



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

RAQUEL MONTEIRO BAGNOLLI

## **O DANO EXISTENCIAL NAS JORNADAS EXTENUANTES**

São João del-Rei

2016

RAQUEL MONTEIRO BAGNOLLI

## **O DANO EXISTENCIAL NAS JORNADAS EXTENUANTES**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do prof. Fúlvio Jacowson Gomes.

São João del-Rei

2016

RAQUEL MONTEIRO BAGNOLLI

## **O DANO EXISTENCIAL NAS JORNADAS EXTENUANTES**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

### COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Fúlvio Jacowson Gomes (Orientador)

---

Profa. Elke Mara Resende Netto Armando

---

Prof. Antônio Lopes de Carvalho Filho

Agradeço as minhas lindas amigas da faculdade, Ana Elisa, Janaína Assis e Fabíola Paixão, que juntas formávamos o Quarteto Fantástico.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por eu estar aqui hoje realizando um sonho, que não sonhei sozinha. Tive o apoio e o incentivo de grandes amigos e familiares.

A minha mãe, pelo carinho, dedicação e compreensão para comigo e com a minha família. Em especial pela atenção concedida às minhas filhas em todo meu período de estudos, quando de certo, ela precisou abrir mão de seu tempo para que eu tivesse o meu.

Ao meu marido e companheiro, que, sobretudo, soube contornar situações nas quais eu deveria me fazer presente e, no entanto, não pude, representando-me dessa forma.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar o dano existencial decorrente da submissão do empregado a jornadas extenuantes que prejudicam seu convívio social e familiar ou projetos pessoais. Não há quantidade exata de horas para se determinar a jornada exaustiva. Caracteriza-se quando o trabalhador é submetido, de forma sistemática, a um esforço excessivo, sem tempo suficiente para se recuperar fisicamente. Nega-se o direito de trabalhar de forma a proteger sua saúde, garantir o descanso e permitir o convívio social. O dano existencial é espécie de dano extrapatrimonial. No entanto, difere-se do dano moral por não ter cunho subjetivo, ou seja, trata-se de renúncia concreta a um projeto de vida ou convívio de parentes e amigos. No âmbito trabalhista apresenta-se como novo instrumento de tutela que visa ressarcir o trabalhador por afronta aos direitos fundamentais ao lazer e descanso, de modo a efetivar os princípios da valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. Os tribunais trabalhistas deferem os pedidos de indenização por danos existenciais decorrentes do cumprimento de jornadas exaustivas com algumas restrições. O dano existencial não é presumido. A realização de jornada exaustiva por si só não caracteriza o dano existencial. É necessário comprovar nos autos o prejuízo ao convívio familiar ou social, ou a projetos pessoais do empregado em virtude da conduta ilícita do empregador. O pagamento realizado corretamente pelo cumprimento das horas trabalhadas que extrapolam o limite de jornada estabelecido constitucionalmente não exime o empregador da indenização por dano existencial.

**Palavras-chave:** Dano existencial; Jornadas Extenuantes; Valorização do trabalho; Indenização; Realização Pessoal; Convívio familiar

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO.....	10
1.1 A evolução do conceito de trabalho .....	10
1.2 A função social da empresa.....	12
1.3 A valorização do trabalho na ordem Constitucional .....	15
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS NA ESFERA CONSTITUCIONAL .....	17
2.1 Os direitos fundamentais .....	17
2.2 A eficácia os direitos fundamentais nas relações trabalhistas .....	20
2.3 A constitucionalização dos direitos fundamentais .....	22
2.4 A constitucionalização dos direitos sociotrabalhistas .....	24
3. O DANO EXISTENCIAL .....	27
3.1 O trabalho e o lazer: direitos constitucionalmente garantidos.....	27
3.2 Jornada de trabalho normal e extraordinária .....	28
3.3. O conceito de dano existencial.....	31
3.4 Dano existencial em decorrência de jornada extenuante.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	45

## INTRODUÇÃO

O trabalho é essencial para a sobrevivência humana em nossa sociedade, pois é através dele que seu humano alcança todas as condições materiais de que precisa para viver. E mais que isso, é através do trabalho que o homem se realiza pessoalmente, cumprindo-se o princípio constitucional da dignidade humana.

Atento à importância do trabalho para a sociedade, o legislador constituinte, elevando-o a status constitucional, garantiu meios de proteção ao trabalhador. Sabendo que o trabalhador, em virtude de sua hipossuficiência na relação econômico-trabalhista, estaria facilmente desprotegido pela ordem capitalista, limitou os poderes do empresário e da livre iniciativa quando estabeleceu que a valorização do trabalho humano é fundamento da ordem constitucional, ou seja, é regra que necessariamente deve ser atendida por todos. Assim, qualquer atividade econômica que se realiza de forma incompatível com a valorização do trabalho fere a ordem constitucional, pois o trabalho deve propiciar ao homem mais que simples sobrevivência, meios dignos de se viver e possibilitar sua realização pessoal, cumprindo-se assim o princípio maior da dignidade da pessoa humana, que deve preponderar sobre o aspecto patrimonial da atividade econômica.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988 positivou no Brasil os direitos fundamentais garantindo um extenso rol de direitos sociais aos cidadãos brasileiros, no qual a dignidade da pessoa humana figura como valor supremo e fundamento de onde se irradiam todos os direitos fundamentais.

Sendo assim, em seu artigo 7º, nossa Carta Magna elenca diversos direitos trabalhistas que tem por finalidade promover as relações humanas na esfera trabalhistas, com o objetivo de evitar a objetificação da mão-de-obra, garantindo-se a dignidade do trabalhador através da busca de um equilíbrio entre vida e trabalho.

Dentre os institutos de direito do trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho estão dispostos em nosso ordenamento jurídico os chamados períodos de descanso, como o repouso semanal e as férias; às diversas formas de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, como as licenças para tratamento médico e para formação profissional, e o ponto mais importante para o nosso trabalho, a limitação da jornada de trabalho, dentre outras situações que os italianos convencionaram chamar de tempo *libero destinato*, ou seja, tempo de destinação livre.

No entanto, condutas ilícitas praticadas regularmente pelos empregadores, como a constante utilização de mão-de-obra em sobrejornada impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social, tem causado danos à vida de inúmeros trabalhadores, que buscam a ajuda do judiciário para sua reparação.

Assim, a não observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito social ao trabalho e ao lazer, especificamente, acabou gerando uma nova modalidade de dano extrapatrimonial que se relaciona com os projetos de vida do trabalhador e com suas relações pessoais. É o chamado dano existencial, objeto de estudo de nossa pesquisa.

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2014)

O trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista, acaba por não se negar a realizar suas atividades de forma excessiva, abrindo mão de seu lazer, do convívio com familiares, amigos e projetos pessoais, seja pelo aumento da renda em decorrência do pagamento das horas extras, seja pelo risco de perder o emprego caso se negasse a realizá-las. Somando-se a esse cenário temos, infelizmente, uma fiscalização exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego que se mostra ineficiente, restando para a Justiça do Trabalho a realização da tutela repressiva.

O propósito deste estudo é analisar a condição do trabalhador que tem os seus direitos violados pelo empregador e a forma de buscar o ressarcimento através do poder judiciário, tendo em vista a relevância do assunto para o aplicador do direito, uma vez que o tema abrange uma situação recorrente no mundo jurídico.

## A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

### 1.1 A evolução do conceito de trabalho

O conceito de trabalho, a forma como a sociedade o concebe e se relaciona com ele passou por diversas transformações ao longo do tempo. Pode-se dizer que o trabalho acompanhou toda a história humana.

O trabalho é tão antigo quanto o homem. Em todo o período da pré-história, o homem é conduzido, direta e amargamente, pela necessidade de satisfazer a fome e assegurar sua defesa pessoal. Ele caça, pesca e luta contra o meio físico, contra os animais e contra os seus semelhantes, tendo como instrumento as suas próprias mãos. (REIS, 2012)

Desde cedo, ainda na pré-história, o homem passou a ser produtor assim que colocou, em conjunto com outros seres humanos, a natureza ao serviço de suas necessidades e objetivos, criando instrumentos de trabalho e revelando-se capaz de obter os meios necessários a sua sobrevivência. (CASTRO, 2013)

Desde os primórdios, quando o homem ainda vivia em organizações tribais o trabalho já existia. Era realizado de forma solidária e coletiva, e esboçava os contornos iniciais da divisão social do trabalho, geralmente realizada através do gênero. Ainda na Antiguidade, constituíram-se classes dominantes e alguns grupos de indivíduos deixaram de fazer parte da atividade produtiva e passaram a viver às custas dos produtores, que eram obrigados a entregar uma parte dos bens produzidos por eles. Trabalhar passou então a ser visto como algo pejorativo, um desprestígio, algo desabonador, considerado um indício de pobreza e marginalização. Tal fato pode ser comprovado ao analisarmos a etimologia da palavra trabalho. (VERA, 2009)

Segundo o dicionário etimológico<sup>1</sup>, a palavra é originada do latim, *tripalium*, junção do elemento tri, que significa três, e *palium*, que quer dizer madeira. *Tripalium* era o nome de um instrumento de tortura constituído de três estacas de madeira bastante afiadas, muito comum em regiões europeias. Os pobres e escravos que não pagavam os impostos sofriam as torturas no *tripalium*. Desse modo, quem “trabalhava” eram as pessoas destituídas de posse.

A ideia de trabalhar relacionava-se com tortura não apenas propriamente dita, mas também, por extensão, às atividades físicas produtivas em geral realizadas pelos trabalhadores: camponeses, artesãos, agricultores etc. Em francês *tripalium* tornou-se

---

1. <http://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>

travailler, que significa sentir dor, sofrer. O sentido da palavra passou a significar “fazer uma atividade exaustiva”. (BUENO, 2015)

Assim, o sentido que damos a palavra trabalho atualmente, é historicamente recente. Apenas a partir do século XVI é que a palavra começou a ter o sentido genérico que hoje atribuímos de conjunto de atividades que o homem exerce para atingir determinado fim.

Podemos considerar a Revolução Industrial como fator que originou o conceito de trabalho tal qual o entendemos hoje. A Revolução Industrial se caracteriza por uma série de mudanças que aconteceram na Europa nos séculos XVIII e XIX e que substituiu o trabalho artesanal, que predominou até o século XVII, pelo trabalho assalariado e de forma mecanizada. (LAMY FILHO, p.54)

Visando o lucro, para aumentar a produção os empresários passaram a explorar ainda mais a mão-de-obra. Homens, mulheres e crianças trabalhavam em jornadas absurdas e não havia leis que lhes conferissem direitos.

Submetidas a um processo de competição selvagem (início do capitalismo industrial) as empresas, a serviço dos donos de seu capital, viram-se obrigadas a um esforço de racionalização e redução de custos que as permitissem lutar e sobreviver - o que fez muito às custas da mão-de-obra explorada até seu ponto de ruptura. Nasce, assim, a questão social, com a luta pela sindicalização, as greves, o abandono dos campos, e a entrada em cena do proletariado (homens cuja força de trabalho era vendida como insumo para o melhor funcionamento da máquina). Era, então, que a empresa - reunindo capitais, pessoal e tecnologia, para produzir bens ou serviços a serem oferecidos ao mercado - era definida por Sombart como o "microcosmo capitalista, cuja essência espiritual é o lucro", para concluir: -a empresa desumanizou o trabalho" (LAMY FILHO, p. 55).

Os séculos de reivindicações e lutas por melhores condições de trabalho modificaram a forma de se pensar o trabalho. Essa mudança de perspectiva foi tão significativa que hoje se fala em função social do trabalho.

Do ponto de vista sociológico, a concepção de função social traduz a ideia de que a sociedade é um organismo vivo em que cada parte que compõe a sociedade exerce uma função, e que o homem deve empregar seus esforços no sentido de dar sua contribuição ao bem estar da coletividade em detrimento dos interesses unicamente individuais.

Nas palavras de Francisco Amaral Neto:

Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando - se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. (AMARAL NETO, 2003, p. 367)

Atualmente, mais que apenas um meio para se garantir a própria subsistência, o trabalho desempenha uma finalidade, deve preencher um porquê, que em última instância caracteriza-se pela realização pessoal.

O que fornece significado ao trabalho é o propósito pelo qual ele é executado. É individual e intransferível, sendo, portanto, claramente específico para cada ser humano. O que diferencia uma simples atividade do trabalho em si é a razão de sua realização.

A razão pela qual se executa algo está vinculada a quem somos e como estamos no mundo: como nos sentimos a respeito de nós mesmos, e de que forma aquilo que fazemos impacta no mundo. O trabalho tem em si um valor intrínseco e, por conseguinte a ação com significado possibilita o respeito para consigo mesmo e para com o outro, e sentimentos como esperança, dignidade, mutualidade e oportunidade de acesso a outras áreas.

A valorização do trabalho com enfoque na realização pessoal do indivíduo é ponto essencial para, além de garantir dignidade, direito fundamental previsto em nossa Constituição (e que analisaremos mais adiante), motivar o trabalhador e aumentar a produtividade da empresa.

## **1.2 A função social da empresa**

A nova perspectiva de se entender o trabalho através de sua função social transformou também as condutas empresariais. Conforme dita nosso ordenamento jurídico econômico, também as empresas devem cumprir a sua função social, impondo ao empresário a prática de comportamentos benéficos para a sociedade. Segundo Henrique Viana Pereira

Pode-se dizer que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. Ela determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade. (PEREIRA, 2010, p 62)

O exercício das atividades empresariais tem como diretriz os princípios constitucionais informadores da ordem econômica. A atividade empresarial é de fundamental importância em nossa sociedade e seus efeitos causam impacto imediato na coletividade.

Então, a empresa, ao reunir enorme capacidade de influência perante a coletividade, não pode ser tratada apenas como uma produtora de riqueza, mas também como um poder. Este poder não traz somente direitos, mas também obrigações. Dessa forma, deve ser exigida da mesma uma proporcional e correspondente responsabilidade social. (PEREIRA, 2010, p 66)

A implantação de nosso Estado Democrático de Direito concretizada pela Constituição Federal de 1988, enfatiza a superioridade do interesse coletivo em relação aos interesses individuais, em razão da adoção de uma postura funcionalista. Nenhum interesse individual é absoluto, no entanto ele poderá ser legítimo se cumprir uma função social, ou seja, se realizado de modo benéfico para toda a sociedade.

Nesse sentido,

Nada se opõe, com efeito, à ação individualista do homem para fruição do seu bem (finalidade individual), desde que os seus atos resultem em benefícios para a sociedade (finalidade social), mesmo porque, como membro dessa mesma sociedade, ele deve esclarecimentos a esta, a respeito da forma com que desfruta de seus bens (interesse público). A propósito, Ripert adverte que o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o direito que tem é, por consequência, simplesmente relativo. (ZANOTI, 2006, p 102)

Assim, os objetivos particulares não devem se sobrepor à necessidade coletiva, se aqueles divergirem destes.

Tal lógica funcionalista permeia toda a Constituição, inclusive quando se trata da ordem econômica. A atividade empresarial não pode se prestar apenas à obtenção de lucro a qualquer custo, pois ela é responsável por realizar também a justiça social. É o que se aduz do artigo 170 da Magna Carta

Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional

II – propriedade privada

III – *função social da propriedade*

IV – livre concorrência

V – defesa do consumidor

VI – defesa do meio ambiente

VII – *redução das desigualdades regionais e sociais*

VIII – *busca do pleno emprego*

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Referido artigo traz os princípios gerais da atividade econômica. Nota-se a preocupação do legislador constituinte em garantir a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade privada, mas sempre estando assegurados a justiça social, o pleno emprego e função social da propriedade, ou seja, a Carta Maior tenta compatibilizar interesses

capitalistas (valorização da livre iniciativa) e interesses sociais (valorização do trabalho e existência digna).

A liberdade econômica, segundo os ditames constitucionais, não é absoluta. A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição, preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios) não pode mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (FERREIRA, 2005, p 76).

A Carta Magna de 1988 não deixa dúvidas de que em nosso Estado Democrático de Direito não se pode falar em atividade empresarial que esteja desvinculada de objetivos sociais, além de econômicos e ambientais. O modelo de política econômica esboçado na Constituição Federal busca tornar compatível o crescimento econômico sustentável, a estabilidade financeira e o desenvolvimento social.

Esses valores sociais expostos na Constituição

[...] impõem à empresa a socialização de suas atividades. De acordo com Fachin, quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção. (FERREIRA, 2005, p 77)

E mais,

O dever social da empresa é, também, um compromisso permanente com a reumanização da economia - como, aliás, vem sendo proposto e executado em várias partes do mundo. Citem-se, a título de ilustração, alguns exemplos: a instituição das comissões de fábricas, já vigentes nos países nórdicos, com poderes para deliberarem sobre condições do trabalho, higiene e segurança, luta contra a monotonia de certas tarefas, etc.; a instituição dos comitês de empresa, competente para as discussões de interesse geral, salários, planos de desenvolvimento, dispensas, etc.; a co-gestão ou co-decisão integrando os trabalhadores nos Conselhos das empresas (modelo alemão); a participação nos lucros direta ou indiretamente; a participação na propriedade e no contrato de empresa (projeto sueco); a obrigatoriedade da realização anual de um balanço social da empresa (como propõe A. Chevalier, *Le Bilan Social de L'Enterprise*, Ed. Masson), para quantificar (ou tentar fazê-lo) o desenvolvimento de programas de caráter social, de aperfeiçoamento de recursos humanos, assistência social, etc. (LAMY FILHO, p 59).

Sendo assim, a liberdade da atividade empresarial está condicionada aos limites da função social.

O direito de empresa, em face do reconhecimento das mazelas da globalização e do neoliberalismo, recepciona os cânones constitucionais referidos, como meio assecuratório e possibilidades de frear as atividades nefastas de um mercado excessivamente capitalista. (FERREIRA, 2005, p 78)

São princípios que norteiam a função social da empresa: dignidade empresarial, moralidade e boa-fé empresarial. Pela dignidade empresarial entende-se que o exercício da atividade empresarial deve ser realizado de maneira equilibrada, sem abusos, adequando-se aos preceitos constitucionais que já destacamos.

A moralidade empresarial indica o dever de se zelar o nome da empresa, a qualidade de seus produtos, serviços e atendimentos, evitando a sonegação, a informalidade e a omissão de informações importantes. E a boa-fé destaca-se como sendo dever da empresa contratar de forma justa e equilibrada, objetivando a preservação e execução do contrato através da justiça social.

Podemos concluir que

A função social da empresa, delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista, passa a ser definida na perspectiva da busca do equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo. (FERREIRA, 2005, p 79)

Dessa forma, as atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais, mas também os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, ou seja, de toda a coletividade.

### **1.3 A valorização do trabalho na ordem Constitucional**

A Constituição Federal Brasileira de 1988 elevou o princípio da valorização do trabalho ao status de fundamento do Estado Democrático de Direito, além de erigi-lo como pilar fundamental do ordenamento jurídico econômico.

Art. 1 – 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 fundamento:

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 (BRASIL, 1988)

Art. 170. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] (BRASIL, 1988).

O trabalho é o meio pelo qual o ser humano alcança as condições materiais de que precisa para sobreviver. Em outras palavras, o trabalho é essencial para a sobrevivência humana em nossa sociedade. E mais que isso, é através do trabalho que o homem se realiza pessoalmente, cumprindo-se o princípio constitucional da dignidade humana.

E, a partir de então, o trabalho ganhou uma nova dimensão, e passou a ser valorizado como elemento econômico e social, pois de um lado é fator preponderante para a ativação dos meios econômicos e, de outro, constitui-se na fonte geradora de recursos para a manutenção do homem e de sua realização pessoal.

[...]

A venda da força de trabalho gera uma relação interpessoal com a empresa (na figura do empresário), estabelecendo uma dependência pessoal do empregado em relação ao empregador, cada dia mais crítica em virtude dos avanços tecnológicos que permitem a substituição, com vantagem econômica para o empresário, do homem pela máquina. Mas é, sobretudo, uma relação na qual emerge o fator humano, o que lhe dá contornos especiais, pois esse homem precisa não apenas sobreviver, mas também de satisfazer necessidades fundamentais de natureza social, emocional, cultural, educacional, segurança, lazer, de desenvolver as suas aptidões, de ter paz e justiça, de ter idêntica oportunidade oferecida a todos, dentre outras. (ZANOTTI, 2006, p 92)

Atento à importância do trabalho para a sociedade, o legislador constituinte, elevando-o a status constitucional, garantiu meios de proteção ao trabalhador. Sabendo que o trabalhador, em virtude de sua hipossuficiência na relação econômico-trabalhista, seria facilmente massacrado pela ordem capitalista, limitou os poderes do empresário e da livre iniciativa quando estabeleceu que a valorização do trabalho humano é fundamento da ordem constitucional, ou seja, é regra que necessariamente deve ser atendida por todos. Assim, qualquer atividade econômica que se realiza de forma incompatível com a valorização do trabalho fere a ordem constitucional.

Nesse sentido, Eros Grau afirma que:

O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela deve estar – vale dizer, tem de necessariamente estar – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deve ter – vale dizer, tem de necessariamente ter – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, institucionalmente inconstitucional. Desde a compreensão desse aspecto poderão ser construídos novos padrões não somente de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade. A

amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas. Daí porque desejo afirmar serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição. (GRAU, 2008, p. 195-196).

Podemos observar que o princípio da valorização do trabalho deve preponderar sobre o aspecto patrimonial da atividade econômica, pois o trabalho deve propiciar ao homem mais que simples sobrevivência, meios dignos de se viver e possibilitar sua realização pessoal.

## **2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS NA ESFERA CONSTITUCIONAL**

### **2.1 Os direitos fundamentais**

Conforme conceitua Maurício Godinho, direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade (DELGADO, 2007, p.1).

A positivação dos direitos humanos é relativamente recente na história humana, e originou-se inicialmente com as revoluções americana (1776) e francesa (1789), com a incorporação de ideais filosóficos e políticos iluministas como Montesquieu, Voltaire, Benjamim Franklin entre outros (DELGADO, 2007, p 2). No entanto, possuem caráter histórico, segundo David Araújo e Serrano Nunes Júnior (apud Lenza, 2010, p 742) teriam nascido com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais.

Quanto à origem de seu status jurídico, predomina atualmente a concepção de que os direitos humanos tiveram três momentos distintos: o da conscientização da existência de direitos naturais, evidentes à razão, o da positivação desses direitos no ordenamento constitucional, e finalmente, o da efetivação dos direitos, eis que reconhecidos e concretizados no plano social de forma dinâmica e não compartimentada. (NEVES DELGADO, 2011, p 61)

Em poucas palavras, podemos caracterizar os direitos humanos como direitos decorrentes da natureza humana extensivos a todo e qualquer ente que possui a qualidade de ser humano, ou seja, se caracterizam por sua universalidade. Por isso, gravitam em torno da dignidade da pessoa humana, justiça social e cidadania.

É importante ressaltar que os direitos humanos também são irrenunciáveis, o seu não exercício pode ocorrer, porém jamais a sua renunciabilidade. (LENZA, 2010, p 742).

Quanto a sua natureza:

Os jusnaturalistas defendem que os direitos humanos são direitos naturais, decorrentes da natureza humana e que podem e devem ser reconhecidos pelo Estado. Corrente distinta – que se contrapõe ao jusnaturalismo – identifica os

Direitos Humanos como direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo com base na autônoma soberania do Estado, que desta forma não se autolimita. Na linha intermediária, seguem os adeptos do contratualismo com a defesa dos direitos humanos fundados no contrato e expressos pela Constituição. (NEVES DELGADO, 2011, p 62)

A doutrina ensina que os direitos do homem se distinguem dos direitos fundamentais, apesar de comumente serem tratados como sinônimo (BOAVENTURA, 2013). Os direitos do homem se relacionariam mais com aquela concepção jusnaturalista de que são direitos intrínsecos a condição humana. São inatos, bastando a condição de ser humano para possuí-los. Já os direitos fundamentais, resumidamente, são os direitos do homem positivados, ou seja, escritos no texto constitucional, enquanto que os direitos do homem positivados na ordem internacional (convenções, tratados) recebem o nome de direitos humanos. Neste trabalho, utilizaremos várias vezes os termos como sinônimos, no entanto, consideramos importante ressaltar essa ressalva que existe na doutrina.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações/dimensões de direitos. Os direitos humanos de primeira geração/dimensão dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, isto é, direitos civis e políticos que traduzem o valor de liberdade.

Alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) Bill of Rights (1688); (5) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789). (LENZA, 2010, p.740)

Os direitos de primeira geração são individuais com caráter negativo, ou seja, exigem uma abstenção direta do Estado.

Os direitos humanos de segunda geração tratam dos direitos sociais, culturais e econômicos, traduzindo o valor de igualdade. Ao contrário dos direitos de primeira geração, esses exigem uma atitude positiva do Estado.

O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848) na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação dos direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). (LENZA, 2010, p 742)

São os direitos de segunda geração os que mais interessam nesse trabalho, pois neles estão inseridos os direitos trabalhistas, como veremos a seguir.

Já os direitos de terceira e quarta geração são os mais recentes. Os de terceira geração traduzem os direitos de solidariedade e fraternidade, estão voltados para a proteção da coletividade. Relacionam-se ao desenvolvimento e progresso, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, a proteção ao meio ambiente e o direito do consumidor. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Destacaram-se no pós- Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Por último, os direitos de quarta geração dizem respeito a proteção do gene humano. Segundo Bobbio, já apontava que em 1992 se apresentavam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. (2004, p. 6)

Com o desenvolvimento da engenharia genética e o risco de alteração e deterioração do genoma humano, o direito viu-se compelido a traçar limites e regulamentos à pesquisa e uso de dados com o fim de preservar o patrimônio genético da espécie humana.

Ao analisarmos a classificação que acabamos de apresentar, podemos perceber que os direitos humanos foram sendo positivados gradativamente, em razão da demanda da sociedade. Por isso, essa classificação não é estanque. Com o passar do tempo, provavelmente teremos ainda direitos de quinta geração, sexta geração e assim por diante.

Apesar de, segundo a tradição jusnaturalista, os direitos humanos serem inerentes ao ser humano, eles ganharam maior efetividade nos Estados Democráticos de Direito e sua institucionalização ocorreu somente no pós-Segunda Guerra Mundial.

Para Maurício Delgado,

A democracia, como regime diferenciado na vida humana, apto a combinar regras de liberdade e igualdade na convivência social, distinguiu-se por conferir, pioneiramente, na História, poder a grandes segmentos de indivíduos e grupos sociais destituídos de riqueza. Jamais anteriormente na História houve sistema institucional que assegurasse poder aos segmentos sociais destituídos de riqueza. Tal sistema começou a ser construído nos países de capitalismo central apenas a contar da segunda metade do século XIX, institucionalizando-se, contudo, somente ao longo do século XX; atingiu seu ápice, por fim, no período seguinte à Segunda Guerra Mundial – mesmo permanecendo estruturalmente desigual a sociedade circundante. (DELGADO, 2007, p 13)

Segundo Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Ribeiro (2013, 202), em um contexto de Estado Democrático de Direito, são pilares éticos que sustentam os direitos fundamentais são: dignidade da pessoa humana, cidadania e justiça social. A dignidade é o

primeiro pilar ético, valor-fonte e parâmetro internacional para os instrumentos de proteção do ser humano. Sendo assim, a dignidade é valor supremo que atrai o conteúdo dos direitos fundamentais. Por isso, todo estatuto jurídico deve constituir e assegurar um mínimo invulnerável, de modo que apenas excepcionalmente se façam limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sempre se atentando para oferecer a proteção que toda pessoa merece na qualidade de ser humano.

A cidadania como o segundo pilar ético se caracteriza pela aptidão do indivíduo em ser sujeito de direitos, prerrogativas e proteções jurídicas que viabilizam sua autonomia e emancipação coletiva. Tais prerrogativas e proteções decorreram não apenas da atuação estatal, mas graças também a movimentos e iniciativas sociais.

E finalmente, a justiça social que se consolidou em meados do século XX e decorre da implantação do Estado do Bem-Estar Social. A justiça social (tema já abordado do primeiro capítulo desse trabalho, ao tratarmos da função social da empresa e do trabalho) sugere que as instituições sejam organizadas com vistas a favorecer o desenvolvimento pessoal, social e comunitário.

Faz-se mister ressaltar que a justiça social é meta da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e estabelece a necessidade de amplo acesso à justiça e aos direitos sociotrabalhistas. (DELGADO, RIBEIRO, 2013, p 203).

Assim como a democracia e o Estado Democrático de Direito favoreceram a implantação e institucionalização dos direitos fundamentais, convergiram também para a construção e consolidação do Direito do Trabalho, atingindo o ápice com a incorporação constitucional dos direitos fundamentais do trabalho (DELGADO, 2007, p. 13). Analisaremos a partir de agora o direito do trabalho como desdobramento dos direitos fundamentais sociais.

## **2.2 A eficácia os direitos fundamentais nas relações trabalhistas**

Os direitos fundamentais inicialmente concebidos (primeira geração) visavam proteger o indivíduo das ações do Estado. Concediam liberdade individual impondo limites aos poderes políticos do Estado. Eram direitos de defesa do cidadão perante o Estado.

Com a evolução do conceito de direitos fundamentais, ao Estado impunha-se o dever não apenas de proteger, mas também promover os direitos fundamentais dos cidadãos através de condutas, ora negativas, ora positivas.

Essa vinculação do Estado à proteção e promoção dos direitos fundamentais recebe o nome de eficácia vertical. Assim, estão vinculados aos direitos fundamentais todos os três poderes. É o que chamamos de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (LENZA, 2010,

p.746). A vinculação existe seja para o Legislativo ao elaborar a lei, seja para o Executivo ao governar, seja para o Judiciário ao resolver eventuais conflitos.

No entanto, os direitos fundamentais produzem efeitos não apenas nas relações entre o particular e o Estado (eficácia vertical), mas também nas relações privadas. É o que os estudiosos chamam de eficácia horizontal, privada ou externa dos direitos fundamentais. (LENZA, 2010, p 744).

Em face do reconhecimento de que não apenas o Estado figurava como sujeito ameaçador dos direitos e liberdades dos indivíduos, mas percebendo a urgente necessidade de proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas entre os particulares em evidente evolução depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes totalitaristas, sobretudo na Alemanha, e, ainda, concebendo uma dimensão objetiva a essa categoria de direitos, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (AMARAL, 2012).

Assim, também no âmbito das relações privadas, havendo colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre-iniciativa de um lado (art. 1º, IV, e 170 caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art.1º III) de outro, será indispensável a ponderação de interesses. O judiciário deverá avaliar qual dos interesses deverá prevalecer naquela situação específica (LENZA, 2010, p 747).

Portanto, atualmente, já não mais há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia horizontal). Gradativamente, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer que estes podem ser violados por atos praticados nas relações jurídico-privadas, e por isso, tal como ocorre nas relações jurídico-públicas, também deve haver a proteção de tais direitos no âmbito das relações privadas.

Além disso, normas constitucionais de diversos países, inclusive a brasileira, seja de forma expressa ou por meio de uma interpretação sistemática, contemplam a obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais nas relações mantidas entre particulares (AMARAL, 2012).

Desse modo, dentre as relações privadas que merecem a proteção dos direitos fundamentais destacamos as relações trabalhistas.

Nesse mesmo sentido,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, em consulta realizada pelos Estados Unidos Mexicanos, em seu parágrafo nº 140, dispõe que em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos

protegidos, que existe na cabeça dos Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros ('erga omnes'). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria da 'Drittwirkung', segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares. (AMARAL, 2012).

Os direitos fundamentais vinculam, dessa forma, também as relações trabalhistas, devendo essas promover principalmente a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

### **2.3 A constitucionalização dos direitos fundamentais**

A revalorização dos direitos fundamentais do homem orientou a ordem internacional após os massacres e atrocidades vivenciados na Segunda Guerra Mundial. Neste cenário surge a ONU, em 1945. E em 1948 é editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A destruição deixada pelos Estados Totalitários (nazismo na Alemanha, fascismo na Itália, dentre outros) reacendeu a importância da proteção dos direitos humanos. Por isso, vários tratados e convenções internacionais foram editados, e devido a sua importância, em vários países houve também a constitucionalização dos direitos fundamentais.

O fato é que após a fatalidade causada pela guerra, repensa-se o valor do ser humano, que cada vez mais carece de condições mínimas para alcançar sua dignidade. Após vivenciar o sofrimento o homem arrepende-se de seus próprios atos e mobiliza-se no intuito de criar normas capazes de evitar novos extermínios e garantir dignidade ao ser humano. Tais normas visam proteger os direitos humanos na esfera internacional. Eis que surge um novo campo do Direito, o denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos. (BOAVENTURA, 2013).

Nesse mesmo sentido, analisando essa nova concepção sobre a necessidade de se proteger e efetivar direitos humanos na esfera internacional, Flávia Piosevan afirma que esse movimento surge em resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo:

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos. (PIOSEVAN, 2006, p 7)

O período Pós-Guerra foi marcado então por um esforço internacional de revalorização dos direitos humanos, e ao mesmo tempo, por uma crítica ao positivismo meramente formal e indiferente a valores éticos, “tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei” (PIOSEVAN, 2006, p 7).

Ao mesmo tempo, ocorre a Constitucionalização no Ocidente privilegiando princípios e valores, priorizando entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o qual orbita todos os demais valores constitucionais.

E por sua vez, também os direitos humanos são abraçados pela ordem constitucional interna. Dessa forma, os direitos humanos se fortalecem, pois se encontram agora não apenas protegidos na esfera internacional, mas também elevados à condição de norma constitucional. Tal fato é de suma importância, pois, como sabemos, a Constituição é o topo da escala normativa interna de um Estado, e possui supremacia em relação a todo seu ordenamento jurídico.

Isso significa que, sendo o diploma que norteia todo ordenamento jurídico, a constitucionalização dos direitos fundamentais revela que toda a legislação infraconstitucional deverá estar atenta à proteção e promoção desses direitos.

No Brasil, a elevação dos direitos fundamentais à esfera constitucional ocorreu com a Constituição Federal de 1988. Nosso país vivia o processo de redemocratização. A ditadura militar deixou marcas profundas na história dos cidadãos brasileiros, semelhantes àquelas deixadas na Europa pelos Estados Totalitários, com a dilapidação de vários direitos fundamentais, especialmente após a edição do AI5. Assim, também o Brasil viveu um período de revalorização dos direitos fundamentais, da qual a Constituição Federal de 1988 é fruto.

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil.

Foi em decorrência da democratização do país que o campo de proteção dos direitos foi significativamente ampliado. Piovesan (2012, p. 83) descreve a preocupação do legislador constituinte em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar aos indivíduos como imperativo de justiça social, uma vez que o conteúdo da Constituição prevê um extenso rol de direitos no preâmbulo da Carta Magna, elenca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como os principais fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, e por fim, positiva variados postulados como objetivos fundamentais do Estado brasileiro. (apud BOAVENTURA, 2013)

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 positivou no Brasil os direitos fundamentais garantindo um extenso rol de direitos sociais aos cidadãos brasileiros, no qual a dignidade da pessoa humana figura como valor supremo e fundamento de onde se irradiam todos os direitos fundamentais.

#### **2.4 A constitucionalização dos direitos sociotrabalhistas**

Não é recente, nem atual, o movimento de se constitucionalizar direitos trabalhistas.

Em 1824 a Constituição do Império aboliu as corporações de ofício; em 1891 a Constituição Federal instituiu a liberdade de associação. A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição Federal a tratar de Direito do Trabalho (liberdade sindical, salário mínimo, isonomia salarial, proteção ao trabalho de mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais), e de 1946 trouxe a participação dos trabalhadores nos lucros, estabilidade e direito de greve (CAPELARI, 2009).

Traçando um breve histórico sobre as Constituições brasileiras poderemos perceber com clareza que já na primeira metade do século XX os direitos trabalhistas tornaram-se matéria constitucional.

A Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, introduziu capítulo designado de “Ordem Econômica”, sem o qualificativo “Social”. Seu art. 136 dispunha que “o trabalho é um dever social”, “que a todos seria garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto” e que o Estado possuía o dever de protegê-lo, “assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”. A precedência dada ao dever perante o direito indicia a natureza totalitária do regime. De acordo com a lição de José Ledur, com a Constituição de 1946, o Brasil reencontra-se com a democracia. Volta-se a prever título designado “Da Ordem Econômica e Social”. O parágrafo único do art. 145 assegurava “trabalho que possibilite existência digna”, e os dezessete incisos do art. 157 continham preceitos trabalhistas e previdenciários que, conforme o *caput* seriam obedecidos pela legislação do trabalho e previdência social. O art. 158 reconhecia o direito de greve e o art. 159 dispunha sobre a liberdade de associação profissional ou sindical (CARVALHO, 2012, p 54).

E mais,

A Constituição de 1967 foi inovadora quanto aos direitos sociais à medida que não mais se referia a preceitos a serem observados pela legislação ordinária. Assim fixava o art. 158: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...]”. Seguiam-se vinte e um incisos com os distintos direitos trabalhistas, médico-assistenciais e previdenciários oriundos de relação de emprego. Normas que, antes da Constituição de 1967, se limitavam a preceitos endereçados ao legislador ordinário passaram a abrigar direitos de natureza constitucional (CARVALHO, 2012, p.55).

O que a Constituição Federal de 1988 fez de pioneiro foi justamente incluir no rol dos direitos fundamentais, os direitos sociais, dentre eles os trabalhistas. E mais, além de

inserir regras trabalhistas em seu interior, consagrou também princípios de direta ou indireta vinculação com as questões trabalhistas.

Já em seu artigo 1º a CF/88 estabelece que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Art.1 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 (BRASIL, 1988)

Ao organizar a ordem econômica e financeira, o legislador constituinte deixa claro que os princípios da valorização do trabalho humano, dignidade da pessoa humana e justiça social devem ser observados.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional
- II – propriedade privada
- III – função social da propriedade
- IV – livre concorrência
- V – defesa do consumidor
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais
- VIII – busca do pleno emprego.
- [...] (BRASIL, 1988)

Analisando o referido artigo Maurício Godinho Delgado afirma que

Na verdade, são quatro os principais princípios constitucionais afirmativos do trabalho na ordem jurídico-cultural brasileira: o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de efetivos princípios constitucionais do trabalho. São eminentemente constitucionais, não apenas porque reiteradamente enfatizados no corpo normativo da Carta Magna de 1988, mas, sobretudo por fazerem parte do próprio núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição. São princípios que acentuam a marca diferenciadora da Carta de 1988 em toda a História do País e de todo o constitucionalismo brasileiro, aproximando tal Constituição dos documentos juspolíticos máximos das sociedades e Estados mais avançados, no plano jurídico, na Europa Ocidental. (DELGADO, 2007, p.15).

Nossa Magna Carta inseriu ainda os artigos 6º e 7º no capítulo “Dos Direitos Sociais”, em seu título II que se chama “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (grifo nosso) (BRASIL, 1998).

Nota-se que tal disposição não é por acaso. Os direitos trabalhistas elencados pelo artigo 7º foram elevados pela Constituição Federal de 1988 à condição de direitos fundamentais. Ou seja, além de fazerem parte do rol dos direitos fundamentais, estão respaldados constitucionalmente, devendo todo o ordenamento jurídico e legislação infraconstitucional acatar e respeitá-los.

A CF/88 nos artigos 6º ao 11º, os direitos sociais, como a livre associação profissional e sindical, o direito de greve.

O artigo 7º confere direitos trabalhistas em seus 34 incisos, entre eles, direito ao recebimento de hora extraordinária, aviso prévio proporcional, férias anuais remuneradas irredutibilidade salarial, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos e duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

Esta Constituição trouxe grande número de novidades, sendo que algumas já antes concedidas pela legislação ordinária ou constante de cláusulas de dissídios coletivos, citando: Seguro-desemprego; Piso salarial; Irredutibilidade de salários; Garantia de salário fixo, para as categorias que recebem por comissão; 13º salário; Jornada de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento; Licença remunerada de 120 dias à gestante e 5 dias ao pai; Aviso prévio de no mínimo 30 dias; Adicional insalubridade e periculosidade; Assistência em creches aos filhos de até 6 anos; Seguro contra acidente de trabalho; Prescrição quinquenal para os trabalhadores urbanos e rurais; Proibição de descontos e retenção de salários; Direitos trabalhistas dos empregados domésticos; Exclusão da estabilidade; Salário mínimo unificado em todo o Brasil; Início normal da vida de trabalho assalariado aos 16 anos; Jornada semanal de 44 horas; Horas extras com adicional de 50%; Férias com 1/3 a mais da remuneração; Direito de greve sem restrições. (CAPELARI, 2009)

Assim, regras trabalhistas ganharam *status* constitucional, fortalecendo a proteção ao trabalhador. Isto porque, uma vez contrariada referidas regras, mais que uma infração à legislação ordinária, estar-se-á ferindo uma ordem constitucional. Ou seja, uma empresa que não concede férias anuais, ou ainda, que submete o trabalhador a jornadas extenuantes está contrariando a própria Constituição Federal, conduta que, do ponto de vista jurídico, é muito mais grave.

Por isso, a constitucionalização do direito do trabalho aliado a sua elevação pela CF/88 ao status de direito fundamental é uma vitória sem precedentes na luta pela proteção da dignidade do trabalhador na história do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. O DANO EXISTENCIAL**

#### **3.1 O trabalho e o lazer: direitos constitucionalmente garantidos**

Como já ressaltamos no capítulo anterior, nossa Carta Magna garantiu extenso rol de direitos sociais. Dentre eles, conforme dispõe o artigo 6º, está o direito ao trabalho e ao lazer.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Os valores sociais do trabalho ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana estão dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF/88). Sendo assim, devem nortear as relações trabalhistas. O trabalho, como já salientamos nesse estudo, não deve ser entendido como um fim em si mesmo, mas como meio de promoção da dignidade da pessoa humana.

O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral. Para Rodrigo Goldschmidt, o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visem não somente a garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também a fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador. (LORA, 2013, p 14)

O lazer constitui assim um direito mínimo fundamental para se alcançar uma vida digna, por isso o mesmo consta como direito fundamental em nosso diploma constitucional.

Existiram muitas maneiras de compreender o lazer na Assembleia Nacional Constituinte. Ele foi entendido como uma simples atividade, e também, de modo mais complexo, como um fenômeno social e uma ferramenta educacional relevante. Ao mesmo tempo em que ele era entendido como atividade, era entendido como uma necessidade básica e como um direito fundamental dos cidadãos. Um direito fundamental indica o mínimo necessário para que o cidadão tenha uma vida digna. (SANTOS, 2011)

Além disso, é importante assinalar que a falta do lazer pode afetar também a saúde do trabalhador, outro direito fundamental segundo nossa Carta Magna.

O lazer como direito fundamental apresenta-se como necessidade biológica, pois a pessoa que dispõe de tempo livre para dedicar-se a si mesma, sem prejudicar seu trabalho, tem menos chances de adquirir uma depressão, uma doença de pânico, estresse emocional, pois desenvolve seu tempo livre de

forma tornar prazeroso seu labor, e com isso ter qualidade de vida. Tratando-se o direito ao lazer de direito fundamental, consagrado no artigo 6o. da Constituição Federal e de eficácia plena e imediata, tem dimensão objetiva no sentido de irradiar seus efeitos para o Poder Público e entre os particulares, para que todos o mantenha e o promova. (MINARDI, 2010).

O trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista, acaba por não se negar a realizar suas atividades de forma excessiva, abrindo mão de seu lazer, do convívio com familiares, amigos e projetos pessoais, pois caso assim fizesse estaria sujeitando-se a perder o emprego. Somando-se a esse cenário temos, infelizmente, uma fiscalização exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego que se mostra ineficiente, restando para a Justiça do Trabalho a realização da tutela repressiva.

Assim, a não observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito social ao trabalho e ao lazer, especificamente, acabou gerando uma nova modalidade de dano extrapatrimonial que se relaciona com os projetos de vida do trabalhador e com suas relações pessoais. É o chamado dano existencial, objeto de estudo de nossa pesquisa.

O dano existencial é comumente discutido nos processos trabalhistas quando o empregador impõe ao empregado jornadas extenuantes.

### **3.2 Jornada de trabalho normal e extraordinária**

Por isso, em seu artigo 7º, a Constituição Federal de 1988 elenca diversos direitos trabalhistas que tem por finalidade promover as relações humanas na esfera trabalhistas, com o objetivo de evitar a objetificação da mão-de-obra, garantindo-se a dignidade do trabalhador através da busca de um equilíbrio entre vida e trabalho, de forma a garantir também os direitos ao trabalho e ao lazer esculpidos no artigo 6º do mesmo diploma.

Entre os institutos de direito do trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho especial menção deve ser feita aos chamados períodos de descanso, como o repouso semanal e as férias; às diversas formas de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, como as licenças para tratamento médico e para formação profissional, e, finalmente às situações que os italianos convencionaram chamar de tempo *libero destinato*, a saber, as atividades de voluntariado, doação de sangue, e, poderíamos acrescentar a interrupção do contrato de trabalho para prestar exame vestibular. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

A partir da Constituição Federal de 1988, o legislador expressamente elencou garantias constitucionais que tratam da jornada de trabalho e dos descansos dos empregados, justamente em decorrência de ser direito do trabalhador o lazer, segundo prescreve:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria e sua condição social:  
XIII - 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;  
 XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;  
 XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;  
 XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;  
 XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (BRASIL, 1988).

Dentre os direitos dispostos no artigo 7º da Constituição Federal o que mais nos interessa como objeto de estudo é a limitação da jornada de trabalho.

Em situações excepcionais por alguma contingência momentânea é possível ultrapassar esse limite imposto constitucionalmente. É o que estabelece o artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. (BRASIL, 1943).

Assim, temos que a jornada do empregado deve ser limitar a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais. Se ultrapassado esse limite, de qualquer forma deve-se observar que essas horas suplementares não excedam a 2 (duas) horas diárias, perfazendo a jornada diária 10 (dez) horas, e garantindo-se o pagamento dessas horas extras no mínimo 50% (cinquenta por cento) superior ao pagamento da hora normal.

Segundo Martins (2014, p 556) jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado, devendo ser analisado sob três prismas: período em que está efetivamente trabalhando, período que está a disposição do empregador e tempo *in itinere*.

O primeiro prisma contabiliza apenas o tempo que o trabalhador esteja efetivamente produzindo. Já o segundo prisma considera o tempo que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ordens, ainda que não esteja efetivamente produzindo. Este é o posicionamento adotado pela nossa legislação trabalhista, que dispõe no artigo 4º da CLT:

Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943).

Já a terceira teoria considera o início da jornada a partir do momento em que o empregado sai de sua residência. Nosso ordenamento jurídico acata esse posicionamento desde que cumpridos alguns requisitos, conforme orienta a Súmula nº 90 do TST sobre horas *in itinere*.

Dito isso, temos que a jornada de trabalho normal estabelecida pela Constituição Federal de 1988 limita-se a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Qualquer acréscimo a essas horas será considerada jornada extraordinária. No entanto, o legislador pátrio autorizou a realização de no máximo duas horas extras diárias, como vimos estabelecido no artigo 59 da CLT.

Por horas extraordinárias devem-se entender aquelas prestadas além da jornada normal, porém de forma excepcional. Todavia, a limitação a duas horas diárias de labor extraordinário não exime o empregador de pagar com o acréscimo de 50% as horas extraordinárias prestadas com habitualidade, ou seja, de forma não excepcional, e mais, as horas extras prestadas de forma habitual integrarão o cálculo das verbas trabalhistas, conforme dispõe a Súmula 376 do TST. Assim, integrarão para o cálculo de férias, 13º salário, aviso prévio e FGTS. Sendo assim, a habitualidade das horas extras determina a integração não somente de pagamento sobre repouso remunerado semanal e de feriados como por força de jurisprudência o cálculo sobre outros pagamentos. (MASCARO NASCIMENTO, 2009, p. 1150)

No entanto, a conduta de exigir a prestação de horas extraordinárias de forma habitual traz prejuízos ao trabalhador, que tem uma grande parte de sua rotina diária tomada pela jornada de trabalho, impedindo-o de desfrutar o convívio de seus familiares ou até mesmo se dedicar a algum outro projeto pessoal. Conforme salienta Boucinha Filho e Alvarenga (2013):

Não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes à sobrejornada que torna o seu uso indiscriminado e abusivo, como uma estratégia gerencial, um mal para o empregado. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá. [...] A constatação se torna ainda mais grave quando se tem claro que essa forma de exploração da mão de obra do trabalhador ocorre, por vezes, à revelia da vontade do empregado, seja por precisar do acréscimo salarial correspondente, seja por temer sua demissão. Seja qual for a hipótese, o trabalhador estará abdicando de seu lazer, do deleite que poderia ter, para aumentar os ganhos do empregador.

E mais, muitas vezes a exigência de prestação habitual de horas extraordinárias torna-se uma estratégia administrativa deliberada, já que o ganho empresarial com a hiperexploração da mão-de-obra é bem maior que o valor pago ao trabalhador pelas horas suplementares prestadas habitualmente.

O descumprimento estratégico das normas trabalhistas por determinadas empresas que se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas acaba sendo menos onerosa do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (política conhecida pela expressão "risco calculado") é facilmente visualizado no exemplo da instituição financeira que exige o labor em sobrejornada e não o remunera corretamente. Se em determinada agência cem trabalhadores estiverem nessa situação e apenas cinquenta ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo. Ganho

aumentado pelo fato de vinte e cinco dos cinquenta que propuseram a ação aceitarem, para outorgar quitação plena dos débitos, cinquenta por cento ou menos do valor que efetivamente lhe é devido. Por fim, quinze dos vinte e cinco trabalhadores recebem menos do que deveriam em razão de seu contrato de trabalho ter se prolongado por mais de cinco anos, deixando, portanto, de receber algumas parcelas alcançadas pela prescrição. De sorte que somente dez dos 100 trabalhadores que se ativaram em regime de sobrejornada efetivamente recebem o que lhes é devido. E ainda assim o empregador em questão lucra com a demora processual vez que durante o trâmite da ação o débito da empresa esteve sujeito a juros de 1% ao mês e o valor contingenciado correspondente a ele estava sendo emprestado no cheque especial ou no cartão de crédito a um percentual superior a 10% ao mês. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

É justamente essa hiperexploração da mão-de-obra do empregado, não importando se acompanhada ou não da devida contraprestação em pecúnia (pagamento das horas extras juntamente com o adicional de 50%, e a integralização destas horas em outras verbas trabalhistas se realizadas habitualmente) que causa um tipo de prejuízo ao trabalhador que vem sendo chamado de dano existencial.

### **3.3. O conceito de dano existencial**

O dano existencial tem origem do direito italiano:

Deve-se à doutrina italiana a construção de nova moldura da responsabilidade civil, incluindo nos danos indenizáveis nova categoria, denominada “dano existencial”, 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. 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. (LORA, 2014 p. 20)

O dano existencial pode ser considerado uma espécie de dano extrapatrimonial. No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir a reparação de danos extrapatrimoniais. O dano patrimonial atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica. Já o dano extrapatrimonial possui um caráter mais abstrato, subjetivo, envolve sentimento de dor, angústia, abalo emocional, psíquico.

Apesar de nossa Carta Magna se referir aos danos extrapatrimoniais sob a denominação de dano moral, devemos entender que o dano moral é espécie do gênero danos extrapatrimoniais. Isso porque, a ampliação da tutela dos direitos imateriais passou a contemplar não apenas os danos morais propriamente ditos, mas todo e qualquer dano extrapatrimonial de relevo. Assim, foi acrescentado às espécies de dano extrapatrimonial, os

danos estéticos e, recentemente, os danos existenciais.

Progressivamente, no Brasil e no mundo, cresceu o reconhecimento da valorização do ser humano, considerado como um valor em si, o que propiciou maior interesse pela tutela dos direitos imateriais, com a ampliação de seu âmbito de proteção. Passou-se a contemplar não apenas os danos morais propriamente ditos, e sim qualquer dano 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. O novo paradigma da indenização passou a ser a ampla indenização dos danos extrapatrimoniais, considerados gênero, e dos quais o dano moral é espécie. (LORA, 2014, p 19)

Apesar de haver ainda controvérsias sobre a delimitação do conceito, podemos dizer em linhas gerais que a jurisprudência caracteriza o dano moral como

[...] um mal evidente, proveniente de sentimentos de vexame, de tristeza, de humilhação, e que deve ser reparada pecuniariamente, ao arbítrio do magistrado, cabendo a este, ao determinar o valor da indenização, aplicar uma punição ao causador do dano. (MORAES, 2007, p 51)

O dano existencial diferencia-se do dano moral porque não pressupõe subjetividade, não representa um sentimento, uma amargura, dor, mas consiste em uma renúncia de uma atividade concreta, é objetivo, representando um não poder fazer mais, ou um dever de mudar sua rotina. Ou seja, o dano existencial impõe uma reprogramação, obrigando o indivíduo a relacionar-se de modo diferente em seu contexto social. Já o dano moral tem repercussão íntima, e sua dimensão é subjetiva, e não precisa ser provado pela vítima, pois é suficiente o dano *in re ipsa*. (MORAES, 2007, p 51)

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 felicidade. Destarte, 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. (LORA, 2014, p 21)

No âmbito trabalhista o dano existencial pode ocorrer em situações diversas em que em razão da atividade laboral o empregado sofra uma restrição concreta em sua esfera extra laboral. Por exemplo, um empregado que sofre assédio moral. Esse evento pode causar prejuízos patrimoniais, pelo comprometimento da atividade laboral, e extrapatrimoniais, como o dano moral, pelo sofrimento, angústia e abatimento e o dano existencial, se comprometer o projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (LORA, 2014, p. 22). Da

mesma forma, o empregado vítima de LER/DORT em razão de sua atividade laboral pode ter direito à indenização por dano existencial, em virtude de essas lesões prejudicarem não somente a atividade laboral, mas também tarefas do cotidiano, tais como higienização pessoal, execução de instrumento musicais, prática de esportes e outras atividades de lazer.

O fundamento legal que ampara a reparação do dano existencial está nos artigos 1º, III, e 5º, V e X da Constituição Federal.

Art.1º. 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:

III - dignidade da pessoa humana.

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Além disso, a indenização por dano existencial também encontra respaldo no Código Civil:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

A aplicação do dano existencial nas relações trabalhistas se dá por força do artigo 8º, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, que impõe a aplicação de forma subsidiária do direito comum ou direito do trabalho.

Conforme os artigos citados, podemos perceber que para a caracterização do dano extrapatrimonial é necessária a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras. Além destes, o conceito de dano existencial é integrado por mais outros dois elementos: projeto de vida; a vida de relações. Isso porque, como dissemos, o dano existencial se difere do dano moral justamente porque se refere a uma renúncia concreta a um projeto de vida ou ainda ao convívio dos familiares e amigos, em virtude de sua atividade laboral, desde que, claro, proveniente de uma atitude ilícita do empregador (sem a qual não há que falar em dano). Sendo assim, o dano existencial surge quando não há um

equilíbrio entre a vida e o trabalho do empregado.

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Vieira de Melo Filho da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, relator no processo de número RR-523-56.2012.5.04.0292, asseverou que:

O dano existencial é diferente do dano moral. "O primeiro é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que pretende uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral", observou. Os danos, nesse caso, se refletem não apenas no âmbito moral e físico, mas comprometem também suas relações com terceiros. Na doutrina trabalhista, o conceito tem sido aplicado às relações de trabalho no caso de violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou morais, danos ao seu projeto de vida ou à chamada "vida de relações".

É oportuno ressaltar que o dano existencial pode ocorrer sempre que o trabalhador, em virtude de sua atividade laborativa, tem seus planos e projetos pessoais e futuros frustrados ou ainda perde o convívio familiar ou interpessoal em decorrência de uma atitude ilícita do empregador. Portanto, existem casos de acidente de trabalho, assédio moral, dentro outros, que ensejam a reparação por dano existencial. No entanto, em nosso estudo trataremos especificamente do dano existencial acarretado pela submissão do trabalhador a jornadas extenuantes.

### **3.4 Dano existencial em decorrência de jornada extenuante**

O dano existencial vem timidamente sendo reconhecido pelos Tribunais do Trabalho. É comumente discutido quando o empregador submete o empregado a jornadas extraordinárias muito além daquela permitida por lei, ou seja, duas horas extras diárias, perfazendo o total de 10 horas diárias, e de forma habitual.

O conceito de jornada extenuante é impreciso. A doutrina não consegue traçar a quantidade de horas exatas do que seria uma jornada de trabalho extenuante. Sabemos que a Constituição Federal traçou o limite de 8 horas diárias e 44 semanais, e que, de maneira extraordinária, ou seja, não habitual, esse limite poderia ser excedido em no máximo duas horas diárias.

Ou seja, ao interpretarmos a Constituição Federal será que podemos concluir que uma jornada de trabalho de 11 horas diárias semanais de forma habitual se enquadraria no conceito de jornada extenuante? Ou ainda uma jornada de trabalho que excede em muito as 10 horas diárias permitidas constitucionalmente, porém de forma fortuita, poderia ser considerada jornada extenuante?

Não podemos dar uma resposta precisa a essas perguntas. É necessário que se analise o caso concreto para saber se estamos diante de uma jornada extenuante/exaustiva, ou não, sempre à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

DANOS MORAIS - JORNADA EXTENUANTE. DEVIDO. Se é certo que o trabalho dignifica o homem, também é certo que o trabalho excessivo, realizado em jornada extenuante, fere a dignidade humana, impedindo o trabalhador de se autodeterminar. Deve-se realizar a máxima kantiana de consideração do ser humano como fim, nunca como meio para o atingimento de objetivos. Por esse motivo é que se fala em dignidade como possibilidade de autodeterminação. O trabalhador não pode ser "coisificado", reduzido a simples instrumento de obtenção de lucro. A lógica do lucro, selvagem em nosso país, conclui pela desnecessidade de contratação de novos trabalhadores, pois isso gera custos, preferindo-se a sobrecarga daqueles existentes. Condutas como essas não podem respaldadas pelo Judiciário, haja vista a existência de cláusulas impeditivas de retrocessos sociais, exemplo dos dispositivos insertos no art. 1º da CF/88. A jornada extenuante leva a um sofrimento íntimo do trabalhador, que se vê transformado num escravo dos novos tempos, que de novo nada tem, já que retorna-se aos primórdios da revolução industrial. O operário não tem vida social, nem familiar, só vive para o trabalho. Atingida a dignidade da pessoa humana, em sua mais abrangente acepção, devidos os danos morais. (TRT-15 - RO: 13912520125150002 SP 073215/2013-PATR, Relator: JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR, Data de Publicação: 30/08/2013)

No entanto, o ponto mais importante que devemos frisar é que não basta a realização de jornada extenuante para que se configure o dano existencial, há que se provar que em virtude da realização da jornada excessiva houve dano concreto às relações familiares e sociais, ou prejuízo a projetos pessoais do trabalhador. É o que podemos concluir analisando os diversos julgados dos tribunais da 2ª e 3ª região.

PJe: 001075809.2014.5.03.0044 (RO) Disponibilização: 02/03/2016. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 192. Boletim: Não. Órgão Julgador: Primeira Turma Relator: Luiz Otavio Linhares Renault Tema: DANO EXISTENCIAL CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL. O dano existencial está diretamente ligado à impossibilidade de o trabalhador usufruir o convívio social e familiar ou de algum projeto de vida específico, em razão de ato ilícito do empregador. Como regra, o trabalho exerce funções diversas na vida da pessoa humana: fator de inclusão social, meio de subsistência para ele e sua família, motivo de orgulho e em certa medida de prazer e de satisfação por ser útil e produtivo. Em outras palavras, a realização profissional também integra o projeto de vida de quem vive do trabalho, assim como as relações de trabalho também compõem as relações sociais. Ademais, a ideia de dano existencial tem a ver com ato ilícito do

empregador que cause prejuízo intensa e extensamente ao trabalhador, em sua esfera sociofamiliar. O ato de ter realizado horas extras, ainda que durante um período prolongado, por si só, não causa dano à existência.

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. Cinge se a controvérsia em definir se o cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, implica dano existencial suficiente a ensejar dever de reparação de ordem moral. A decisão recorrida entendeu que a extensa jornada de trabalho por parte do reclamante o expôs a danos de ordem psíquica e moral, privando-o de horas de lazer e do convívio com a família. Entretanto, a jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é presumível, ele necessita de ser provado, sob pena de desrespeito às regras do ônus da prova. O cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização perseguida quando não demonstrada efetiva impossibilidade de convívio familiar e social, hipótese dos autos. Com efeito, embora o quadro fático descrito demonstre que houve sobrejornada além do permissivo legal, não consigna, por outro lado, prova de que tal jornada tenha de fato comprometida as relações sociais do reclamante ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito ao dano existencial perseguido. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 53 48.2015.5.17.0101 Data de Julgamento: 9.12;15, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1.12.15).

Portanto, a questão central do dano existencial em decorrência de jornada exaustiva não é delimitar o conceito de jornada extenuante. Ao analisarmos a jurisprudência percebemos que o dano existencial resta configurado quando há o extrapolamento da jornada de trabalho permitida legalmente somado, imprescindivelmente, à prova de que houve um prejuízo concreto para o trabalhador em seus projetos de vida ou relações pessoais em decorrência desse fato, pouco importando qual seria o número exato de horas que configuraria uma jornada extenuante.

É o que nos confirma o trecho do julgado abaixo transcrito. Neste processo o Reclamante teve deferido seu pedido de indenização por dano existencial no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). Porém, o TRT modificou a sentença, pois não havia provas no processo de que o Reclamante teve prejudicado seu convívio familiar e seu direito ao lazer.

Porém a prestação de horas extras, não desencadeia reparação na esfera moral do trabalhador. O dano existencial se reflete na impossibilidade de o empregado ter um projeto de vida social, familiar, espiritual, além da vida profissional em favor do seu empregador. Vale dizer, o dano existencial, modalidade do dano imaterial, ocorre quando o excesso de dedicação ao trabalho priva o empregado do convívio familiar e social, comprometendo, o seu direito de desconexão (direito ao lazer, ao descanso). Com efeito, embora reconhecida a extensa jornada de trabalho do reclamante, o dano existencial, não pode ser presumido, como motivou o Juízo singular, sob pena de banalização do instituto. Logo, era ônus do autor, a teor do art. 818 da CLT e artigo 333, inciso I, do CPC, comprovar que a duração de seu

trabalho prejudicou um projeto de vida externo ao ambiente laboral.  
(Documento elaborado e assinado em meio digital. Validade legal nos termos da Lei n. 11.419/2006. Disponibilização e verificação de autenticidade no site [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br). Código do documento: 4674733 Data da assinatura: 03/12/2015, 02:48 PM. Assinado por: MARIA CRISTINA XAVIER RAMOS DI LASCIO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO PROCESSO TRT/SP Nº 0000213-44.2015.5.02.0084 - 9ª TURMA).

Em outras palavras, haverá casos em que o dano existencial será devido ao trabalhador que cumpria uma jornada de trabalho de 12 horas diárias habitualmente, desde que comprovado que esse fato prejudicou seu convívio familiar, por exemplo, assim como poderá haver casos em que o trabalhador realizava uma jornada de trabalho bem maior que essa, e, no entanto, não terá direito ao pagamento por dano existencial por não conseguir comprovar o prejuízo sofrido em virtude dela.

Observe o trecho da decisão proferida pela Sétima Turma do C.TST da 2ª região, no processo nº-RR-523-56.2012.5.04.0292:

Embora exista prova da sobrejornada, não houve na instrução processual demonstração ou indício de que tal jornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito do reclamante. É importante esclarecer: não se trata, em absoluto, de negar a possibilidade de a jornada efetivamente praticada pelo reclamante na situação dos autos (ilicitamente fixada em *70 horas semanais*) ter por consequência a deterioração de suas relações pessoais ou de eventual projeto de vida: trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu no caso concreto, em face da ausência de prova nesse sentido. Embora a possibilidade abstratamente exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovado, *in re ipsa*, a dor e o dano a sua dignidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. (Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Data de publicação: 28.08.2015; Processo: RR-523-56.2012.5.04.0292) (*grifo nosso*) Disponibilização e verificação de autenticidade no site [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br). Código do documento: 4674733 PROCESSO TRT/SP Nº 0000213-44.2015.5.02.0084 - 9ª TURMA

Neste outro processo, o Reclamante era montador de móveis e a empresa não fazia controle de sua jornada. Segundo prova testemunhal, o Reclamante chegava à empresa por volta de 6h/7h30 para pegar a lista dos clientes que teriam os móveis montados, e que o Reclamante trabalhava geralmente de 8h as 19h20. Quem realizava a marcação dos clientes era a Reclamada. O juízo entendeu que o Reclamante fazia jus ao pagamento das horas extras, já que o controle de jornada era possível de ser realizado e, no entanto a empresa não o

exercia. Quanto ao dano existencial, o juiz além de indeferir o pedido de indenização por dano existencial sob o fundamento de não existir prova nos autos do prejuízo concreto sofrido pelo Reclamante em suas relações interpessoais ou planos pessoais, entendeu também que uma jornada de 12 horas diárias por si só não poderia ser considerada excessiva de modo a ensejar o acatamento do pedido.

Para a caracterização apta ao pleito reparatório, o dano há de ser intenso, com repercussão intencional geradora da lesão e conseqüente marginalização no ambiente de trabalho.

E o cumprimento de jornada excessiva, por si só, não implica ato ilícito que autorize pagamento de indenização a título de dano existencial, uma vez que o reclamante não se desvencilhou de provar a existência de qualquer prejuízo sofrido, ônus que lhe competia, por se tratar de fato constitutivo do seu direito.

Ademais, viu-se que ele cumpria jornada de 12 horas, com liberdade para usufruir intervalo para alimentação e descanso, de segunda a sábado, carga comum a muitos trabalhadores, não se vislumbrando excesso que autorize a indenização postulada.

(PJe: 001 106602.2014.5.03.0026 (RO) Disponibilização: 21/03/2016. Órgão Julgador: Sexta Turma Relator: Jose Murilo de Moraes).

Analisando a jurisprudência podemos perceber também que os tribunais são bastante reticentes quanto ao deferimento de indenização por danos existenciais. Na maioria dos casos houve indeferimento do pedido por não ficar comprovado no processo o prejuízo sofrido pelo trabalhador, seguindo-se a orientação do TST. As raras condenações deferidas por juízes do trabalho geralmente são reformadas em grau de recurso.

Observe o teor do acórdão do processo nº 0002019-75.2013.5.02.0443 com decisão da 6ª Turma do TRT da 2ª região:

Pretendem as reclamadas a exclusão da condenação ao pagamento de indenização por danos morais (fixadas em R\$40.000,00 pela origem), alegando que o excesso de horas extras eventualmente praticadas pelo autor não enseja na subtração do tempo que seria destinado ao lazer e ao convívio familiar, não havendo que se falar em dano de ordem existencial. Não se verifica nos autos prova de que o labor habitual em sobrejornada tenha ceifado o convívio social do reclamante, fato este que não comporta presunção, não bastando, portanto, a mera alegação nesse sentido. De todo modo, os registros da jornada, assim como os comprovantes de pagamento, apesar de revelarem a prestação de horas extras, não evidenciam a intensidade de sobrelabor nos parâmetros que justificariam a reparação pretendida. Ressalte-se que não é a habitualidade da extrapolação da jornada legal que implica na indenização por danos morais, mas a sua exorbitância, o que não se observou na hipótese. Portanto, reforma-se o julgado de origem para excluir da condenação a indenização por danos morais existenciais arbitrada em R\$40.000,00 (quarenta mil reais).

**RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. EXCESSO DE JORNADA. INDENIZAÇÃO.** Embora a jornada extraordinária possa causar cansaço ao empregado e privação das horas de convívio social e familiar, uma vez que a limitação da jornada de trabalho visa proteger a integridade dos

trabalhadores, evitando a fadiga física e psíquica, não se pode presumir a ocorrência de danos à moral do obreiro. No caso, não há no acórdão regional elementos que indiquem ter havido sofrimento ou abalo à incolumidade moral do reclamante, a ensejar indenização, sendo a condenação fruto de mera presunção. Observe-se que o dano existencial em questão não é *in re ipsa* (presumível, independentemente de comprovação). Recurso de revista provido, quanto ao ponto, eis que evidenciado o dissenso pretoriano e constatada, na decisão regional, violação aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. (Processo: RR - 191-55.2013.5.15.0096 Data de Julgamento: 02/09/2015, Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/09/2015.

Disponibilização e verificação de autenticidade no site [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br).  
Código do documento: 5003391

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Diferentemente do entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é "*in re ipsa*", de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido." (TST Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15/04/2015, 4ª Turma) Disponibilização e verificação de autenticidade no site [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br).  
Código do documento: 5038059

Concluimos dessa forma, que para a configuração do dano existencial é imprescindível que, além do reconhecimento da prestação de trabalho em jornada bem superior ao permissivo legal, deve-se comprovar nos autos que houve prejuízo para o trabalhador em seu convívio familiar, ou interpessoal, ou ainda o cancelamento de projetos pessoais em virtude dessa atitude ilícita do empregador.

Ao analisarmos a jurisprudência percebemos que os juízes e desembargadores aplicam o dano existencial de forma bastante cautelosa, seguindo a orientação do TST de tentar evitar a banalização do instituto. Para que se consiga o deferimento do pedido de dano

existencial em virtude de jornadas de trabalho excessivas é preciso que o Reclamante apresente provas robustas sobre a sua renúncia concreta a um projeto de vida ou relações pessoais.

Cumpre ressaltarmos por último que, o Código Penal Brasileiro define como crime, contra a liberdade individual, submeter o trabalhador a jornadas exaustivas.

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.  
Pena - reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

Ao analisarmos o tipo penal do artigo 149 percebemos que ele prevê o crime de trabalho análogo ao escravo em quatro situações: cerceamento de liberdade de se desligar do serviço, servidão por dívida, condições degradantes de trabalho e jornada exaustiva.

Sendo assim, submeter o trabalhador a jornadas exaustivas enseja punição tanto na esfera trabalhista, quanto na esfera criminal, configurando-se o crime de redução à condição análoga à de escravo.

No entanto, existe um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei 3842/12) que propõe a retirada do termo "jornada exaustiva" e "condições degradantes" do tipo penal. A bancada ruralista teme que a atual redação do Código Penal, por não definir o que é "jornada exaustiva" e "condição degradante de trabalho", permita interpretações que levem à desapropriação de imóveis rurais.

Isso porque, em 2014 foi promulgada a EC 81, que prevê a desapropriação decorrente de trabalho escravo. Assim, o art. 243 da CF passou a dispor, assim, que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, nos termos da lei, devem ser expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º da mesma Constituição.

Pelo Projeto de Lei 3842/12, do ex-deputado Moreira Mendes, a expressão "condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório" compreende o trabalho ou serviço realizado sob ameaça, coação ou violência, com restrição de locomoção e para o qual a pessoa não tenha se oferecido espontaneamente.

Se o projeto for realmente aprovado estaremos diante de um enorme retrocesso na

luta pelos direitos trabalhistas. Esperamos que, se tal fato lamentável realmente ocorrer, os Tribunais trabalhistas mudem sua postura, tornando-se mais propensos à condenação por dano existencial em decorrência de jornadas exaustivas, de modo a efetivar a função social da empresa, o direito ao lazer e descanso, a valorização do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo desse trabalho foi analisar o dano existencial em decorrência do cumprimento de jornadas extenuantes, isto é, jornadas extraordinárias muito além do limite permitido legalmente.

Vimos que o dano existencial é um conceito jurídico oriundo do direito civil italiano. Ele representa uma proteção à pessoa em relação ao seu projeto de vida, seu cotidiano. O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se limita a um sentimento de dor, angústia, amargura. O dano existencial caracteriza-se pela renúncia a uma atividade concreta. Tais eventos causam prejuízo às incumbências do cotidiano, relações sociais, ao estudo, ao lazer e relaxamento do empregado. O dano existencial não atinge apenas a esfera subjetiva do empregado, como acontece no dano moral. Ele representa uma renúncia concreta que impede sua realização pessoal porque o ofendido deixa de passar por momentos simples como o lazer e o descanso, convívio social, familiar, reduzindo sua qualidade de vida.

Recentemente, os Tribunais brasileiros acabaram por absorver o conceito de dano existencial. O instituto é aplicado tanto na esfera civil como na trabalhista. No âmbito da Justiça do Trabalho, o dano existencial é discutido num contexto de violação de direitos e limites do contrato de trabalho. Assim, além dos danos materiais, o reclamante poderá fazer jus ao ressarcimento por danos existenciais. Para tanto, é necessário que a conduta ilícita do empregador traga algum prejuízo a vida social do reclamante.

Portanto, no âmbito do direito do trabalho, o dano existencial pode ocorrer em decorrência de atitudes ilícitas cometidas pelo empregador e que causem dano ao empregado no sentido de prejudicar seu convívio familiar ou a realização de projetos pessoais. Escolhemos, especificamente, analisar o dano existencial em decorrência da prática habitual de sobrejornada, que suprime a vida social do trabalhador. Porém, ressalta-se que outras atitudes ilícitas, também, podem acarretar dano existencial, desde que comprovado o nexo de

causalidade entre essas e o prejuízo sofrido pelo trabalhador em sua esfera extra laboral, ou seja, no âmbito de seu convívio familiar ou a projetos de cunho pessoal.

A legislação, em seu art. 7º, inciso XIII, da CF, dispõe que a jornada de trabalho não poderá se exceder a 8 horas diárias e a 44h semanais, facultada a compensação de horários e redução da jornada de acordo com cada convenção coletiva de trabalho.

Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, porém, existem situações muito mais graves de violação contumaz da norma limitadora da jornada, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma. Nesse último caso, o descumprimento das normas trabalhistas, por determinadas empresas, passa a ser estratégico, pois se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas acaba sendo menos onerosa do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (manobra que muitos chamam de “risco calculado”).

Tal "estratégia gerencial" consiste na violação dos direitos fundamentais da pessoa, esculpidos na CF de 1988, que resulta em prejuízo ou frustração que impede a realização pessoal do empregado, reduzindo sua qualidade de vida.

O trabalho é o meio pelo qual o ser humano alcança as condições materiais de que precisa para sobreviver. Em outras palavras, o trabalho é essencial para a sobrevivência humana em nossa sociedade. E mais que isso, é através do trabalho que o homem se realiza pessoalmente, cumprindo-se o princípio constitucional da dignidade humana.

Sendo assim, atento à importância do trabalho para a sociedade, o legislador constituinte, elevando-o a status constitucional, garantiu meios de proteção ao trabalhador. Sabendo que o trabalhador, em virtude de sua hipossuficiência na relação econômico-trabalhista, seria facilmente massacrado pela ordem capitalista, limitou os poderes do empresário e da livre iniciativa quando estabeleceu que a valorização do trabalho humano é fundamento da ordem constitucional, ou seja, é regra que necessariamente deve ser atendida por todos.

Dessa forma, nossa Carta Magna garantiu um extenso rol de direitos sociais aos cidadãos brasileiros, e assim regras trabalhistas ganharam *status* constitucional, fortalecendo a proteção ao trabalhador. Isto porque, uma vez contrariada referidas regras, mais que uma infração à legislação ordinária, estar-se-á ferindo uma ordem constitucional. Ou seja, uma empresa que submete o trabalhador a jornadas extenuantes está contrariando a própria Constituição Federal, conduta que, do ponto de vista jurídico, é muito mais grave.

Por isso, a constitucionalização do direito do trabalho aliado a sua elevação pela CF/88 ao status de direito fundamental é uma vitória sem precedentes na luta pela proteção da dignidade do trabalhador na história do ordenamento jurídico brasileiro.

O dever de indenização por danos existenciais passou a ser um importante instrumento de tutela destinado ao empregado que tem seus direitos trabalhistas violados por uma conduta ilícita do empregador. Ao submeter o empregado a jornadas extensas, o empregador infringe as normas constitucionais de limitação de jornada, além dos princípios da dignidade da pessoa humana, função social do trabalho e valorização do trabalho, um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico econômico.

Ressaltamos ainda que, a quitação correta das horas suplementares habituais não descaracteriza o dano existencial, pois o prejuízo que essa política causa ao empregado subsistirá, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescerem e, por vezes privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso. Sendo assim, não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes à sobrejornada que torna o seu uso como estratégia empresarial abusivo.

No entanto, ao analisarmos algumas decisões judiciais notamos que a justiça trabalhista condena ao pagamento por danos existenciais ainda de forma tímida e com algumas restrições, pois não basta a comprovação do cumprimento de jornada extensa, há de se provar também nos autos o prejuízo sofrido pelo trabalhador em seu convívio familiar, ou os projetos pessoais cancelados em virtude do excesso de trabalho. Sendo assim, ainda que o trabalhador tenha cumprido habitualmente jornadas de trabalho superiores a 12 horas diárias, por exemplo, tal fato não será bastante para se presumir a existência do dano existencial. Em outras palavras, o dano existencial não ocorre de forma *in re ipsa*.

Conforme destacamos no terceiro capítulo, não existe uma quantidade exata de horas que caracteriza uma jornada de trabalho exaustiva. O ponto central da jornada exaustiva é submeter o trabalhador a jornadas de trabalho ilícitas privando-lhe de descanso, lazer e convívio social. Resta caracterizada quando o trabalhador é submetido, de forma sistemática, a um esforço excessivo, com tal sobrecarga de trabalho e sem tempo suficiente para se recuperar fisicamente, negando-lhe assim o direito de trabalhar de forma a proteger sua saúde, garantir o descanso e permitir o convívio social.

Cumpramos ainda ressaltarmos que o Código Penal Brasileiro define como crime, contra a liberdade individual, submeter o trabalhador a jornadas exaustivas. Atualmente, o Código Penal define o crime de trabalho escravo como reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a

condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Analisando o tipo penal do artigo 149 percebemos que ele prevê o crime de trabalho análogo ao escravo mediante quatro condutas distintas: cerceamento de liberdade de se desligar do serviço, servidão por dívida, condições degradantes de trabalho e jornada exaustiva.

Sendo assim, submeter o trabalhador a jornadas exaustivas enseja punição tanto na esfera trabalhista, quanto na esfera criminal, configurando-se o crime de redução à condição análoga à de escravo.

No entanto, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 3842/2012 que visa excluir da descrição do tipo penal os termos “jornadas exaustivas” e “condição degradante de trabalho”. Pelo fato do Código Penal não trazer a conceituação precisa desses termos, o legislativo tem o receio de essa indefinição conceitual propicie interpretações muito abrangentes, aumento o número de casos que se enquadrem no tipo penal, ensejando condenação criminal e ainda a desapropriação de imóveis rurais, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 243.

O projeto de lei ainda será votado por diversas comissões e pelo plenário. Se aprovado, estaremos diante de um gigantesco retrocesso na luta pelos direitos trabalhistas. O dano existencial será de fundamental importância para a defesa dos direitos ao lazer e descanso do trabalhador. Com a descriminalização da conduta, a aplicação de ressarcimento por dano existencial decorrente de jornadas excessivas será o único instrumento capaz de garantir certa proteção aos direitos do trabalhador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3279, 23 jun. 2012.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22068>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil**: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOAVENTURA, Alana Duarte dos Santos. **A constitucionalização dos direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3703, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25152>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O dano existencial e o direito do trabalho**. Lex Magister. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24160224\\_O\\_DANO\\_EXISTENCIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_D\\_O\\_TRABALHO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_D_O_TRABALHO.aspx)> Acesso em: 04 de abril de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. RT, 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Método, 2014.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009.

Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6646&revista\\_caderno=25](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6646&revista_caderno=25)>. Acesso em: 02.dez 2015.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais**. DPU n° 43. Jan-Fev/2012. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1230/800>> Acesso em: 02.dez.2015.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, nº3, jul/set, 2011. Disponível

em:<<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Direitos+humanos+dos+trabalhadore s,+%20perspectiva+da+an%C3%A1lise+a+partir+dos+princ%C3%ADpios+internacionais+do +Direito+do+Trabalho+e+do+Direito+Previdenci%C3%A1rio>> Acesso em: 01.dez.2015.

DELGADO, Gabriela Neves, RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº2, abr/jun, 2013. Disponível em:

<<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39825>> Acesso em: 01.dez.2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Nº 2, 2007. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf>> Acesso em: 01.dez.2015.

Dicionário Etimológico. Disponível em:<<http://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>> Acesso em: 18 de novembro de 2015.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Função social e ética da empresa.** Revista Jurídica da UniFil. Ano II – nº2, 2005, p 71-90 Disponível em: <[http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/Revista\\_Juridica\\_02.pdf#page=74](http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/Revista_Juridica_02.pdf#page=74)> Acesso em: 18 de novembro de 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LAMY FILHO, Alfredo. **A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1992, p54-60. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45408>> Acesso em: 19 de novembro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **O dano existencial no direito do trabalho.** Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. p.8-25 v.2, nº22, Setembro/2013 Disponível em: <[https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24242/mod\\_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20\(SET%202013%20-%20n%C2%BA%2022%20-%20Dano%20Existencial\).pdf](https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24242/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20(SET%202013%20-%20n%C2%BA%2022%20-%20Dano%20Existencial).pdf)> Acesso em: 28 de março de 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2014. 30 ed.

MINARDI, Josiane Ribeiro. **O direito ao lazer e as relações de trabalho.** Revista Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8081](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8081)> Acesso em: 02 de abril de 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2009. 24. ed.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa.** Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraHV\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf)> Acesso em: 19 de novembro de 2015.

PIOSEVAN, Flávia. **Direito humanos e o direito constitucional internacional.** Caderno de Direito Constitucional. 2006. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)>

Acesso em: 02 dez. 2015.

SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer na Constituinte**: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988. Disponível em:

<[http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/junho2011/ju499\\_pag9.php#](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/junho2011/ju499_pag9.php#)> Acesso em: 06 de abril de 2016.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. Marília, 2006. Disponível em:

<<http://www.unimar.com.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>> Acesso em: 18 de novembro de 2015.

## JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-523-56.2012.5.04.0292 Relator: Vieira de Melo Filho da 7ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 28 ago. 2015 Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador)> Acesso em: 09 de abril de 2016.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**, RR 53 48.2015.5.17.0101, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 01 dez. 2015.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**, RR 191-35.2013.5..15.0096. Relator: Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros. 7ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 11 set. 2015.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Relator (a): Maria de Assis Calsing. 4ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.

Campinas, **TRT-15** - RO: 13912520125150002 SP 073215/2013, Relator: João Batista Martins César, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 30 ago.2013.

Minas Gerais, **TRT-3**, RO 001075809.2014.5.03.0044 Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, 1ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 02 mar. 2016.

São Paulo, **TRT-2**, RO 0000213-44.2015.5.02.0084. Relator (a): Maria Cristina Xavier Ramos diLásccio. 9ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 03 dez. 2015.

São Paulo, **TRT-2**, RO 0002019-75.2013.5.02.0443. Relator: 6ª Turma.