998).

Resumo

O presente trabalho busca estabelecer uma linha entre a infração meramente contratual como reparação de indenização patrimonial e a prática de ato ilícito com projeção fora do contrato de trabalho atingindo direitos mínimos sociais do trabalhador, mormente, em relação ao projeto de vida e no convívio familiar/social, como reparação extrapatrimonial. Apontar características para que possa efetivamente sair da zona de conforto da infração contratual e passar a afrontar o direito fundamental do trabalhador e quanto a prova necessária para a configuração do referido dano.

Palavras-chaves: Jornada de trabalho; Excesso; Direito social; Dignidade da pessoa humana; Dano existencial.

1. Introdução

O Direito do Trabalho, em preocupação com o direito fundamental relacionado ao ambiente de trabalho, visando assegurar a vida saudável fora do ambiente laboral.

A preocupação do Direito do Trabalho com a obediência aos direitos trabalhistas tem como finalidade assegurar ao trabalhador o meio ambiente de trabalho saudável, evitando-se prejuízo de ordem de saúde, seja física ou psicológica e, da mesma forma, assegurar a possibilidade ao trabalhador ao lazer, educação e convívio com a família.

Um exemplo, se verifica em relação a jornada de trabalho.

Assim, não obstante o pagamento das horas que excedem a jornada, acrescido de adicional de hora extra, artigo 7º, inciso XIII da CF/88 e artigos 58 e seguintes da CLT, *o excesso prolongado pode gerar graves consequências ao trabalhador, originando problemas de saúde (físico ou psicológico) e também restringindo direito fundamental relacionado ao lazer, educação, convívio familiar, restringindo o projeto da própria vida ou da vida em relacionamento.*

No entanto, não pode ser considerado tal dano como presumido e nem mesmo atribuído o ônus da prova ao empregador.

Diante disso, o Poder Judiciário passou a se deparar com pedidos de indenização na modalidade de dano extrapatrimonial, com fundamento na Legislação Comum, artigos 186 e 927 do Código Civil e artigo 5º, *caput* e inciso X, da CF/88 e atualmente artigo 223-B da CLT, cujo fato gerador é jornada em excesso.

Partindo dessa nova modalidade de dano, inclusive, prescrita no art. 223-B da CLT e os entendimentos diversos da jurisprudência é que se pretende desenvolver o presente trabalho, com o fim de demonstrar o efeito dano com **a restrição** *ao projeto de vida e/ou vida em relação* do trabalhador e a necessidade do trabalhador comprovar, evitando-se a banalização do instituto.

2. Do fundamento da República Federativa do Brasil

A Constituição Federal institui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, inciso IV, do citado dispositivo constitucional.

Além deste fundamento, a Constituição Federal dispôs nos artigos 5º e 6º *os direitos e deveres fundamentais*, assegurando *direito à igualdade e à inviolabilidade à intimidade, à vida privada*, entre outros, assim como os direitos sociais mínimos *à educação, a saúde, lazer*, entre outros.

O artigo 7º da norma constitucional assegura, *em se tratando de trabalhador*, o mínimo para garantia a dignidade, inclusive, apresentando normas restritivas com o fim de evitar abuso do Poder Econômico, tais como, com a limitação da jornada de trabalho para proteger à **saúde, educação e o lazer**, os três que será focado no artigo.

É neste cenário que as relações laborais devem se pautar e o contrato firmado de boa-fé, respeitar os direitos e deveres das

partes contratantes, *sem que ocorra o abuso ou afronta a direitos mínimos constitucionalmente assegurados*, sob pena de surgir para o infrator o *dever de reparar pelo dano causado*, nos termos assegurados pela própria Constituição Federal, parte final do art. 5º, inciso X, e os dispositivos infraconstitucionais do nosso Direito Comum, artigos 186 e 927 e art. 223-B da CLT, além atual entendimento jurisprudencial.

3. Da relação laboral empregatícia e os limites dos poderes do empregador

A relação em estudo diz respeito à contratual disciplinada pelos artigos 2º e 3º da CLT, sendo aqui o sujeito trabalhador que dispõe da mão de obra onerosa e subordinado em favor do empregador, que é o detentor do Poder Econômico, paga salário e assume o risco da atividade econômica.

É importante colocar que por assumir o risco da atividade econômica, são-lhe assegurados alguns poderes dentro da relação empregatícia, que lhe permitem pequenas variações (*jus variandi*), sem anuência do trabalhador e sem que decorra alteração lesiva do contrato prevista no art. 468 da CLT, sendo eles: *poder de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinar*.

Em se tratando de jornada de trabalho, título utilizado de forma exemplificativa, permite uma flexibilização, mas sempre respeitando os limites e afronta ao direito mínimo do trabalhador.

Dentro dos citados poderes, em se tratando de jornada de

trabalho, podemos destacar o **poder de direção** que está ligado diretamente ao poder que o empregador possui de organizar a estrutura empresarial, pois, conforme consta do art. 2º da CLT, é o empregador que assume o risco da atividade econômica.

Já o **Poder de Regulamentação** está vinculado à fixação de *normas e regras disciplinadoras* da relação empregatícia e o **Poder de fiscalização** vinculado as prerrogativas deferidas ao empregador com o intuito de fiscalizar e de controlar a atividade desempenhada pelo empregado e, por fim, o **Poder Disciplinar** que está ligado à prerrogativa que possui o empregador de aplicar **sanções**, tais como as por costumes (advertências, que podem ser verbais e escritas) ou as previstas na lei (suspensão ou justa causa).

Mesmo diante de tais poderes e da possibilidade de flexibilizar a jornada de trabalho, o certo é que possuem restrições nos limites nos direitos da personalidade, direitos sociais e nos fundamentais, cujo *abuso* pode acarretar uma afronta ao mínimo existencial.

Neste cenário de direitos e limites, cabe ao julgador **analisar a lesão posta** e, diante de um processo legal, proferir uma decisão que atenda a uma solução justa do conflito, com critérios de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, com supedâneo na prova.

4. Dos direitos fundamentais

O direito fundamental é aquele que tem como fim assegurar o direito da personalidade, direitos sociais e, na relação de trabalho, os mínimos previstos no art. 7º da Constituição Federal.

Acompanhando o ensinamento Ilse Marcelina Bernardi Lora¹: “Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana entrelaçam-se fortemente”.

Assim, verifica-se que o direito fundamental visa assegurar os direitos mínimos da pessoa humana, assim temos como direito fundamental, portanto, o direito social prescrito no artigo 6º da CF.

Nosso trabalho dará ênfase ao direito à saúde, educação e lazer.

Em relação ao liame laboral, os direitos prescritos no artigo 7º da norma constitucional, constituído num cenário mínimo de trinta e quatro incisos, assegura ao trabalhador, uma vez respeitados, atingir os direitos sociais citados no artigo 6º.

Nas lições da professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar²:

A noção de direitos sociais fundamentais encontra-se estreitamente ligada ao que se denomina de garantia de um mínimo existencial. Trata-se o direito fundamental às condições materiais imprescindíveis à fruição de uma vida digna.

Portanto, o fundamento da dignidade nos leva a interpretar,

¹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária* São Paulo. v. 284, fev/2013, p.11.

² NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial – trabalho digno e sustentável – o caso dos maquinistas. *Revista LTr*. São Paulo. ano 77, maio/2013, p. 77-05/536-539.

analisando-se o caso concreto em que se busca a proteção dos direitos fundamentais, precisamente para efeito de caracterização de Dano Existencial decorrente da jornada excessiva, eis que deve ser levada em consideração alguns fatores, a exemplo, *quantidade de hora trabalhada em excesso, período que o trabalho em excesso ocorreu, se acarretou ausência de intervalos e ainda a frustração de projeto de vida fora do trabalho ou da vida em relacionamento*, para evitar que a infração contratual, por si só, gere direito a indenização além da patrimonial.

5. Da jornada de trabalho

Para efeito do exemplo utilizado no presente trabalho, citamos que, entre os direitos mínimos assegurados pelo artigo 7º da CF, há alguns incisos destinados à jornada de trabalho, que corresponde às horas que o trabalhador presta serviço ao empregador, tendo também como serviço, a hora que o trabalhador esta a disposição, aguardando ou executando ordens, art. 4º da CLT.

Não temos a intenção de *explorar* conceitos de jornada de trabalho e nem mesmo as *modalidades*, tão apenas citá-la como um exemplo, cujo excesso e abuso, *se frustrar o projeto de vida ou a vida em relação do trabalhador pode caracterizar dano patrimonial e extrapatrimonial, entre ele o existencial*.

A questão relacionada à jornada de trabalho encontra-se fundamento nos incisos XIII, XIV e XVI, além dos intervalos, inciso

XV e XVII, dos do art. 7º da CF, na norma infraconstitucional, no Capítulo Duração de Trabalho da CLT, arts. 58 até 75, além do descanso anual no Capítulo das Férias Anuais, arts., 129 até 145 da CLT.

A limitação proibindo o excesso, como a redução da jornada de trabalho, é sempre visto com vitória ao trabalhador, não obstante o atual art. 611-B da CLT, parágrafo único, acrescido com a Lei 13.467/2017 disciplinou que as regras sobre duração de trabalho e intervalos não são consideradas normas de saúde (o presente trabalho não tem o fim de construir uma crítica ao referido dispositivo).

A jornada de trabalho, não obstante permitir em algumas situações a flexibilização, sempre esta atenta a limitação e obediência de requisito legal para validade da flexibilização.

Diante de todo esse cenário legislativo quanto à jornada de trabalho, seus limites e seu trajetória de conquista dos trabalhadores, é que se nota a preocupação do Direito com o excesso e abuso de jornada, cuja reparação perante o Poder Judiciário passa também a ser vista como dano extrapatrimonial, se, afrontar direito social, na modalidade de Dano Existencial surgido do Direito Italiano e positivado no art. 223-B da CLT.

6. Do Dano existencial

O nosso ordenamento jurídico prevê forma de reparação por ilícito civil, artigo 5º, inciso X da CF/88, artigos 186 e 927 do CC e

art. 223-A e seguintes da CLT.

Assim temos no âmbito da responsabilidade civil a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Recentemente passou-se a incidir no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista ações envolvendo *dano existencial*.

Dano este que tem origem na doutrina italiana e surgiu como forma de reparação de dano extrapatrimonial decorrente de ato ilícito civil e que com a Lei 13.467/2017 passou ser positivado no art. 223-B da CLT.

O dano existencial visa reparar o ato ilícito civil praticado pela parte que tem o condão *de frustrar projeto de vida ou a vida em relação da pessoa humana*.

Desta forma, enquadra o ato ilícito, por exemplo, decorrente de *acidente de trabalho com lesão física permanente que impossibilite de desfrutar dos direitos mínimos existenciais, como lazer ou com morte que priva o ente de viver com os genitores e até dos estudos, etc., desde que fique comprovado a frustração ao projeto de vida ou da vida em relação*, não permitindo referida modalidade por presunção.

No âmbito do direito do trabalho passou a verificar se determinados comportamentos do empregador refletem em ações fora do contrato, por exemplo, se a jornada excessiva, quando desarrazoada, afronta ou não o direito social a saúde, lazer e o convívio com os familiares.

O que restou muito bem esclarecido por Hidemberg Alves da

Frota³:

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

Nas lições da doutrina, o dano existencial tem como base o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relações, devendo ser um projeto de vida razoável e nada irreal.

Para a caracterização, continua Frota⁴:

Podem resultar em *dano existencial* incidente cuja repercussão seja de tamanha magnitude a ponto de viabilizar relacionamentos de cunho familiar, afetivo-sexual ou profissional (*dano à vida de relação*) e/ou fulminar metas e objetivos de importância vital à autorrealização (*dano ao projeto de vida*), resultando no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes.

Desta forma, nota-se que o dano deve ter repercussão do ponto de vista a inviabilizar um projeto de vida *provável* de ser atingido e não irreal ou impossível de ser concretizado.

Em outras palavras, mas de mesma importância para a

³ FROTA, Hidemberg Alves. Noções Fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo v. 284, fev/2013, p.22-23.

⁴ *Op. cit.* p. 26

compreensão do tema ainda novo, transcrevemos as lições dos professores Jorge Cavalcante Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga⁵:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Portanto, para a configuração, há necessidade da presença de uma frustração na liberdade de escolha ou da autorrealização e da relação da vida, não podendo a mera realização de jornada excessiva, presumir o referido dano.

Por se tratar de uma reparação civil, aplicam-se os mesmos requisitos necessários da reparação geral: ato ilícito, culpa ou dolo, nexos causal e o dano, aqui vinculado à frustração do projeto de vida e da vida de relação, que engloba de certa forma a *dor*, o *sofrimento*, **mas com o fato gerador relacionado a frustração de um projeto de vida ou da vida em relacionamento**, que pode ser configurado com a presença da jornada extremamente excessiva e desarrazoada, por longo período de contrato de trabalho.

⁵ FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária* São Paulo. v. 284, fev/2013, p. 38.

7. Da prova para caracterização do dano existencial

Tomando por cautela verificar a distribuição do ônus da prova e a prova concreta dos elementos necessários para configuração do dano existencial, que além dos elementos comuns da responsabilidade civil, tais como, ato ilícito, culpa ou dolo, nexos causal, **exige a prova de que o dano seja no sentido de frustrar do projeto de vida razoável e da vida em relação.**

Dessa forma, se decorrente da jornada excessiva, temos que buscar prova convicta da abusividade do excesso, do prolongamento do excesso e a consequência na vida do trabalhador, ao ponto de, provocar a frustração de vida e de afrontar direito social sustentado, como a saúde, lazer e educação.

Caso contrário, estar-se-á, sem sombra de dúvida, incentivando novo requisito de petição inicial trabalhista.

Por isso a necessidade de análise criteriosa e de se utilizar da ponderação para julgamento, evitando-se a banalização.

A respeito da prova do dano existencial ainda há muito para ser discutido, no entanto, é certo que quando se tratar de dano originário da matéria relacionada ao direito do trabalho, exemplo: jornada em excesso, não cabe ao julgador analisar apenas a infração da legislação trabalhista e, com isso, *presumir* o dano existencial, pois este exige uma convicção além da infração trabalhista, **vez que se volta para a frustração com certa magnitude do projeto de vida razoável e da vedação da vida em relação**, *privando de um futuro que demonstra ter sido programado* e, devido a ato ilícito praticado pela empresa, não foi possível

concretizar-se e nem mesmo permitiu-se a relação com a família ou vedou de gozar dos direitos mínimos sociais, como lazer.

O conjunto probatório deve ser verificado na totalidade e não a infração trabalhista em separado, para somente assim concluir pela caracterização do dano existencial.

Neste contexto, a prova cabe a quem alega, utilizando-se, em primeiro momento, o ônus aplicado no processo do trabalho, quanto a infração trabalhista, artigo 818 da CLT, Súmula 338 do Colendo TST e, **no segundo plano**, cabe aplicar a regra da distribuição do ônus da prova referente à responsabilidade civil de comprovar o dano quanto à frustração do projeto de vida e da vida em relação, atribuindo exclusivamente ao trabalhador, sob pena de configurar prova diabólica ao empregador.

Assim, quando se falar em dano existencial decorrente da relação empregatícia, a prova, teria dois estágios, o primeiro aplicando-se a regra do ônus para demonstrar o ilícito trabalhista; o segundo, a distribuição para se comprovar o dano à vida que era projetada e que foi interrompida por culpa do infrator, sob pena de banalizar o pedido de tão instituto.

8. Conclusão

O Direito do Trabalho passou a se deparar com nova interpretação das relações particulares e uma nova modalidade de dano na relação laboral, o chamado **dano existencial**, que visa à reparação da ofensa aos direitos fundamentais, *desde que ocorra uma frustração ao projeto de vida e da vida em relação deste trabalhador, através de ato ilícito praticado pelo empregador.*

Para não se tornar uma banalização, caberá ao julgador ponderar o caso concreto, valorando a razoabilidade e a prova, com o respectivo ônus, precisamente quanto ao dano que gera o dano existencial.

9. Referências Bibliográficas

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

_____. A tutela dos direitos de personalidade no direito do trabalho brasileiro. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo. v. 25, jul/ago 2008, p. 17-44.

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

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

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

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

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial – trabalho digno e sustentável – o caso dos maquinistas. *Revista LTr*. São Paulo. ano 77, maio/2013, p. 77-05/536-544.