

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso constitui-se em um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito pelas Faculdades Doctum do município de Teófilo Otoni – MG, e tem como objetivo discutir acerca do Dano Existencial nas relações trabalhistas.

As reflexões tiveram como ponto de partida a trajetória histórica do trabalho, tomando como referência as relações que foram se construindo do trabalhador com o empregador e a das normas do Direito à luz do trabalho, que por vezes fere a normativa devido as extensas e exaustivas jornada de trabalho do trabalhador. Por fim, buscou-se relacionar com os princípios que regem o Dano Existencial e, como este prejudica o trabalhador nas relações sociais estabelecidas cotidianamente na sociedade.

O estudo se baseou em pesquisas bibliográficas de estudiosos da área, em sites eletrônicos, bem como em leis e jurisprudências. Dessa forma, foi possível obter informações que auxiliaram no entendimento dos princípios e normas que regem a relação trabalhista.

Feito tais considerações, cabe apresentar o projeto geral da construção deste trabalho e desta produção científica. Tem-se então no primeiro capítulo uma análise da evolução histórica do trabalho e suas precárias condições, mostrando que à medida que o homem foi sendo reconhecido como trabalhador, ocorreram o surgimento dos direitos e normas protetoras para a proteção da classe trabalhadora, revelando que o amparo do trabalhador é essencial para o equilíbrio na relação desigual, em que o empregador é mais forte economicamente, assumindo, inclusive, os riscos da atividade econômica.

Sendo assim, é salutar o reconhecimento dos direitos sociais garantidos na Carta Magna de 1988, bem como os princípios das relações trabalhistas, dos

direitos fundamentais (base do Direito do Trabalho), para que a classe trabalhadora seja garantida a proteção, pois, vendem sua força de trabalho para sobreviver.

O segundo capítulo analisa mais detalhadamente os princípios que protegem o trabalhador e sua frágil condição, dando ênfase no amparo jurídico de uma forma mais detalhada, tais como: o princípio da isonomia que versa sobre a igualdade e, assegura ao indivíduo o direito de insurgir-se contra o arbítrio e a discriminação; o princípio do *“in dubio pro misero”* serve como meio a garantir ao empregado o seu direito nos casos em que existem dúvidas sobre o convencimento do julgador; o princípio da irrenunciabilidade de direitos trata da impossibilidade jurídica de privar o empregado de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho, ou seja, as partes não podem abrir mão de direitos de ordem pública. Nesse sentido, o trabalhador é cercado de princípios e normas que o protegem da sua frágil condição.

No terceiro capítulo a discussão está centrada nas possíveis espécies de danos, o dano moral, o dano material e o dano existencial nas relações trabalhistas; bem como dos seus elementos, ambos responsáveis pelas renúncias provisórias ou definitivas que constituem o dano existencial. No que se refere à saúde do trabalhador, são estudadas as formas como as abdições cotidianas causadas pelo labor incidem na vida pessoal e profissional, podendo se tornar irreversíveis. Na esfera judicial analisa-se a possibilidade de cumulação do dano moral e do dano existencial e, para fins de responsabilização civil, vislumbra-se as características da fixação na indenização por dano existencial.

1 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO E DOS DIREITOS TRABALHISTAS.

Antes de aprofundar-se no debate acerca da evolução histórica dos direitos do trabalho e dos direitos trabalhistas, se faz necessário conceituar o termo *trabalho*. Este é reconhecido como a exteriorização, o passo fundamental para o desenvolvimento do homem, a expressão de sua individualidade. Nesta perspectiva, fica assentado o papel fundante do trabalho na afirmação do ser social e sua determinação nos processos históricos. Sob o ponto de vista de Barros (2011),

[...] o trabalho é uma atividade humana que pressupõe esforço físico ou mental. Do ponto de vista **filosófico**, vem conceituado como “uma atividade consciente e voluntária do homem, dependente de um esforço” [...]; já sob o prisma **econômico**, o trabalho é considerado como “toda energia humana empregada, tendo em vista um escopo produtivo”. Finalmente, sob o aspecto **jurídico**, ele é encarado como “objeto de uma prestação devida ou realizada por um sujeito em favor de outro” e, mais precisamente do ponto de vista **jurídico-trabalhista**, o trabalho é uma prestação de serviço não eventual, subordinada e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador (BARROS, 2011, p. 44, grifo do autor).

Portanto, o trabalho é manifestado sob vários aspectos e, dependendo da época reclamará ao ordenamento jurídico atenção diversa.

Seguindo as considerações de Barros (2011), anteriormente o trabalho possibilitava ao homem ser dono da sua própria produção. Porém, essa realidade muda com o passar do tempo, devido às transformações advindas do modo de produção capitalista. Desse modo, os homens que antes produziam bens indispensáveis à sua sobrevivência, passam a não mais se realizarem como seres humanos em suas atividades. Será retratado, a partir de então, de forma breve os aspectos históricos da evolução do direito e dos direitos trabalhistas.

Ainda seguindo os dizeres de Barros (2011), na Antiguidade, o trabalho escravo (4.000 a.C) era considerado como uma mercadoria e o escravo como objeto do direito de propriedade do seu senhor/proprietário e não como sujeito de direito.

Não havia remuneração, nem tampouco uma jornada de trabalho pré-definida; tornando-se inviável pensar em Direito do Trabalho nesse período.

Posteriormente a esse período ocorrerão uma série de transformações, das quais resultaram no processo de ruralização e da valorização da terra como meio de produção. Surge o feudalismo, economia fundamentada na agricultura e com ela as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores ou camponeses, porém estes não eram donos das terras, caracterizando um exemplo de dominação. Porém, diferentemente do período da escravidão, ao servo se reconhecia a natureza de pessoa e não de coisa (como ocorria com os escravos).

Desta forma, tem-se agora não mais escravos como outrora na sociedade greco-romana, contudo ainda restarão resquícios transfigurados de tal maneira que mantenham seus traços de dependência, pois os vassalos estarão sujeitos a pagar impostos exorbitantes e a trabalharem em dias estipulados nas terras dos senhores feudais. A sociedade feudal estava embasada na mão de obra servil embora não fosse esta a única classe trabalhadora.

A isto podemos acrescentar, como pontua Barros (2011), que neste momento existiam as associações que regulavam as profissões, onde os artesãos trabalhavam por conta própria e vendiam suas mercadorias.

Um dos grandes fatores que levaram ao fim da sociedade feudal foi justamente esta dominação e exploração que se intensificava cada vez mais, desencadeando movimentos de resistência e acrescentam-se os chamados cercamentos, nos quais os donos das terras as cercavam com o intuito de arrendá-las para fins de produção privada. A partir de então houve um grande contingente da população rural migrando para a cidade, devido à falta de trabalho e o desenvolvimento das indústrias têxteis, período que se caracterizou pelo início da Revolução Industrial na Inglaterra, que aconteceu inserção das máquinas no mercado e milhares de trabalhadores perdem os seus meios de produção restando apenas sua força de trabalho.

“A Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais” (BARROS, 2011, p.51).

Cabe ressaltar que, nesse período, vigorava a Lei de Bronze ¹e, para esta o trabalho era considerado como uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência que tendia a beneficiar os donos dos meios de produção e a prejudicar o operariado que recebia o mínimo para sua subsistência. Barros (2011) considera esse momento como uma nova forma de escravidão, pois, a classe trabalhadora vivia em condições degradantes e tinham péssimas condições de trabalho, provenientes da exploração da força de trabalho e, por vezes tinham uma jornada de 10 até 12 horas de trabalho.

Barros (2011) enfatiza ainda que,

[...] as organizações de trabalhadores, adeptas da violência, pressionaram o Poder Público exigindo uma solução para a questão social², com a qual se preocupou também a doutrina social da Igreja, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*³ (1891), de Leão XIII, passando pela *Quadragesimo Anno*⁴ (1931) ou pela *Divini Redemptoris*⁵ (1931), ambas de Pio XI [...], em 1891 é reconhecido o direito de associação na Inglaterra, surgindo também o Manifesto Comunista. (BARROS, 2011, p.55).

Concomitante a esses movimentos, têm-se a intervenção estatal que refletiu-se no aparecimento do Direito do Trabalho na Europa, no século XIX em virtude da pressão das classes operárias e das desigualdades sociais e econômicas. Cabe ressaltar que, em 1919, o Direito do Trabalho fora estabelecido por meio da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

¹ Tese de Ferdinand Lassalle de 1864, onde defende que os salários não devem estar abaixo de um mínimo vital, dado que aumentando a população trabalhadora de forma contínua, os salários, por força da lei da oferta e da procura, poderão ficar abaixo desse nível, dado que a população aumenta mais depressa que os postos de trabalho.

² No sentido estrito, a questão social concentra-se, no mundo do trabalho, no conjunto de males que o afligem e nos remédios para curá-los. Já no sentido amplo, abrange todos os problemas criados pela vida em sociedade (BARROS, 2011, p. 51).

³ Carta Encíclica do Sumo Pontífice Papa Leão XIII

⁴ Carta encíclica do Papa Pio XI.

⁵ Carta encíclica do Papa Pio XI.

Em 1948 têm-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantindo alguns direitos trabalhistas, possibilitando que os direitos trabalhistas chegassem ao *status* do direito humano.

E não menos importante, em 1988 Constituição da República federativa do Brasil trouxe para o Direito do Trabalho garantias relevantes como a igualdade salarial entre empregados assalariados urbanos e rurais, além da inovação do FGTS⁶ que fora ampliado para o trabalhador rural, o salário mínimo foi padronizado em todo o Brasil, também o piso salarial, que outrora foi considerado inconstitucional, se tornou realidade para a classe trabalhadora trazendo um enorme avanço para o Direito do Trabalho.

A conjuntura que ora foi apresentada apontou de forma breve os aspectos da evolução do Direito do Trabalho, mostrando que, por meio da força da classe trabalhadora, foram obtidos inúmeros avanços, mas há muito a ser conquistado, pois ainda existem pessoas trabalhando em condições insalubre, precária e desumana.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A finalidade dos direitos fundamentais tivera como ponto de partida limitar e controlar o poder do Estado e, garantir aos cidadãos uma condição de vida mais humana, igualitária e justa.

Segundo Silva (2006), o Código de Hamurabi foi o primeiro código de leis de que se tem notícia até a atualidade, e defendia a vida e o direito de propriedade, e contemplava a dignidade, a honra, a família e a supremacia das leis em relação aos governantes. Depois deste primeiro código, instituições sociais (religião e a democracia) contribuíram para humanizar os sistemas legais.

Infere-se que foi por meio deste Código que passou existir a possibilidade de se tratar os direitos fundamentais para os cidadãos de uma forma geral.

Giusti (2011), por sua vez afirma que os direitos fundamentais possuem diversas nomenclaturas, ou seja, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, pois

⁶ Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais. Posteriormente com o iluminismo e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, se popularizou a expressão direitos do homem. Já os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados nas Constituições.

A Constituição Federal de 1988 traz à tona os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos (subdivididos em cinco capítulos, no seu Título II),

[...] os direitos individuais e coletivos, ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade; os direitos sociais, que tem como finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos; direitos de nacionalidade, que fazem com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos; e por último os Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos, que garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. (SILVA, 2006, p.01)

Em suma, o cerne da discussão dos direitos fundamentais que deve ficar em evidência não é simplesmente o fato de se terem direitos garantidos na CF/88 e, sim, toda a conjuntura necessária marcada por lutas por uma vida mais digna e justa (conforme elucidado no item 1.1) dos trabalhadores e que estas devem ser garantidas por meio das normas protetivas jurídicas aos cidadãos.

1.2 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A fundamentalidade dos direitos trabalhistas está contemplada na redação da Carta Magna de 1988, no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no capítulo II (art. 7º ao 11) em que há o rol de direitos trabalhistas que evidenciam o objetivo do legislador originário de reconhecer os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. Santos (2012) ressalta que, os direitos fundamentais trabalhistas

surgiram com o objetivo de trazer proteção ao trabalhador, não só em relação ao poder do Estado, mas principalmente pelas relações de poder entre particulares, diante da evidente diferença de forças que ocorre na relação de trabalho. Assim, neste capítulo será identificada a evolução histórica dos direitos do trabalhador, bem como os principais direitos fundamentais trabalhistas.

1.3 JORNADA DE TRABALHO

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Delgado (2009) conceitua jornada de trabalho como:

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. (DELGADO, 2009, p.774).

As jornadas mais habituais são as que dispõem de duração de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais; para jornadas de trabalhos em turnos ininterruptos passa a ser de 6 horas de trabalho.

Merece destaque o artigo 7º da Constituição Federal, especificamente nos incisos XIII e XIV, que dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XIII – duração de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Nesse mesmo contexto, a Consolidação de Leis de Trabalho define em seu art. 4º, o que deve ser considerado como tempo de serviço.

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

Assim, Vale (2010) define que a jornada de trabalho é uma média de tempo de trabalho realizado pelo empregado. Entretanto, esse trabalho pode ser interpretado de duas maneiras distintas, quais sejam em sentido amplo ou em sentido restrito.

Há interpretações que consideram que a jornada de trabalho é o tempo em que o empregado se coloca a disposição do empregador, considerando ainda o tempo desde que o trabalhador sai de seu domicílio, até o momento que retorna.

Por outro lado, também existem os que consideram que a jornada de trabalho compreende apenas o período que o trabalhador permanece à disposição do empregador.

Contudo, ainda que a jornada de trabalho tenha estabelecido contratualmente o período contratualmente disponível ao empregador, o Direito do Trabalho sofreu avanços, contribuindo para que o trabalhador tenha curtos períodos de intervalos intrajornadas, reduzindo o tempo em que fica exposto ao trabalho, possibilitando com isso um melhor amparo ao trabalhador.

2 PRINCÍPIOS GERAIS E ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

Na linguagem comum, a palavra princípio tem o sentido que denota “início”, e assim, a palavra carrega no sentido amplo o significado de conjetura fundamental. É neste sentido que ela foi incorporada por formas diferentes de produção cultural dos seres humanos, e inclusive, de certo modo, o Direito.

Delgado (2009) expõe sua definição de princípio,

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. (DELGADO, 2009, p. 171).

Portanto, nota-se a importância dos princípios como veículo de auxílio à interpretação jurídica por serem os pilares do Direito, e conseqüentemente, prestando assistência no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos.

2.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, garantido na CF/88 é conhecido também como “princípio da igualdade”. Este se efetiva em esferas diversas do Direito, na busca pela igualdade, seja ela processual, social ou quaisquer outras, tendo como objetivo a busca por um mundo em que não haja preconceito de qualquer natureza e, com isso, que o país se torne mais justo e igualitário.

Conforme os dizeres de Pinho (2002),

O fundamento do direito de igualdade encontra-se no princípio de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado. A igualdade foi um dos ideais da Revolução Francesa atingidos com a abolição dos antigos privilégios da nobreza e do clero. Todos passaram a ter o mesmo tratamento perante a lei. (PINHO, 2002, p. 95)

Este princípio, de acordo com Oliveira (s/d), remonta as mais antigas civilizações e esteve sempre embutido dentro das mais diversas acepções de justiça mesmo que com interpretações diferentes, umas mais abrangentes outras nem tanto, ao longo da história. Como a aplicação de um princípio depende da interpretação que lhe é conferida, em diversos momentos históricos o princípio da isonomia que tem com fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabava se chocando com o interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou lhe conferiam uma interpretação destoante da que realmente deveria ser aplicada.

Este princípio está inserido também na CLT⁷, assegurando igualdade de salário para o trabalho de igual valor. Dispõe o art. 461 da CLT, *in verbis*: "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado a mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade".

Tal princípio subdivide-se em duas espécies, conforme diz Pinho (2002):

Há duas espécies de igualdade: formal e material. A formal, dentro da concepção clássica do Estado Liberal, é aquela em que todos são iguais perante a lei. Existe também a material, denominada efetiva, real, concreta ou situada. Trata-se da busca da igualdade de fato na vida econômica e social. Em diversos dispositivos o constituinte revela sua preocupação com a profunda desigualdade em nosso país, com a criação de mecanismos que assegurem uma igualdade real entre os indivíduos. (PINHO, 2002, p. 96)

⁷ Consolidação das Leis Trabalhistas.

Há uma distinção fundamental na isonomia formal e material, como se sabe, a formal é aquela em que todos são iguais, e não há diferenças, o que sabe-se que não é verdade, já a material leva em consideração as características econômicas e sociais, que parece ser mais adequada. Contudo, percebe-se que a verdadeira igualdade é um misto da igualdade formal em que são garantidos por lei direitos iguais a todos e também a igualdade material do Estado ao observar as diferenças socioeconômicas, a fim de garantir de fato acesso aos direitos.

2.2 PRINCÍPIO DO “IN DUBIO PRO MISERO” OU “PRO OPERARIO”

Este princípio tem por objetivo intrínseco proteger a parte mais frágil na relação jurídica, que é o trabalhador.

Delgado (2009) classifica esse princípio como:

Uma das mais antigas referências doutrinárias a princípios jus trabalhistas está na diretriz *in dubio pro misero*. Trata-se de transposição adaptada ao ramo jus trabalhista dos princípios jurídico penal *in dubio pro reo*. Como o empregador é que se constitui em devedor na relação de emprego (e réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro misero* (ou *pro operário*). (DELGADO, 2009, p. 196)

Portanto, quando houver dúvidas em relação a interpretação das normas, o aplicador da Lei deverá escolher a que seja mais benéfica ao trabalhador, desde que não contradize a vontade do legislador.

Percebe-se que o princípio "*in dubio pro misero*" serve como meio a garantir ao empregado, parte hipossuficiente da lide, a garantia do seu direito nos casos em que existirem dúvidas sobre o convencimento do julgador, bem como nas hipóteses de conflitos entre normas, ocasião em que também se decidirá em benefício do empregado. Porém, não obstante, no direito processual do trabalho, percebe-se que os tribunais e doutrinadores, em sua maioria, não emitem pareceres favoráveis, afirmando não ser possível decisão na norma processual a aplicação do *in dubio pro misero*.

É importante ressaltar, que, quando o juiz se depara com um dispositivo legal de duplo sentido, adotará a decisão que beneficiará mais ao trabalhador. Neste sentido, Delgado (2009) menciona,

De fato, nesse antigo princípio estaria englobada não somente a dimensão de interpretação normativa (hoje referenciada pelo princípio da norma mais favorável), como também uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador do Direito. À luz dessa segunda e combinada dimensão do princípio *in dubio pro misero* (exame de fatos e provas), propunha-se que a decisão da autoridade judicial deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas [...]. (DELGADO, 2009, p. 197).

Contudo, é válido ressaltar que a aplicação do princípio "*in dubio pro operário*" no âmbito processual, por atender o bem comum, buscando equalizar as relações contraditórias entre trabalhador e empregador e, com isso o julgamento se torna mais justo.

2.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Na vida em sociedade, busca-se o uso da razão nas decisões que cotidianamente são tomadas, inibindo ou até mesmo evitando que os mais fracos sofram algum tipo de opressão. Portanto, a Constituição abriga tal princípio e o tem como referência. Assim como o princípio da proporcionalidade, a razoabilidade são utilizados no direito a ser aplicado. Contudo, o princípio supracitado, emergiu no cenário dos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia no uso do controle da constitucionalidade.

Sobre o princípio, Oliveira (2003) conceitua que,

O razoável é conforme a razão, racionável. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade. (OLIVEIRA, 2003, p.92)

Calcini (2003) ensina, sob um critério de aferição da constitucionalidade de leis, que,

A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça. (CALCINI, 2003, p. 146)

Em suma, este princípio contribui na interpretação dos fatos sob uma perspectiva jurídica-qualitativa, contribuindo ainda para que o juiz use da razoabilidade, buscando fazer uso do bom senso e evitando com isso os excessos.

2.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A expressão "boa-fé", remonta aos tempos romanos e, também tem origem latina "*fides*", trazendo como significado a sinceridade, a confiança, a honestidade, a lealdade e a sinceridade e, sua existência decorre do primado da pessoa humana. Por sua vez, esta se subdivide em dois tipos, sendo a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva. Conforme expõe Martins (2000):

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu

comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível.(MARTINS, 2000, p. 16). 19

Infere-se, portanto, que a boa fé subjetiva ou boa fé crença, é aquela em que o sujeito age tendo como referência a crença e para este sua conduta está correta, tendo por fundamento seu conhecimento de um fato jurídico, por exemplo. Conforme diz Martins (2000):

A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.(MARTINS, 2000, p. 411)

Por sua vez, a boa-fé objetiva difere-se da subjetiva, pois nesta o indivíduo age segundo seus valores de lealdade, honestidade e probidade e, não mais segundo suas crenças.

Consoante a definição de Martins (2000):

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido. (MARTINS, 2000, p. 73)

Assim, os sujeitos de direito devem honrar e ser fiel ao combinado, sem enganar ou abusar da confiança do outro, ter de fato uma postura e conduta ética.

Todavia como aponta Pretel (2007), apesar de se relacionar com o campo ético-social, a este não se restringe, inserindo-se no jurídico, devendo o juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as

peças, sejam elas partes de um contrato, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica.

E, por último, cabe salientar ainda que a particularidade do princípio está ligada as normas de conduta, de sinceridade, de honestidade e, sobretudo da ética estabelecidos em sociedade.

2.5 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS

O Direito do Trabalho em relação a este princípio busca preservar os direitos do empregado, no sentido da impossibilidade jurídica de proibir àquele de uma ou mais vantagens concedidas pela normativa trabalhista.

Como instrui Barros (2012), limita a autonomia da vontade das partes,

Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia. (BARROS, 2012, p. 146).

Martins (2013) faz uma colocação importante sobre o princípio da irrenunciabilidade, como se transcreve,

Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. (MARTINS, 2013, p. 73).

Existem direitos protegidos pela indisponibilidade absoluta que são de ordem pública, por exemplo, os direitos relativos à saúde, segurança e higiene do trabalho.

E, quando é caracterizado o Dano Existencial na relação de trabalho, esses direitos são os mais são afetados.

Delgado (2010) trata o princípio da irrenunciabilidade como o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Ele traduz a inviabilidade técnica-jurídica de o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. Preceitua Rodriguez (2000),

Com efeito, ao contrário do que ocorre no direito comum, onde rege o princípio da renunciabilidade, no Direito do Trabalho vige o princípio oposto, que é o da irrenunciabilidade. Ou seja, nos restantes ramos do direito alguém pode privar-se voluntariamente de uma faculdade, ou de uma possibilidade, ou de um benefício que possui, enquanto neste setor do direito isso não é possível: ninguém pode privar-se das possibilidades ou vantagens estabelecidas em seu proveito próprio. (RODRIGUEZ, 2000, p. 75).

A irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas constitui-se no veículo principal do direito do trabalho para tentar equalizar no plano jurídico a não sincronia existente na relação de emprego.

2.6 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Este princípio no Direito do Trabalho tem por objetivo a priorização da verdade real em face da verdade formal, uma vez que, muitas vezes o trabalhador exerce sua função em extensas jornadas de trabalho, fato que muitas vezes não está previsto no contrato de trabalho, tendo assim tal princípio para ampará-lo nesta “disputa” desleal, em que o empregador usa de sua influência para coibir o empregado.

Segundo Bartolone (2015), em suma, na análise da situação jurídica, os documentos que discorrem sobre a relação de emprego possuem menor peso sobre

a realidade concreta desta relação empregatícia. Significa que em matéria trabalhista é mais importante o que ocorre na prática.

Ressalta-se que prevalecerá a verdade, o que acontece de fato e, não simplesmente o que o contrato formal reza. E, se houver discordância entre o que a realidade dos fatos aponta e o que está escrito, prevalecerá o que ocorre na prática, nas relações trabalhistas. Como confirma Bartolone (2015), o “contrato de emprego é um contrato realidade, pois sempre haverá preferência, em caso de discordância entre os sujeitos da relação de emprego, a situação real [...], e não aquilo que está pactuado no contrato”. (Bartolone , 2015, p.01)

Acerca do tema, Delgado (2008) nos mostra que,

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviço, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual na qualidade de uso altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). (DELGADO, 2008 p. 300.).

Ainda, continua Delgado (2008):

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente a todos os matizes laçados pelo cotidiano da prestação de serviços, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviço, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação). (DELGADO, 2008, p. 300-301).

E continua, Delgado (2009), a respeito do tema:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da

verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente à conduta especificada pela legislação. (DELGADO, 2009 p. 193).

Percebe-se que tal princípio é uma ferramenta relevante para se encontrar a verdade dos fatos numa situação de litígio, ficando a cargo do Juiz investigar se os direitos do empregado não estão sendo despojados nas relações de trabalho, fato que ocorre com frequência devido o empregador ter maior conhecimento e poder sobre a classe trabalhadora.

3 DANO EXISTENCIAL

3.1 CONCEITO

A princípio o dano que conhecemos como dano moral estava limitado somente ao sofrimento, dor e angústia, mas nos dias de hoje, sua essência teve uma ampliação para abranger todos os bens denominados personalíssimos. Além disso, o dano moral conceitua-se por ser de gênero, abrangendo, como coloca Nascimento (2014) diversas espécies de danos extra patrimoniais, tais como: dano à imagem, dano estético, dano à honra, assédio moral e sexual, dano à intimidade, dano à vida privada, condutas discriminatórias, direitos de personalidade, bem como o dano existencial.

Ao dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, Boucinhas Filho; Alvarenga (s/d), afirma que,

[..] provém 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 lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (Boucinhas Filho; Alvarenga, s/d)

Infere-se, portanto que o Dano Existencial é a impossibilidade do empregado estabelecer relações sociais e gozar do seu tempo de repouso em atividades de lazer com seus familiares. Conforme confirma Nascimento (2014), o dano existencial é caracterizado,

[..] pela não concessão de férias por um longo período, pela sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma habitual, tudo de modo a causar um prejuízo concreto no modo de vida da pessoa (prejuízo à saúde psíquica) e/ou a um projeto de vida (exemplifique-se com o trancamento da faculdade por não conseguir comparecer as aulas) e/ou prejuízo concreto no convívio familiar (exemplifique-se com um divórcio por estar sempre ausente do meio familiar).

Importante ressaltar que mesmo se tendo as caracterizações do dano existencial, “é necessário a comprovação do prejuízo e o nexo de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período ou a sobrecarga de horas extras [...], são condutas capazes gerar o dano existencial”, como pontua Nascimento (2014).

Ressalta-se que a própria legislação 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, o que acreditasse ser muito pouco quando se compara a vida social do empregado.

Portanto, o que está em jogo não é somente a violação por parte do empregador pela inadimplência da sobre jornada diária ou pela não concessão de férias, mas do prejuízo causado ao empregado enquanto ser social e pessoa que realmente é, e que conseqüentemente prejudica sua própria existência.

3.2 ORIGEM DO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

O dano existencial surgiu na Itália, em seu código civil, dando origem a uma nova e revolucionária espécie de danos extra patrimoniais contidos na responsabilidade civil, definindo quais seriam as hipóteses de incidência em seu Codice Civile italiano de 1942, em seus artigos 2.043 e 2.059. (SOUZA, 2015).

Mesmo havendo a previsão legal para a responsabilização civil, tais normas, em verdade, se mostraram insuficientes para responder aos novos fenômenos jurídicos que emergiam na sociedade, pois esbarravam na limitação do primeiro artigo ser voltado para a indenização dos danos materiais enquanto o segundo, mal comparando com o direito brasileiro, limitava-se a reparação por danos morais decorrentes de ilícitos penais, sem abarcar em sua aplicação os danos oriundos das relações civis. (SOUZA, 2015).

Segundo Ieciona Soares (2009), na década de 1970, iniciou-se uma reformulação quanto ao entendimento jurisprudencial acerca da matéria,

A partir da década de 1970, começaram a ser emitidos mais pronunciamentos judiciais, determinando a necessidade de proteger a pessoa contra atos que, em maior ou menor grau, atingissem o terreno de sua atividade realizadora. (SOARES, 2009, p. 65).

Como norma de direito fundamental, foi também reconhecido o direito à saúde pela Justiça italiana, fazendo com que surgisse o direito a reparação, mesmo sem a constatação de um ato ilícito penal, estando expressa também nas relações civis.

Desse ponto em diante, o dano à saúde também entendido como dano à vida ou dano biológico, desenvolveu-se rapidamente, desdobrando-se em outras espécies de direitos imateriais que necessitavam de proteção através da tutela jurisdicional do Estado, contudo não se enquadravam nos preceitos preexistentes. (SOUZA, 2015)

Souza também diz que:

Tal celeuma descortinou-se no posicionamento jurisprudencial que entendeu, na ocasião, que o direito à saúde deve ser tido como direito fundamental, sendo, portanto, qualquer infringência a esse direito suficiente para a responsabilização do agente causador.

Contudo, carecia de precisão técnica atribuir a nomenclatura de dano biológico a todos os demais danos extrapatrimoniais que não coadunava com os preceitos do dano moral oriundo do direito penal, tampouco com o dano biológico, mas que da mesma forma se evidenciava a infringência de direitos fundamentais. Ao passo que se difundiu a ideia nas cortes italianas de que a atividade que acaba por inundar a vida do indivíduo sejam elas remuneradas ou não, e que seus efeitos reversos sobrestavam seus interesses íntimos, tal situação deveria ser considerada como um ato ilícito, passível de reparação, por causar a anulabilidade da pessoa e de suas relações. (SOUZA, 2015, p. 01).

A justiça italiana através da corte Constitucional em 2003, consolidou entendimento jurisprudencial quanto a distinção de três espécies de danos extrapatrimoniais, conforme faz citação do Professor Doutor Eugênio Gacchini Neto apud Soares (2009):

Dano moral subjetivo seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; dano biológico em sentido estrito seria a

lesão do interesse, constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física da pessoa, medicamente comprovada; ao passo que o dano existencial seria o dano derivado da lesão de outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa. (SOARES, 2009, p. 58)

Um novo instituto surgira, chegando rapidamente ao Brasil, foi se tornando cada vez mais forte no direito italiano e em sua jurisprudência, e assim, ultrapassando suas fronteiras.

3.3 DANO MORAL, DANO MATERIAL E DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

3.3.1 Dano Moral

Por um longo período o dano moral esteve atrelado aos danos patrimoniais, fazendo com que surgisse um estorvo, isto é, ou os danos à pessoa não se reconheceria, ou se seria encontrada uma nova forma de abater esse inconveniente e garantir ao trabalhador uma ampla tutela.

Houve, assim, uma distinção de dano moral subjetivo, visto como uma lesão à subjetividade e intimidade psíquica à pessoa, e o dano moral objetivo, com uma dimensão moral da pessoa no meio social em que vive. A esse respeito se posiciona Soares (2009) ao afirmar que:

[...] o verdadeiro e único dano moral é o que a doutrina convencionou chamou, inicialmente, de 'dano moral subjetivo', ao constatar que, dificilmente seria possível alterar o equivocado hábito de igualar dano moral (espécie) ao dano extrapatrimonial (gênero). (SOARES, 2009, p.98).

De caráter extrapatrimonial, o dano moral é considerado subjetivo, por atingir a moral da pessoa, afetando negativamente o seu ânimo, turbando a sua esfera

interna. Está relacionado ao sentimento de sofrimento, à angústia e ao abatimento que podem ser transformados em um ato lesivo. Vale ressaltar que o dano moral não é uma enfermidade, mas pode ser detectado por critérios presumidos, como turbacão mental e sofrimento.

Em decorrência do rompimento do contrato de trabalho, se observadas características de dano, podem ocorrer indenizações, porém não fica claro sobre o dano moral, ainda que a dignidade e a intimidade do empregado sejam referidas nos arts. 373-A, inciso VI e 483 da CLT. Fica, porém, explícito no art. 5º, inciso X da CF/88, a garantia da indenização por dano moral. Seguem os dispositivos legais:

Art. 373-A, CLT. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Art. 483, CLT. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por Lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) O empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. [...]

Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, 1988).

O dano moral não afeta de forma significativa o cotidiano da pessoa, mas pode tornar mais penosa a prática de determinados atos, certo de que quem sofre com o desânimo não tem condições de tratar a vida de forma abatida. Pode ser identificado como o sofrimento por consequência de ato ilícito ou atividade de risco

capaz de atingir direitos da personalidade e princípios referentes aos valores morais da pessoa humana, independente de valoração econômica.

3.3.2 Dano material

Tradicionalmente, a responsabilidade civil reconhecia apenas o dano material, que alcançava danos emergentes e lucros cessantes. A indenização extrapatrimonial acontecia como exceção, até a publicação da Carta Magna de 1988 e, era considerada um dano indenizável, mais conhecido como “dano patrimonial”.

Assim, segundo Nunes (s/d), os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. Os danos materiais podem ser configurados por uma despesa que foi gerada por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes.

Torna-se imprescindível a reparação do dano material, porém é necessário mostrar o nexó de causalidade entre a conduta imprópria do terceiro e o real dano patrimonial que foi efetivamente suportado.

Dessa forma, para Garcia (2012) diz que o dano material,

entre particulares, apurar-se-á se a conduta reprovável e indevida se foi ou não culposa, excetuando-se os casos das relações de consumo, onde a responsabilidade é objetiva, ou seja, não se discute culpa, mas somente a ocorrência ou não do fato gerador do dano e, também, os danos causados pela atividade indevida do Estado, para os quais prevalecem as mesmas regras. (GARCIA, 2012, p. 01).

É válido salientar que será necessário considerar a extensão do dano material para se verificar quanto ao valor da indenização pretendida, pois, o que se pretende por meio da ação judicial é o retorno do efetivo dano da situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do fato.

3.3.3 Dano existencial

O Dano Existencial se distingue do dano moral e é conhecido como uma espécie dos danos imateriais, originário do Direito Italiano, paulatinamente despertou o interesse do Poder Judiciário, nas jurisprudências e na doutrina. A partir disso, foi possível a definição de novos argumentos no que diz respeito à proteção indenizatória do ser humano contra qualquer agressão aos direitos da personalidade, garantidos por meio da CF/88.

Assim, o dano existencial é uma renúncia involuntária dos prazeres da vida, ocasionando uma abdicação das atividades realizadoras da pessoa e que a faria se desenvolver. Trata-se de uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, sofrida em suas atividades cotidianas. Como confirma, Soares (2009), o dano existencial é uma alteração relevante da qualidade de vida,

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

As consequências do dano existencial existiram muito antes de ser reconhecido como tal, resultando na responsabilidade civil. Durante muitos anos, a evolução do dano foi se modificando, e durante quase toda a história da responsabilidade civil o único dano reconhecido e que se indenizava foi o material. A partir das últimas décadas começou-se, também, a indenizar o dano moral. Até então o dano não material era caracterizado de forma negativa, como todo aquele dano que não fosse material, patrimonial, ou seja, que não representa uma deterioração ou destruição de coisas ou animais, possível de ser quantificado

monetariamente, quer sob a forma de dano emergente ou de lucro cessante (SOARES, 2009).

As atividades relacionadas ao dano existencial são bem mais do que aliadas ao cotidiano da pessoa. Assim, para Calgaro (2014),

Trata-se da perda de uma oportunidade, em que o indivíduo vê frustrada a expectativa de exercer certa atividade, retirando-lhe o ofensor a oportunidade de exercê-la ou perturbando o processo de seu cotidiano. Difere-se do dano moral, pois este incide sobre o ofendido ao mesmo tempo da consumação do ato lesivo, afetando o sentimento. Já o dano existencial, em sua maioria, se manifesta e é sentido em momento posterior, pois é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, em que só o tempo é capaz de caracterizar. (CALGARO, 2014, p.31)

Para que exista o dano existencial é necessário um dano reconhecido juridicamente, uma ação ou omissão, a conduta em si, juntamente com o nexo de causalidade entre ambos e o nexo de imputação sobre o responsável.

3.4 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

3.4.1 Projeto de vida

O projeto de vida se caracteriza pelo que o ser humano escolhe para ser e seguir, buscando inconscientemente extrair sempre o máximo de seu potencial, fazendo com que se compreenda que o dano ao projeto de vida seja o comprometimento de sua liberdade de expressão.

Parafraseando Frota (2011), “a lesão ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no andamento normal da vida do assalariado e de sua família. Entretanto, o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem o empregado de ampliar seus desejos e vocações, gerando uma série de frustrações que dificilmente serão

superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de acréscimo pessoal, profissional e familiar do empregado, incidindo sobre suas liberdades de escolher seu próprio destino. Constituiu, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência.”

Acentua Soares (2009) que,

A tutela à existência da pessoa resulta na valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, ou pode realizar, tendo em vista que tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as faculdades físicas e psíquicas. Além disso, a felicidade é, em última análise, a razão da existência humana (SOARES, 2009, p. 37).

Dessa forma, percebe-se que quando obreiro exerce toda a potencialidade de sua personalidade, reflete-se em uma qualidade de vida e de realização pessoal, proporcionando um estado pleno de felicidade, e buscando o sentido do seu ser.

Sendo assim, o dano existencial impossibilita o envolvimento do empregado com a sociedade e conseqüentemente o seu desenvolvimento enquanto ser humano. Para que este possa desenvolver toda a sua potencialidade seria necessário fazer uso de todas as esferas de sua vida, afetiva, cultural, profissional e outras mais.

Além do projeto de vida, há outro elemento caracterizador do existencial que é à vida de relação, que será exposto a seguir.

3.4.2 A vida de relação

No direito do trabalho, o que se entende como dano à vida de relação, é o prejuízo causado ao que se é chamado de conjunto de relações interpessoais, que é o que permite que nós, seres humanos, estabeleçamos uma história de vida, e que também permite que estabeleçamos um desenvolvimento de uma forma ampla e

saudável, dividindo diversos tipos de pensamentos, emoções, ideologias, opiniões e valores inseridos a humanidade.

Cabe ainda salientar, que o dano existencial, trás de certa forma alterações significativas nas relações sociais, estabelecidas com os familiares, e com a sociedade como um todo. Além disso, o dano a vida de relação interfere de forma nociva nas atividades pessoais do empregado, uma vez que o mesmo não consegue desenvolvê-las, levando-o a refletir acerca da sua existência, podendo causar danos temporários ou até permanentemente.

Preleciona Soares (2009) que o dano existencial atinge setores distintos e se constituem de vários elementos para caracterização. Segue a definição,

O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento as tarefas profissionais, ou de lazer. Os sacrifícios, as renúncias a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial. (SOARES, 2009, p. 47).

O dano existencial afeta o direito à vida em relação, quando, de forma ilícita, acarreta empecilhos concretos e objetivos para o empregado vitimado, na condição de ser no mundo com os outros, uma vez impedido do direito de vivenciar experiências e praticar atos no contexto do mundo circundante e do mundo humano. Por força de ato ilícito, há uma relevante alteração, com efeitos negativos, na esfera das relações intersubjetivas do indivíduo.

3.5 QUANTIFICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL

Existem características específicas no dano existencial, estando assim, emoldurado nos danos imateriais. Caso não sejam observadas, essa espécie de dano pode ser entendida de forma equivocada, ou até mesmo deixar de ser reconhecida. Ainda, “é difícil visualizar, concretamente, o dano existencial porque, tal como ocorre com o dano moral puro, cada pessoa reage de forma diferente aos danos que sejam causados aos seus interesses.” (SOARES, 2009, p. 63).

Como o sistema de responsabilidade civil está fundado na culpa, não se pode admitir responsabilização do causador, até porque este não teria como prevenir, tampouco evitar o sofrimento das vítimas. O receio está no dissabor dos empregados, muito bem traduzido nas palavras de Soares (2009):

Declaram que é um risco de colapso da responsabilidade civil extracontratual, porque qualquer dissabor experimentado pela pessoa pode fazer com que ela busque indenização, o que pode causar um desprestígio do instituto e uma avalanche de ações judiciais com a finalidade de indenizar o dano existencial que tenha atingido o autor da ação. (SOARES, 2009, p.63).

Não é isso, contudo, que as decisões judiciais estão julgando. O dano existencial não é passageiro, pois se caracteriza por uma séria evolução da responsabilidade civil por danos imateriais, sendo que cada vez mais está sendo diferenciados uns dos outros, melhorando, assim, o seu estudo e individualizando os demais.

Como resultado disso, para o empregado prejudicado há proteção, mostrando que se for turbada a qualidade de vida do obreiro cabe indenização, que é estipulado pelo julgador o pagamento de um certo valor para a parte lesada a fim tentar equilibrar o sofrimento que dificilmente pode ser reparado. Como não é possível voltar ao estado anterior, o pagamento é aplicado para atenuar o mal causado pelo dano. Ao analisar a indenização, Soares (2009) descreve que,

[...] é o resultado de um raciocínio valorativo formulado pelo julgador, o qual tem a missão de exteriorizar a resposta do Estado ao pedido formulado pelo lesado na demanda [...] tem a função de definir a extensão da indenização devida ao ofendido, bem como a forma como a mesma se concretizará. (SOARES, 2009, p. 117).

Em relação a quantificação da indenização, só o juiz pode arbitrar a fixação, devendo considerar as circunstâncias previstas em lei e as do caso concreto, sendo prudente em sua avaliação, fixando uma indenização que suprima o sofrimento da vítima.

Para a fixação da indenização do dano existencial, é necessário seguir critérios, juntamente com o cauteloso arbítrio do julgador que observará a ocorrência do dano injusto, a situação atual quanto aos atos já realizados, a análise da frustração dos possíveis e razoáveis projetos de vida e até onde as renúncias comprometeram a sua vida.

No dano existencial, a quantificação da indenização se submete às mesmas regras dos danos imateriais, devendo ser respeitado a proporcionalidade e razoabilidade a fim de não causar enriquecimento ilícito de uma das partes e encarecer a outra, conseqüentemente. Quando houver a quantificação da indenização, o julgador deverá levar em conta a gravidade da lesão ao trabalhador, as atividades que foram afetadas e o grau de importância dessas atividades para o ofendido. Nesse sentido,

[...] quanto maior o número de atividades ou de esferas de interesses imateriais ou existenciais do lesado, maior será a indenização; quanto maior a intensidade de afetação negativa desses interesses, maior será a indenização; quanto maior for

o tempo em que haverá o prejuízo existencial, maior será a indenização; quanto maior for a relevância da atividade existencial, negativamente afetada na vida da vítima, maior será a indenização. (SOARES, 2009, p. 129).

Deve-se ter cuidado ao ministrar a fixação da indenização nos processos que julgam danos extrapatrimoniais, pois não pode causar enriquecimento ilícito para a vítima, e tampouco ser excessiva para quem indeniza, devendo ser proporcional ao rendimento e patrimônio da empresa. Portanto, quando se tratar do quantum indenizatório deverá ser, uma empresa pequena não pode ser equiparada a uma empresa de faturamento elevado, devido a desproporcionalidade.

Portanto, no momento de fixar a indenização o julgador deve seguir os critérios resguardados na legislação, com a finalidade de observar a função compensatória e punitiva pedagógica, a fim de que o ofensor não torne a cometer o mesmo dano com os demais funcionários. Ainda, deve ser suficiente para a responsabilização civil, considerando a equidade. O juiz deverá fazer uma redução na quantificação da indenização caso haja desproporção excessiva no que diz respeito a gravidade da culpa e do.

Nesse sentido, a indenização não pode ser exagerada para a parte que indeniza e nem enriquecedora para a vítima.

CONCLUSÃO

O trabalho é uma atividade humana fundamental para o desenvolvimento do homem, configura-se como papel importante na afirmação do ser social e se manifesta sob vários aspectos (ver detalhadamente ítem 1) e, dependendo da época reclamará ao ordenamento jurídico atenção diversa.

Dessa maneira, com o passar dos séculos, as desigualdades nas relações de trabalho foram ficando cada vez menores, uma vez que, antes, o empregado não tinha nenhum tipo de direito, até os dias de hoje, onde estão amparadas pelas normas e princípios. Esta defesa se fez necessária, uma vez que o trabalhador está em jugo desigual em relação aos mandos do empregador.

Entretanto, mesmo com todo o amparo jurídico, foi possível observar por meio da pesquisa bibliográfica que o trabalhador é alvo de diversos danos devido ao seu descumprimento; o que pode causar danos irreparáveis ao projeto de vida e à vida no contexto de relações, responsáveis pelas irregularidades impostas pelo empregador.

Os rebatimentos deste complexo cenário resultam das grandes jornadas de trabalho cumulado com a excessiva demanda de serviço e com menor quantidade de funcionários, sobrecarregando o empregado de tal maneira que não consegue concretizar seus objetivos pessoais, sociais e profissionais.

Nesse sentido, com a renúncia das decisões cotidianas do trabalhador, fica caracterizado o dano existencial, que está diretamente relacionado aos direitos de personalidade e à dignidade humana, pois atingem a ordem física e moral, afetando o equilíbrio da pessoa. Embora, por se tratar de dano imaterial, além de atingir a essência do empregado, está ligado à perda de uma chance, pois o mesmo renuncia involuntariamente aos prazeres de sua vida, prejudicando-o. É apropriado uma atuação com o intuito de parar tais ofensas impostas pelo empregador, pelo fato de atingir a dignidade humana, e suas expectativas familiares, profissionais ou

peçoais. Assim, para que o trabalhador tenha uma melhor e maior produtividade no desempenho das atividades laborativas é necessário que sejam observados os períodos de descanso, a limitação da jornada de trabalho e os intervalos. Muitas vezes, o empregado aceita o que é lhe imposto, por precisar do acréscimo em seu salário, ou até mesmo por medo de ser demitido, e assim, conseqüentemente essa carga excessiva de trabalho é transferida para o assalariado, prejudicando sua vida e aumentando os lucros do empregador.

Assim, a presente monografia permitiu desvelar os objetivos da pesquisa, apontando que o dano existencial é real, possui características próprias e únicas, por isso é passível de indenização. Um dos objetivos principais da justiça do trabalho é ressarcir civilmente tais irregularidades que são conferidas ao assalariado e coibir a ação dos empregadores, devendo ser observado a condição econômica, a amplitude do dano, a magnitude da culpa, e não menos importante, o dolo do empregador. É necessário tal regularização, uma vez que, o patrão tem melhores condições sociais e econômicas, enquanto o obreiro fica submetido aos exageros do seu superior hierárquico, ficando reprimido pela necessidade de se manter no emprego.

A pesquisa realizada por meio da revisão bibliográfica de estudiosos da área, em sites eletrônicos, bem como em leis e jurisprudências, identificou o descumprimento das normas trabalhistas, aliado à sobrecarga de tarefas e à jornada de trabalho, o que caracteriza o dano existencial. Portanto, fica claro que deve ser fiscalizado e regularizado tais relações trabalhistas, indenizando todas as vítimas e punindo os exploradores que em grande parte das vezes tem ciência do mal que está causando.

Assim sendo, a presente monografia, viabilizou ganho social e acadêmico, vez que proporcionou a elaboração de importante material teórico que poderá subsidiar futuras discussões e pesquisas em torno desta temática. E ainda, permitiu colocar a discussão do Dano Existencial em evidência, sendo recente tal matéria, mas que mesmo assim já desperta interesses nas jurisprudências, doutrinas e também no Poder Judiciário, definindo novos argumentos no que diz respeito à proteção indenizatória do ser humano contra qualquer agressão aos direitos da personalidade, garantidos constitucionalmente.

Desta forma, pensar o Dano Existencial é de suma importância, visto que a análise dos direitos sociais consolidados na Constituição Federal de 1988, bem como dos princípios básicos que norteiam as relações de trabalho, evidenciam a necessidade de proteção de uma classe que emprega sua força de trabalho como meio de sobrevivência. Sinaliza-se assim, que a presente pesquisa não foi guiada pela aspiração de esgotar e dar respostas acabadas à temática abordada e sim, de abrir caminhos e possibilidades para o surgimento de novas reflexões que permitam a compreensão do Dano Existencial.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, Garcia. (20 de fevereiro de 2012). **Reparação dos danos materiais**. Acesso em 20 abr.2016. Disponível em: <<http://www.garciaadvocacia.com.br/home/portfolio-view/reparacao-danos-materiais/>>.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. (s/d). **O dano existencial e o direito do trabalho**. Acesso em 25 abr. 2016. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREIT_O_DO_TRABALHO.aspx>.

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

_____. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARTOLONE, Rafael. (2015). **Princípio da primazia da realidade ou a realidade dos fatos**. Acesso em 05 mai. 2016. Disponível em: <<http://rbartolone.jusbrasil.com.br/artigos/153302708/principio-da-primazia-da-realidade-ou-a-realidade-dos-fatos>>.

BRASIL. Código civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002). 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 out. 2015

_____. **Consolidação da República Federativa do Brasil**. 1988. Atualizada até a Ementa Constitucional nº 56.

_____. **MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO**. Convenção OIT. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoes-oit-brasil-ratificadas.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

_____. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1943.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa**. Campinas: Millennium Editora, 2003.

CALGARO, Angélica diane. (2014). **Dano existencial nas relações de trabalho**. Acesso em 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2522/Angu00E9lica%20Calgaro%20final.pdf?sequence=1>>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, Ano XXII, n. 256, outubro, 2010. 39

FROTA, Hidemberg Alves da, (novembro/2011). **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Acesso em 23 abr. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20349/noco-es-fundamentais-sobre-o-dano-existencial>>.

GIUSTI, Daiane. (2012). **A evolução dos direitos fundamentais no Brasil**. Acesso em 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Daiane-Guisti.pdf>>.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. Ed. Lumen Júris, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. (18 de março de 2014). **Dano existencial requer prova de prejuízo e nexó de causalidade**. Acesso em 15 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-18/sonia-mascaro-dano-existencial-requer-prova-prejuizo-nexo-causalidade>>.

NETO, Eugênio Facchini. Prefácio. In: SOARES, Flaviana Rampozo. **Responsabilidade Civil Por Dano Existencial**. 1ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Alves. (s/d). **Indenização por dano material**. Acesso em 25 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.alvesnunesadvogados.com.br/dano-material.html>>.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Maria Christina barreiros D', (s/d). **Breve análise ao princípio da isonomia**. Acesso em 01 mai. 2016. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>.

PINHO, Ruy Rebello. **Instituições de Direito Público e Privado**. São Paulo: Atlas, 2002.

PRETEL, Mariane. (out/2007). **A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional**. Acesso em 05 mai. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10519/a-boa-fe-conceito-evolucao-e-caracterizacao-como-principio-constitucional>>.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Flávia Martins André da. (16 de maio de 2006). **Direitos Fundamentais**. Acesso em 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>.

SOARES, Flaviana Rampozo. **Responsabilidade Civil Por Dano Existencial**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOUZA, Rafael Silveira de. (2015). **Dano existencial na relação laboral**. Acesso em 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://rafaelsilveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/151317103/dano-existencial-na-relacao-laboral>>.

VALE, Liliane de Oliveira do. (2010). **Direitos e deveres do trabalhador quanto a jornada de trabalho**. Acesso em 01 mai.2016. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214331.pdf>.

Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3065>>. Acesso em 12 abr. 2016.

<<http://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em 12 abr. 2016.

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1631/Direitos-Humanos_Fundamentais-e-o-Direito-Internacional>. Acesso em 12 abr. 2016.

<http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=13985>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<<http://pt.slideshare.net/dimensson/garantias-constitucionais>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

<http://institutoprocesso.com.br/2012/wpcontent/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016.

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/544/358>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

<http://www.fapam.edu.br/admin/monografiasnupe/arquivos/10062014205821ANA_CLAUDIA_APARECIDA_REIS.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2522/Angu00E9lica%20Calgaro%20final.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

<<http://rafaelsilveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/151317103/dano-existencial-na-relacao-laboral>>. Acesso em 11 mai. 2016.

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 15 abr.2016.

<<http://jus.com.br/artigos/29014/o-principio-da-isonomia-no-processo-civil>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3755/O-principio-in-dubio-pro-operario-e-suas-aplicacoes>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/544/358>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

<<http://jus.com.br/artigos/10519/a-boa-fe-conceito-evolucao-e-caracterizacao-como-principio-constitucional>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

<http://w2.vatican.va/content/leoxiii/pt/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<http://w2.vatican.va/content/piusxi/en/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

<http://w2.vatican.va/content/piusxi/en/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19031937_divini-redemptoris.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

< <http://www.fgts.gov.br/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<<http://farolpolitico.blogspot.com.br/2007/10/lei-de-bronze-ehernes-gesetz-dos.html>>. Acesso em: 27 mai. 2016.