

DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS (HORIZONTAIS E VERTICAIS) DE CONFIGURAÇÃO

André Araújo Molina*

1 – INTRODUÇÃO

Ao final da Segunda Guerra Mundial, barbarizados pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista, a comunidade jurídica internacional engajou-se em um pacto pela prevalência dos direitos humanos, cujo traço mais evidente foi a migração da dignidade da pessoa humana do discurso filosófico para o jurídico, com a sua incorporação na Carta das Nações Unidas de 1945, na Constituição italiana de 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e, entre nós, na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 1º, III), ocupando a centralidade dos sistemas jurídicos dos países democráticos¹.

Funcionando como fundamento jurídico dos Estados Democráticos, deriva da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais positivados pelas Constituições representam suas especificações nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias prestacionais e protetivas aos casos especiais. Peter Häberle nos ensina que no sistema constitucional alemão os direitos fundamentais subsequentes (indivi-

* *Doutorando em Filosofia do Direito (PUC-SP); mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP); especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil (UCB-RJ); bacharel em Direito (UFMT); diretor e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 23ª Região (Esmatra XXIII); professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMT; juiz do trabalho titular na 23ª Região.*

1 “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85.988-PA [MC] – Relator Ministro Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.05)

dualmente considerados), assim como os objetivos estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço².

O próximo passo foi reconhecer a força normativa da dignidade humana e a sua aplicação direta nas relações jurídicas, sem necessidade de intermediação legislativa ordinária, ainda que se reconheça que o ideal é que o legislador o faça, seja na relação entre cidadão e Estado (eficácia vertical), mas também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)³. O reconhecimento das eficácias da dignidade humana e dos direitos fundamentais nas relações privadas, incluindo as de trabalho, também proporcionou constatar a possibilidade fático-jurídica de sua violação, cuja principal repercussão são os danos morais indenizáveis. A professora Maria Celina Bodin de Moraes, grande estudiosa no tema dos danos à pessoa humana, aprofunda o conceito objetivo de danos morais para condensar sua lição na seguinte passagem:

“Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem ou conformam a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: I – liberdade, II – igualdade, III – solidariedade e IV – integridade psicofísica de uma pessoa. (...) A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos, à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.

2 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

3 Peter Häberle faz derivar a tese da eficácia horizontal da dignidade humana, especificamente quanto às suas duas esferas de proteção. Diz ele que “a dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e *contra* a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade)” (Op. cit., p. 89). Para maiores aprofundamentos, consultar: MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 3. p. 65-142.

Quando a dignidade é lesada, há que se reparar o dano injustamente sofrido.”⁴

Especificamente nas relações de trabalho, os trabalhadores são sujeitos ativos da proteção da dignidade humana, bem como são detentores de direitos fundamentais, inclusive os próprios empregadores, em alguma medida e no que lhes couber em relação às pessoas jurídicas, também são destinatários de direitos fundamentais, tornando, com isso, as relações especiais de trabalho solo fértil onde frutifica a eficácia dos direitos fundamentais, com violações, de parte a parte.

Segue que, pelo conceito constitucionalizado e objetivo de dano moral enquanto violação direta da dignidade humana, as demais violações de direitos fundamentais que não a dignidade humana diretamente geram a configuração dos novos danos que não se confundem com os danos morais, entre eles os danos existenciais. Dito de outro modo, as violações dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nas relações de trabalho instauram variadas relações jurídicas de responsabilidade civil pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, inserindo-se nesse último gênero a espécie dos danos existenciais⁵.

Essa última premissa propicia a conclusão de que poderá haver violações de uma infinidade de direitos fundamentais não só daqueles relacionados ao direito de desconexão do trabalhador (limitações de jornada, férias, etc.), mas tantos outros que, causando frustração aos projetos de vida ou à vida de relações, configuram os danos existenciais, como, para ficar em um exemplo, o acidente de trabalho que, ao lado das consequências de danos materiais, danos morais e danos estéticos, pode causar danos existenciais no vitimado, na medida em que pode retirar dele o direito de autodeterminação em relação aos seus projetos de vida. Entretanto, em atenção à estrutura do texto em forma de artigo, que

4 MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, v. 413, jan./jun. 2011, p. 361-378.

5 A nossa pesquisa acerca dos danos existenciais como decorrência direta da violação dos direitos fundamentais incidentes nas relações de trabalho é resultado do diálogo acadêmico com o Professor Doutor Flávio da Costa Higa, representando um ponto de intersecção entre a nossa linha de pesquisa acerca dos direitos fundamentais (MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013; MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. São Paulo: 2015, no prelo. Tese [Doutorado em Filosofia do Direito]. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e a dele acerca da responsabilidade civil (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil*: a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012; HIGA, Flávio da Costa. *Os punitivos damages no direito do trabalho* adequação e comparação. São Paulo, 2013. Tese [Doutorado em Direito do Trabalho]. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo). Agradeço ao amigo, inclusive, pelo acesso à parte do material bibliográfico, mormente as decisões da Corte de Cassação e da Corte Constitucional italiana, bem como suas críticas e sugestões para o aprimoramento da pesquisa.

pretende ser monográfico, fizemos um corte metodológico para tratar apenas dos danos existenciais causados por jornada excessiva, avançando para sugerir critérios objetivos para sua configuração.

2 – DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA

Em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse juridicamente protegido. Referida violação repercute sobre a vítima, podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado. Pode haver violação de uma coisa, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que não se define o gênero dos danos em função de quem é atingido pela violação – coisa ou pessoa –, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito. Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos patrimoniais (coisas), repercute sobre as vítimas nas esferas patrimonial (perdas e danos) e extrapatrimonial (integridade psicológica – danos morais).

A propósito do tema, o professor Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos ao projeto de vida, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos) como os danos às coisas (danos objetivos) podem ter, indistintamente, consequências patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências⁶.

Na experiência doutrinária brasileira as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais como danos morais. Essa experiência dogmática foi recolhida pela Constituição Federal de 1988,

6 “Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar em dinero tales consecuencias.” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. *Cuadernos de Derecho*, n. 03, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993)

no art. 5º, V⁷ e X⁸, e, mais recentemente, no art. 186 do Código Civil⁹, no qual o legislador utiliza as expressões “danos materiais” e “danos morais”. Especificamente no art. 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecerem os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano (Súmula nº 387 do STJ).

Recentemente, parte da doutrina civil brasileira, inspirada na experiência dogmática e jurisprudencial italiana – pioneira no trato jurídico da dignidade humana e sua incidência nas relações privadas, visto que a Constituição italiana de 1948 foi a primeira que reconheceu juridicamente a dignidade como fundamento central do sistema –, recolheu a classificação peninsular para divisar o grande gênero das repercussões extrapatrimoniais dos danos em variadas espécies, entre as quais os danos morais, danos biológicos e os danos existenciais.

O Código Civil italiano de 1942 previa originalmente no art. 2.043 que deveria haver ressarcimento do dano injusto por parte daqueles que cometeram um fato doloso ou culposo. E mais a frente, no art. 2.059, havia previsão de que os danos não patrimoniais (*danni non patrimoniali*) deveriam ser ressarcidos somente nos casos determinados em lei¹⁰. Da previsão seguiu-se o primeiro entendimento de que quanto aos danos extrapatrimoniais havia um rol taxativo, somente admitindo o ressarcimento civil quando a violação amoldava-se também a uma previsão expressa do Código Penal. Dito de outro modo, constituindo também crime o ato ilícito, estava autorizado o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, além das repercussões patrimoniais, nas ações de responsabilidade civil.

A partir de uma leitura do art. 2º da Constituição italiana de 1948¹¹ – isto é, interpretando o Código Civil de 1942 à luz dos direitos fundamentais da nova Constituição –, houve uma reação doutrinária à limitação legislativa para reconhecer que, embora os danos não patrimoniais ou danos morais, genericamente falando, precisassem de fato típico criminal, haveria, ao seu lado, diversas outras violações de direitos constitucionais, como o direito à saúde

7 “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por *dano material, moral ou à imagem*;”

8 “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo *dano material ou moral* decorrente de sua violação;”

9 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

10 “Art. 2.059. *Danni non patrimoniali*. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.” (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)

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

(art. 32 da Constituição italiana), que geravam também outros danos, então batizados de danos biológicos.

A interpretação evolutiva foi acolhida pela Corte Constitucional¹².

Em um segundo momento, a doutrina avançou para concluir que dentro do novo conceito de danos biológicos estavam inseridas situações bastante diversificadas, que não guardavam mais direta relação com o direito constitucional à saúde. Foi quando os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz divisaram os danos biológicos dos danos existenciais (*danno esistenziale*)¹³. Os últimos seriam caracterizados a partir da violação da existência do sujeito, em certos aspectos de sua vida social e familiar; seriam detectáveis nos impedimentos sofridos pela vítima em relação às atividades que contribuem para o seu desenvolvimento pessoal. Enquanto o dano moral era verificável por um sofrimento da vítima, por sua vez os danos existenciais por um “não fazer”, a frustração dos projetos de vida (*perturbamento dell agenda*).

Mais uma vez a Corte de Cassação italiana avançou para reconhecer a divisão entre os danos biológicos e os danos existenciais¹⁴.

Também em outros países a frustração aos projetos de vida e à vida de relações desencadeia repercussões extrapatrimoniais autônomas, como o *préjudice d'agrément* na França, a *loss of amenities of life* do direito inglês e estadunidense, a *perdre de jouissance de vie* na Província do Quebec-Canadá, a frustração do projeto de vida da pessoa no Peru e os danos existenciais em Portugal, culminando com a adoção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se no sistema jurídico italiano reconhecem-se os danos patrimoniais, morais, biológicos e existenciais, em nosso sistema jurídico brasileiro – porque decorrente da vontade constituinte do art. 5º, V e X, além de todo o rol de direitos e garantias fundamentais que incidem nas relações entre particulares – também há a recepção das três espécies de danos extrapatrimoniais: morais, biológicos (estéticos, aqui em nós, ainda que os danos biológicos italianos conformem um conceito muito mais amplo que os danos estéticos, englobando-os) e existen-

12 “Il danno – biologico (o fisiologico) é danno specifico, é un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo é, invece, un genere di danno – conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno – conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità, é il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici.” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n 184, del 14 luglio 1986)

13 CENDON, P.; ZIVIZ, P. *Il danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2000; CENDON, P.; ZIVIZ, P. *Il risarcimento del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2003.

14 Corte de Cassação (Decisões ns. 6.572, de 24.03.06, e 26.972, de 11.11.08).

ciais. O próprio art. 186 do Código Civil brasileiro reconhece que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ou seja, o nosso sistema de responsabilidade civil é aberto, e não taxativo, bastando ao lesado comprovar violação de direito, nexos causal e um dano em sentido amplo para obter o ressarcimento ou a reparação.

Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano existencial é espécie de danos extrapatrimoniais, inclusive que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais”¹⁵.

Amaro Alves de Almeida Neto conclui o seu estudo sobre o tema dizendo que o ser humano tem um direito fundamental constitucionalmente assegurado de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida, seja físico, psíquico ou social. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, a estudar e adquirir capacitação técnica, a obter o seu sustento e o seu lazer, a ter saúde física e mental, a ler, a praticar esporte, a divertir-se, a conviver com os seus amigos, a praticar a sua crença e o seu culto, a descansar na velhice, enfim, a 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 vida¹⁶.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que um cidadão colombiano, injustamente torturado e preso, com posterior absolvição no processo judicial, teria tido os seus projetos de vida violados, na medida em que foi obrigado a deixar o país, sua família foi coagida, teve de mudar de trabalho, assim como outras condutas que impactaram seriamente seu patrimônio familiar. A Corte manifestou-se no sentido de que os atos ilícitos violaram os direitos humanos, mudaram radicalmente sua vida e causaram ruptura de sua personalidade e seus laços familiares. Ao final, para fixar a condenação em danos imateriais, esclareceu que “todos han padecido una grave alteración en

15 *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, jul./dez. 2012, p. 229-267.

16 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, n. 80, nov./dez. de 2012, p. 33.

sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida”¹⁷.

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetivista que adotamos e que já referimos no tópico introdutório –, há violação de outros direitos fundamentais, que têm a dignidade como seu antecedente remoto, como o direito ao lazer (art. 6º), à limitação de jornada (art. 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV), a gozo de férias anuais (art. 7º, XVII), ao acesso à educação fora do horário de trabalho (art. 205), ao acesso à cultura em seus momentos de lazer (art. 215), à realização de atividades desportivas (art. 217) e à convivência familiar (arts. 227 e 229), além de que atenta contra o direito de que toda “pessoa tem direito ao repouso e aos lazers, especialmente a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

A violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, de modo a afetar a vida de relações e os projetos de vida dos trabalhadores, causaria os danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho.

Recepcionando o dano existencial nas relações de trabalho, Júlio César Bebber o compreende como toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Fala-se existencial porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida compreenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial¹⁸.

Sônia Mascaro Nascimento igualmente reconhece que a frustração ao projeto de vida e à vida de relações pela conduta patronal ilegal gera os danos existenciais no trabalhador. “Isto porque este deixa de conviver com sua família, não tem mais tempo para o lazer e para o estudo, está mais suscetível de ser aco-

17 CIDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 12 de setembro de 2005, série C, n. 132, Relator Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

18 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr*, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

metido de doenças ocupacionais, dentre outros incontáveis prejuízos¹⁹. Diante dessa situação em que o trabalhador não mais consegue autodeterminar-se e planejar sua vida, será configurado o dano existencial. Para a autora, os casos mais comuns nas relações de trabalho são a exigência de jornada excessiva, reiterada e além dos limites legais, e a violação dos períodos de descanso.

O decisivo é verificar, no caso concreto, se se está diante de uma violação direta da dignidade humana, quando se configuraria o dano moral objetivo²⁰; se se está diante de violação da integridade física, em seus aspectos morfológicos exteriores, quando há danos estéticos; ou se se está diante de uma frustração dos projetos de vida do trabalhador, um prejuízo à sua vida de relações pessoais e familiares, pela privação de sua autonomia pessoal, causada pelo desrespeito aos seus direitos fundamentais ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de trabalho, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar, quando configurados os danos existenciais.

3 – CRITÉRIOS OBJETIVOS (HORIZONTAIS E VERTICAIS) DE CONFIGURAÇÃO

A Constituição Federal fixa a duração normal do trabalho em oito horas diárias e 44 semanais, facultando a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII). Densificando a norma constitucional, os arts. 58 e 59 da CLT confirmam os limites da jornada ordinária de trabalho e resguardam o direito de os empregados contratarem com os empregadores o acréscimo de horas suplementares, mediante alguns requisitos e observando limites.

A partir do texto do art. 59 da CLT, o intérprete constrói duas normas jurídicas distintas. A primeira acerca do acordo para prorrogação de jornada de trabalho (*caput*), cujos requisitos são o acordo individual escrito ou a norma coletiva, o limite de duas horas extras diárias e o interstício semanal para compensação. Por ser de pactuação mais flexível, mediante simples acordo individual escrito, caso os limites do interstício semanal sejam violados, considera-se como descaracterizado o acordo de prorrogação. Segue que, respeitados os limites de

19 NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 08, ago. 2014, p. 965-972.

20 “Como decomposição prática do conceito de dignidade humana nas relações de trabalho tem-se que, quando o magistrado trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade, estar-se-á atendido o requisito para a condenação em indenização por danos morais, individuais ou coletivos.” (MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*, p. 223)

DOCTRINA

ordem formal e material, é lícito ao empregador exigir o trabalho suplementar em até duas horas e pagar o equivalente com o adicional ou conceder folgas compensatórias semanais, na forma da interpretação jurisprudencial dominante (Súmula nº 85 do TST).

O Tribunal Superior do Trabalho entende que a prestação habitual de horas extras descaracteriza o acordo de compensação (Súmula nº 85, IV). Significa que, contratadas as partes a realização de horas extraordinárias e a compensação semanal, em caso de o total de horas suplementares não ser compensado na mesma semana, violando o outrora pactuado, fica esse descaracterizado. Se o labor se dá em uma hora extra de segunda a quinta-feira, com folga compensatória aos sábados, respeitando o limite semanal de 44 horas, o acordo é legítimo. Agora, se o labor se deu em duas horas extras por dia, de segunda a sexta-feira, havendo compensação parcial aos sábados e quitação das excedentes como extras, violando o limite semanal de 44 horas, e tal sistemática ocorrer com habitualidade, fica o acordo de prorrogação descaracterizado, sendo devido o adicional de 50% (quando não houver norma coletiva mais benéfica) em relação às horas suplementares trabalhadas e compensadas. Dito de outro modo, as compensadas aos sábados não serão pagas, mas apenas o adicional é devido. Já aquelas que extrapolarem o limite semanal serão quitadas, acrescidas do adicional.

Já o § 2º do art. 59 da CLT permite a construção da segunda norma jurídica sobre o tema de prorrogação de jornada. Introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, o sistema de compensação anual, conhecido como “banco de horas”, tem como requisitos a instituição por norma coletiva – vedando-se a contratação mediante acordo individual, verbal ou escrito –, o limite de duas horas extras diárias e o regime de compensação anual. Em relação ao banco de horas, caso os requisitos formais e materiais estejam atendidos, é direito subjetivo do empregador exigir a realização de atividade extra e compensar anualmente. A prestação habitual de horas extras, nessa hipótese, não descaracteriza o acordo de compensação.

Nas atividades insalubres, a implantação do regime de compensação de jornada demanda – em ambos os sistemas (semanal e anual) –, além do acordo individual escrito, do acordo coletivo de trabalho ou da convenção coletiva, também licença das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho (CLT, art. 60), respeitando-se como requisito para a licença a realização de exame nos locais de trabalho, de modo a verificar os métodos e processos de trabalho (Portaria nº 702, de 28.05.2015, do Ministério do Trabalho e Emprego). Desrespeitado o requisito especial, também fica descaracterizado o sistema

de compensação, sendo devido o adicional das horas extras já trabalhadas e já compensadas²¹. Ressalve-se que, durante a vigência da Súmula nº 349 do TST, cancelada em 31.05.2011, era admitida a compensação em atividade insalubre quando previsto em norma coletiva, independente de autorização do órgão administrativo, razão pela qual, em respeito ao princípio da proteção da confiança, as horas extras trabalhadas e compensadas até a data de 31.05.2011 consideram-se quitadas, não sendo devido sequer o adicional, por corolário não houve violação alguma à limitação da jornada legal nesses casos e durante o período de vigência da súmula.

A questão para fins de configuração dos danos existenciais por jornada excessiva é constatar a situação de que, mesmo com a implantação do sistema de prorrogação e compensação de jornada, ainda assim o empregador exige jornada além desses limites, no exercício de 11, 12, 13 horas diárias ou mais, cuja incidência verifica-se em algumas atividades especiais.

O julgador também deve verificar a limitação de jornada das profissões especiais, como a dos motoristas profissionais, na qual poderá haver prorrogação de jornada em até quatro horas diárias, mediante convenção ou acordo coletivo, na forma da Lei nº 13.103, de 2015, quando não haveria violação do direito material.

Importante reconhecer também que a jornada de trabalho é integrada não somente pelo trabalho efetivo, mas sobretudo pelo tempo à disposição (art. 4º da CLT). O sistema jurídico trabalhista brasileiro adotou quatro modalidades de contagem de tempo para a composição da jornada de trabalho. Considerou o tempo de efetivo trabalho (CF, art. 7º, XIII, e CLT, art. 58), o tempo à disposição (CLT, arts. 4º e 58, § 1º, c/c as Súmulas ns. 118 e 429 do TST), o tempo de sobreaviso (CLT, art. 244, § 2º, c/c a Súmula nº 428 do TST) e o tempo de deslocamento ou horas *in itinere* (CLT, art. 58, §§ 2º e 3º, c/c as Súmulas ns. 90 e 320 do TST).

Definido, com efeito, o aspecto vertical do que é a extrapolação do limite constitucional, legal ou convencional da jornada, precisamos também definir um critério horizontal, de modo a concluir qual a reiteração necessária de extrapolação da jornada apta a converter-se em danos existenciais. Em outras

21 “HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ATIVIDADE INSALUBRE. 1. O art. 60 da CLT estabelece que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho. 2. Trata-se de norma de caráter tutelar, que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, cuja observância é obrigatória. 3. Nessa esteira, inexistindo autorização da autoridade competente, diversamente do que admitia a Súmula n 349 desta Corte, atualmente cancelada, não há que se cogitar de validade do acordo de compensação de jornada. Recurso de revista não conhecido.” (TST – 3ª Turma – RR-1359-19.2010.5.04.0512 – Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DEJT 26.03.2013)

palavras, é dizer com alguma precisão se a extrapolação da jornada em alguns dias, nada obstante tenha gerado repercussões patrimoniais (horas extras), teve ou não o condão de impedir a realização de projeto de vida do empregado fora do ambiente de trabalho.

A questão é definir qual a frequência da reiteração da violação.

Um critério objetivo que pode ser utilizado como referencial argumentativo *prima facie* é o do art. 61 da CLT, que trata das hipóteses de prorrogação do trabalho por motivo de necessidade imperiosa. Nos casos do artigo poderá o empregador exigir que o empregado continue prestando serviços além da sua jornada ordinária para atender motivos de força maior, realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador. De outro lado, há situações em que as atividades são interrompidas, por motivos acidentais ou de força maior, quando o empregador também poderá exigir, quando da retomada das atividades, a realização de horas extras pelo tempo máximo de duas horas diárias, “desde que não exceda de 10 horas diárias, em período não superior a 45 dias por ano”.

O legislador já ponderou os interesses em conflito e deu como resultado que o limite de exigência de trabalho dos empregados, mesmo no caso de força maior (eventos inevitáveis e imprevisíveis fora do controle empresarial), não poderá extrapolar 45 dias por ano, quando os interesses empresariais e até sociais cedem em favor da proteção dos interesses pessoais dos trabalhadores, como proteção da saúde, descanso, lazer, convivência familiar, etc. Se nem por motivos alheios à sua vontade pode o empregador exigir jornada excessiva além de 45 dias por ano, com muito mais razão não poderá fazê-lo como forma de atender aos seus interesses empresariais, como aumento da produção, carência de mão de obra, etc. Nesse último caso, em se verificando a extrapolação da jornada constitucional, legal ou convencional por mais de 45 dias por ano, entendemos haver uma indicação forte para configuração da repercussão extrapatrimonial, que são os danos existenciais indenizáveis, independentemente da quitação das horas extras (mera recomposição dos danos patrimoniais).

A nossa sugestão de um critério horizontal objetivável serve como uma pauta argumentativa em favor da configuração, contudo ressaltamos que em tema de direitos fundamentais, acenando à dignidade da pessoa humana, que é plástica e flexível por essência, incumbirá ao julgador identificar as demais particularidades do caso concreto para, argumentando de forma analítica, caracterizar os danos em pontuais situações em que a jornada excessiva se deu

abaixo de 45 dias no ano²², bem como podendo rejeitar a configuração nos casos em que extrapolou o critério sugerido, mas em ambos os casos pesará sobre ele a necessidade de distinguir a situação concreta das hipóteses-padrão de configuração.

O sistema jurídico brasileiro é tão refratário à prática de jornada exaustiva que a considera como crime de redução à condição análoga à de escravo, conforme o art. 149 do Código Penal, afrontando, aqui nesse extremo, a dignidade humana do trabalhador e gerando danos morais. São os danos existenciais, simbolicamente, a estação intermediária entre a jornada permitida de trabalho e a redução à condição análoga à de escravo, nos dois extremos.

A nossa contribuição ao debate sobre os danos existenciais por jornada de trabalho excessiva, somando com todos os demais autores que já trataram da questão, mas que não sugeriram critérios objetivos, é exatamente a demonstração métrica das violações verticais e horizontais da limitação constitucional, legal ou convencional da jornada de trabalho.

Há situações limítrofes – normalmente vinculadas a altos executivos e empregados que não estão sujeitos ao controle de jornada (CLT, art. 62) – em que verificar-se-á longa jornada de trabalho, porque o trabalhador ficava à disposição do empregador por muitas horas além dos limites ordinários, entretanto, em muitos dos casos com participação intencional do trabalhador, que auferia benefícios diretos e indiretos com a maior disponibilidade.

Nesses casos, deve-se identificar a imposição do empregador de jornada excessiva, ainda que o empregado não se submeta a controle escrito de ponto, como nos casos de alguns gerentes de estabelecimentos que, mesmo recebendo salário em patamares medianos, são obrigados a abrir e fechar o estabelecimento, trabalhar aos finais de semana, além de ficar à disposição permanente no telefone celular para atender convocações, privando-o da vida de relações fora do ambiente de trabalho. Nesses casos, também os direitos fundamentais ao lazer, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação fora do horário de trabalho, acesso à cultura em seus momentos de descanso, atividades desportivas e a convivência familiar, afetiva e social, incidiriam para configurar danos existenciais, independentemente de o gerente em específico não ter direito às horas extras. Uma coisa é o trabalhador, ocupante de cargos de gestão ou os empregados externos incompatíveis com controle de jornada estarem afastados do capítulo celetista de controle de jornada (quando não

22 “Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato.” (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 02, abr./jun. 2013, p. 246)

teriam direito às repercussões patrimoniais da extrapolação da jornada), outra bem diferente seria a argumentação – im procedente – de que estariam também a salvo da eficácia dos direitos fundamentais.

Também há situação em que o próprio empregado, consciente, de forma livre e com intenção sadia, renuncia à sua vida de relações sociais e familiares, abandonando outros projetos de vida para dedicar-se integralmente ao trabalho e ao sucesso pessoal/profissional (*workaholic*). Normalmente tal se dá em cargos de extrema confiança e elevada envergadura empresarial, quando o trabalhador, inclusive e intencionalmente, obtém maiores rendimentos, participação em ações, benefícios indiretos, recebe parte dos resultados sociais ao final dos balanços financeiros, quando o magistrado deverá ter em conta que o princípio trabalhista da irrenunciabilidade deve ser ponderado com a liberdade de escolha do empregado. Há aqueles cujo projeto de vida é justamente o sucesso financeiro e profissional, de modo que, desde que optem de forma sadia, consciente e sem imposição externa, não se configura ato ilícito algum.

Já tivemos ocasião de defender em trabalho doutrinário que sempre que se falar em renúncia de direitos estar-se-á necessariamente em jogo o exercício da liberdade do renunciante. Dizer que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis – ou que o são absolutamente – importará em dizer que a liberdade dos sujeitos de direito trabalhistas sempre cederá e ficará esvaziada, pouco importando as razões de fato e situações concretas. Um exercício amplo e absoluto da liberdade também importará em sacrifício absoluto à irrenunciabilidade. Uma e outra situação não se amoldam à linha intermediária que o pós-positivismo busca implementar. A linha intermediária, acorde com o respeito da dignidade da pessoa humana, está na necessidade de ponderação e atenção às circunstâncias concretas dos casos em que as renúncias forem externadas.

A solução é prestigiar a liberdade do empregado quanto mais ela seja exercida em condições jurídicas e materiais de igualdade, de forma espontânea, livre e saudável. Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não genericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar sua vontade em face do poder do empregador –, o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. Porém, num e noutro caso, a precedência deve ser apenas abstrata, indicando uma pauta de decisão para o agente que realizará a ponderação, mas os resultados não são uniformes ou absolutos²³.

23 MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*, p. 227-228. Consultar também: MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr*, v. 74, n. 02, fev. 2010, p. 190-203.

Para ajudar a colorir a situação concreta de renúncia aos projetos de vida e à vida de relações por parte do empregado, a boa-fé objetiva também é uma boa pauta. Viola a boa-fé objetiva, em sua perspectiva do *venire contra factum proprium*, um alto executivo inscrever-se nos processos internos de recrutamento, livremente assumir maiores compromissos no trabalho, auferir todos os benefícios, diretos e indiretos durante anos, sem que nunca houvesse imposição de jornada excessiva pelo empregador, já que gozava de ampla liberdade de conformar sua rotina diária, mas logo após a sua dispensa ajuíza ação trabalhista alegando ter sofrido danos existenciais nos 20 anos em que trabalhou como alto executivo.

O decisivo é o intérprete verificar se o direito de autodeterminação e a liberdade do trabalhador foram violados pela imposição ilícita do seu empregador. Somente nos casos de frustração da liberdade do indivíduo é que se configurarão os danos existenciais, mas nas de renúncia consciente e sadia da liberdade, não.

4 – O REQUISITO DO DANO (CONFIGURAÇÃO, PROVA MATERIAL E EXTENSÃO)

Potencializando todas as situações-tipo de danos existenciais, o ponto comum é a verificação de que, no limite, o direito fundamental violado é a liberdade fenomênica do ser humano, é a frustração do seu direito de autodeterminar-se, de poder escolher livremente o que fazer de sua vida pessoal, familiar e social fora do ambiente e horário normal de trabalho.

Luís Roberto Barroso diz que as ideias de liberdade e autonomia estão vinculadas à dignidade humana. Para ele, a autonomia dos indivíduos é o elemento ético da dignidade. “É o fundamento do livre-arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida”²⁴.

Continua o professor a ensinar que a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar

24 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81.

decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”²⁵.

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que frustrem os seus projetos de vida, por esta perspectiva epistemológica, ajudam a aclarar a desnecessidade de prova de quais projetos de vida ou relações familiares, sociais ou afetivas foram atingidos, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodeterminar-se devido às influências externas ilícitas. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

Carlos Fernández Sessarego defende que os danos ao projeto de vida da pessoa não implicam certeza²⁶ e podem manifestar consequências, ao menos, em três modalidades, segundo a intensidade e magnitude do evento danoso. Na primeira delas, as consequências do dano se concentram na frustração parcial ao cumprimento do projeto, é dizer, se produz um evidente menoscabo na vítima. Na segunda hipótese, as consequências se manifestam com um retardo na realização do projeto. E, por último, a magnitude e a intensidade do dano originam uma frustração total do projeto de vida²⁷.

Utilizando a classificação do professor peruano, ao menos em relação ao primeiro nível das consequências dos danos ao projeto de vida da vítima, enquanto uma restrição de sua liberdade fenomênica que produz um evidente menoscabo, é possível admitir (fatos notórios – art. 334 do CPC) que a imposição de jornada excessiva ilícita (fora dos limites temporais, vertical e horizontal) frustra, ainda que parcialmente, sua vida de relações e a realização de seus projetos de vida. Para os outros dois níveis das consequências dos danos já haveria necessidade de prova, mas cuja prova poderia agravar a indenização e não a sua configuração em si, já ocorrida *in re ipsa* desde a violação dos seus direitos fundamentais.

Além das consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituiriam fatos notórios, dispensando a prova, por

25 *Ibidem*.

26 “El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.” (SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. *Decrecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima, n. 50, diciembre de 1996)

27 SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño ao proyecto de vida” e “daño moral”. *Revista Foro Jurídico*, año 1, n. 02, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2003.

outro lado a exigência de prova material também converteria a situação processual da vítima em tarefa impossível de ser atendida, revelando aquilo que a doutrina processual chama de “prova diabólica” ou prova de situação negativa. Se é direito do ser humano ter os seus momentos de reflexão e descanso, imagine-se hipoteticamente – apenas para ilustrar, embora centenas de situações similares possam ser imaginadas – que um trabalhador tem como projeto de vida dedicar-se à leitura, à prática de esportes, à pescarias, a cozinhar com a família, a namorar, a dormir até mais tarde aos finais de semana, a brincar com os filhos, a degustar vinhos, etc., a questão é saber de que forma é possível realizar a prova em uma audiência trabalhista de que a jornada excessiva lhe impediu de realizar tais atividades.

Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião, na mesma linha do que defendemos, enxergam os danos existenciais por uma perspectiva de violação da liberdade do indivíduo, derivando que “o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas, cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima”²⁸.

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se. Disso segue que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal de resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja módica.

A dificuldade de o magistrado avaliar em que medida a jornada excessiva frustrou os projetos de vida do trabalhador não pode ser motivo para a rejeição do pedido de indenização. Também nesse ponto diz Carlos Fernández Sessarego:

“Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un ‘daño al proyecto de vida’ de la persona, de cada persona em particular, así como aquellas que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Esta situación constituye un problema imposible de resolver con exactitud matemática,

28 FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012, p. 73.

la misma que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la trascendencia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas evidentes dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el ‘daño al proyecto de vida’ y a negar, por consiguiente, su reparación.”²⁹

Em nosso sentir, o problema da exigência da prova do dano existencial deriva da compreensão, já ultrapassada, de que os danos morais seriam subjetivos (dor, vexame, sofrimento, humilhação, etc.), por isso insuscetíveis de comprovação e, por corolário, *in re ipsa*, mas os danos existenciais, vinculados à uma frustração, seriam suscetíveis de verificação, demandando prova objetiva do prejuízo. Contudo, na perspectiva objetiva dos danos morais, na qual não se investiga os aspectos interiores da vítima – até porque moralmente questionáveis e faticamente impossível de provar³⁰ –, apenas se verifica se houve violação objetiva da dignidade humana, quando há configuração dos danos morais. Quanto aos danos existenciais – porque também espécie de danos extrapatrimoniais –, basta prova da violação objetiva do direito do trabalhador ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de labor, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar. Apenas no caso de alegação especial quanto à vítima é que deveria ela fazer prova da maior extensão dos danos, como no caso de alegar que a jornada de trabalho excessiva, além de violar os direitos fundamentais já listados alhures (atingindo o primeiro nível de consequências a que nos aludiu Fernández Sessarego), teria agravado a sua situação pessoal ao lhe impedir de apresentar-se em um memorável recital, já que a trabalhadora é integrante da Orquestra do Estado de Mato Grosso. A prova do fato especial apenas agravaria a indenização³¹.

29 *Ibidem*.

30 “A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação.” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17)

31 Decisivo observar, em uma perspectiva processual, que a autora da ação do exemplo citado poderia tanto trazer como causa de pedir a jornada excessiva e reiterada, a jornada excessiva episódica como causadora da perda da apresentação musical, como também a jornada excessiva e reiterada como causadora de danos existenciais, os quais seriam agravados com a perda da apresentação musical. No primeiro exemplo, dispensável a prova objetiva de prejuízo, na segunda modalidade de causa de pedir deveria ela provar o dano especial alegado e, na terceira hipótese, a prova da perda do recital pela exigência ilícita de trabalho além do limite legal agravaria a extensão dos danos, majorando o valor da indenização por danos existenciais.

Para as hipóteses ordinárias, seria até tautológico exigir da vítima prova objetiva de que a sonegação dos períodos de férias por longos anos de trabalho teria violado seu direito ao lazer, descanso e convivência familiar, como defende parcela da doutrina³², inclusive às vezes baralhando as consequências patrimoniais com as extrapatrimoniais³³. Levando ao extremo o raciocínio da necessidade de prova material dos prejuízos para configuração dos danos existenciais, chegaríamos ao caso de um trabalhador submetido à condição análoga à de escravo (art. 149, *caput*, do Código Penal – jornada exaustiva) ter rejeitada a indenização, na medida em que não há prova alguma de que a sua restrição de liberdade, diante da jornada imposta, ter-lhe-ia causado prejuízo à vida de relações e aos projetos de vida, ainda que na esfera criminal houvesse condenação pelo fato típico citado.

Mesmo partindo da premissa – com a qual discordamos – de que a diferença entre os danos morais e os danos existenciais são as esferas subjetiva e objetiva, respectivamente, de violação da integridade da vítima, Flaviana Rampazzo Soares avança para defender posição mais flexível quanto à necessidade de prova e os ônus de cada litigante. Defende que a parte lesada, autora da ação, permanece, a princípio, sob a égide das normas gerais que tratam do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil. Deverá o autor comprovar o dano, ou seja, demonstrar em que a conduta do ofensor afetou o seu projeto de vida: “O lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa”³⁴.

Entretanto, a prova é dispensável quando as próprias consequências do dano evidenciarem, segundo as normas da experiência comum, a alteração do cotidiano, como no caso de alguém que, em razão do ato ilícito, passa a utilizar

32 “(...) a) o dano moral tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.). Sua dimensão, portanto, é subjetiva e, por isso, não exige prova; b) os danos estéticos (alteração no aspecto físico exterior com a qual a pessoa terá de conviver nas relações sociais), biológico (impede ou reduz à vida de relação da pessoa) e existencial (renúncia a uma atividade concreta) têm repercussão externa. Suas dimensões, portanto, são objetivas e podem ser objeto de prova.” (BEBBER, Júlio César. *Op. cit.*, p. 29)

33 “Importante, assim, ressaltar que, para se ter o dano existencial, necessário se faz a comprovação do prejuízo ao projeto de vida e/ou à vida de relações e o nexo de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período, a sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma reiterada ou o tempo de deslocamento casa-trabalho, por si só, não são condutas capazes de gerar o dano existencial. Ressalta-se que a própria legislação já possui punições próprias e específicas para tais infrações, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas.” (NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Op. cit.*, p. 971)

34 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

cadeira de rodas. Por isso que o dano existencial, ligado ao dano à saúde, na maioria das vezes, é verificável por presunção, ao passo que nos demais devem ser provados. E arremata a citada professora:

“É necessário destacar que se devem distinguir as alterações normais, que são todas as hipóteses em que a conduta lesiva impediu o lesado de realizar atividades comuns, das alterações específicas, aquelas ligadas à condição particular de vida da vítima. Nesse último caso, o dano existencial requer uma prova específica e pontual, por parte do lesado, excluindo-se qualquer mecanismo de presunção. Caberá ao julgador a avaliação quanto à efetiva incidência do evento sobre a organização da vida da vítima e, mais em particular, se foi possível constatar uma modificação *in pejus* na vida da vítima, comparando-se o plano presente com o passado.”³⁵

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo, configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercer livremente a sua liberdade pessoal. Dito de outro modo, quando o empregador retira do trabalhador, pela imposição de jornada excessiva (limites horizontais e verticais), o direito de escolha de como exercer sua liberdade pessoal enquanto ser humano, configurar-se-ão os danos existenciais. O prejuízo pessoal, familiar ou social específico poderá agravar a indenização, mas não é requisito para a sua configuração. Disso segue que tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos quanto o solteiro sem filhos sofrem danos existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada. O fato em si de retirar-lhe a liberdade de optar entre constituir ou não família, de relacionar-se ou não fora do ambiente de trabalho, já configura violação dos seus direitos fundamentais (dano) e, por conseguinte, direito à indenização.

Apenas agrava a indenização se o primeiro trabalhador comprovar que, decorrente do ato ilícito, também teve frustrado o seu relacionamento afetivo e o acompanhamento das reuniões escolares dos filhos, as quais eram realizadas em horário noturno, fora do horário ordinário de trabalho, mas que não pôde comparecer em razão da jornada extraordinária e reiterada imposta pelo seu empregador³⁶.

35 *Ibidem*.

36 “É fácil imaginar o dano causado à ‘vida de relação’ de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social.” (ALVARENGA, Rúbica Zanotelli de; BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 246)

O decisivo para configuração dos danos existenciais é a imposição de jornada excessiva pelo empregador, de modo a retirar a autonomia pessoal do trabalhador, que não configura nenhum dano à realização espontânea e livre de longa carga de trabalho. Tal observação acrescenta distinção à nossa posição de que é dispensável para a configuração dos danos existenciais a prova de efetivo prejuízo à vida de relações ou projetos de vida. O requisito é a violação da liberdade de autodeterminar-se, tanto que no caso dos *workaholic*, nada obstante tenham essas pessoas causado prejuízos à sua vida pessoal, familiar e social, no mais das vezes acompanhados de problemas físicos e psíquicos, não houve violação de sua liberdade de escolha, afastando qualquer ato ilícito e, por isso, o dano existencial. O requisito, repisamos, é a imposição pelo empregador de jornada excessiva, ilícita e reiterada, além dos limites verticais e acima do critério flexível de 45 dias no período de um ano, de modo a retirar do trabalhador a autonomia de escolher relacionar-se ou não fora do horário de trabalho, de realizar outros projetos de vida ou não, além do trabalho.

5 – A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho, tomando posição jurídica de vanguarda, tem sido receptivo à condenação em indenização por danos existenciais nos casos de frustração dos projetos de vida e da vida de relações dos empregados por atos ilícitos dos empregadores. Nas primeiras decisões, o objeto de fato dos acórdãos referia-se ao trabalho sem a concessão dos períodos anuais de férias³⁷, depois passou a reconhecer que a jornada de trabalho excessiva também era ofensiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reclamando, além da condenação nas horas extras e no adicional (repercussões patrimoniais), a indenização por danos existenciais (repercussões extrapatrimoniais) do ato ilícito.

No primeiro julgado³⁸, as razões de fato demonstravam que o trabalhador teve uma jornada uniforme das 7h às 21h, com uma hora de intervalo, de segunda-feira a sábado, além de trabalhar três domingos por mês e metade dos feriados das 7h às 16h, com uma hora de intervalo intrajornada. A situação perdurou por cinco anos e três meses. O autor sequer recebia as horas extras, na medida em que o empregador o enquadrava no art. 62, II, da CLT.

37 TST – 7ª Turma – RR 1900-28.2010.5.03.0044 – Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes – DEJT 23.11.2012; e também TST – 1ª Turma – RR 727-76.2011.5.24.0002 – Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 28.06.2013.

38 TST – 4ª Turma – RR 78-64.2012.5.04.0251 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 14.11.2014.

DOCTRINA

O Tribunal fixou a premissa de que o dano existencial é espécie de dano imaterial, ao lado do dano moral, sendo caracterizado quando o trabalhador sofre limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pela empresa, impossibilitando-o de estabelecer a prática de atividades e desenvolver seus projetos de vida. Também firmou a premissa de que não é qualquer conduta isolada e de curta duração que é considerada como dano existencial. A terceira premissa é que 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 e prejudica as relações sociais e seu desenvolvimento pessoal. O TST não exigiu prova material do prejuízo causado na vida privada do trabalhador pela jornada excessiva, como a frustração objetiva de algum projeto pessoal, profissional ou familiar, na medida em que a violação em si do limite tolerável de jornada diária já geraria ato ilícito, bem como também não levou em consideração o fato de as horas extras terem sido objeto de condenação em capítulo próprio do acórdão revisado. Em conclusão, manteve a decisão recorrida que fixou a indenização por danos existenciais no valor de R\$ 23.183,80.

A decisão debatida, embora não tenha avançado para fixar um critério objetivo para que a jornada excessiva configure dano existencial, é digna de elogios ao distinguir as várias repercussões do ato ilícito e, com isso, não confundir que a condenação em horas extras e adicionais em nada embarça a condenação em danos existenciais, eis que as repercussões são diferentes, uma patrimonial, outra extrapatrimonial. Outro ponto do acórdão digno de aplausos é o reconhecimento de que a extrapolação em si do limite tolerável de jornada por algum período de tempo já é suficiente para configuração dos danos existenciais, por retirar do trabalhador o seu direito constitucional abstrato de relacionar-se fora do ambiente de trabalho e de realizar seus projetos de vida, independentemente de prova efetiva de prejuízo.

O segundo julgado do Tribunal³⁹ refere-se à situação de fato em que o trabalhador foi contratado como ajudante geral e submetido a uma carga de trabalho de segunda a sexta-feira das 18h às 7h, com intervalo de uma hora, pelo período de cinco meses. Considerando a contagem reduzida da hora noturna, o acórdão concluiu que a liça era de 13 horas diárias, continuamente. O valor da condenação em R\$ 12.000,00 foi mantido.

A decisão superior enfrentou o tema sob a conceituação de dano moral, em respeito aos limites semânticos trazidos pela petição inicial e pelo acórdão

39 TST – 3ª Turma – AIRR-1399-02.2012.5.15.0099 – Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado – DEJT 28.11.2014.

revisado, mas deixou bastante claro em sua fundamentação que a jornada excessiva reflete nítido desprezo ao direito de descanso e à comunhão familiar, violando a dignidade humana do trabalhador.

Os três pontos fundamentais da decisão são que a contagem ficta para as jornadas de trabalho, como no caso da hora noturna reduzida, deve ser levada em conta para configurar jornada de trabalho excessiva; que o pagamento das horas extras e adicionais pertinentes é irrelevante para a condenação nas repercussões extrapatrimoniais, não atenuando em nada a conduta ilícita empresarial; bem como que não é exigível prova objetiva de nenhum prejuízo na vida pessoal, familiar ou social do trabalhador para que possa ocorrer o dano. Esse último ocorre com a violação em si da sua dignidade humana, no caso representada pelos direitos à vida, bem-estar individual e social, não mercantilização do trabalho, valorização do trabalho e emprego, e a subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Na terceira decisão⁴⁰, o Tribunal Superior enfrentou a situação de uma empregada que se ativava em um dia das 6h às 21h e no dia seguinte, alternadamente, das 12h às 18h, com apenas duas folgas ao mês, trabalhando em parte dos dias destinados aos descansos semanais e feriados, no período de agosto de 2011 a abril de 2012.

A fundamentação do acórdão inicia reconhecendo que os danos existenciais estão ainda em elaboração doutrinária e jurisprudencial no Brasil, mas avança para diferenciá-los dos danos morais, visto que estes, eminentemente subjetivos, interiorizados, configuram-se pelos sentimentos subjetivos do ofendido, porém os danos existenciais exigem consequências externas na vida da vítima, em razão da alteração para pior dos seus atos de vida e da forma de relacionar com os outros, prejudicando sua realização e comprometendo a capacidade de gozar plenamente a vida. “Esse componente externo e a exigência de a vítima demonstrá-lo são o que diferenciariam o dano existencial do próprio dano moral”.

O acórdão reconhece que, em tese, a sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, tipifica dano existencial, mas em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relações do trabalhador. Entretanto, na visão do Tribunal, não era a hipótese em julgamento, visto que a jornada excessiva deu-se em dias alternados e o contrato durou apenas nove meses. O mais decisivo para a maioria que se formou na

40 TST – 4ª Turma – RR 154-80.2013.5.04.0016 – Relator Ministro João Oreste Dalazen – DEJT 31.03.2015.

decisão da Turma foi a ausência de provas efetivas de que a jornada extenuante tenha causado prejuízos de forma grave e irremediável à vida de relação do empregado. A decisão deixou assentado que: “Esse último aspecto afigura-se-me sobretudo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, o dano existencial, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada”.

A mesma decisão avançou, em nosso sentir com razão, para exigir que a jornada excessiva tenha sido imposta pelo empregador e não realizada no interesse do operário, quer por vaidade, compulsão, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivado por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Há trabalhadores viciados em trabalho, que não conseguem se desligar do trabalho e muitas vezes, por iniciativa própria, deixam de lado os filhos, os pais, os amigos e a família.

Em outra decisão mais recente⁴¹, o Tribunal considerou que as horas *in itinere* e o tempo à disposição deveriam integrar a jornada de trabalho para todos os efeitos, contudo não reconheceu o direito aos danos existenciais por considerar que os prejuízos deveriam estar provados nos autos. A Turma aprofundou, em relação aos precedentes anteriores, para adotar a posição expressa de que, ao contrário dos danos morais, que são configurados *in re ipsa*, os danos existenciais apenas se configuram nas hipóteses em que a vítima fizer prova de que a jornada excessiva e reiterada causou-lhe danos efetivos à sua vida de relações e aos seus projetos de vida. Da fundamentação do acórdão extrai-se a seguinte passagem:

“Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo em suas relações sociais.

Ressalte-se, por oportuno, que o não pagamento de horas *in itinere* ou do tempo à disposição, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a dar ensejo à condenação aos danos existenciais. Apenas o contumaz descumprimento da legislação trabalhista, como o excesso de labor em sobrejornada, além do limite legal, o que configura exploração da mão de obra, portanto, ato ilícito, juntamente com a comprovação do prejuízo ao seu desenvolvimento pessoal e às relações sociais, representa

41 TST – 4ª Turma – ARR 11513-67.2013.5.18.0103 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 29.05.2015.

afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, o que caracteriza o efetivo dano existencial.

Portanto, o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo.

Pois bem. Na hipótese dos autos, o Regional consignou que não foi demonstrada a ‘extirpação concreta de projetos de vida’, em razão da supressão de minutos diários (tempo à disposição para troca de uniforme e horas *in itinere*), destacando que havia razoável controvérsia acerca dos direitos perseguidos.

Desse modo, correto o entendimento do Regional, porque a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é *in re ipsa*, de forma a se dispensar o autor do ônus probatório do ato ilícito cometido e da ofensa sofrida.

Não houve demonstração cabal do prejuízo. Logo, não há que se falar em indenização por dano existencial.”

A partir da revisão crítica das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, observamos que o tema dos danos existenciais vem ganhando espaço no debate jurisprudencial trabalhista e que, nada obstante ainda esteja em construção, alguns requisitos já são uniformes: 1) que a jornada excessiva tenha violado os limites impostos pelo direito material, inclusive as contagens fictas, o tempo à disposição e as horas *in itinere*; 2) que a extrapolação seja reiterada, postergada no tempo e não episódica; 3) que a jornada exaustiva tenha sido imposta pelo empregador e não feita de forma espontânea pelo trabalhador; e 4) que as repercussões patrimoniais (condenação em horas extras e respectivos adicionais) são independentes das repercussões extrapatrimoniais (indenização por danos existenciais), de modo que a quitação das horas extras ou a concessão de compensação de jornada não impede que se reconheçam os danos existenciais.

As divergências ainda se assentam no aspecto temporal-horizantal, na medida em que a segunda decisão considerou cinco meses como tempo suficiente para configuração do ilícito, enquanto a terceira decisão considerou nove meses de contrato um período muito curto. A outra divergência de fundo entre as decisões é a respeito da necessidade ou não de prova material objetiva dos prejuízos causados pela jornada excessiva. Enquanto nas primeiras decisões configurar-se-ia *in re ipsa*, nos últimos julgados a prova efetiva do prejuízo material sofrido pelos empregados foi elevada ao *status* de requisito principal.

A nossa opinião sobre os dois requisitos ainda divergentes, conforme já fundamentado nos tópicos *retro*, é a de que o limite horizontal objetivo é

DOCTRINA

a exigência pelo empregador de jornada excessiva em período superior a 45 dias por ano, pelo menos enquanto critério flexível, como pauta argumentativa inicial, de modo que quanto mais a jornada exaustiva foi imposta, maior será a extensão dos danos e o valor da indenização, a partir de quando o limite horizontal seja extrapolado.

Já quanto à necessidade ou não de prova material do dano, defendemos que o dano configura-se pela simples violação objetiva do direito fundamental dos trabalhadores de autodeterminar-se, de exercitar sua autonomia, de gozar de sua vida de relações e projetos de vida fora do horário de trabalho, inclusive estando dentro da sua álea de liberdade optar por constituir família ou não, por relacionar-se ou não socialmente, por frequentar ou não algum curso, de modo que a violação ao seu patrimônio jurídico ocorreria com a restrição de sua liberdade, independentemente de prova material nos autos da maior ou menor extensão, mas, muito antes disso, o só fato de retirar-lhe a possibilidade de, autonomamente, deliberar sobre seus projetos de vida configura os danos existenciais indenizáveis, cujas repercussões ordinárias independem de prova (fatos notórios). Apenas as alegações especiais, mais graves, demandariam a necessidade de prova e atrairiam o ônus probatório para a vítima.

Também observamos, inclusive no segundo precedente revisado acima, que a imposição de jornada de trabalho excessiva tem gerado condenações, ora sob o título de danos morais, ora como danos existenciais, conforme a compreensão jurídica dos autores da ação, ao fundamentarem a inicial e fazerem os pedidos, e dos magistrados ao julgá-las. Ao se adotar a posição mais recente dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho de que os danos morais configuram-se *in re ipsa* e que os danos existenciais demandariam prova material do prejuízo, o debate da questão será artificializado, além de se desconsiderar que ambos são atualmente verificáveis pela perspectiva constitucional-objetiva. Bastará aos autores, mesmo verificando restrição do seu direito de autodeterminação pela imposição de jornada excessiva, fundamentar e fazer o pedido de indenização por danos morais para que, placidamente, não lhe seja exigida prova alguma de prejuízo, na medida em que os danos morais configurar-se-iam *in re ipsa*, conforme a jurisprudência remansosa do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

6 – CONCLUSÕES

– A dignidade da pessoa humana é o fundamento dos modernos Estados Democráticos e os direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados e os direitos fundamentais positivados pelas constituições representam as suas especificações nos diversos compartimentos do Direito. Cada direito

fundamental adotado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias aos casos especiais.

– A dignidade humana possui força normativa e aplicação direta nas relações jurídicas, seja na relação entre cidadão e Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), entre as quais as de trabalho. O reverso do reconhecimento das eficácias da dignidade e dos direitos fundamentais nas relações privadas é também constatar a possibilidade fático-jurídica de violações, cuja principal repercussão é a configuração dos danos morais indenizáveis para os casos de violação direta da dignidade e dos danos existenciais nos casos de violação direta à autonomia e à autodeterminação dos trabalhadores, privando-lhes do direito de escolha dos seus projetos de vida e da sua vida de relações fora do horário de trabalho.

– Dano é qualquer violação a um interesse juridicamente protegido que causa prejuízo à vítima. Referida violação repercute sobre a vítima, podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado em si. Poderá haver violação de um objeto, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação da integridade do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que o que define o gênero dos danos não é o objeto violado, se uma coisa ou uma pessoa, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito.

– Os requisitos objetivos para configuração dos danos existenciais por jornada excessiva são a violação do limite temporal-vertical fixado pelo direito material, que a violação ocorra ao menos pelo período de 45 dias por ano, nas situações ordinárias, e que a jornada excessiva seja imposta pelo empregador.

– A prova material do dano existencial não é exigível, de ordinário, na medida em que as consequências sobre a vítima constituem fatos notórios, além de que a prova seria impossível de ser realizada (fato negativo). Apenas as alegações de fato que constituem situações especiais, mais graves, demandariam a necessidade de prova e atrairiam, o ônus probatório para a vítima. O dano configura-se pela simples violação objetiva do direito fundamental dos trabalhadores de autodeterminar-se, de exercer sua autonomia, de gozar de sua vida de relações e projetos de vida fora do horário de trabalho, seguindo que os fatos específicos, se provados, teriam o condão de agravar a indenização.

DOCTRINA

– O trabalho excessivo e reiterado, além do limite legal, ainda que haja compensação ou pagamento da sobrejornada, importa em dano existencial, na medida em que retira do trabalhador o seu direito de exercitar sua liberdade, de autodeterminar-se de forma livre, de poder escolher relacionar-se ou não no âmbito familiar e social, bem como prejudica os seus projetos de vida fora do ambiente de trabalho. A citada violação repercute na esfera patrimonial (com a condenação em horas extras e respectivos adicionais), mas também na esfera extrapatrimonial, mais especificamente causando-lhe danos existenciais indenizáveis.