

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO- PUC-SP

VALDIRENE ALVES NERY

DANO EXISTENCIAL
DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO-PUC-SP

VALDIRENE ALVES NERY

DANO EXISTENCIAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **ESPECIALISTA em DIREITO DO TRABALHO** sob a orientação do (a) Prof. (a), Dr. (a) – **JURANDIR ZANGARI JUNIOR.**

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus familiares, amigos e especialmente ao meu esposo, que sempre acreditou em mim e colaborou muito para a conclusão do mesmo.

AGRADECIMENTOS.

A vida pela oportunidade de ter participado do curso de especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP. Um sonho realizado!

Ao professor Leonel Maschietto por me apresentar o tema e me despertar o interesse e o olhar pelo lado social e humanístico que deve recair sobre o assunto.

Um agradecimento especial ao professor orientador Jurandir Zangari Junior, primeiramente por ter me ajudado no ultimo modulo do curso de especialização, onde apresentei dificuldades com a matéria, me indicando livros e se colocando à disposição para o esclarecimento de dúvidas, sempre pronto a ajudar.

Quanto à monografia, essencial quando tive dúvidas na definição do tema, ao enviar materiais para minha leitura que foram de grande valia para esta escolha e desenvolvimento do trabalho.

Agradeço finalmente aos colegas de turma, por todo o incentivo e amizade.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a figura jurídica do dano existencial nas relações de trabalho, esclarecendo as situações nas quais o empregador pode incorrer na obrigação de indenizar o empregado, em razão dos danos causados a este último, quando submetido a um excesso de jornada, e em decorrência deste, acaba por ter frustrado algum projeto da sua vida pessoal ou vida de relação, e sendo efetivamente provada tal frustração, além das horas extras que lhe são devidas, passível ainda da reparação de danos por meio de indenização. O presente estudo, visa demonstrar o quão é importante entender o objetivo da norma que impõe a limitação da jornada, determina o respeito as pausas intervalares e concede o direito de férias remuneradas, analisando a finalidade social da norma, que pretende assegurar que o empregado goze do seu direito ao lazer em sua plenitude, se desconectando do trabalho, conectando-se com seus projetos sociais, conectando-se com amigos, estreitando laços familiares e afetivos, preservando ainda sua saúde, bem como analisando as consequências negativas do desrespeito a tais normas. Para tanto foi utilizada a pesquisa bibliográfica, analisando a origem e evolução histórica da figura do trabalhador, empregado e do Direito do Trabalho, princípios constitucionais, jornada de trabalho, conceito de danos morais e dano existencial. A conclusão que se chega é que o excesso de trabalho, tem contribuído para fadiga física e mental, acidentes de trabalho, levando a diversos casos de afastamento médico, causando lesões não somente ao empregado como também ao empregador, além da lesão às relações sociais, familiares e afetivas do trabalhador, pelo que merece ser reparados.

Palavras-Chaves: Dano existencial-Danos Imateriais-Excesso de Jornada-Frustração-Projeto de Vida-Vida de Relação.

ABSTRACT

The present study have the objective of analysing the legal figure of the existential impairment on the work relation, clarifying the situations in which the employer may incur on the obligation to compensating the employee for the damages caused to them when subjected to an excessive overtime workload and, consequently, frustrates a personal project or life of relation and, being such frustrations effectively proved, besides the owed overtime working hours, is still liable to reparation of damages by compensation.

This study aims to demonstrate the importance of understanding the objective of the norm which imposes the limitation of the working day , determines the respect to the interval pauses and grants the right to paid vacation time, analysing the social function of the norm which intends to assure that the employee fully benefits from their rights to leisure, disconnecting themselves from work and connecting with their social projects, connecting with friends, strengthening familiar and affectionate relations, yet preserving their health, as well as analysing the negative consequences of the disrespect to such norms. Therefore was utilized the bibliographical research, analysing the origin and historic revolution of the figure of the worker, employee and of the Labor Law, constitutional principles, work day, the concept of personal harassment and existential impairment. The conclusion is that the excess of the workload has contributed to the physical and mental fatigue, occupational accidents leading to several cases of sick leave harming not only the employee but also the employer, in addition to damage to the social, familiar and affectionate relations of the worker, who deserves to be compensated.

Key words: Existential impairment – Immaterial Damage – Excessive Workload – Frustration – Life Project – Life of Relation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. FUNDAMENTO E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	
GARANTIAS MINIMAS. PRINCIPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	13
1.1. Breve histórico do trabalho humano e do direito do trabalho.....	13
1.2. O direito o trabalho no brasil	16
1.3. Proteção constitucional do direito do trabalho	17
1.4. Princípios constitucionais que regem o contrato e trabalho e princípios peculiares o direito do trabalho	20
1.5. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. Tutela da dignidade da pessoa humana na constituição da república	22
2. DA PROTEÇÃO ÀS RELAÇÃO DE TRABALHO E EMPREGO.....	25
2.1. Conceito de relação de trabalho e emprego	25
2.2. Obrigações recíprocas que decorrem da relação de trabalho.....	27
2.3. Da jornada de trabalho, direitos aos intervalos, repouso semanal remunerado e das férias e das férias	29
2.4. O novo ritmo de produção e trabalho	32
2.5. Necessidade de proteção ao trabalhador	34
2.6. As lesões causadas à saúde física e mental do trabalhador em face do desrespeito aos intervalos constitucionalmente assegurados	36
3. DANO MORAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO E TRABALHO	38
3.1. Dano moral trabalhista. Conceito e suas vertentes	38
3.2. Conceito de dano existencial	41
3.3. Primórdios do dano existencial.....	43
3.4. Elementos do dano existencial.....	45
3.5. Dano existencial e o direito do trabalho	46
3.6. Dano ao projeto de vida da pessoa e a vida de relação da pessoa	47
3.7.O dano existencial e a saúde do trabalhador.....	49
3.8. Previsão legal da reparação de dano existencial no brasil	52

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS DO DANO EXISTENCIAL	53
4.1. Constituição federal	53
4.2. Princípios da dignidade da pessoa humana.....	55
4.3. Direitos da personalidade.....	56
5. ECLOSÃO DO DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	58
5.1. A jornada de trabalho exaustiva e o dano existencial.....	58
5.2. O dano existencial decorrente da supressão dos intervalos intrajornada e interjornada.....	63
5.3. O dano existencial decorrente da não fruição e gozo dos descansos semanais e anuais remunerados.....	65
5.4. Dano moral e dano existencial, distinção e cumulação	75
6. CONCLUSÃO.....	79
7. REFERENCIAS	84

INTRODUÇÃO.

Nos dias atuais, já se tornou corriqueiro nos depararmos com situações onde o trabalhador, empregado ou não, se submete, na maioria das vezes, à jornadas extenuantes de trabalho, que muitas vezes somadas ao tempo destinado no trajeto para o deslocamento entre a residência e o local de trabalho, ou vice-versa, acabam consumindo mais de 15 horas do dia deste cidadão, não lhe restando muito mais ao chegar em sua residência, que se alimentar e dormir, a fim de recarregar um pouco das suas energias para o dia seguinte que lhe aguarda com a mesma rotina desgastante do dia anterior.

Não bastasse a rotina diária exaustiva e estressante, esta estende-se ainda aos finais de semana, e muitas vezes tem suprimido os repouso semanais e anuais remunerados, tornando o trabalhador, especialmente o empregado, foco da observação principal desta monografia, refém do trabalho, já que com tal rotina, não exerce seu direito de lazer na sua plenitude, mantendo-se o tempo todo conectado com o trabalho, o que o impede de conviver socialmente com seus pares, dificultando ainda a criação ou manutenção de relacionamentos ou atividades fora do contexto laboral, o que consequentemente resulta em prejuízos na sua vida pessoal que causam danos aos direitos da sua personalidade.

Infelizmente também não é incomum nos depararmos com situação onde o fica impedido de realizar seus projetos da vida pessoal ou manter relações sociais pessoais, decorrente de condutas ilícitas do empregador, em razão de exigir ou submeter o empregado a extensas jornadas de trabalho, suprimir seus intervalos interjornadas e desrespeitar suas pausas para descanso remuneradas, semanais, mensais ou anuais.

Mesmo quando tais jornadas extraordinárias, pausas e intervalos suprimidos e férias não concedidas são remuneradas, moldes legais, lesões aos direitos da personalidade do trabalhador são causados, eis que exclusivamente pelo fato de serem suprimidos tais direitos, acabem por impedir o empregado pratique atos da sua vida pessoal, naqueles momentos em

que em tese deveria estar desconectado do seu trabalho, ou seja, após o término de expediente, nas folgas de domingo, ou no período de férias anuais remuneradas.

Ainda que o empregado se coloque a disposição do empregador por mera liberalidade, e que seja devidamente remunerado, não se pode negar que o mesmo está sendo lesado em razão do desrespeito aos seus direitos e garantias fundamentais, assegurados constitucionalmente, posto que somente pela remuneração de horas extras, a norma não alcança o fim almejado.

Tais atitudes tidas por ilícitas, ferem de morte diretamente um dos direitos assegurados constitucionalmente, qual seja o direito ao lazer, direito este que proporciona a efetiva desconexão do trabalhador, do ambiente e dos assuntos inerentes ao trabalho, lhe permite momentos de interatividade com outros grupos sociais, que não guardam relação com o ambiente laboral, além do seu desenvolvimento pessoal, cultural e artístico fora do local de trabalho.

Notadamente há um círculo vicioso na situação descrita nas linhas anteriores: o empregador exige direta ou indiretamente do empregado o cumprimento de jornada extenuante de trabalho; este último por sua vez, se submete voluntariamente ou não a tal condição de trabalho, seja porque precisa auferir maior renda, seja porque tem medo de sofrer represálias ante a sua negativa, renunciando assim seu direito ao descanso, ao lazer, a desconexão. Com o passar dos tempos, e sem a perspectiva de mudanças no cenário retro descrito, o empregado se vê frustrado por ter perdido oportunidades quanto a realização de projetos da sua vida pessoal, única e exclusivamente porque estava totalmente imerso a rotina fadigante de trabalho imposta pelo empregador.

Não se evidencia um equilíbrio entre os interesses de empregador e empregados. É notável que os primeiros agem sempre pelo desejo incessante de obter lucro, utilizando para tanto a exploração da mão de obra humana, sem qualquer respeito aos limites da sua existência, enquanto que o empregado movido pela necessidade de auferir maior lucro em prol da própria subsistência e de sua prole, voluntariamente se coloca à disposição do

empregador para trabalhar em jornadas extenuantes, renunciando seus direitos aos repouso e férias, por exemplo, perdendo a oportunidade de convivência com filhos, esposa, amigos e de realizar outras atividades fora do âmbito laboral.

Tal cenário que pode desencadear além de tais frustrações, como as retro mencionadas, danos à saúde do trabalhador, danos à sua vida de relação, a exemplo do termino de casamento, afastamento dos filhos, não iniciação ou não conclusão de cursos superiores, a não realização de viagens, e inúmeros outros projetos que podem ser “abortados” porque o empregado está completamente imerso no ambiente e nas relações de trabalho.

Seria possível admitir que o simples pagamento de horas extras, por si somente seria o suficiente para indenizar, ou melhor dizendo, ressarcir as lesões causadas pelo excesso de jornada de trabalho ao qual se submeteu o trabalhador, voluntariamente ou não?

A doutrina e jurisprudência vem adotando o entendimento de que sofrendo o trabalhador danos nos seus projetos da vida pessoal, decorrente da ilicitude dos atos praticados ou exigidos pelo empregador, restará caracterizado o dano existencial.

Tais danos considerados imateriais, são tidos por dano à existência da pessoa, e em sendo comprovado o dano efetivo, e que este por sua vez tem nexo de causalidade com a rotina de trabalho do empregado, (jornada extenuante, supressão de intervalos e férias remuneradas), entre outros, são passíveis de reparação por meio de indenizações.

A presente pesquisa de monografia científica objetiva analisar a figura em questão cuidando, dentre outras coisas, de demonstrar as características do trabalhador desde a antiguidade até a atualidade, comprovando que interesses de empregadores e empregados não mudaram muito no decorrer dos anos, e que apesar da regulamentação de muitos direitos relacionados à proteção do trabalhador, estes muitas vezes não são eficazes face a ausência de fiscalização estatal e de todos os personagens envolvidos nesta delicada relação, bem como em razão da tendência por parte dos mesmos personagens envolvidos na relação, a um olhar

exclusivamente econômico que recai sobre o cerne da questão, deixando-se de lado o real intuito do legislador de preservar os direitos inerentes a pessoa do empregado, valorizando-o enquanto pessoa humana, na sua dignidade, perseverando-o em seus direitos e garantias fundamentais, e passando a enxergar o empregado como fonte de renda e nada mais.

Visa ainda demonstrar que o empregado que se dedica integralmente ao trabalho, e que não se desconecta, que não exerce seu direito ao lazer, voluntaria ou involuntariamente, está mais propenso aos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, e que de certa forma estes podem sim decorrer dos efeitos devastadores da estafa causada pelas jornadas extenuantes.

O respeito as normas constitucionais e infraconstitucionais, visam assegurar melhor qualidade de vida aos empregados, e maior lucratividade ao empregador, eis que um empregado feliz e saudável certamente com uma vida equilibrada em todos os aspectos produzirá muito mais e comais qualidade que aqueles submetido a exaustivas jornadas de trabalho, visando apenas prover a própria subsistência, distinguindo por fim dano moral e dano existencial

1. FUNDAMENTO E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO. GARANTIAS MINIMAS. PRINCIPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Breve histórico do trabalho humano e do direito do trabalho

O trabalho humano existe desde os primórdios da humanidade, sendo que com a intensificação da relação trabalho x capital, evidenciou-se necessidade de criação direitos sociais, que segundo estudiosos, iniciou-se com o Direito Moderno.¹

A necessidade de criação de tais direitos se deu em vista de que, não muito diferente do vemos na atualidade, onde o ser humano enquanto trabalhador, é visto pelo empregador como objeto de direito, ou seja, como parte de sua propriedade, assim o era desde o tempo da escravidão, como demonstraremos a seguir.

Os gregos e romanos associavam trabalho à “mercadoria”, e a figura do escravo a “coisa” que pertencia a um amo ou senhor, e a partir do momento que entrava em seu domínio, não tinha mais qualquer poder de decisão sobre si, seja para contrair obrigações ou prestar consentimento. Conclui-se que já desde àquela remota época, o ser humano enquanto trabalhador, não vislumbrava qualquer direito a vida ou a dignidade.

Não bastasse a exploração e advindas destas, as vantagens que os “senhores” obtinham sobre o trabalho escravo, passaram ainda a arrenda-los, com o único intuito de obter vantagem também econômico, com o uso da força de trabalho alheia, ocasião em que visando ainda tal vantagem econômica, mesmo alguns homens livres, porém de recursos limitados, passaram a arrendar seus próprios serviços, visando o sustento próprio ou de sua família.

¹GIANELLA, Maria José, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, LTr, 2015, p.30.

Quando a economia avançou, na idade média, e o trabalho escravo, foi substituído pelo trabalho dos servos, que nada mais eram do que os próprios escravos alforriados, que buscaram à “proteção” dos senhores feudais, ante a invasão das suas terras pelo estado e por bárbaros, os servos já eram vistos como pessoas e não mais como coisas, no entanto ainda eram brigados a pesadas cargas de trabalho, maltratados e encarcerados.²

Já a partir do século X, estes mesmos “servos” e habitantes das terras dos senhores feudais, passaram adquirir mercadorias em feiras, às margens do rio, fora das terras de seus senhores, criando-se assim as primeiras corporações de ofício.³

Uma pessoa não poderia trabalhar se não fosse membro de uma das corporações, do mesmo modo que ao mestre de cada uma destas, era ilícito à contratação de operários de outras corporações. Não se admitia ainda a contratação de aprendizes e artesões estrangeiros.

Os aprendizes por sua vez poderiam celebrar contratos com seus mestres, todavia estes direitos sobre aqueles. Alojava-os, alimentava-os e tinha o dever de lhes ensinar o ofício, *CONCEDENDO-LHES TRATAMENTO ADEQUADO, mas tais corporações foram extintas em 1776*, quando da promulgação do Editto de Turgot.⁴

Com a crise artesanal e a inovação tecnológica, conhecida por Revolução Industrial, a ferramenta manual foi substituída pela máquina, e exaltou-se a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e ainda da livre contratação, consagradas na Constituição Francesa de 1791, sendo que foi o Código de Napoleão de 1804 que revelou a vontade contratual como norma suprema das relações jurídicas, como demonstra seu art.1.134, *in verbis*:⁵

²BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.48.

³Corporações de ofício eram associações que surgiram com a necessidade de regulamentar o processo produtivo artesanal das cidades.

⁴BARROS, Alice Monteiro de, op.cit., p.50.

⁵ Ibid., mesma página.

Art. 1.134. As convenções têm força de lei para aqueles que os celebraram.

Este foi o primeiro Código a estabelecer diretrizes da organização do trabalho, nos quadros do Direito Civil, regulamentando o contrato de trabalho, como uma de locação, por meio de apenas dois artigos. Institui-se o trabalho a prazo como forma de evitar o retorno da escravidão, já que ao bom alvedrio do legislador da época, trabalhar para um único alguém por toda uma vida, tolhia o direito de liberdade do homem na sua essência como ser humano.⁶

Pela influência de tais dispositivos, foram ainda elaborados os códigos, Argentino e Espanhol nos séculos XIX, e XX, e até mesmo o Brasileiro de 1916, que inseriram o serviço humano ao lado de locação de coisas e animais.⁷

Considerando as mudanças ocorridas pós Revolução Industrial, que deram origem à classe operaria, e que o Estado que apenas observava em silencio os acontecimentos, cada vez mais dissociava-se o capital e o trabalho. Os conflitos daí decorrentes ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade, surgindo partir de então a necessidade de um ordenamento jurídico, mais justo e especialmente equilibrado, que pudesse assegurar tanto a classe operaria quanto os capitalistas.

Portanto o Direito do Trabalho é o resultado de uma intervenção estatal de cunho humanitário, sendo que foram as injustiças praticadas contra aprendizes, menores, acidentados, mulheres, entre outros, que provocaram grande parte da legislação laboral, já que esta era a parte da força de trabalho mais explorada até o final do século XVIII.⁸

Concluimos que o Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, em um mundo que tem por característica as desigualdades econômicas e sociais, onde sempre houve a imperatividade de uma classe dominante sobre outras menos favorecidas, que

⁶ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.50.

⁷ Ibid., p.51.

⁸ Ibid., p.52.

independentemente das nomenclaturas que se atribuíram a cada uma delas com o passar do tempos, evidencia-se como característica comum de todos os tempos, a predominância do capital sobre o trabalho, razão pela qual tornou-se necessária a intervenção do Estado, por meio de uma legislação predominantemente imperativa, de força cogente e insuscetível de renúncia pelas partes, visando justamente defender os direitos das vozes que muitas vezes se calaram, e até hoje ainda se calam, em face do poder que exerce aqueles que detém o capital, sobre aqueles que oferecem sua força de trabalho.

1.2O Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, a primeira legislação pertinente ao Direito do trabalho, é de 1830, por meio da qual se regulou o contrato de prestação de serviços, de brasileiros e estrangeiros. Em 1837, surgiu uma norma que dispunha sobre contratos de prestação de serviços entre colonos e justa causa para ambas as partes do contrato, e por fim em 1850, surge o Código Comercial, trazendo em seus preceitos ideias alusivas ao Aviso Prévio⁹.

Entre 1888 e a Revolução de 1930, Alice Monteiro de Barros¹⁰, aponta os seguintes diplomas legislativos de maior relevância: em 1903, lei sobre sindicalização dos profissionais da agricultura; de 1907, lei sobre sindicalização dos trabalhadores urbanos; de 1916, o Código Civil que trazia o capítulo sobre locação de serviços, regulamentando a prestação de serviços de trabalhadores; em 1919, lei sobre acidente de trabalho; de 1923, lei Elói Chaves sobre estabilidade no emprego aos ferroviários que contassem com mais de 10 anos de serviços junto ao mesmo empregador; ***Em 1930, criou-se o Ministério do Trabalho;*** e finalmente em 1943, criou-se a Consolidação das Leis do Trabalho.

Há quem defenda que essa legislação advém da vontade autônoma do Estado, enquanto outros afirmam que decorreu de movimentos operários reivindicando a intervenção legislativa sobre a matéria, todavia, as manifestações em forma de greves nos grandes centros

⁹ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.54.

¹⁰ Ibid., mesma página.

do país, em 1919, levam a crer que foi este o fator preponderante à intervenção legislativa para regulamentação das matérias.¹¹

1.3 Proteção constitucional do direito do trabalho

A primeira Constituição brasileira que trouxe à baila preocupações com um positivismo trabalhista foi a Constituição do Império em 1824. Tal Constituição se limitava a assegurar a liberdade de trabalho. Já na Constituição de 1891, por meio do artigo 72, garantiu-se aos brasileiros e estrangeiros, RESIDENTES NO PAÍS, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e a propriedade, entre outros. Esta Constituição assegurou a liberdade de associação.¹²

A constituição de 1934 inovou ao tratar da ordem econômica e social, reconhecendo no artigo 120, os sindicatos e associações nos termos da lei, e no artigo 121, estabelecia que a lei promoveria o amparo da produção e estabeleceria as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. O § 1º deste mesmo artigo previa que a legislação deveria observar ainda preceitos que visassem a melhoria da condição de vida dos trabalhadores. No artigo 122 da Constituição de 1934, instituiu-se a Justiça do Trabalho, para dirimir questões entre empregados e empregadores. Nesta constituição, ainda por meio do disposto no artigo 123, estendeu-se, para todos os efeitos, as garantias e benefícios de legislação social, aos profissionais liberais. Instituiu-se nesta mesma constituição a pluralidade sindical, todavia não chegou a ser regulamentada.¹³

Já a Constituição de 1937, por meio do artigo 136, coloca o trabalho como dever social, assegurando a todos o direito de subsistência digna por meio do seu trabalho, devendo este ser protegido pelo estado. A constituição em comento, estende o repouso

¹¹ MORAES FILHO, Evaristo de. O problema do Sindicato Único no Brasil. Rio de Janeiro, 1952, apud Alice Monteiro de Barros, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p. 55.

¹² BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.55.

¹³ Ibid., mesma página.

também aos feriados civis e religiosos, mantendo-os sem remuneração. Determina ainda que a remuneração do trabalho noturno, deverá ser atribuída remuneração superior à do diurno. Trata do instituto da sucessão de empregadores, aliás com exclusividade, já que as outras constituições deixam a matéria a cargo das legislações ordinárias. Esta mesma constituição considerou a associação sindical livre, todavia introduziu a unicidade sindical, impondo ainda a contribuição sindical. Considerou a Greve e o Lock-out, como recursos antissociais, nocivos ao capital e ao trabalho e incompatíveis com interesses à produção nacional.¹⁴

A Constituição de 1946, assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, segurança individual e à propriedade. Prevê ainda que a ordem econômica deverá ser organizada de acordo com os princípios da igualdade e da justiça social, conciliando a liberdade e iniciativa, com a valorização do trabalho humano, o qual é obrigação social, devendo ser assegurado a todos e possibilitando-lhes existência digna.

Estabelece ainda que a legislação do trabalho e Previdência Social obedecerão aos preceitos que visem a melhoria da condição dos trabalhadores, e por fim regulamenta o direito dos trabalhadores de participação nos lucros da empresa. O descanso semanal, e os feriados passaram a ser remunerados. A estabilidade nas empresas foi estendida também aos trabalhadores rurais, e o trabalho noturno passou a ser proibido aos menores de 18 e não de 16 anos como anteriormente previsto. Instituiu-se ainda a assistência aos desempregados e a obrigatoriedade de o empregador manter seguro contra acidentes do trabalho. Por fim e mais importante, integra a Justiça do Trabalho aos quadros do Poder Judiciário, pois até então era um órgão administrativo.¹⁵

A constituição de 1967, e a emenda Constitucional de 1969, além dos direitos sociais já elencados, introduziram a cogestão e o regime o FGTS, que de início conviveu com o regime de estabilidade e de indenização, sendo certo que ao trabalhador caberia a opção por um deles. Instituiu o salário família aos dependentes do trabalhador, e reduziu a idade mínima

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.55.

¹⁵ Ibidem.p.58.

para o trabalho, para 12 anos. Garantiu a aposentadoria das mulheres aos 30 anos com vencimentos integrais, proibiu a greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei.¹⁶

E finalmente a Constituição Federal de 1988, surgiu arrolando direitos sociais elencados no artigo 6º e 7º dos empregados rurais e urbanos, vigentes, determinando a proteção do trabalhador contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, com previsão de indenização compensatória. Esta Constituição, equipara trabalhadores urbanos e rurais, e estende o FGTS a estes últimos. Desaparece a estabilidade decenária, em contrapartida surge a proteção por dispensa arbitrária, todavia ainda pendente de regulamentação. O salário mínimo que era regionalizado, passa a ser nacional e unificado. O piso salarial passa a ser constitucional, e o salário apesar de continuar como irredutível, agora é passível de negociação em sentido contrário, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva.¹⁷

A jornada diária de 8 horas não sofreu alteração, todavia o limite semanal passou a ser de 44 horas em detrimento da anterior que era de 48 horas. O Adicional de horas extras, antes limitado a 20 ou 25%, passou a ser de no mínimo 50% sobre a hora normal. Ao trabalhador em turno ininterrupto de revezamento reconheceu-se nova jornada de 6 horas. Manteve-se o repouso semanal remunerado aos domingos, todavia quedou-se silente quanto aos feriados civis e religiosos. A licença maternidade foi alongada de 84 para 120 dias, e reconheceu-se a licença paternidade. A constituição inovou ainda ao estabelecer um aviso prévio de no mínimo 30 dias, incluiu o adicional de penosidade ao lado dos demais, e ainda importantíssimo direito e proteção do emprego em face da expansão da automação, todavia, ambos ainda pendente de regulamentação.¹⁸

Os créditos trabalhistas dos empregados, antes sujeitos a prescrição no prazo de dois anos, agora foram dilatados para os últimos cinco anos, estendendo-se tal direito aos rurícolas, cujo os créditos não estavam sujeitos à prescrição no curso do contrato. Proíbe-se ainda, dentre outras formas de discriminação salarial, a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador e deficiência. Altera novamente as idades

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.59.

¹⁷ Ibidem. p.60.

¹⁸ Ibid., p.61.

limites para o início do trabalho entre jovens, sendo no mínimo de 16 anos, salvo menor aprendiz com 14 anos. Também nesta constituição, o trabalhador avulso é equiparado ao empregado, e aos domésticos estendeu-se vários dos direitos sociais, outrora assegurados apenas a outras categorias. Por fim o artigo 8º e 9º da Constituição Federal de 1988, dispõem sobre direitos sindicais.¹⁹

1.4 Princípios Constitucionais que regem o contrato e trabalho e Princípios peculiares do Direito do Trabalho

Os princípios, dentre outros, são destinados ao preenchimento e lacunas na legislação processual. Há lacuna quando a lei não disciplina determinada matéria.

O princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico²⁰.

Entre os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, estão os seguintes²¹:

- **Liberdade sindical**; não interferência do estado na organização sindical; direito de greve; representação dos trabalhadores na empresa; reconhecimento das convenções e acordos coletivos; proteção em face da automação; proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa; irredutibilidade de salários e isonomia salarial.

Entre os princípios gerais da Constituição, alguns princípios implicam no Direito do Trabalho. São eles²²:

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.61.

²⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira apud SCHIAVI, Mauro, Ações de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação De Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, p.99.

²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do apud BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, São Paulo, LTr, 2016, p.119.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro apud BARROS, Alice Monteiro de, ibidem. p.119.

- **O respeito à dignidade da pessoa humana;** os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade; a igualdade entre homens e mulheres em suas obrigações.

Bem como podemos elencar os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, quais sejam²³:

- **Princípio da proteção:** pelo princípio da proteção, ante os abusos existentes decorrentes da relação de trabalho, advindos da liberdade de contratar, o legislador inclinou-se a desenvolver uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. Tal princípio subdivide-se em *norma mais favorável, in dubio pro operário e condição mais benéfica*;

- **Norma mais favorável:** Consubstancia-se na norma e na condição mais favorável, a ser aplicada em favor do trabalhador, quando da existência de mais de uma norma sobre o mesmo assunto, independentemente da posição hierárquica das mesmas;

- **In dubio pró operário:** em havendo norma trabalhista que possibilite mais de uma interpretação, deve-se preferir o sentido mais favorável ao trabalhador;

- **Condição mais benéfica:** impede que o trabalhador abra mão de seus direitos já incorporados ao seu contrato de trabalho;

- **Primazia da realidade:** significa que as relações jurídico-trabalhistas, se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes;

- **Irrenunciabilidade:** Está vinculado a ideia de imperatividade, ou seja, indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade;

- **Continuidade:** visa a preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança ao trabalhador e incorpora-lo ao organismo empresarial. Esse princípio revela que o

²³ Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, São Paulo, LTr, 2016, p.119. p. 122 e ss.

Direito do Trabalho, tende a resistir a dispensa arbitrária, e a manter o pacto laboral nas relações de sucessão, de suspensão ou de interrupção do contrato e trabalho;

1.5 Direitos fundamentais e direitos da personalidade. Tutela da dignidade da pessoa humana na Constituição da República

Embora não seja um princípio peculiar ao Direito do Trabalho, alguns autores acrescentam o princípio dignidade da pessoa humana como parte integrante do seu rol de princípios, todavia outros o entendem como parte integrante do rol de direitos fundamentais.

Quanto ao significado de dignidade da pessoa humana, temos que:

Termos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de Direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, coo venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁴.

A dignidade da pessoa humana, que está prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e “constitui um legado incontestável das filosofias de Santo Tomás de Aquino e de Kant, e considera que o ser humano é o fundamento e o fim ultimo do Direito, e de toda a ciência humana, de maneira que em toda atividade criativa ou interpretativa do Direito, deve-se sempre adaptar o Direito ao ser humano, e não o ser humano ao Direito²⁵.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang apud SCHIAVI, Mauro, Ações de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação e Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, p. 45.

²⁵ SCHIAVI, Mauro, Ações de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação De Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, P.45.

A Constituição Da República Federativa do Brasil, assegura ampla proteção do ser humano, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo-lhe a vida, à saúde, garantindo-lhe a igualdade, à liberdade, a segurança e as condições dignas de sobrevivência por meio da proteção à maternidade e a infância. Igualmente assegura à proteção do meio ambiente, determinando-se que seja mantido ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida, concluindo que, somente haverá dignidade se a pessoa tiver assegurados todos os direitos fundamentais previstos nos artigos 1º, 3º e 5ª a Constituição Federal, e ainda os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, aí incluídos direito ao trabalho, saúde e lazer, sem prejuízo de um meio ambiente equilibrado.

Apesar de os doutrinadores divergirem acerca da relativização de tais direitos, sendo que parte deles defendem que não podem ser relativizados, ao argumento de que a dignidade da pessoa humana é o núcleo de todos os direitos fundamentais e, portanto, se sobrepõe a todos os demais direitos, outros defendem que é possível sua relativização em certas hipóteses, quando impera o interesse coletivo sobre os particulares, pensamos que não se deve relativizar tais direitos, posto que somente a imperatividade destes, sem qualquer possibilidade de flexibilização, pode garantir a eficácia dos seus efeitos na vida daqueles que necessitam da proteção.²⁶

O Direito do Trabalho se preocupa precipuamente em proteger a dignidade da pessoa humana ocupa no exercício dos direitos e deveres, que se exteriorizam nas relações de trabalho, e aplica-se em várias situações, principalmente para evitar o tratamento degradante do trabalhador.

Dentre os direitos fundamentais, estão ainda os direitos da personalidade. Destes decorre a proteção da dignidade da pessoa humana e estão intimamente ligados à própria condição humana.

“Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a imagem, a privacidade, a autoria, etc. São direitos subjetivos *excludendi alios*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo bens inatos, valendo-se e ação judicial”²⁷.

²⁶ SCHIAVI, Mauro, Ações de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação De Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, p.49.

²⁷ JUNIOR, Gofredo Telles apud SCHIAVI, Mauro, Ações de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação e Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, p. 51.

O Código Civil Brasileiro de 2002, por seu artigo 11, descreve os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. São Inatos, Absolutos e, portanto, oponíveis *erga omnes*, Extrapatrimoniais, Indisponíveis, Imprescritíveis e Expropriáveis.

2. DA PROTEÇÃO ÀS RELAÇÃO DE TRABALHO E EMPREGO

2.1 Conceito de relação de trabalho e emprego

Antes da Emenda Constitucional 45/2003, grande parte da doutrina limitava-se em dizer que relação de trabalho é gênero do qual relação de emprego é espécie, sendo que as doutrinas existentes costumavam utilizar as expressões relação de trabalho e relação de emprego para designar o trabalho prestado sob o prisma dos artigos 2º e 3º da CLT. E inclusive a própria Consolidação da Leis do Trabalho usa as expressões relação de emprego e contrato de trabalho indistintamente em alguns artigos. Por fim a Constituição Federal no artigo 7º caput e inciso XXIX, utiliza expressão trabalhadores e relação de trabalho como sinônimas a de empregado e relação de emprego.

“Relação de trabalho, é conceito mais amplo do que relação de emprego. Abrange todas as relações jurídicas em que há prestação de trabalho por pessoa natural a outra pessoa natural ou jurídica, tanto no âmbito do contrato de trabalho, como, ainda, no de contrato de prestação de serviços, e mesmo no de outros contratos, como os de transporte, mandato, empreitada etc.”²⁸.

Para Mauricio Godinho Delgado, a diferenciação entre trabalhador autônomo e subordinado, está na subordinação. Vejamos:

A diferenciação central entre as figuras situa-se, porém, repita-se, na subordinação. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antiético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é quem estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação e serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção do modo cotidiano de prestação dos serviços, preserva-se com o prestador do trabalho²⁹.

E conclui brilhantemente Mauro Schiavi:

²⁸ MALLET, Estevão apud SCHIABI, Mauro, Ação de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, 4ª edição, São Paulo, LTr, 2011, P. 89.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho apud SCHIABI, Mauro, op.,cit., p. 89.

À guisa da conclusão, entendemos que o termo relação de trabalho significa: o trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca, em caráter preponderantemente pessoal, e forma eventual ou não eventual, gratuita ou onerosa, de forma autônoma ou subordinada, sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica, de direito público ou direito privado), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade que desempenhará³⁰.

Nossa Nosso ordenamento jurídico, ainda nos moldes tradicionais, define empregado como aquele que uma vez admitido na empresa, tem celebrado e formalizado contrato laboral com o empregador³¹.

Defendemos que pressupõe relação de emprego somente o trabalho realizado sob os moldes dos artigos 2º e 3º, da CLT, por pessoa natural, com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade, devendo este ser objeto do Direito do Trabalho.

Dispõe o artigo 442 a CLT, *in verbis*:

Art. 442. Contrato individual de trabalho é acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Na doutrina tem prevalecido a natureza contratual da relação de emprego. Não obstante, em algumas passagens a CLT adota a teoria institucionalista para proteger o trabalhador contra alterações na estrutura das empresas e as interligações dos grupos econômicos de empregadores, conforme constata-se da redação dos artigos 2º, § 2º, 10 e 448 da CLT.

³⁰ SCHIAVI, Mauro, Ação de Reparação Por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, 4ª edição, São Paulo, LTr, 2011, p. 91.

³¹ CATALDI, Maria Jose Giannella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, LTr, 2015, p. 29.

2.2 Obrigações recíprocas que decorrem da relação de trabalho

A professora Alice Monteiro de Barros, ensina que o “contrato de trabalho é bilateral em que “os interesses contrapostos” se acham presentes com mais intensidade do que em outros contratos, dependendo da categoria profissional e econômica a que pertençam os contratantes”³².

Trata-se de um contrato sinalagmático, por meio da qual as partes se obrigam reciprocamente: um na obrigação de fazer, ou prestar o serviço, e o outro na obrigação de dar (pagar salário) equivalente a obrigação cumprida ou serviço prestado.

O empregado subordinado, está sujeito aos poderes de direção, e organização e de controle do empregador, e este poder de direção diz respeito a forma determinada pelo empregador para que o empregado desenvolva a sua atividade, bem como ao modo como o obreiro deve se comportar de acordo com o trabalho prestado e com os fins do empreendimento. Todavia apesar de devidamente regulamentado pelo artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, tal poder do empregador não é ilimitado³³.

Todavia cumpre ressaltar que as ordens emitidas por quem não está legitimado a fazê-lo, ordens ilícitas ou capazes de lesar direitos à integridade física e moral do empregado poderão ser desobedecidas. Também não está obrigado a cumprir ordens que lhe acarretem perigo a vida, ou que o exponham a situações indignas, vexatórias ou atentatórias à sua dignidade ou ao seu prestígio profissional. Também não são obrigados os empregados a acatar ordens alheias à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela.

A liberdade do trabalhador, apesar de garantida constitucionalmente, também é limitada pela própria Carta Magna, quando no artigo 5º, inciso XXIII, esbarra no direito de propriedade.

³² BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, LTr, 2016, p.157.

³³ CATALDI, Maria José Gianella Cataldi, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr, p.31.

Apenas excepcionalmente o empregador poderá interferir na vida extra laboral do empregado, quando seu comportamento for suscetível de ocasionar danos aos interesses da empresa.

O empregador por meio do seu poder disciplinar pode aplicar sanções ao empregado infrator de deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou de contrato. O exercício deste poder tem por fim manter a ordem a harmonia no ambiente de trabalho.

Estas sanções compreendem: advertência, suspensão e dispensa por justa causa, sendo vedada a aplicação de multas ou rebaixamento de cargo ou ainda redução salarial. Também não se permite suspensão por mais de 30 dias.

Para a aplicação das medidas disciplinares o empregador deve se atentar ao nexo de causalidade entre a falta e a punição, e a imediatidade, sob pena de configuração do perdão tácito. Há que se observar ainda a proporcionalidade entre o comportamento faltoso e a sanção. E por fim é proibida a dupla sanção pela mesma falta.

Já o empregado que assume a obrigação e trabalhar por meio do contrato de emprego, tem o dever de obediência as instruções do empregador, o qual é uma característica manifesta da subordinação jurídica do empregado.

O empregado tem ainda obrigações decorrentes do dever de diligência, ou seja, apenas a observância a ordem não é suficiente, mister também que o empregado cumpra o dever e diligência, qual seja, que realize suas atividades com zelo.

Por fim não se pode perder de vista ainda o dever e fidelidade do empregado, que nada mais é que a conduta humana honrosa, que pressupõe o agir de forma correta e verdadeira, sempre com boa fé, visando não apenas o interesse próprio como aqueles que visem a harmonia que deverá existir na organização do trabalho que ele integra.

Mesmo diante dos deveres e obrigações do empregado, supra declinados, não pode o empregador, alegar desconhecimento dos direitos daquele.

Vejamos:

“sob o pretexto de dirigir a empresa, e em consequência de impor sanções ao trabalhador, o empregador não poderá desconhecer direitos básicos do empregado previstos na legislação trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento interno da empresa, no contrato individual do trabalho, e principalmente na Constituição Federal, onde estão inseridos os direitos fundamentais, cerne do ordenamento jurídico e cuja existência está calcada na dignidade da pessoa humana, vista como “um ente da razão que basta-se a si mesma”. A dignidade da pessoa humana, e um valor superior que deverá presidir as relações humanas, entre as quais as relações jurídico-trabalhistas³⁴.

Assim, entre outros direitos assegurados ao trabalhador empregado, constitucionalmente previstos entre os direitos sociais, rogados pelas Constituição Federal, além da própria Consolidação das Leis do Trabalho, e legislação alienígena, vamos nos ater neste trabalho, nos próximos capítulos, ao direito a uma jornada equilibrada de trabalho, meio ambiente saudável, aos descansos intervalares, direito de férias remuneradas, como forma de direito ao lazer e desconexão e preservação da dignidade da pessoa humana, e as consequências negativas ao empregador, mas especialmente ao empregado, decorrentes do desrespeito a estes direitos.

2.3 Da jornada de trabalho, direito aos intervalos, repouso semanal remunerado e das férias

Jornada de trabalho é o período, durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens. No Brasil, a norma geral prevê uma jornada de oito horas diárias para um modulo ou carga semanal de 44 horas. O que exceder a isso é tido como trabalho extraordinário.

Em geral, nos países desenvolvidos, aceita-se a licitude do trabalho extraordinário apenas quando ocorrem certas situações, ou seja, um fenômeno inusitado ocasionado por necessidade imperiosa, via de regra, imprevisível, as quais estão mencionadas no artigo 61 da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, São Paulo, 2016, LTr, p.407.

Todavia, tal norma não se limita a autorizar as horas extras apenas em virtude da necessidade imperiosa, permitindo o labor em jornada extraordinária sempre que houver acordo escrito entre as partes, Acordo ou Convenção Coletiva, desde que o número de horas extras não exceda de duas horas diárias e que elas sejam pagas com o acréscimo de pelo menos 50% sobre o valor da hora normal. Ausentes estes requisitos a recusa do empregado ao trabalho em sobrejornada será tido lícito.

O texto do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, exclui do regime de duração do trabalho os gerentes, assim considerados os exercentes de cargo de gestão, aos quais se equiparam os diretores, chefes de departamento ou filial. O parágrafo único do artigo retro, esclarece que a duração do trabalho para estes empregados, compreenderá gratificação de função de 40% sobre o salário efetivo.

Além dos gestores, estão excluídos do controle de jornada, os trabalhadores que exercem atividades externas, incompatível com a fixação de horário e trabalho.

Quanto aos intervalos, entre duas jornadas de trabalho, haverá a luz do artigo 66 do mesmo diploma legal, um período mínimo de 11 horas consecutivas para descanso.

Para os trabalhos contínuos cuja jornada exceda de seis horas, o obreiro terá direito a um intervalo para repouso e alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo escrito ou convenção coletiva em contrário, não poderá exceder e duas horas. Tal intervalo e uma hora, poderá ser reduzido por ato do Ministério do Trabalho, ouvida a Secretaria de Medicina e Segurança do Trabalho, desde que constatado após inspeção local, por autoridade competente que o estabelecimento atende integralmente as exigências concernentes à organização de refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob o regime e trabalho prorrogado a horas suplementares.

Nos casos de trabalho que não exceda e seis horas, o intervalo mínimo obrigatório será de 15 minutos, quando a duração da jornada ultrapassar 4 horas.

Os intervalos para refeição e sono não podem ser flexibilizados, posto que a Constituição Federal de 1988, admite a flexibilização de salários expressamente no artigo 7º, VI, e da jornada de trabalho no mesmo artigo, inciso XIV, todavia as normas de medicina e

segurança do trabalho são de ordem pública, revestem-se de caráter imperativo para proteção do hipossuficiente, e, portanto, são inderrogáveis ainda que pela vontade das partes. Lembrando ainda que a finalidade dos intervalos intra e interjornada é proporcionar ao trabalhador oportunidade de alimentar-se descansar, repor suas energias, sendo sua manutenção indispensável, na medida em que o trabalho realizado em jornadas prolongadas contribui para a fadiga física e psíquica, conduzindo à insegurança no ambiente de trabalho³⁵.

Quanto ao Repouso Semanal Remunerado, é o direito assegurado ao empregado de abster-se de trabalho durante, pelo menos 24 horas consecutivas, prefixadas na semana, sem prejuízo do salário.

Sua gênese está vinculada às festas religiosas, nas quais a participação era obrigatória, em face do caráter oficial das religiões, sendo que por consequência não havia trabalho nestes dias, como se verá nos capítulos seguintes. A influência do cristianismo contribuiu para que o descanso semanal coincidisse com o domingo, com o objetivo e comemorar a ressurreição de Cristo.

Os fundamentos do descanso semanal remunerado são de ordem biológica, além de social e econômica. O contribui para eliminar a fadiga ocasionada pelo trabalho executado na semana, assegura ao empregado liberdade para maior convívio familiar e social, proporcionando tempo para as práticas religiosas, para o lazer e para as atividades esportivas e culturais, e inobstante os fundamentos já expendidos, encontra-se ainda o de ordem econômica, segundo o qual o empregado descansado tem seu rendimento aumentado e a produção aprimorada³⁶.

As férias constituem um direito do empregado de abster-se do trabalho durante um determinado número de dias consecutivos por ano, sem prejuízo da remuneração e após cumpridas certas exigências, entre elas a assiduidade.³⁷

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, 2016, LTR p. 449.

³⁶ SUSSEKIND, Arnaldo apud BARROS, Alice Monteiro, Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição, São Paulo, 2016, LTR, p.475.

³⁷ BARROS, Alice Monteiro, op., cit., p.483

O fundamento das férias, assim como os demais descansos é de ordem biológica, eis que em tal período de descanso o empregado se vê restituído quanto as energias dispendidas durante o período de intenso trabalho, o que lhe permite retornar em melhores condições físicas e psíquicas.

O empregado tem direito de goza-las dentro dos 12 meses subsequentes ao período aquisitivo. O mês das férias será o que melhor atende aos interesses do empregador.

As férias serão participadas por escrito com antecedência mínima de 30 dias, e somente em casos excepcionais as férias serão concedidas em dois períodos distintos, um dos quais não poderá ser inferior a dez dias.

O empregado receberá durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data de sua concessão, acrescida de 1/3, conforme previsão constitucional.

2.4 O novo ritmo de produção e trabalho.

A globalização que ao mesmo tempo permitiu uma mobilidade muito maior de bens, serviços e fluxos de capital entre os países, deu início também a uma grande competição na produção e venda de produtos e serviços, desencadeando por parte das empresas o desejo de alcançar a máxima eficiência em todos os seus setores, o que levou a dispensa em massa de trabalhadores, substituindo-os na maioria das vezes por outros mais ágeis, senão por máquinas quando possível, colocando os trabalhadores, muitas vezes, diante dos graves riscos visando sua manutenção no emprego³⁸.

Não deixa de ser verdade que esta competição expõe empregadores e empregados aos novos desafios, eis que as empresas sujeitas a competição acirrada, se não se mantem fortes, correm o risco de serem “engolidas” pelos grandes líderes do mercado internacional. No entanto, os trabalhadores submetidos a tal forma de trabalho, sempre sobre pressão visando grandes resultados, cada vez em menor tempo, com o peso da

³⁸ CATALDI, Maria José Gianella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr p.32.

responsabilidade pela manutenção do emprego, tem causado problemas à vida, rotina e saúde destes últimos.

Melhor esclarecendo, diante da nova ordem econômica mundial, as empresas se viram obrigadas a se adequaram internamente, com inovações tecnológicas e novas formas de produção, todavia a maior parte do ônus desse ajuste estrutural, especialmente no setor produtivo e comercial das empresas, recaiu sobre o trabalhador, que se vê o tempo todo pressionado por produtividade nos mais diversos níveis e seguimentos, independentemente da modalidade da relação contratual, seja por meio de contrato de emprego regido pela CLT, seja por outro meio de contrato de trabalho.

Não importa o quanto trabalhem e tragam produtividade e lucro para a empresa, a ordem sempre será a redução de custos, sendo certo que a pratica aponta desde logo para a redução do quadro de funcionários, e a exigência de metas na produção, muitas vezes abusivas, para quem continua no emprego, de forma que este trabalhador, carrega sobre si o ônus de fazer mais e com um custo menor ou com menos recursos, sob pena de também ser dispensado.

Diante de tal cenário, não é incomum que os empregados cada vez mais, e por sua própria conta, “decidam flexibilizar seus próprios direitos”, muitas vezes até mesmo renunciando-os, a exemplo de não gozar corretamente os intervalos para descanso, intra e interjornadas, bem como descansos semanais remunerados e férias anuais remuneradas, muitas vezes na vã tentativa de manter seu posto de trabalho o maior tem por possível, perdendo de vista que junto a tais direitos se vão também sua saúde, seu lazer.

Não podemos perder de vista que tais direitos decorrem de normas e saúde e segurança do trabalho, portanto normas inerentes a saúde do trabalhador, e sendo a saúde direito indisponível, não pode ser afetado pela “onda” de diminuição de direitos visando exclusivamente a pretensão de redução de custos pelos empregadores.

O homem, sempre foi formado por relógios, pelo longo período da evolução, de acordo com os ritmos e a rotação a terra: nossas funções e nossos processos físicos sempre foram regulados pelas forças da natureza. Até a moderna era industrial, os ritmos do corpo e os ritmos econômicos eram amplamente compatíveis. A produção artesanal era condicionada a velocidade da mão humana e do corpo e limitada pela energia que podia ser gerada com o

aproveitamento dos animais, do vento e da água. A introdução da energia a vapor e, mais tarde, da elétrica, aumentou muito o ritmo do processo de transformação e produção de bens e serviços, criando uma rede econômica cuja velocidade de operação estava cada vez mais em desigualdade com o ritmo biológico mais lento do corpo humano³⁹.

As novas tecnologias baseadas especialmente em técnicas de informática, tais como novos softwares, hardwares, aplicativos, redes sociais podem acelerar o ritmo de trabalho, que os trabalhadores estão sofrendo de sobrecarga mental. Não muito diferente das remotas épocas citadas nos primeiros capítulos, onde as pessoas trabalhavam mais de 15 horas por dia, chegando ao esgotamento físico, atualmente tal esgotamento foi superado, senão pior, cumulado a fadiga mental provocada pelo ritmo do nanossegundo da nova economia da informação.

Pesquisas chamam a atenção para os números de trabalhadores que morrem em acidente de trabalho, sendo estimados em mais de 14 mil em cada ano e outros 2,2 milhões ficam incapacitados. Embora a causa ostensiva dos acidentes possa variar, desde equipamento defeituoso até o ritmo de produção, os investigadores dizem que a maioria das vezes, o estresse é o gatilho que dispara os erros⁴⁰.

Cumpramos ressaltar ainda que os níveis de stress decorrente de trabalho em ambientes automatizados e de alta tecnologia são notórios, e se fazem presente cada vez mais por meio de pedidos de indenizações.

2.5 Necessidade de proteção ao trabalhador

O direito do trabalho tem por histórico a internacionalização da negociação coletiva, para socializar a vida humana e o Brasil segue esse destino, sobretudo, pelo compromisso legislativo contido na sua Carta Magna Política de 1988, que a esse respeito traz o disposto no artigo 4º, parágrafo único, *in verbis*:

³⁹ CATALDI, Maria José Gianella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr, p.37.

⁴⁰ Ibidem. p.40.

Art. 4. Parágrafo Único. A República Federativa do Brasileira buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

No Brasil ainda está em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Este complexo normativo é dividido em Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo ou Sindical do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Internacional do Trabalho.

O nosso modelo de legislação prevê uma justiça especializada e paritária, onde por meio de representantes de empregados e empregadores, colocados à disposição da sociedade, são solucionados conflitos resultantes de relações de trabalho, bem como produz-se normas coletivas quando não for possível a formalização de acordos ou convenções coletivas de trabalho. E o chamado poder normativo da Justiça do Trabalho.

A Constituição Federal do Brasil se preocupou com a proteção dos direitos fundamentais, o que se evidencia a partir da análise das várias normas inseridas na Carta Política de cunho protecionista aos direitos e garantias fundamentais no âmbito do trabalho, dentre elas: a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas e saúde, higiene e segurança.

As normas infraconstitucionais seguem o mesmo caminho, no intuito de preservar o meio ambiente de trabalho, como as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dispondo sobre os mais variados assuntos na defesa do meio ambiente de trabalho.

Imprescindível desregulamentar as relações individuais, e a criação de regras gerais tendentes a integrar o trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, preservando sua saúde em consonância com o meio ambiente de trabalho⁴¹.

Há necessidade de uma intervenção estatal, na fiscalização das normas protetivas do trabalhador, visando dar efetividade as formas justas na relação de emprego, com a atenção voltada para a valorização do trabalho enquanto ser humano, e não objeto, ou

⁴¹ CATALDI, Maria José Gianella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr, p.49.

“fonte de lucro”. Em pleno século XXI, não se justifica o alto índice de acidente de trabalho no Brasil, a falta de informação do empregado quanto aos produtos utilizados na produção, o que contribui para o aumento dos danos não somente à saúde do trabalhador, mas também ao meio ambiente.

Aliás, o momento é propício para lembrar, que o Brasil atualmente atravessa grave crise econômica, onde se tem mais aguçado o pesadelo da sociedade de qualquer profissional, sejam os mais graduados, sejam os mais simples operários, que vão dormir sem saber se estão empregados no dia seguinte, não importa o quanto tenham se esforçado, de maneira que inexplicavelmente ainda que seu rendimento, desempenho, competência, dedicação tenham trazido lucratividade ao empregador, inexplicavelmente são dispensados, e o que é pior, muitas vezes quando isso ocorre, não tem se quer condições físicas e psíquicas para serem admitidos em outras empresas.

2.6 Das lesões causadas à saúde física e mental do trabalhador em face do desrespeito aos intervalos e repousos constitucionalmente assegurados.

Quanto ao tema, Direito à Desconexão do Trabalho, de pertinência na atualidade, sobretudo para os gerentes e outros exercentes de cargos de gestão verifica-se que a tecnologia tem atuado como fator determinante da vida moderna, que ao mesmo tempo tem escravizado o homem ao trabalho⁴².

O Direito do Trabalho, deve se preocupar, entre outros com o direito do homem, enquanto trabalhador, de não trabalhar, isso porque o trabalhador tem direito a desconectar do trabalho. Consoante mencionado no parágrafo anterior, é comum nos cargos de gerência ou de gestão, o trabalho contínuo, “sem freio”, sem desconexão, ainda quando o obreiro se encontra fora da empresa, ou fora do horário destinado as atividades laborais, eis que, na maioria das vezes para atingir metas desejadas pelo empregador, os empregados se

⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior apud CATALDI, Maria José Gianella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr, p.51.

submetem ao trabalho, sem o devido descanso intra ou interjornada, semanal, ou mesmo sem gozo de férias anuais.

Ora, diferente de outras épocas, onde o trabalho era forma de dignificar o homem, essa forma de relação entre tecnologia e o trabalho não mais vem dignificar, mas sob outra perspectiva, lhe retira a dignidade, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre sua intimidade e vida privada⁴³.

Das linhas acima extrai-se que o excesso de trabalho causa fadiga física e mental, sendo que o trabalhador que executa suas atividades em extensas jornadas, sem intervalos, repousos e férias fica excluído socialmente, sendo-lhe negado ainda que involuntariamente por parte do empregador e voluntariamente por parte do empregado, do convívio familiar e dos amigos⁴⁴.

É este trabalhador cansado e estressado que certamente estará incluído nas estatísticas de acidentes do trabalho e doenças decorrentes do ambiente laboral, que quanto mais estressado, menos produzirá, levando-o cada vez mais em direção à estafa física e mental, acarretando prejuízos não somente ao empregador, mas a si próprio.

Trabalhadores que cumprem jornada de trabalho excessiva, como, por exemplo, trabalhadores externos, em turnos ininterruptos de revezamento, em regime e horas extras habituais, ou que exercem cargos de gestão, sem descansos remunerados, muitas vezes em o direito de lazer violados⁴⁵.

O excesso de jornada atenta ainda contra a intimidade, privacidade e dignidade do trabalhador, eis que este sofre limitações em relação a sua vida fora do ambiente de trabalho.

⁴³ CATALDI, Maria José Gianella, Stress no Meio Ambiente de Trabalho, 3ª edição, São Paulo, 2015, LTr, p.52.

⁴⁴ Ibidem. p. 75.

⁴⁵ SCHIAVI, Mauro, op.,cit., p. 162.

3. O DANO MORAL DECORRENTES DA RELAÇÃO E TRABALHO

3.1 Dano moral trabalhista. Conceito e suas vertentes

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, a indenização por danos extrapatrimoniais era reconhecida em caráter excepcional. A admissão da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais somente passou a existir, de forma ampla, a partir da atual Carta Magna, sob a denominação de dano moral.

O Direito brasileiro, do mesmo modo que se verifica no direito alienígena, historicamente por meio da doutrina e jurisprudência classificaram o dano injusto e indenizável em dano patrimonial e moral, sendo o primeiro aquele que atinge o patrimônio passível se lhe atribuir valor econômico, e o segundo aquele que apesar de causar abalos, estão são de cunho psicológico e/ou emocional, capaz de causar sensações como aflição, ou angústia.⁴⁶

Progressivamente, e não somente no Brasil, mas no mundo de um modo geral, vem cada vez mais crescendo e sendo reconhecido o ser humano como valioso por si somente, o que despertou maior interesse pela tutela dos direitos imateriais, ampliando assim de seu âmbito de proteção, de maneira que não exclusivamente passou-se a ser objeto do direito, o Dano Moral em si, mas toda e qualquer forma de dano imaterial, extrapatrimonial, desde que relevante do ponto de vista jurídico, para o desenvolvimento da personalidade, assegurando por meio deste a preservação do direito à integridade física, estética e às atividades de convivência e de relação. A partir de então permitiu-se a mais ampla indenização dos danos extrapatrimoniais, considerados gênero, e dos quais o dano moral é espécie.⁴⁷

⁴⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n. 22. setembro 2013, p. 18. Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁴⁷ Ibidem. p. 18.

Dessa forma, em um primeiro momento, a Constituição Federal de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5.º, V, assentou que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como dispôs no inc. X, do mesmo artigo, que: “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”. Consagrou-se, assim, a independência da indenização do dano imaterial.

Logo em seguida foi editada a Súmula 37 do STJ, que dispôs: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, e, finalmente, o novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11.01.2003 consolidou a questão, assim dispondo no artigo 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”, cuja norma foi completada com a do art. 927, *in verbis*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, com o que se firmou a reparabilidade do dano imaterial, tanto isolada como cumulativamente com o dano patrimonial.

Portanto, podem ser considerados como Danos morais, todas as lesões sofridas pela pessoa física ou pessoa natural em seu patrimônio imaterial, que nada mais é que toda contraposição ao patrimônio material, desde que relevante para o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico e relevante para o mundo jurídico.

Acrescenta-se que embora chamados “direitos morais” ou “direitos da personalidade” da CF, tais danos não ocorrem somente na esfera do Direito do Trabalho, que não se pode negar trata-se de um ramo fértil para a eclosão de danos desta espécie, face o desgaste natural da relação, decorrente da prestação diária e pessoal de serviços do empregado ao empregador, ou preposto destes, muitas vezes desgasta e aí pode começar o desrespeito tanto a pessoas do empregado⁴⁸.

⁴⁸ SCHIAVI, Mauro, Ação e Reparação de Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, 2011, LTr. p. 116.

Todavia tal espécie de dano, embora decorrente de uma relação de trabalho não perde sua natureza jurídica constitucional e civil. Por isso, argumenta-se que, em que pesem as abalizadas opiniões em contrário, não há o chamado dano moral trabalhista, e sim um dano moral decorrente das relações de trabalho, “pois a reparação por danos morais não é uma parcela trabalhista stricto sensu e nem se confunde com as indenizações trabalhistas previstas no artigo 7º da Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho”.⁴⁹

“Dano Moral, que é o efeito da agressão moral, do assédio moral e do assédio sexual, é um só e mesmo conceito, no Direito Civil e no Direito do Trabalho, não existindo um conceito de Dano Moral Trabalhista que, assim, vai buscar no Direito Civil os elementos da sua caracterização.”⁵⁰

Há alguns anos, poucos se arriscavam a dizer que havia um chamado “dano moral trabalhista”, bem como não admitiam que a Justiça do Trabalho poderia apreciar esse tipo de pretensão, pois envolvia a aplicação do Direito Civil.

Foi somente a partir de um estudo de Luiz de Pinho Pedreira intitulado “A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho”, publicado na Revista LTR, ano 55, maio 1991.p.552 e ss., começaram os estudos sobre o assunto e, posteriormente, se iniciou uma intensa litigiosidade na Justiça do Trabalho para a reparação de danos morais decorrente da relação de trabalho.⁵¹

A reparação do dano moral decorrente do contrato de trabalho pode decorrer tanto da culpa contratual como da culpa extra contratual ou aquiliana. A primeira restará caracterizada quando do descumprimento de alguma obrigação decorrente do contrato de trabalho, como por exemplo, o não pagamento de verbas salariais. Já o segundo decorre do descumprimento da legislação, ou de ordem jurídica, que consagra a proteção dos direitos da personalidade, como, por exemplo, o empregador que insere o empregado numa lista negra e a divulga a outros empregadores ou na fase pré-contratual.⁵²

⁴⁹SCHIAVI, Mauro, Ação e Reparação de Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, 2011, LTr.p. 118.

⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro apud SCHIAVI, Mauro, Ação e Reparação de Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, 2011, LTr. p. 118.

⁵¹ SCHIAVI, Mauro, op., cit., p. 117.

⁵² Ibidem.p.119.

A seguir estudaremos o instituto do Dano existencial, como forma de responsabilidade aquiliana, decorrente do desrespeito à legislação trabalhista, qual seja o direito de gozar férias e a jornada de trabalho limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais.

3.2 Conceito de dano existencial

O dano existencial frustra os objetivos da pessoa como ser humano dotado da vontade de concretizar sonhos e realizações em sua vida, e priva-o injustamente da concretização desses objetivos, ocasiona lesão às relações que a pessoa precisa para desenvolver-se pessoal, social e psicologicamente, fazendo com que a mesma mude suas relações de uma forma negativa.

Para melhor ilustrar, pede-se vênica transcrever:

“Feliz é a pessoa que ao final da vida, ao cerrar os olhos, pode afirmar: tudo está consumado! Tal expressão traduz a magnitude do dever cumprido, do projeto de vida realizado, seria o término feliz de uma história da vida real. De modo contrário, tal sujeito, poderia dizer, ou pensar: tudo está consumido! Essa situação, apesar da semelhança na escrita, traduz algo diametralmente oposto: prepondera no lugar da felicidade o sentimento de angústia, do tempo acabado e do projeto de vida inacabado...e se esse projeto de vida inacabado tivera como causa ou concausa circunstâncias alheias ao livre arbítrio do sujeito? Se esse esvaziamento da auto-realização tivera origem em atos e omissões de outros sujeitos? Essas questões interessam ao Direito e vêm sendo estudadas a partir do que a doutrina nominou de “dano existencial”, que se subdivide em ofensa ao projeto de vida e no prejuízo à vida de relação.⁵³

Oriunda do direito italiano, a teoria acerca do dano existencial como espécie dos danos imateriais, distinto do dano moral, e apto a fundamentar pleito ressarcitório, vem sendo assim definido:

Consiste em ofensa física ou psíquica a uma pessoa, que obstaculiza, total ou parcialmente, usufruir as benesses propiciadas por atividades recreativas, fora do âmbito laboral, como praticar esportes, frequentar clubes e igrejas, fazer turismo, dentre outras. A lesão provoca intensa

⁵³ ZAINA, Ana Carolina, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 8. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

interferência no estado de ânimo e, por consequência, no seu relacionamento social e profissional, reduzindo as chances de progresso no trabalho, com reflexo patrimonial negativo⁵⁴.

Não se trata aqui meramente de se discutir o cunho patrimonial ou não de um determinado direito, mas da violação dos mais significativos direitos fundamentais da pessoa, se observados a partir da hierarquia dos valores

Concluimos que o Dano Existencial, ou melhor, Dano a existência da pessoa, decorre da violação de qualquer um dos seus direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal, especialmente aqueles relacionados à sua liberdade, causando-lhe alterações prejudiciais quanto ao modo de vida, frustrando lhe projetos, e atividades por ele antes executados, planejamento quanto a sua futura execução, ligadas à vida pessoal. Para a configuração do dano existencial, ocorrendo a lesão nos moldes retro declinados, prescinde-se de qualquer repercussão financeira ou econômica na vida do lesado.

O dano existencial distingue-se do dano moral, sendo o primeiro restrito a sentimentos de amargura, aflição, entre outros, enquanto que o segundo caracteriza-se não por sentimentos, mas pela efetiva necessidade de renúncia a uma atividade concreta, relacionada à vida pessoal, em virtude dos compromissos profissionais.

O dano moral afeta o um sentir, enquanto o dano existencial o não mais poder fazer.

O dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa”⁵⁵

⁵⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 19. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁵⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 21. Disponível: em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

Ainda como elementos essenciais à caracterização do dano existencial, torna-se necessário analisar a ocorrência dos seguintes requisitos: a injustiça do dano; a situação presente; a razoabilidade do projeto de vida, e que o dano injusto tenha comprometido a realização do projeto de vida do lesado.

Observa-se que o dano existencial caracteriza-se pela privação injusta do indivíduo de realizar projetos que normalmente faria, como: praticar esportes; praticar exercícios físicos; dedicar-se aos estudos; manter uma vida em família; ter uma vida sexual ativa, etc.

É tido por dano existencial todo evento danoso capaz de causar prejuízo a qualidade de vida da vítima, provocando-lhe alterações em seu modo de vida, afetando negativamente suas relações e seus projetos de vida, de um modo permanente ou temporário.

3.3 Primórdios do dano existencial

Com a prolação da sentença 184/86 da Corte Constitucional italiana, admitindo a nova espécie de dano não patrimonial indenizável, doutrina e jurisprudência daquele País logo cuidaram de absorver e difundir os novos e progressistas argumentos na busca da consagração definitiva da proteção indenizatória absoluta do ser humano contra qualquer agressão aos direitos da personalidade constitucionalmente garantidos, quer cometida por particulares, pelo Estado por meio de ilícito civil ou penal e independentemente da constatação de um prejuízo econômico à vítima.

Estavam convencidos de que uma lesão a qualquer direito fundamental da pessoa, e não somente ao direito à saúde, afronta a dignidade do ser humano, devendo, por isso, ser objeto de ampla tutela e pronta indenização.

Chegaram então à conclusão de que a lesão aos direitos da personalidade configura um dano à existência da pessoa, concluindo que o chamado dano existencial, que deveria integrar a tipologia da responsabilidade civil porque indispensável para a proteção e respeito da tranquilidade do ser humano quanto a sua existência, conforme previsto no ordenamento jurídico italiano no art. 2.º da Constituição da República.⁵⁶

A responsabilidade civil no direito italiano, está fundamentada no Código Civil, nos artigos 2.043 e 2.059. O primeiro artigo é a base legal para a responsabilidade civil por danos materiais. E o segundo é utilizado como fundamento para indenizações por danos imateriais. Entretanto, segundo o artigo 2.059, só há responsabilidade civil nos casos previstos em lei, citando como exemplo o artigo 185 do Código Penal Italiano, o qual obriga o culpado, ou as pessoas que respondam por ele, a reparar o dano decorrente de um crime⁵⁷.

Assim, devido às limitações impostas pelo artigo 2.059, tornou-se extremamente dificultoso se responsabilizar alguém civilmente por atos derivados de atos civis e não penais, razão pela qual a partir da década de 1970, o sistema de responsabilidade civil passou a ter teve uma nova interpretação por juristas e doutrinadores, sendo que o artigo 32 da Constituição Italiana previa o direito a saúde como direito fundamental, assim, todo e qualquer dano à saúde passou a ser passível de indenização, independentemente da prática do ilícito penal.

Nesse período, a jurisprudência Italiana passou a ter o entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental, sendo passível de indenização qualquer dano à saúde da pessoa, sendo considerado um dano injusto, de acordo com o citado artigo 2.043. Segundo essa nova interpretação, haveria a possibilidade de se indenizar danos decorrentes de atos que não fossem derivados de ilícitos penais. A partir daí, então, passaram a ser reconhecidos pelos tribunais os chamados danos biológicos (ou dano à saúde), tendo esse fato

⁵⁷ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 19. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

recebido ampla aceitação da doutrina. O dano à saúde passou, aos poucos, a abranger não só a ofensa à integridade física, mas também psicológica, estética, à vida de relação e toda uma gama de danos que pudessem ser enquadrados como tal.

A sentença 500, de 22.07.1999, proferida pela Corte de Cassação Italiana, é a primeira prova efetiva de reconhecimento, pelo poder Judiciário, da tese já defendida pelos doutrinadores e aplicada pela jurisprudência daqueles pais, eis que admitiu ser devida a pretendida fundada tão somente na injustiça do dano e na lesão a uma posição constitucionalmente garantida, sem a exigência da comprovação da conduta criminosa. Posteriormente, a mesma Corte de Cassação Italiana proferiu a sentença 7.713, de 07.06.2000, reconhecendo expressamente o dano existencial em uma ação em que o pai foi condenado a pagar indenização pelo dano existencial causado ao filho, em razão da conduta omissiva quanto ao adimplemento das prestações de alimentos, somente vindo a efetuar o pagamento anos depois do nascimento do filho e em razão de determinação judicial, conduta que ofendeu o direito do autor de ser tratado com a necessária dignidade e comprometeu seu desenvolvimento.⁵⁸

3.4 Elementos do dano existencial

Como já esclarecido, o dano existencial é considerado pela doutrina como uma espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial, e além dos elementos inerentes à qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras, o conceito de dano à existência é integrado ainda por outros dois elementos, quais sejam: a) o projeto de vida; e b) a vida de relações, os quais serão tratados separadamente a seguir.

⁵⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 20. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

3.5 Dano Existencial e o Direito do Trabalho

Sendo o Dano Existencial, a lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social, pode ser considerado como a prática de atos, ou ainda a abstenção de tais práticas, que afetam negativamente e de forma total ou parcial, permanente ou temporária, as atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano ou que pretendia incorporar, e que única e exclusivamente em razão dos efeitos lesivos da conduta comissiva ou omissiva, deixou de realizar.

O Dano Existencial representa limitação prejudicial, qualitativa ou quantitativa, das atividades da pessoa cotidianas da vida do trabalhador.

O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se restringe a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta. O dano moral propriamente dito afeta negativamente o ânimo da pessoa, estando relacionado ao sentimento, ou seja, é um sentir, enquanto o dano existencial é um não mais poder fazer, um dever de mudar a rotina. O dano existencial frustra projeto de vida da pessoa, prejudicando seu bem estar e sua felicidade⁵⁹.

Quando analisado o dano existencial sob a ótica do Direito do Trabalho, o verificamos na forma de assédio moral, que compromete a saúde do trabalhador, causando desde transtornos físicos, até sintomas psíquicos, com importantes destaque para distúrbios do sono, depressão e ideias suicidas, causando assim, além de causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento de capacidade laboral, também danos morais, por causar sofrimento, angústia, abatimento e por fim e não menos importante, reconhece-se o dano existencial, decorrente dos prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano e à paz de espírito.⁶⁰

O fundamento legal da reparação do dano existencial está previsto nos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, que consagram a reparação dos danos

⁵⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 21. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁶⁰ Ibid.

extrapatrimoniais, e no Código Civil que também assegura à indenização, consoante se extrai do disposto nos artigos 12, caput, 186 e 927, de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho por forçado disposto no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, que autoriza a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho.

3.6 Dano ao projeto de vida da pessoa e a vida de relação da pessoa

Tem-se por projeto de vida, tudo que uma pessoa decidiu fazer com a sua própria vida. O ser humano sempre em busca de evolução e realização pessoal busca extrair o máximo do seu potencial, e para tanto faz projeções quanto ao futuro, realiza suas escolhas visando à realização de tais projetos, de maneira que qualquer fato injusto que altere o curso desse destino, frustrando a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.⁶¹

Desta forma, temos por projeto de vida, as escolhas feitas pela pessoa, que refletirão diretamente em seu futuro, e o que ela decidiu e projetou fazer, que desencadeará resultados previstos e por ela esperados em sua vida futura, sendo que o dano a tal projeto de vida acarreta à pessoa, dotada de sonhos e anseios, uma frustração por não conseguir atingi-los, eis que por alguma razão alheia a sua vontade, tem seu sonhos e objetivos podados, quando se descobre impossibilitada de executar tais planejamentos.

A vida de relação se refere ao conjunto de relações interpessoais nas diversas esferas que cercam o ser humano: afetiva, familiar, social, profissional, etc., e que permitem que este desenvolva sua história de vida.

O homem busca se desenvolver em sociedade, seja na família ou em sua comunidade, onde interage com seus semelhantes, realizando diversas atividades em

⁶¹ BEBBER, Júlio Cesar apud FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 33. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

conjunto, como lazer, trabalho, etc., e havendo prejuízo nessas atividades, de modo a afetar o seu relacionamento, há danos à vida de relação.

O dano a vida de relação se caracteriza por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas, tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz com isso suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial”.⁶²

O dano a vida de relação, causa prejuízo ao conjunto de relações interpessoais da vítima, nos mais diversos ambientes e contextos de sua vida, eis que este decorrente da imposição do empregador para a prática de atos comissivos ou omissivos que o leva a se abster do convívio social, o mesmo deixara de compartilhar com seus pares desde as mais simples experiência humana, quais sejam o simples compartilhamento de pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, o que contribuirá para o retrocesso social deste indivíduo, que o tempo vai se tornando recluso, introvertido, em decorrência lógica da falta de contato com o mundo externo ao seu trabalho. Falta-lhe atualização e conhecimento acerca dos fatos e acontecimentos do mundo a sua volta, e o mesmo vai perdendo a capacidade de trocar ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade.

Num primeiro instante, parece surreal, mas não é difícil assimilar quando se pensa no danos causados à “vida de relação” de um determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, que se utiliza com frequência de sua mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social, ou ainda exigir-lhe uma conduta comissiva ou omissiva num único ato, num único dia, todavia tão importante para aquele trabalhador que não mais poderá ser recuperado, a exemplo do empregador que compele determinado empregado a terminar determinada tarefa, que não era tão urgente ou que poderia ser concluída por outro colega, no

⁶² NETO, Amaro Alves de Almeida apud FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2, n.22.setembro 2013, p. 34. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

dia, por exemplo, da solenidade de formatura ou de primeira eucaristia de um de seus filhos, impedindo-o de comparecer à cerimônia.⁶³

Assim conclui-se que tanto o projeto de vida como a vida de relação é essencial ao ser humano na vida em sociedade e os danos que o afetam podem resultar na caracterização do dano existencial, em decorrência da violação aos seus direitos da personalidade: direito à integridade física e à psíquica, direito à integridade intelectual, bem como o direito à integração social.

O dano existencial impede a efetiva integração do trabalhador à sociedade, impedindo o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano. A efetiva utilização de todas as suas potencialidades somente seria possível, com o desfrute de todas as esferas de sua vida, a saber: cultural, afetiva, social, esportiva, recreativa, profissional, artística, entre outras.

3.7 Dano existencial e a saúde do trabalhador

A submissão de determinado trabalhador a exaustiva jornada de trabalho, culmina no dano ao seu projeto de vida e à sua existência, eis que lhe retira o tempo livre, que deve ser destinado ao lazer, incluindo toda e qualquer atividade extralaboral, seja em família, em relacionamentos afetivos, ou com grupo de amigos, ou ainda sozinho visando seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, entre outros, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.⁶⁴

Conforme já mencionado em tópicos anteriores, o mundo moderno, tem como o ritmo e a carga de trabalho jornadas e volumes excessivos, prejudicando cada vez mais a saúde do trabalhador. Cada vez há mais pressões para que produza mais, juntamente com novas tecnologias e pressão psicológica para ser cada vez mais eficiente, conduzem o trabalhador à ter uma menor interação social.

⁶³ FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 34. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁶⁴ FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 39. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

O ambiente profissional tem se tornado cada vez mais desgastante, física e emocionalmente, o que vem afetando a saúde do trabalhador, e como se fosse “uma bola de neve” e justamente neste ambiente que o profissional tem permanecido a maior parte do tempo, em detrimento de qualquer outra atividade social, reitera-se que justamente, em razão da sua maior preocupação em produzir mais, em ser mais competitivo, em assegurar seu posto de trabalho.

As consequências da eficiência sem limites no trabalho têm levado o trabalhador a uma fadiga e estresse extremos, comprometendo significativamente sua saúde.

Portanto é esse quadro oriundo da violação à existência do trabalhador, enquanto ser humano dotado de projetos de cunho pessoal, profissional, e pessoal, que traz como consequência o comprometimento da sua saúde, que será responsável pelo aparecimento de doenças do trabalho, poderão colocar em risco a saúde física e mental do empregado. Quanto maior a agressão à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, maior também será a agressão ao seu sistema imunológico, ficando este cada vez mais vulnerável a doenças decorrentes do trabalho.⁶⁵

Quando o trabalhador é vítima de lesão por esforços repetitivos, ele não padece apenas de um dano à sua saúde, mas também de um consequente dano existencial, posto que inicialmente tal lesão decorrente de esforços repetitivos atinge o sistema músculo-esquelético da pessoa, todavia, num estágio já avançado da doença, certamente o trabalhador estará incapacitado para a realização não somente do seu trabalho, mas também para as mais diversas atividades da vida de relação, sendo que tal lesão certamente decorreu de uma exposição descontrolada aos fatores que a desencaderam, face a exposição em tempo superior ao devido, e em condições degradantes ao trabalho, quando certamente deveria estar se dedicando aos atos cotidianos ligados à vida de relação.⁶⁶

Qualquer outro fato que, ainda que a princípio esteja relacionado a um dano material ou à saúde do obreiro, todavia que contribua para o futuro impedimento da realização de atividades cotidianas e o impede de realizar ou concluir algum projeto de sua vida que

⁶⁵ FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 40. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁶⁶ Ibidem. p. 40

sonhou em realizar no futuro, pode desencadear um dano existencial. Não são apenas os problemas de saúde física no ambiente de trabalho que podem acarretar em um dano existencial, mas também os de ordem psíquica, como no caso de indivíduos acometidos pela síndrome de Burnout.

Essa síndrome, de natureza psicológica, faz com que a pessoa perca o sentido em relação ao trabalho, fazendo com que coisas antes consideradas interessantes já não tenham mais razão de ser. Esta Síndrome de Burnout é relacionada ao cotidiano do trabalho e acomete principalmente profissionais que trabalham tratando, ou cujo serviço envolve pessoas e é caracterizada pela despersonalização, exaustão emocional e o baixo sentimento de realização.

Consequentemente, os indivíduos acometidos da síndrome de Burnout, acabam deixando suas próprias necessidades de lado, pois suas atividades realizadoras que davam sentido à sua vida já não têm mais importância, o que configura a ocorrência do dano existencial. O direito fundamental à saúde do trabalhador, quando não observado, leva à perda da qualidade de vida deste, afeta seus relacionamentos, seus objetivos de vida e consequentemente, sua felicidade, acarretando um dano existencial, o que pode ensejar uma responsabilização por parte do empregador.

O direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores no ambiente de trabalho e visa promover a sua incolumidade física e psíquica durante o desenvolvimento da sua atividade profissional, de modo que o trabalho possa ser executado de forma saudável e equilibrada e que o trabalhador possa de lá sair em condições de desenvolver outras atividades, desfrutando assim dos prazeres de sua existência enquanto ser humano.⁶⁷

⁶⁷ FILHO, Jorge Cavalcante Bolcinhas, ALVARENGA, Rubia Zanotelli de, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 41. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

3.8 Previsão legal da reparação de dano existencial no Brasil

A pretensão de se ver indenizado pela reparação dos danos causados a existência, deve ser amparado, dentre outro no disposto nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, além de arts. 12, caput, 186 e 927d do Código Civil, o que consagram o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais.

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS DO DANO EXISTENCIAL

4.1 Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, fixou valores dentre seus fundamentos e objetivos fundamentais, que recaem diretamente sobre a pratica das relações trabalhistas, dentre eles a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, 4º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) entre outros, deforma que se faz absolutamente necessário determinar o alcance jurídico efetivo de tais princípios e a possibilidade de sua aplicação com força normativa.”⁶⁸

Ensina Otavio Amaral Calvet, que o reconhecimento do “trabalho” e do “lazer como direitos sociais devem ser estudados por especialistas em Direito do trabalho, assim como o alcance de referidos preceitos e em que medida podem ser realizados com força imediata, não apenas perante o Estado, mas também nas relações privadas, de forma a se pautarem as relações de trabalho sob a ótica dos direitos fundamentais, inserindo o componente humano como contraponto a questão econômica, que geralmente aparece em primeiro plano em qualquer sistema capitalista.”⁶⁹

Não se pode perder de vista que nossa Constituição Federal tem força normativa, e assim como a maioria das constituições do restante dos países seu conteúdo é principiológico, de maneira que seu conteúdo é prevalecente sobre as demais normas.

Melhor esclarecendo:

No que concerne a estrutura normativa, os princípios “indicam fins, estados ideais a serem alcançados”, não ocorrendo o detalhamento da conduta a ser adotada em cada caso concreto, o que determina a realização, pelo interprete, de raciocínio complexo a fim de extrair do conteúdo valorativo dos princípios sua realização no mundo dos fatos. As regras, por outro lado,

⁶⁸ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 18.

⁶⁹ Ibidem.

costumam ser mais detalhadas, apresentando o legislador, a moldura de conduta pretendida para a hipótese do caso concreto, sendo de maior simplicidade no enquadramento do fato a hipótese⁷⁰.

Os princípios constitucionais citados no primeiro parágrafo, são direcionadores para fundamentar as decisões proferidas nos tribunais por juízes e desembargadores trabalhistas, concedendo indenizações por danos morais, decorrentes do dano existencial.

A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal.⁷¹

As condutas que afetam os direitos da personalidade, conforme já esclarecido anteriormente, são passíveis de causar danos natureza extrapatrimonial que exigem reparação, pois afetam o equilíbrio da pessoa, atingindo sua essência senão sua dignidade, tornando conveniente a sua reparação a fim de cessar a ação do ofensor.⁷²

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com o que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana.⁷³

⁷⁰ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 70.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁷² LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁷³ SOARES, Flaviana Rampazo apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 18. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988, sendo também considerada o princípio de maior importância do ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana é e tido por elemento substancial e unificador de todos os demais direitos fundamentais e uma das bases do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no inciso III, do art.1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.⁷⁴

Quando a Constituição Federal elencou no seu art.1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.⁷⁵

O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, e não como uma máquina ou simplesmente como fonte de capital, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como uma parte qualquer da cadeia produtiva, e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral.

A inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana pode levar a degradação do ser humano. Do mesmo modo, o dano existencial está ligado à violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal princípio sustenta a pessoa em suas atividades realizadoras, e quando ocorre o dano, há um desequilíbrio de sua existência.

⁷⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 13. Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

⁷⁵ NETO, Amaro Alves de Almeida, apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 13. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017

4.3 Direitos da Personalidade

Sobre o conceito de direitos da personalidade, afirma a doutrina:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, intimidade física, a honra, entre outros.⁷⁶

Os direitos da personalidade são inatos e inerentes a pessoa humana, nascem com ela e permanecem durante sua existência, e tem por finalidade a proteção aos atributos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, sejam ele físicos, psíquicos, morais ou intelectuais.

A violação dos direitos da personalidade representa também uma violação da dignidade da pessoa, pois esta se consolida à medida que são observados os direitos fundamentais da personalidade.

São tais direitos que asseguram que a eficácia do princípio da dignidade humana, alcance efetivamente o trabalhador. A intangibilidade da dignidade do ser humano e a prevalência dos direitos humanos dentre outros, por meio da legislação infraconstitucional, a exemplo dos artigos 12, 186, e 927 do Código Civil, legitimam a reparação dos danos causados por ação ou omissão que implique violação dos direitos da personalidade, amparados pelo alcance jurídico efetivo de tais princípios retro descritos e a sua aplicação com força normativa.

Os danos ao direito da personalidade são considerados danos extrapatrimoniais, e a Constituição Federal de 1988 protege e tutela tais direitos em seu artigo 5^a, caput, e incisos I ao XIII; inciso XV, XVII, XXVII, alíneas a e b; incisos XXIX e XXXV, e também no artigo 6º, este último por sua vez que assegura dentre outros, o direito ao trabalho.

⁷⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

A proteção constitucional dos direitos da personalidade seguida da legislação infraconstitucional, é um dos fundamentos jurídicos para que os juízes e desembargadores concedam indenizações decorrentes de dano existencial.

Os direitos da personalidade são importantes na realização de projetos pessoais do ser humano, e a contrariedade de normas constitucionais, além de violar tais direitos, ocasionando lesões aos direitos da personalidade, certamente frustrará um projeto de vida que desencadeará um dano existencial.

5. ECLOSÃO DO DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

5.1 A jornada de trabalho exaustiva e o Dano Existencial

Nas das relações de trabalho subordinado, sendo que para este trabalho nos interessa a principal, qual seja a relação de emprego, não há qualquer divergência doutrinária acerca da existência de uma limitação da jornada de trabalho, patente pelo simples exame do artigo 7º, XIII da Constituição de 1988 que assim dispôs: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.⁷⁷

Diante de tal assertiva, podemos afirmar que a Constituição Federal apenas viabiliza a prorrogação a jornada de duas formas: ou por meio de um sistema de compensação ou quando a pratica desta jornada extraordinária ocorre de forma esporádica.⁷⁸

Todavia na pratica forense não é o que se evidencia. Os julgados, por meio de sentenças e acórdãos proferidos, mostram o alto índice de inaplicabilidade do disposto no texto constitucional, ao aceitarem a pratica de labor extraordinário de forma habitual.

O empregado por um lado, até mesmo motivado pela necessidade de manutenção da própria subsistência, ou ainda visando ou aumento dos ganhos, a fim de proporcionar, ao menos do ponto de vista econômico, mais dignidade a si e sua família, labora em jornada extraordinária, muitas vezes até excessivamente buscando receber o pagamento das horas extras, enquanto seu empregador se vê compelido apenas a tal prestação econômica, sendo raro que se efetue qualquer discussão acerca do caráter humano do instituto da duração da duração do trabalho na praxe forense.

⁷⁷ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 117.

⁷⁸ Ibidem. p. 130.

Neste ponto, a dimensão objetiva do direito social ao lazer afeta substancialmente a interpretação das normas infraconstitucionais e até da própria Constituição no que diz respeito à possibilidade ou não da prática habitual de horas extras.⁷⁹

Ocorre que em geral a doutrina trabalhista aponta para três características fundamentais ao instituto da duração do trabalho na relação de emprego, quais sejam econômicas, saúde e social.⁸⁰

Quanto à econômica, a quantidade de trabalho prestado, indica o quantitativo da contraprestação a ser percebida pelo trabalhador e a geração de novos postos de trabalhos, pois quanto menos a carga horária, maior a necessidade de novas contratações. Aquela ligada à saúde do empregado visa à prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho. Por fim quanto ao aspecto social, a limitação da jornada se presta a viabilizar que uma parte do tempo da vida do empregado seja destinada à interação com a família e os amigos, ou seja, do ponto de vista constitucional, um tempo para afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada.⁸¹

Defendemos que há necessidade de intervenção do poder público em conjunto juristas, advogados, professores, e todos os demais envolvidos, por todos os meios, agindo em prol do interesse coletivo, de fiscalizar a adequação da doutrina à norma que trata do instituto como sendo imperativas, cogentes, das quais empregados e empregadores não podem dispor, traduzindo num verdadeiro patamar civilizatório mínimo de indisponibilidade absoluta, salvo quando a própria norma maior, assim o permitir.

Uma vez que já estipulada a limitação do trabalho, bem como o tempo destinado aos mais diversos tipos de repouso que faz jus o empregado, como direitos mínimos dos trabalhadores subordinados, há de se efetuar a medida de aplicação destes em parcimônia com o direito social ao lazer, como veremos adiante.

Em sendo o direito ao lazer um direito fundamental, e considerando que tal direito assegura ampla proteção do ser humano, por meio do princípio da dignidade da pessoa

⁷⁹ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 131.

⁸⁰ Ibidem. p. 119.

⁸¹ Ibid.

humana, temos que, somente haverá dignidade se a pessoa tiver assegurados todos os direitos fundamentais, como já visto, previstos nos artigos 1º, 3º e 5ª a Constituição Federal, e ainda os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, aí incluídos direito ao trabalho, saúde e lazer, todos interagindo de forma equilibrada na vida do indivíduo.

Portanto não temos dúvida que para o empregado alcançar a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional da proteção do tempo livre de que goza o empregado após o cumprimento das suas atividades profissionais, nada justifica uma interpretação extensiva das normas relacionadas a jornada de trabalho, que autorize a pratica excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer, causando lesões ao obreiro no que diz respeito a sua existência ou sua vida de relação, não restando alternativas neste caso, senão a reparação pelo dano existencial sofrido, em razão do abuso de direito do empregador.

No que diz respeito aos empregados que exercem funções, incompatíveis com a fixação de jornada de trabalho, nos termos do que dispõe o artigo 62, I e II da Consolidação das Leis do Trabalho, muito embora se possa argumentar que as exceções em análise se justifiquem por questões práticas, face a impossibilidade ou dificuldade de controle da jornada de referidos empregados, é necessário frisar que as opções para a questão em análise não permitem que estes trabalhadores fiquem totalmente excluídos da proteção quanto aos limites da jornada diária, e consequentemente da garantia do direito ao lazer.

É fato que os empregados exercentes de cargos de gestão, não seria possível aplicar a mesma proteção rígida que tem os empregados “comuns”, haja vista as próprias características do cargo ocupado, como maior grau de liberdade, independentemente de trabalharem ambiente interno ou externo, no entanto isso não significa dizer que eles possam permanecer a disposição da empresa vinte e quatro horas por dia, sempre que forem requisitados, e estejam sempre preparados para responder aos anseios do empregador, tais como enviar relatórios.

Portanto, mesmo os altos empregados devem dispor do direito social a lazer, que no mais das vezes é exercitado nos períodos de tempo livres, de onde se conclui ser inconstitucional a simples exclusão da duração do trabalho para tais empregados, devendo haver uma ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa e função social da empresa, onde se torne possível adequar em cada caso concreto, a medida

de proteção que o empregado deva receber, como por exemplo, o direito a limitação da jornada, e em caso de abuso desse direito, uma indenização pela perda do lazer.⁸²

Não se pode perder de vista ainda, o tempo dispendido pelo empregado para o deslocamento do local de trabalho para sua residência, que em grandes centros como a Cidade de São Paulo, pode levar mais de duas horas diariamente, restando ao trabalhador ao chegar em sua residência, se alimentar e dormir para descansar e iniciar a jornada do dia seguinte, tendo desta forma a supressão do seu direito ao lazer, ainda que por vontade alheia do empregador, pelo que não pode e nem deve este último, submeter o empregado, a longas e exaustivas jornadas de trabalho de forma habitual.

Sempre que partir do empregador a determinação para a prática de jornada extraordinária pelo empregado, fora das situações excepcionais permitidas no artigo 61 da CLT e do sistema de compensação de jornadas, há flagrante lesão ao direito social ao lazer, pois como já defendido alhures, o labor excessivo por longos e contínuos períodos de tempo, torna o trabalhador recluso, deficiente de habilidades voltadas às relações sociais, de maneira que ainda que sem perceber, passa a viver ele exclusivamente condicionado ao trabalho produtivo, usufruindo do pouco tempo que lhe resta apenas para repor suas energias físicas e mentais do dia que se passou, antes de iniciar o dia seguinte, já que se quer é possível afirmar que tal pausa lhe proporcionou o descanso, físico e mental necessário para repor suas energias para estar totalmente apto ao labor no dia seguinte.

O empregado sujeito a constante labor excessivo, não tem disposição para levar uma vida além dos muros do seu local de trabalho. Não frequentar cursos, escolas ou faculdades, não fica com a família, pelo menos não mentalmente, já que na maioria das vezes seu corpo pode até estar presente, mas sua mente não, pouco importando se está em casa ou no trabalho, já que não tem condições de interagir com sua família ou amigos. Não faz leituras ou qualquer outra atividade capaz de promover a melhoria do seu desenvolvimento, intelectual, físico ou mental, pois a estafa que o acomete permite no máximo que se asseie, faça uma rápida alimentação para, antes de entrega-se ao sono.

⁸² CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 137

Este mesmo empregado, certamente não manterá boas relações familiares, logicamente porque ao chegar na sua residência sua prole já se encontra dormindo, assim como quando saiu para trabalhar. O relacionamento conjugal restará afetado pelo estado físico e mental determinado pelo ritmo do trabalho, não se perdendo de vista que muitas vezes tal esforço se dá como única saída do trabalhador para prover a subsistência digna de sua família, em detrimento dos píssimos salários praticados no Brasil.

Aliás este é o cenário em que vivemos atualmente, onde homens e mulheres trabalham incansavelmente para suprir desejos nem sempre necessários, mas entronizados no ser humano a partir de uma mídia formadora de opiniões, tão capitalista quando os próprios produtores e fabricantes, de maneira que para prover estas “subsistência” necessária ou desejada, a família é deixada de nos seu aspecto emocional, surgindo na sociedade um novo tipo de problema: o das crianças e jovens com diversos distúrbios comportamentais, eu tem como fator determinante a ausência afetiva daqueles que tinham por obrigação moral o dever de educação e cuidado, além de outros.

Em sendo verificado o trabalho extraordinário de forma habitual, além do direito pecuniário ao recebimento de horas extraordinárias com o acréscimo de 50%, caberia ao empregador uma obrigação e não fazer, no sentido de não exigir, regime de trabalho extraordinário, bem como uma indenização pela lesão ao direito social do lazer, por ser a pratica constante de horas extras sem justo motivo grave lesão o direito do lazer em sua perspectiva humana.⁸³

O simples fato do pagamento do adicional de 50%, constitucionalmente previsto não se confunde com a lesão ao direito ao lazer, seja porque quando em jornada extraordinária, o empregado gasta mais energia de trabalho do que era previsto, seja porque tal trabalho e tal energia foram gastos quando o empregado deveria estar gozando do tempo livre, ou seja, do seu direito de lazer.

O pagamento de horas extras com o adicional de 50% tem o escopo, apenas, de viabilizar a contraprestação dessa energia a mais que restou despendida pelo trabalhador,

⁸³ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 132.

sendo remunerada em valor superior justamente pela condição mais gravosa de se estar em sobrejornada, donde se conclui que em momento algum referida contraprestação serve para reparação dessa outra ordem de valores concernente ao lazer.⁸⁴

Há ainda questionamentos sobre o fato de o próprio empregado ter consentido com a realização das horas extras como forma de majorar a retribuição salarial, todavia não se pode perder de vista a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais.

Portanto, o fato de o empregado haver pretendido a realização das horas extras, não impede se chegar a mesma conclusão retro, acerca da lesão ao direito fundamental ao lazer, pois cabia ao empregador, não se aproveitar da necessidade alheia, gerada pelo baixo patamar salarial, o qual normalmente é submetido o trabalhador, permitindo-se também aqui, a reparação pela perda do lazer.⁸⁵

5.2 O Dano Existencial decorrente da supressão dos intervalos intrajornada e interjornada

Jornada e duração de trabalho, apesar de afins, não se confundem.

“Duração do trabalho é a noção mais ampla”, abrangendo “o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude de contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração”, reconhecendo Delgado que a CLT nos artigos 57 a 75 trata “da jornada, da duração semanal de labor, dos intervalos intra e interjornadas e dos repousos trabalhista”⁸⁶.

Diferentemente, jornada de trabalho é o tempo diário em que o empregado se coloca à disposição do seu empregador, em razão do contrato de trabalho firmado por ambos,

⁸⁴ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 163.

⁸⁵ Ibidem. p. 164.

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho apud CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 120.

enquanto que horário de trabalho seria o lapso temporal entre o início e o fim de certa jornada laborativa⁸⁷.

Já os intervalos, são lapsos temporais, que visam a recuperar a energia dos empregados, em seguida ao cumprimento da jornada diária de seu labor, e por sua consolidaram-se ao longo do tempo em torno de ações voltadas para a preocupação com a saúde, higiene e segurança do trabalhador.⁸⁸

Arnando Sussekind⁸⁹, enumera outros objetivos a serem alcançados com a instituição dos repousos obrigatórios a serem gozados pelo trabalhador:

a) de natureza biológica, eis que visa combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;

b) de caráter social, por isso que possibilita o trabalhador viver como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se a pratica recreativas culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos, e convivendo em fim com a família;

c) índole econômica, porquanto restringe o desemprego e acarreta pelo combate a fadiga um rendimento superior na execução do trabalho.

Assim, podemos concluir que assim como as demais normas que retingem-se a efetuar à limitação da jornada diária e semanal dos trabalhadores são imperativas, por se tratar de normas de saúde pública, que garantem por meio dos direitos fundamentais do trabalhador, a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, temos também que todas as

⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho apud CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p.121.

⁸⁸ MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 61

⁸⁹ SUSSEKIND, Arnaldo apud MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 62.

normas relativas a concessão de tempo de repouso, devem ser tidas por normas cogentes, eis que também asseguram direito fundamental do trabalhador, ao descanso, à reposição de suas energias, por meio do lazer, entre outros, razão pela qual atualmente são consideradas irrenunciáveis e indisponíveis, ainda que por negociação coletiva.

Por meio do respeito ao direito do trabalhador no tocante ao gozo dos intervalos para descanso, traduz-se a eficácia do seu direito à saúde e ao lazer.

Não haveria razão para proibição da prática de horas extras habituais, e por outro lado admitir, qualquer ato lesivo ao direito de descanso intervalar do trabalhador, pois é o excesso de jornada que afeta o tempo de descanso, e conseqüentemente o direito lazer no trabalhador no seio social e familiar, de maneira que pouco importa se este direito foi ferido pelo excesso de trabalho em jornadas suplementar ou decorrentes de tal excesso nos dias e horários destinados aos descansos intervalares.

5.3 O Dano Existencial decorrente da não fruição e gozo dos descansos semanais e anuais remunerados

A Constituição Federal, em seu rol de direitos sociais dos trabalhadores contidos no artigo 7º da Constituição Federal, assegura a proteção aos períodos de descanso, como o a repouso semanal remunerado, e as férias anuais remuneradas, o que por si somente já retirar qualquer sombra de dúvida, acerca do caráter fundamental das normas que regulam tais direitos.

O Repouso semanal remunerado encontra respaldo na própria Constituição em seu artigo 7º, XV, que assegura que deve recair “preferencialmente “ aos domingos, entendendo a doutrina pátria que sua regulamentação continua sendo efetuada pela Lei 605/49 e pelos artigos 67 a 69 da CLT.

No entanto há conflito entre as normas, posto que diferentemente do disposto na Constituição Federal, a lei 605/49, autoriza por meio do seu artigo 9º a supressão de tais

repousos, desde que a retribuição seja na forma dobrada, ou ainda que tal repouso seja concedido, seja gozado em outro dia que não em domingo.

No nosso sentir, ambas as práticas são ilícitas e devem ser repelidas pelo judiciário, através de seus julgadores, ao proferirem sentenças e acórdãos.

Ocorre que tanto o pagamento em dobro, quanto a folga concedida em outros dias da semana que não coincidem com o domingo, como assegurado na Constituição Federal, lesam o direito fundamental do trabalhador, qual seja o gozo do direito ao lazer, exercido em sua plenitude.

Não se pode perder de vista, que o alcance da norma não está voltado para majorar a remuneração do trabalhador, que se prestando ao labor em dias destinados ao descanso, especialmente no domingo, será remunerado em dobro. Esta não é a finalidade da norma em comento, sendo a remuneração dobrada apenas reflexo ao direito principal.

A finalidade da norma em discussão é única e exclusivamente a de garantir o gozo de um tempo livre após a prática do labor durante a semana integral, de maneira que a própria norma determina o não pagamento do repouso remunerado, se não houver frequência do trabalhador durante os demais dias da semana, de forma injustificada, o que confirma o intuito da legislação, qual seja não o de remunerar o trabalho aos domingos na forma dobrada, proporcionando-lhe majoração da remuneração, mas que o obreiro goze de descanso efetivamente nestes dias. A lei não quer que o trabalhador descanse outro dia, se não deixaria ao livre alvedrio escolher o melhor dia para folgar, injustificadamente, sem prejuízo da remuneração. Não é o caso, posto que o único intuito da norma é seu aspecto humanístico de viabilizar a prática do lazer em todas suas vertentes humanas.

Assim, mais uma vez, pode-se concluir que cabe ao empregado o direito de exigir do empregador o gozo do repouso, e, mais, aos domingos como regra geral, podendo inclusive resistir a ordem ilegal neste sentido ou ainda postular tutela judicial, caso o contrato ainda esteja em andamento.⁹⁰

⁹⁰ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 134.

É seu direito exigir as folgas conforme lhe é assegurado constitucionalmente, até mesmo porque eventuais folgas compensatórias durante a semana não cumprem seu papel legal e social, já que conforme mencionado alhures, visam o pleno exercício do direito de lazer, no entanto certo é que gozando folgas em tais dias diversos daqueles assegurados constitucionalmente, por questões óbvias não se alcançará o objetivo da norma. Isso porque é sabido que por diversas razões, as opções de lazer para o empregado em outros dias que não o sábado, são extremamente reduzidas ou quase que anuladas, eis que certamente desfrutará de tal lazer, longe da família e dos amigos que estão trabalhando.

A consequência ao empregador pelo desrespeito do período destinado ao descanso do empregado, após o término da jornada de trabalho, a luz dos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal, dentre eles, o direito ao lazer, seja em razão da não concessão do repouso, seja em razão da concessão ordinariamente fora dos domingos sem qualquer justificativa, enseja não apenas a reparação pecuniária, mas também a reparação pela lesão a um direito fundamental, qual seja a supressão do direito ao lazer, por meio de indenizações específicas, qual seja o dever de reparar o dano existencial em razão das lesões causadas, quando tal supressão acarretar diretamente em prejuízo a um projeto de vida, ou ainda a vida de do obreiro fora das dependências da empresa.

Ao se estudar uma norma, interpreta-la ou aplica-la, não se pode perder de vista o momento histórico e cultural que o país atravessava, com a finalidade de se buscar os fins a que se direcionava no momento da sua edição.

Não é à toa que o repouso foi concebido para ser gozado aos domingos, existindo razões de ordem histórica, cultural e até religiosa para fazer coincidir o dia de descanso com referido dia da semana, donde se conclui que o desrespeito a tal regra afeta, do ponto de vista humano o direito ao lazer.⁹¹

Arnaldo Sussekind⁹², ensina que “o repouso de um dia, após seis dias de trabalho, constitui tradição de índole religiosa que vem sendo observada desde os tempos imemoriais”.

⁹¹ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p.135.

⁹² SUSSEKIND, Arnaldo apud MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013,

E continua:

“Sabe-se que os Hebreus costumavam descansar nos sábados, de conformidade com os seus preceitos religiosos e que, segundo as Escrituras Sagradas, Deus, ao criar o Mundo repousou no sétimo dia”.⁹³

E apesar de laico o Estado Brasileiro, sua legislação manteve tal princípio bíblico.

Nossa legislação autoriza o trabalho executado em periodicidade máxima semanal, antes de alcançar o obreiro seu direito a folga para descansos remunerados.

Nesta linha, o tipo legal do descanso semanal supõe que, a cada módulo semanal de trabalho cumprido (seja a duração-padrão de 44 horas, sejam as durações semanais especialmente reduzidas, como as de 40 horas, 36 horas ou até mesmo 30 horas ou menos), terá direito o trabalhador a uma porção integral de 24 horas consecutivas de descanso.⁹⁴

Considerando a tolerância jurisprudencial acerca do assunto, e o silêncio da lei acerca da periodicidade do descanso semanal; considerando ainda que o artigo 9^a da Lei 605/49, trata especificamente da remuneração dobrada para o trabalho em dias de feriados, silenciando-se quanto ao repouso semanal, e ainda recaindo a mesma dúvida sobre as demais normas jurídicas que regulam o assunto, se olharmos atentamente o objetivo da norma maior que trata do descanso semanal, por sua vez, como já esclarecidos, ligados a questões de saúde, respeito ao lazer por meio das relações interpessoais, a fim de se efetivar as tutelas dos direitos da personalidade, por meio das garantias constitucionais, deve-se interpretar que a ordem jurídica fica afrontada caso o descanso semanal não seja assegurado em um lapso temporal máximo de uma semana.

Os períodos de repouso são tipicamente, “a expressão do direito à desconexão do trabalho” e conceitua esse direito a desconexão “um bem da vida” e como um direito fundamental do trabalhador ao repouso e a

248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 74.

⁹³ SUSSEKIND, Arnaldo apud MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p.74.

⁹⁴ MASCHIETTO, Leonel, op., cit., p. 92.

privacidade, uma vez que o total afastamento do ambiente de trabalho e dos problemas decorrentes preserva os momentos de relaxamento, de lazer, o tranquilo convívio familiar, o ambiente domiciliar etc.⁹⁵

Ainda sobre o repouso semanal em dias coincidentes com o domingo, suscita-se à inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei 10.101/2000, por considera-se que tal norma foi editada de forma contrária e antagônica com o que dispõe o artigo 1º da Constituição Federal.

Para melhor esclarecer, pede-se vênica para transcrever os artigos em discussão, in verbis:

“Dos Princípios Fundamentais

Artigo 1º Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político”.

“Ora, se a República tem como fundamentos da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, certo é que a figura do trabalhador merece proteção contra fatores outros que possam colocar em seque estes fundamentos”.⁹⁶

Razão pela qual, seguindo os mesmos preceitos dos doutrinadores já citados, nos guiamos no sentido de que autorizar o trabalho aos domingos fere o livre gozo do direito ao lazer em sua máxima amplitude, eficácia e eficiência, desrespeitando o trabalhador enquanto cidadão, sujeito de direito, foco central e principal da proteção constitucional que lhe garante a subsistência digna enquanto pessoa eis que tal atitude restringe do pleno e

⁹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto apud Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 96.

⁹⁶ MASCHIETTO, Leonel, op., cit., p. 98.

efetivo exercício do direito ao lazer, consubstanciado nas relações sociais, especialmente aquelas que envolvem o direito ao convívio familiar.

Vejamos o que dispõe no artigo 7º da Constituição Federal, in verbis:

“Art. 7º São Direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”;

Da leitura do artigo retro, concordamos com a doutrina quando esta conclui, pela inconstitucionalidade do disposto no artigo 6º da Lei 10.101/2000 in verbis, que assim dispõe:

“Art. 6º. Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo Único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva”.

Ocorre que, tal artigo dispõe norma editada de forma antagonicamente aos preceitos constitucionais já elencados, apontando para uma verdadeira antinomia jurídica, todavia não pode perder de vista que em casos onde há conflitos entre normas constitucionais e infraconstitucionais, as primeiras deverão prevalecer sobre as segundas.

E mais! O artigo 6º da Lei 10.101/2000, que autoriza o trabalho aos domingos, aponta para a observância da legislação municipal para legislar sobre interesses locais, nos termos do artigo 30, I, da Constituição Federal. Todavia a Constituição Federal no artigo retro descrito, não autoriza os municípios a legislarem sobre matéria trabalhista, e desta forma questiona-se: como poderiam legislar acerca dos interesses locais em matéria relacionada a direito do trabalho, quando apenas a União tem autonomia e competência para legislar sobre a matéria?⁹⁷

⁹⁷ MASCHIETTO, Leonel, op., cit., p. 101.

Consoante artigo 22 da Carta Magna, apenas a União pode legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, especial e do trabalho.

Ante o conflito entre normas de justiça e normas de direito, é sabido que ambas não podem ser consideradas simultaneamente válidas, quando “as duas estão em contradição, quer dizer, entram em conflito uma com a outra. Nesse caso, apenas uma delas pode ser considerada válida”.⁹⁸

O caso em comento deve ser resolvido a luz Constituição Federal, primando pela garantia dos direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles, a proteção da saúde, e bem estar social, considerado ainda no seio familiar, pelo que concordamos pela inconstitucionalidade da norma infraconstitucional apontada, eis que contraria dispositivos constitucionais de preservação das garantias fundamentais do obreiro.

O direito pode e deve ser corrigido pelos valores morais.⁹⁹

O trabalho aos domingos tem sido visto ainda como uma das principais causas de dissolução familiar, não pelo divórcio, mas pelo obstáculo que cria ao convívio familiar e social que é colocado em segundo plano, em detrimento da “necessidade de estar à disposição para o trabalho”.

Os direitos e deveres decorrentes do casamento, a educação dos filhos, as relações sociais com amigos e familiares, e até mesmo o tempo particular do próprio empregado são relegadas um plano menor, ante o aumento de tempo dedicado ao trabalho e a diminuição do ócio direcionado ao plano familiar.

Não raro, nos deparamos com situações cada vez mais frequentes, onde jovens não respeitam mais a figura dos idosos, os professores em salas de aulas, autoridades públicas,

⁹⁸ MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 106.

⁹⁹ Ibid.p. 108.

e acredita-se que tais valores foram desconstruídos com o passar dos anos, sendo que tudo isso é consequência da ausência de tempo livre para o amplo exercício do lazer, consubstanciado o que somente é possível com um mínimo de disponibilidade de tempo “ociosos” destinado a tais questões.

A ausência deste convívio familiar, por várias razões relacionadas ao excesso de jornada, mas neste caso especificamente em se tratando da não concessão de folga aos domingos, interfere diretamente na criação e educação das crianças, sendo que “não estando em casa os pais, ou tutores, a inserção de valores sociais fica adstrita a experimentação solitária, e porque não televisiva”.¹⁰⁰

Menciona ainda outras consequências da ausência do lazer ocasionadas pelo trabalho aos domingos que podem ser de ordem sociológica e biológica: limitação do convívio social com parentes, amigos e vizinhos, das atividades esportivas, das atividades religiosas dominicais, limitação da saúde do trabalhador, à medida que a ausência de lazer pode levar ao aceleração da fadiga.¹⁰¹

Consoante o retro exposto, podemos afirmar que o lazer não é somente oposição ao trabalho, mas representa descanso, divertimento, recreação, entretenimento e desenvolvimento.

O descanso, tempo por finalidade alcançar o próprio empregado, e está ligado a questões biológicas, visando que este recomponha suas energias para continuar trabalhando, utilizando-se para tanto neste tempo livre de várias formas de desconexão, seja dormindo, passeando com família, jogando futebol com amigos, entre outros. Veja-se! Não se deve pensar no descanso no sentido literal da palavra que pode remete-lo a um ócio pejorativo, mas sim como um direito a desconexão, que pode se dar nos dias de folga, preferencialmente aos domingos, por meio das mais variadas atividades colocadas à disposição do trabalhador neste dia, na companhia das pessoas do seu convívio social que também desfrutam de tal momento de desconexão.

¹⁰⁰ MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 183.

¹⁰¹ Ibidem. P. 218.

A função divertimento, recreação e entretenimento como sugeridos no parágrafo anterior, funciona como viabilizador da convivência social, direcionando para o escoamento da fadiga do obreiro, trazendo benefícios ao empregador e ao empregado, já que a fadiga seria o efeito nefasto “da monotonia nas tarefas parcelares sobre a personalidade do trabalhador”¹⁰².

A função desenvolvimento da personalidade, permite o lazer (uma participação social maior e mais livre, a prática de uma cultura desinteressada do corpo, da sensibilidade e da razão, além da formação prática e técnica, suscitando no indivíduo libertado de suas obrigações profissionais, comportamentos livremente escolhidos e que visem ao completo desenvolvimento da personalidade, dentro de um estilo de vida pessoal e social.¹⁰³

A folga sugerida pelo empregador nos demais dias da semana, não coincidentes com o domingo, não alcançarão o mesmo efeito na vida do empregado que aquela assegura nos dias constitucionalmente garantidos. Isso porque a prática nos mostra que nos demais dias da semana todas as demais pessoas estão exercendo suas atividades normais, ligadas a trabalho ou estudo, limitando assim o trabalhador que está de folga a interagir com aquelas.

Ora, é no domingo que os amigos vão ao futebol, que as grandes massas dos pais levam seus filhos nos parques e bosques da cidade, que as famílias se encontram nas missas ou cultos de domingo, que não tem o mesmo teor daqueles celebrados em outros dias da semana, o que nos leva a concluir que o trabalho aos domingos restringe o pleno gozo ao lazer, e a afetividade do princípio constitucional, posto que conforme já defendido a folga compensatória durante a semana não alcança o fim a que se destina, já que as opções de lazer em tais dias são restritas, até mesmo por questões de incompatibilidade.

O direito ao gozo de férias anuais remuneradas encontra-se previsto, em nosso ordenamento jurídico, no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal e ainda na Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e com vigência determinada pelo Decreto 3.197 de 05/10/1999, e é reconhecida como norma de ordem pública,

¹⁰²MASCHIETTO, Leonel, O Trabalho aos Domingos Como Elemento de Dissolução do Núcleo de Convivência Familiar e Social e Restrição do Direito ao Lazer, 2013, 248f, Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 204.

¹⁰³ Ibidem.

irrenunciável pelo empregado, já que as férias e todos os demais intervalos objetivam alcançar metas quanto à saúde e segurança laborativa e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador, além de grande importância econômica, sem prejuízo do exercício do direito social ao lazer, eis que o empregado pode se entregar aos afazeres da vida fora do labor.¹⁰⁴

O modelo imposto pela Consolidação das Leis Do Trabalho não permite ao empregado definir a melhor data para gozo de suas férias, deixando ao alvedrio do empregador, nos interesses da empresa, tal decisão, sem qualquer direito de participação do trabalhador, mesmo em se tratando de questão que lhe afeta individualmente.

A exceção verifica-se apenas nos casos de empregado estudante e menor de 18 anos, de forma a coincidir com as férias escolares, e outra quanto a empregados da mesma família para que gozem do período anual de descanso, todavia, assegura-se este direito apenas quando não houver prejuízo ao empregador, conforme artigo 136 §§ 1º e 2º da CLT.¹⁰⁵

Assim como a questão dos repousos semanais, que quando concedidos em dias da semana, não alcançam seu fim social, prejudicando o amplo exercício do direito ao lazer do empregado, a mesma situação se evidencia quando o obreiro não tem direito de interferir na escolha da melhor data para as suas férias.

É que o empregado quando impedido de opinar acerca da época do gozo de suas próprias férias tem dificultado ainda que involuntariamente, o exercício do seu direito ao lazer, pois apesar de estar gozando férias, muitas vezes não consegue dispor deste tempo livre em companhia da família por estarem os outros componentes vinculados ao trabalho, ou ainda pelo fato dos filhos encontrarem-se em período de atividade escolar, tornando impossível o convívio social amplo, no período, a princípio, destinado para este fim.

Portanto, sob a ótica do direito ao lazer, conclui-se que a fixação do período de férias deve contar com a participação de empregador e empregado, e em havendo divergência,

¹⁰⁴ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p.140 e ss.

¹⁰⁵ Ibidem. p.145.

deve ser resolvido pelo método da ponderação de interesses, fixados pela Convenção 132 da OIT: “a necessidade de trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada”¹⁰⁶.

Ademais, fixado a data do gozo das férias, esta não ser alterada sem a anuência do empregado, sob pena de lesão ao seu direito fundamental ao lazer.

5.4 Dano Moral e Dano Existencial, distinção e cumulação

Apenas para relembrar, vimos nos capítulos anteriores que a responsabilidade civil incluía, tradicionalmente, apenas os danos materiais, que alcançavam os danos emergentes e os lucros cessantes, e que no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, a indenização por danos extrapatrimoniais era reconhecida em caráter excepcional, que somente passou a ser admitida de forma ampla, a partir da atual Carta Magna, mas sob a denominação de dano moral.

Por fim, vimos ainda que não somente a doutrina e a jurisprudência nacional como também no direito comparado, considera o dano injusto indenizável patrimonial, aquele que atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata, e em dano injusto extra patrimonial ou moral, aquele que causa abalo psicológico, emocional, aflição, sensação doloroso ou angústia, a que foi acrescentado, posteriormente, o dano estético como terceira categoria de dano indenizável.

Uma vez já reconhecido o dano moral como qualquer dano de natureza extrapatrimonial de relevo do ponto de vista jurídico, ao desenvolvimento da personalidade, o que inclui, dentre outros, o direito à integridade física, à estética, às atividades de convivência e de relação e o dano existencial, como nova moldura da responsabilidade civil, incluída na categoria de danos indenizáveis, fundada nas atividades remuneradas ou não da pessoa, relativa aos variados interesses da integridade física e mental, de que são exemplos as relações sociais, de estudo, de lazer, comprometidas em razão de uma conduta lesiva, temos que o

¹⁰⁶ CALVET, Otavio Amaral, A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho, 2005, 174f, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais- Direito do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado. p. 147.

reconhecimento do dano à vida de relação, enseja indenização independentemente do prejuízo financeiro e representa consagração da tutela da dignidade humana em sua plenitude.

“O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.”¹⁰⁷

Conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Envolve, portanto, um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago. Para Maurício Godinho Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc, e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha.¹⁰⁸

A reparação por danos morais, como já mencionado alhures, visa, “compensar, ainda que por meio de prestação pecuniária”, o desapareço um sentimento decorrente do abalo psicológico causado pela violação de um direito ligado à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada.

O dano existencial distingue-se do dano moral, porque não se restringe apenas a um sentir decorrente da lesão de qualquer dos direitos retro mencionados, mas pelo ato comissivo ou omissivo que resulta na renúncia involuntária a uma atividade concreta por parte do empregado, frustrando seu ou seus projetos de vida, daí sim refletindo prejudicando seu bem estar social.

¹⁰⁷ NETO, Amaro Alves Almeida apud LORA, Ilse Marcelina Bernardi, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 20. Disponível em:

<<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

¹⁰⁸ Delgado, Mauricio Godinho apud ALVARENGA, Rubia Zanotelli, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 42. Disponível em:

<<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

Observe-se que assim como o dano moral, também prescinde de prejuízo financeiro ou econômico, bastando para sua configuração que corra comprovadamente a frustração de um projeto da vida pessoal do trabalhador.

Nesse aspecto, o dano existencial impõe a reprogramação e obriga relacionar-se de modo diferente no contexto social. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.) e a sua dimensão é subjetiva e não exige prova; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva.¹⁰⁹

Assim concluímos que a distinção entre dano existencial e o dano moral pode ser verificada no fato de que este último decorre de um sentimento negativo em razão de lesão a um dos direitos da personalidade, e quanto aquele diz respeito a um não mais poder fazer, a uma lesão a um projeto de vida ou a uma vida de relação, decorrente da imposição de um dever (pelo empregador) de agir (pelo empregado) de forma distinta daquela projetada para a normal desenvoltura da vida social do trabalhador.

Nesse sentido,

Enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar.¹¹⁰

Havendo, no contexto da relação de emprego, a ocorrência de dano existencial e de dano moral, poderá haver a cumulação entre ambos, desde que sejam provenientes do mesmo fato. Tal cumulação é possível em razão do prejuízo ocasionado aos prazeres de vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado, bem como pelos danos que a supressão dos direitos fundamentais podem causar a sua saúde. Do mesmo modo que é possível cumular o dano moral com o dano material e, por consequência, com o dano estético, também será possível cumular o dano moral, pela lesão à saúde do trabalhador, com o dano

¹⁰⁹ ALVARENGA, Rubia Zanotelli, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 43. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

¹¹⁰ SOARES, Flaviana Rampazo apud Rubia Zanotelli, O Dano Existencial No Direito do Trabalho, Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho, Paraná, V-2. n.22.setembro 2013, p. 43. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 13-08-2017.

existencial, decorrente da lesão a um projeto de vida, lembrando que no caso deste último, haverá que se provar sem sombra de dúvida o dano ocorrido.

CONCLUSÃO.

Da leitura do texto se extrai que o homem enquanto trabalhador jamais foi visto e respeitado como um ser humano, mas sempre como um objeto de direito do seu dono, senhor ou patrão, nos tempos antigos, ou ainda pelo patronato, em tempos mais contemporâneos.

Nota-se que a figura do homem enquanto trabalhador, seja na era moderna, seja na atualidade, sempre representou nada mais que uma ferramenta de lucratividade à empresa, sendo que, jamais o trabalhador foi olhado ou respeitado quanto aos princípios inerentes à sua dignidade.

Evidencie-se que tanto no passado quanto no presente, o trabalho humano sempre foi representado pela figura do trabalhador que submetido aos interesses do empregador, ainda quando voluntariamente, por necessidade, enquanto o empregador visava angaria vantagens econômicas decorrentes do oportunismo.

Notamos que mesmo com a regulamentação de normas por meio do direito do trabalho nada mudou, pelo menos não nesse sentido. Na atualidade continuamos a nos deparar com situações onde o trabalhador motivado pela necessidade de auferir maior rentabilidade visando prover a própria subsistência e a de sua família, renuncia expressamente direitos e garantias fundamentais que lhe foram asseguradas constitucionalmente, e se submetem as condições degradantes de trabalhos impostas pelo empregador, este ultimo sempre visando obter maior lucratividade.

Pouco importa ao empregador os direitos e garantias fundamentais, e aposta na “impunidade”, já que o empregado não foi coagido, mas se colocou à disposição para trabalhar em determinados moldes.

Ora, enquanto o empregado por sua vez se submete a tais situações, “voluntariamente”, seja em razão dos baixos salários que não lhe asseguram os direitos previstos na constituição federal, razão pela qual é obrigado a se submeter a longas jornadas de trabalho, abrir mão de intervalos, férias remuneradas entre outros direitos que lhe são assegurados visando principalmente questões de saúde e segurança do trabalho e ainda que não coagido diretamente pelo seu empregador, sabe que não submetendo-se a suas exigências certamente será substituído, concluímos que na comparação entre o trabalho escravo na era moderna e a relação entre empregador e empregado na atualidade, o único traço que diferencia o status entre a pessoa do escravo e do empregado é o salário.

Concluímos que infelizmente nada mudou! O empregador pode até não comprar mais escravos, pode até não obter mais título de servo ou proprietário, e o empregado pode até ser remunerado pelo seu trabalho, todavia não deixou de se submeter ao trabalho em condições análogas as de um escravo, quando apesar de existirem normas superiores que lhe asseguram determinados direitos e garantias fundamentais, estas são desrespeitadas sem qualquer punibilidade, flexibilizadas por acordo entre patrão e empregado, ou renunciadas por este último, visando infelizmente apenas alcançar vantagem econômica.

O mundo imediatista, que atualmente visa sempre a produção, justamente pelo fato de o ser humano como um todo estar sempre voltado para uma “necessidade insaciável de consumismo”, vem se perdendo em valores primordiais e existentes desde as épocas mais remotas, e dentro deste contexto o ser humano enquanto empregado e empregador, esqueceram o real objetivo da limitação da jornada de trabalho, da concessão dos intervalos para descanso diários, semanais, mensais e anuais.

Especialmente o empregado, esqueceu do seu papel na sociedade e no seio familiar, e vem transformando sua vida em um verdadeiro cenário profissional. Acreditamos que a situação, ficou mecanizada, onde o empregado sai de sua residência pela manhã com os filhos certamente ainda dormindo, após enfrentar o trânsito muitas vezes sendo necessário cruzar a cidade, chega a seu trabalho já cansado, se ativa em longa jornada diária, as vezes extraordinárias, quando não está no trabalho sai de lá para ir para algum curso noturno, mas

por qualquer uma das razões retorna à sua residência já muito tarde, e novamente encontra seus filhos dormindo. O episódio se repete aos finais de semana quando se ativa em jornadas extraordinárias. O empregado justifica tal rotina ao argumento de que a exaustiva jornada de trabalho, cumulada ou não com estudos serve para proporcionar uma melhor qualidade de vida aos filhos.

Questiona -se: Quando foi a última vez que viu seus filhos acordados? Quando foi a última vez que teve um final de semana livre para ir ao shopping, ou ao parque para gastar o dinheiro que ganhou na hora extra com os filhos no final de semana? Quando foi a última vez que comeu a macarronada de domingo sentado a mesa com toda a família? Quando foi a última vez que neste almoço de domingo ouviu as descobertas, reclamações, confissões de seus filhos? E aquelas férias anuais remuneradas que por vendidas nunca chegaram?

Evidente que o ser humano se esqueceu dos valores mais especiais e essenciais que sempre direcionaram a humanidade, e que sempre se fizeram presentes e se manifestaram nestes momentos de lazer, que atualmente quase não mais existem.

Pais e mães se preocupam em trabalhar dobrado para comprar o tal tablet tão desejado pelo filho adolescente, e para tanto sacrificam seu domingo de folga, entregando ao filho por dois caminhos a ferramenta letal de destruição que vemos hoje em nossa sociedade: a falta de diálogo no seio familiar e a criação de seres humanos mal-educados em todos os sentidos.

Melhor esclarecendo, melhor seria se pais e filhos ainda pudessem se reunir no sofá da sala para assistir novelas ou jornais ao final da noite, se nos domingos a hora extra em busca do tablet fosse substituída pela boa macarronada e a conversa de família, e quem dera não houvesse mais a necessidade da venda das férias, e que as famílias pudessem gozar desse momento da maneira e para o fim que se destina qual seja de ordem biológica, visando descanso, a restituição das energias do trabalhador, o reencontro com seu meio social (família

e amigos), retornando ao trabalho em melhores condições físicas e psíquicas, e quanto a sua família deixando a estabilidade no seio familiar.

Não é a toa que os descansos semanais remunerados foram escolhidos para coincidirem com os domingos, posto que é neste dia da semana que o direito ao lazer do empregado alcança sua plenitude. É neste dia que toda a família estará reunida, que os demais amigos estarão de folga, que acontecerá o churrasco ou o futebol de domingo, que os filhos ou a esposa estarão livres de outras atividades, e poderão frequentar parques ou encontrar ainda outra forma de lazer, exercendo tal direito (lazer) em sua plenitude.

Ora, acompanhamos o pensamento de grandes doutrinadores que repudiam a concessão de folgas em dias não correspondentes aos domingos, única e exclusivamente porque nestes outros dias não haverá a interação social do trabalhador com os demais membros do seu cotidiano, seja porque seus filhos estarão na escola, seus amigos e demais parentes certamente trabalhando, de maneira que ainda que o trabalho aos domingos seja remunerado em dobro, tal remuneração não irá alcançar a finalidade da norma qual seja o direito ao lazer e o direito a desconexão no seu mais amplo aspecto humanístico, após uma longa semana de trabalho.

A necessidade da intervenção, não somente estatal, mas de juristas, advogados, professores, e todos os personagens envolvidos no assunto, decorrente da pertinência do tema na atualidade, visando atingir a máxima eficácia no que diz respeito a desconexão do trabalhador do seu ambiente de trabalho.

Ocorre que atualmente a tecnologia tem contribuído para que não ocorra esta efetiva desconexão, de maneira que não necessariamente o trabalhador precisa estar dentro do ambiente de trabalho para dizer que está trabalhando. Ora, ainda que esteja num bar com amigos ou em casa com sua família, mas logado com a empresa por meio de redes sociais e aplicativos ou enviando planilhas a partir de seu computador residencial não se pode dizer uma efetiva desconexão.

Tal forma de trabalho, em excesso, tem contribuído para fadiga física e mental, levando a diversos casos de afastamento médico, por depressão e outras doenças do trabalho, acidentes do trabalho, causando lesões não somente ao empregado como também ao empregador.

A submissão de um empregado a exaustiva jornada de trabalho, que comprovadamente causar um dano a um de seus projetos de vida ou a sua existência, relacionados a qualquer atividade que não guarde relação com seu ambiente de trabalho, ou seja, aquelas atividades ou projetos direcionadas ao desenvolvimento pessoal do empregado, artístico ou cultural, além de seu relacionamento com seus pares, familiares, amigos e afetivos, pode causar dano existencial, e deve ser combatido.

Além do dano moral pelo qual pode responder o empregador que causar dano a um empregado em razão dos fatos narrados nos parágrafos anteriores, poderá ainda responder pelo dano existencial, por ter frustrado algum projeto da vida pessoal do seu empregado, privando-o de alcançar algum objetivo da sua vida pessoal justamente por ter submetido o trabalhador a uma jornada exaustiva de trabalho, e, portanto, verifica-se que o tal dano existencial não está relacionado a nenhum dano de cunho patrimonial, mais o que se visa proteger são os direitos fundamentais da pessoa humana relacionados a sua liberdade, e que quando lesados acarretam prejuízos a projetos da sua vida pessoal.

As indenizações decorrentes de dano moral e dano existencial são plenamente compatíveis e passíveis de cumulação quando provenientes do mesmo fato, seja em razão do prejuízo causado ao desenvolvimento dos hábitos diários da vida do empregado, seja em razão dos danos que podem ser causados a sua saúde em decorrência dos seus direitos fundamentais, sendo que para a acumulação é necessário comprovar o dano ocorrido.

Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed., São Paulo: LTr, 2016.

CALVET, Otavio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais-Direito do Trabalho. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica -PUC-SP. 2005, 174 f.

CATALDI, Maria José Giannella. **Stress no meio ambiente do trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2015.

MASCHIETTO, Leonel. **O trabalho aos domingos como elemento de dissolução do núcleo de convivência familiar e social e restrição do direito ao lazer**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica -PUC-SP. 2013, 248 f.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

Revista Eletrônica [Tribunal Regional do Trabalho]. Paraná, V-2. n.22. Dano existencial. setembro 2013. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>
Acesso em: 13- 08- 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2011.