

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Francine Daniele dos Santos

Lajeado, novembro de 2013

Francine Daniele dos Santos

DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma. Fernanda Pinheiro Brod

Lajeado, novembro de 2013

Francine Daniele dos Santos

DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Profa. Ma. Fernanda Pinheiro Brod – orientadora
Centro Universitário Univates

Profa. Ma. Beatriz Francisca Chemin
Centro Universitário Univates

Sra. Fabiane Dekcer Fauri
Advogada

Lajeado, novembro de 2013

“O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida”.

(Amaro Alves de Almeida Neto, 2005, texto digital)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Agradeço também à minha orientadora professora Fernanda Pinheiro Brod, pela sensibilidade que a diferencia como pessoa e como profissional competente que é. E, também, por me auxiliar pacientemente no desenvolvimento desta monografia, dedicando seu tempo em prol do meu trabalho. Outrossim, agradeço a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial à professora Bianca Corbellini Bertani pelo convívio, apoio e amizade.

À minha amada mãe Rosane da Graça dos Santos e ao meu companheiro Cleomar Couto Rosa, muito obrigada por terem acreditado em mim, e acompanhado de perto o meu esforço, torcendo, a cada minuto, pelo sucesso deste trabalho. A vocês dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas.

Ainda merecem minha gratidão e carinho meu padrasto Jorge Luis da Silva, minha avó Neczy dos Santos, meus sogros Adão e Neci Rosa, e minha leal amiga Nandria Espíndola de Souza, pelas palavras de força e incentivo durante minha caminhada.

Não posso deixar de agradecer às minhas fiéis companheiras Gabriela Kich e Áurea Delay, por estarem presentes em quase todos os momentos da minha graduação, dividindo comigo a angústia das provas e a alegria das comemorações.

Ademais, agradeço aos meus queridos Joel Pereira, Katiúscia Silva, Fabiana Garcia, Daniele Garin, Ananda Ferreira e Samuel Felipe (*in memoriam*), pela amizade compartilhada durante toda a minha jornada.

In fine, o meu muito obrigado a todos que, de um modo ou de outro, contribuíram para meu sucesso e para meu crescimento como pessoa.

RESUMO

O tema dano existencial teve origem na Itália e vem se desenvolvendo timidamente na doutrina brasileira. Trata-se de uma subdivisão dos danos extrapatrimoniais, cujo conceito baseia-se, principalmente, em danos causados à liberdade de escolha e à frustração do projeto de vida. O presente trabalho monográfico objetiva verificar a possibilidade de aplicação deste conceito às relações de trabalho, a partir da análise das excessivas jornadas realizadas pelos trabalhadores e dos direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões partem do surgimento do Direito do Trabalho e das principais leis trabalhistas, identificando, ainda, os principais direitos humanos fundamentais. Em seguida, avalia a jornada de trabalho e seus limites no ordenamento jurídico pátrio. Finalmente, examina o dano existencial na relação trabalhista, classificando-o entre os desdobramentos do instituto da responsabilidade civil. Nesse aspecto, conclui que a jornada excessiva prejudica a saúde, impossibilita o estudo e o progresso profissional, o convívio familiar, o lazer, o descanso e, logo, a eficácia do direito à existência digna – princípio base do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a exigência patronal de obrigar o trabalhador a laborar reiteradamente em jornada superior ao estabelecido na legislação configura ato ilícito, dando ensejo à indenização.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. Jornada de trabalho. Dano existencial. Saúde do trabalhador.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS - Acquired Immunodeficiency Syndrome

ART – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

DNA - Deoxyribonucleic Acid

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organizações das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
2.1 Evolução histórica do Direito do Trabalho e dos Direitos Constitucionais do Trabalho.....	14
2.1.1 O Constitucionalismo Social.....	21
2.1.2 A evolução do Direito do Trabalho do Brasil.....	24
2.2 Direitos humanos fundamentais.....	27
2.2.1 O direito à existência digna.....	29
2.2.2 O direito à saúde.....	30
2.2.3 Os direitos de personalidade.....	32
2.2.4 O direito ao descanso e ao lazer.....	34
2.3 O dever de proteção.....	35
3 JORNADA DE TRABALHO: LIMITES NECESSÁRIOS.....	38
3.1 Duração do trabalho, horário de trabalho e jornada de trabalho.....	39
3.2 Tempo efetivamente trabalhado, tempo à disposição do empregador e tempo <i>in itinere</i>	41
3.3 Jornada de trabalho: a previsão constitucional e o art. 58 da CLT.....	43
3.4 Descansos trabalhistas.....	44
3.5 Jornada extraordinária.....	46
3.6 Jornada e emprego.....	49
4 A INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO TRABALHISTA	54
4.1 A responsabilidade civil e os danos extrapatrimoniais.....	54
4.1.1 Responsabilidade civil: o conceito.....	55
4.1.2 Responsabilidade por atos lícitos e ilícitos.....	56
4.1.3 Ação ou omissão, culpa do agente, nexos causal.....	58
4.1.4 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	62
4.1.5 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais.....	65
4.2 Dano existencial.....	69
4.2.1 Dano existencial e dano moral.....	71
4.2.2 Dano existencial e sua aplicação.....	73
4.2.3 Dano existencial nas relações de trabalho.....	75

4.2.4 A indenização por dano existencial sob o prisma da valorização do tempo existencial e do direito à desconexão do trabalhador.....	77
4.2.5 Dano existencial na jurisprudência trabalhista.....	79
5 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS.....	85

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a eficácia dos direitos trabalhistas já vem há tempo sendo motivo de reflexões por parte da doutrina e por demais estudiosos da área. A análise dos direitos sociais consolidados na Constituição Federal de 1988, bem como dos princípios básicos que norteiam as relações de trabalho, deixa evidente a necessidade de proteção de uma classe que utiliza sua força de trabalho como meio de sobrevivência.

Entretanto, as necessidades da sociedade capitalista estão cada vez mais se impondo às regras que protegem o trabalhador; os objetivos do capitalismo passam por cima dos ditames legais criados em virtude da fragilidade da relação de trabalho e transformam o cidadão em mera peça necessária à produção.

As jornadas de trabalho, em algumas situações, cada vez mais longas e desgastantes, além de contrariar os preceitos da Constituição e da Consolidação das Leis do Trabalho, acabam alienando o trabalhador, prejudicam sua saúde, frustram seus projetos de vida, impedem o direito ao lazer, ao convívio familiar e à dignidade, dentre outras garantias fundamentais. Por isso, justifica-se relevante analisar a possibilidade de indenização por dano existencial ao trabalhador que perdeu de vista seus direitos fundamentais e vitais à existência digna.

O tema dano existencial teve origem na Itália e vem se desenvolvendo timidamente na doutrina brasileira. Trata-se de uma subdivisão dos danos extrapatrimoniais, cujo conceito baseia-se, principalmente, em danos causados à liberdade de escolha e à frustração do projeto de vida.

Nesse diapasão, a presente monografia pretende, como objetivo geral, analisar a possibilidade de indenização por dano existencial nas relações de trabalho – cerne das desigualdades sociais. O estudo discute como problema: É possível a indenização por dano existencial nas relações de trabalho diante da inobservância dos direitos humanos fundamentais e das longas jornadas a que os trabalhadores são submetidos?

Como hipótese para tal indagação, entende-se que, entre os objetivos do Direito do Trabalho, está o de proporcionar à classe trabalhadora uma existência digna. O princípio da dignidade humana, preceituado na Constituição Federal, vincula essa dignidade não só à integridade física, à sobrevivência e à autonomia financeira, como também ao direito de se desenvolver e se realizar social e culturalmente.

Todavia, a realidade atual demonstra claramente que a crise do sistema capitalista trata, em várias circunstâncias, o homem trabalhador como máquina, impedindo seu desenvolvimento existencial e a devida efetivação dos direitos fundamentais; por isso, passível de indenização por dano existencial.

Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa, pela qual, segundo Mezzaroba e Monteiro (2006), o que se procura atingir é a identificação da natureza do objeto a ser investigado, por meio de um exame rigoroso em que se buscará, principalmente, o alcance e as interpretações possíveis para o fenômeno jurídico. O método será dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de instrumentais técnicos baseados em legislação, doutrina e jurisprudência, sendo analisada, inicialmente, a fundamentalidade dos direitos trabalhistas na Constituição Federal de 1988, passando pela limitação legal da jornada de trabalho, para chegar ao ponto específico do dano existencial na relação trabalhista.

Dessa forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento do presente estudo serão descritas noções e conceitos sobre os principais direitos humanos fundamentais consolidados na Carta Magna de 1988, bem como a evolução histórica do Direito do Trabalho.

Ato seguinte, serão abordados aspectos relevantes da jornada de trabalho e a necessidade de sua limitação. Ademais, serão analisados os principais conceitos e definições, os limites impostos pela legislação brasileira, bem como a relação entre os excessos da jornada e os índices de (des)emprego no Brasil.

No terceiro e último capítulo, será analisado o instituto da responsabilidade civil e seus desdobramentos, contextualizando e conceituando o tema dano existencial. Além disso, averiguar-se-á se os excessos da jornada trabalhista frente à inobservância dos direitos humanos fundamentais podem dar ensejo à indenização por dano existencial.

Assim, justifica-se desenvolver o presente tema na medida em que o estudo poderá servir de instrumento para fortalecer e motivar a sociedade acadêmica, colegas de aula e outros operadores do direito a lutarem por um Direito do Trabalho que permita o desenvolvimento econômico da sociedade sem perder de vista a dimensão humana da pessoa e suas necessidades.

2 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Pretende-se, neste capítulo, discorrer sobre a supremacia dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) abrangendo, inclusive, explicações sobre o rol de direitos trabalhistas contemplados na Carta Magna, rol este que demonstra claramente a noção fundamental do direito ao trabalho e inaugura uma nova ordem social brasileira.

Para tanto, enfoca-se – em um primeiro momento – o surgimento do Direito do Trabalho e das principais leis trabalhistas, para que em seguida se identifiquem os principais direitos humanos fundamentais. Dessa forma, em conjunto com os demais capítulos, será possível analisar a possibilidade de indenização por dano existencial ao trabalhador, frente à inobservância dos direitos constitucionais.

Já no artigo primeiro da Carta Magna, o legislador originário demonstra a supremacia dos direitos fundamentais e de sua intangibilidade, pois refere que o Brasil está pautado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa (SEVERO, 2009a).

Marques (2007) salienta que a Constituição brasileira é uma Constituição de um Estado Social, devendo o Brasil – de acordo com os direitos fundamentais contidos na Carta – cumprir uma tarefa igualitária e distributiva, típica de um Estado Social¹, e que os direitos fundamentais contidos na CF/1988 não foram modificados, apenas foram acrescidos de uma nova dimensão de direitos sociais básicos.

¹ O Estado Social é um Estado produtor de igualdade fática, tratando-se de estabelecer equivalência no mundo dos fatos, devendo conduzir-se para este propósito, nem que, em determinadas situações tenha que agir de forma desigual, como ocorre no caso da legislação trabalhista por exemplo” (MARQUES, 2007, p.56).

Fato é que, ao incluir os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, a CF/1988 fez um enorme progresso, pois, além de reconhecer novos direitos, incluiu os direitos fundamentais sociais entre as cláusulas pétreas, impedindo, assim, sua eliminação pelos exercentes do poder por meio de emenda constitucional. Ademais, a inserção das regras trabalhistas entre os direitos fundamentais demonstra a força do direito do trabalho, pois no artigo 7º da Carta se reconhecem espécies de direitos fundamentais chamados de direitos sociais trabalhistas que – ao contrário do artigo 6º² – objetivam proteger trabalhadores determinados, que efetivamente já mantenham contrato de emprego (LEDUR, 2009).

O desenvolvimento do tema que permeia o trabalho monográfico impescinde de uma passagem pela evolução histórica do Direito do Trabalho, bem como das primeiras leis trabalhistas no Brasil e no mundo.

2.1 Evolução histórica do Direito do Trabalho e dos Direitos Constitucionais do Trabalho

É necessário conhecer o passado para que se possa compreender com uma maior amplitude as questões atuais. Da mesma forma, deve-se conhecer o passado do Direito do Trabalho, pois se trata de um ramo em que as condições se alteram de maneira muito dinâmica, já que é diretamente ligado à evolução do capitalismo (MARTINS, 2012a).

O trabalho humano surgiu, de acordo com Severo (2009a), desde que homem passou a estabelecer moradia, e veio com um caráter de sobrevivência, de utilidade, uma maneira de garantir a subsistência da família.

Todavia, Vianna (2005a, p. 27), leciona que:

O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa. Posteriormente, verificou que o osso encontrado nos restos de animais putrefatos partia-se com facilidade e passou, no período paleolítico, a lascas pedras para fabricar lanças e machados, criando sua primeira

² “Enquanto os direitos do art. 6º são gerais e pertencem a todos, os direitos do art. 7º contemplam titulares determinados, ou seja, trabalhadores que mantenham um contrato de emprego com um empregador, materializando concretizações do direito ao trabalho previsto no art. 6º da Constituição” (LEDUR, 2009, p.84).

atividade artesanal. E usava seus produtos para a caça de animais e nas lutas contra outros homens.

Martins (2012a, p. 4) menciona que o trabalho escravo foi a primeira forma de trabalho, nela o escravo não possuía nenhum direito, era mera propriedade e devia somente trabalhar: “Nesse período, constata-se que o trabalho do escravo continua no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição”.

A escravidão iniciou no momento em que o homem se deu conta de que era mais vantajoso utilizar a mão de obra de seus prisioneiros em vez de eliminá-los. Como não era possível permanecer com todos, os senhores passaram a vendê-los. Na sociedade grega, havia fábricas de artigos artesanais em que a mão de obra era completamente escrava; na sociedade romana, os grandes senhores possuíam escravos de diversas especialidades, tais como gladiadores, músicos, filósofos e poetas (VIANNA, 2005a).

O termo trabalho deriva do latim *tripalium*³, tendo um sentido pejorativo desde os primórdios, pois desde sua origem o trabalho era considerado um castigo (MARTINS, 2012a). Maior (2011) acrescenta que o desprezo pelo trabalho na Antiguidade ocorre por vários fatores, entre eles está a própria origem da palavra que – além de derivar de *tripalium* – teve origem em outra palavra latina: *labor*, indicando algo penoso, cansativo e dolorido. Porém, embora predominasse a ideia de que o trabalho era algo de pouca importância que causava cansaço aos homens, ainda nesse período o valor do trabalho foi glorificado graças à teoria da humanidade criada por Hesíodo⁴.

No período feudal, o senhor era proprietário das terras e do servo, e a este era dado o direito de cultivá-las em troca de moradia e proteção. Não havia possibilidade de crescimento e ascensão social, uma vez que o poder político estava todo nas mãos do senhor feudal. A atividade era predominantemente agrária, devendo, para tanto, o servo realizar as atividades de construção e reparação do

³ “[...] que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho” (MARTINS, 2012a, p. 4).

⁴ “A concepção de Hesíodo, do trabalho como forma de o homem se tornar independente e glorioso, chega até os sofistas, adquirindo a feição de essência para auferir felicidade. A glória, dizia Antifonte, vem acompanhada de dores e de penas, fadigas e suores” (MAIOR, 2011, p. 30).

feudo e das moradias. Embora a Igreja também possuísse grandes propriedades, proibia o lucro, intervindo basicamente nas questões que versassem sobre o reino dos céus e a salvação dos homens (MAIOR, 2011).

Ainda segundo o autor citado, a servidão – marco principal do feudalismo – inicialmente não visava ao lucro, seu objetivo principal era a proteção oferecida aos servos. Ocorre que, graças ao fim das invasões bárbaras, os servos passaram a comercializar a sobra da produção feudal nas pequenas cidades. Visando a obter lucros, o senhor feudal exigiu o aumento da produção dos servos que, insatisfeitos, abandonaram os feudos.

Esse fator acabou gerando, naquele período, uma significativa modificação na sociedade, “as classes sociais – já existentes – se modificaram. Em lugar do servo, surgiu o trabalhador, igualmente destituído de propriedade. Em lugar do nobre, o burguês assumiu a posição de diretor do ‘desenvolvimento social’” (SEVERO, 2009a, p. 14). Chega-se ao período das corporações, momento em que o trabalhador passou a ter uma maior liberdade ao trabalhar, porém não havia qualquer interesse em garantir proteção no desenvolvimento de sua atividade (MARTINS, 2012a).

Época marcada – em um primeiro momento – pelos mestres e seus aprendizes. E, depois, pelos companheiros, um grau intermediário na hierarquia corporativa:

Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão (MARTINS, 2012a, p.4).

Nesse contexto, conforme explica Maior (2011), cresce nas cidades a atividade dos comerciantes e dos artesãos, que se dividiam em diversas especialidades. Os denominados “burgueses” mobilizaram-se pela busca de seus ideais e direitos, dividindo-se em grupos sociais: as *guildas*, formadas pelos comerciantes, e as *corporações de ofício* ou *corporações de artesãos*, uma espécie de associação entre diversos artesãos voltados para a mesma atividade, que primava pela solidariedade e fraternidade de seus associados. Além disso, as corporações primavam pela excelente qualidade de seus produtos, prestavam bons serviços, possuíam controle de qualidade e de preço.

Os serviços dos aprendizes e companheiros, por sua vez, eram prestados em jornadas extremamente longas e desgastantes. Com idade entre 12 e 14 anos, os aprendizes trabalhavam sob as ordens dos mestres que recebiam valores para ensinar-lhes o ofício. Se houvesse desenvolvimento na profissão, os aprendizes eram promovidos a companheiros, estes, porém, só passavam à categoria dos mestres se fossem aprovados no *exame de obra-mestra*, uma prova extremamente difícil e com custo alto⁵ (MARTINS, 2012a).

No entanto, com o desenvolvimento do mercado, os produtos passaram a ser produzidos em larga escala, os preços foram alterados, o que resultou em uma mudança significativa dos objetivos e princípios das corporações. Huberman apud Maior (2011, p.63) leciona que:

A igualdade entre mestres tornou-se coisa do passado. Certos mestres prosperaram, chamaram para si maior parcela do poder, começaram a olhar com superioridade para seus irmãos menos afortunados e acabaram formando corporações exclusivamente suas. Surgiram então as corporações 'superiores' e 'inferiores', e os mestres das inferiores trabalharam até mesmo como assalariados para os senhores das primeiras.

Para Nascimento (2009), foi o pensamento de liberdade absoluta do homem que desencadeou a reação contra as corporações, muitos foram os pensadores que se colocaram contra as associações, entre eles, *Clicquot* e *Diderot* que acreditavam que elas prejudicavam a liberdade e eram a causa do aumento dos preços.

Merecem destaque, neste período, o Decreto *Dellarde* (1790) – que extinguiu as corporações, considerou todos os homens livres para exercerem sua profissão e classificou, como um dos direitos básicos do homem, o direito do trabalho – e a Lei *Le Chapelier* (1791), que buscava o fim das corporações clandestinas, a ampla liberdade na fixação da jornada de trabalho e o fim dos abusos ao trabalhador (NASCIMENTO 2009).

“As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem” (MARTINS, 2012a, p.5). Ainda de acordo com o doutrinador, foi na Revolução de

⁵ “Entretanto, quem contraísse matrimônio com a filha do mestre, desde que fosse companheiro, ou casasse com a viúva do mestre, passava a essa condição. Dos filhos dos mestres não se exigia qualquer exame ou avaliação de obra” (MARTINS, 2012a, p. 5).

1789 que o direito ao trabalho foi reconhecido, sendo o Estado o responsável por garantir os meios de subsistência ao trabalhador desempregado.

Para Sússekind (2001), a Revolução Francesa foi um grande marco político da história da civilização. Todavia, ela permitiu a opressão da classe mais baixa e mais fraca e, por consequência, a exploração do trabalhador. Isto porque, com seus conceitos de igualdade e liberdade, trouxe a ideia de que todos são iguais perante a lei, permitindo a liberdade contratual, o que fez com que o Estado se mantivesse afastado das relações contratuais, inclusive das trabalhistas.

Compatível com a afirmação de Sússekind (2001) está o entendimento de Maior (2000), ao afirmar que a Revolução Francesa foi favorável somente à classe burguesa, pois fortaleceu os privilégios do dinheiro e das propriedades e oprimiu os anseios de uma sociedade livre e justa, com melhores condições de vida e de trabalho.

Em meados do século XVIII, ocorreu a substituição do homem pela máquina. A Inglaterra que na época, acumulava capital e detinha a hegemonia naval e uma alta disponibilidade de mão de obra, sediou o movimento que propiciou o surgimento do capitalismo industrial e econômico. Esta grande oferta de mão de obra sujeitou os operários a trabalharem por baixos salários e elevou os lucros dos proprietários das indústrias (MAIOR, 2000).

Acrescenta Biavaschi (2007), que a Inglaterra possuía – à época – condições extremamente propícias à industrialização, pois, além de se encontrar em uma posição hegemônica em relação aos demais Estados, possuía também ótimas ferrovias, necessárias ao transporte das mercadorias produzidas, além de muito carvão, ferro e aço, matéria prima necessária à industrialização.

A utilização da máquina na indústria provocou significativas mudanças nos meios de produção e redução na utilização de mão de obra: foram introduzidas nas indústrias a máquina de fiar, o tear mecânico e a máquina a vapor, acarretando a multiplicação da força de trabalho (VIANNA, 2005b).

Constata-se, nessa época, que a principal causa econômica do surgimento da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética. A máquina de fiar foi patenteada por John Watt em 1738, sendo que o trabalho era feito de forma muito rápida com o referido equipamento.

O tear mecânico foi inventado por Edmund Cartwright, em 1784. James Watt aperfeiçoou a máquina a vapor. A máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright também acabaram substituindo a força humana pela máquina, terminando com vários postos de trabalho existentes e causando desemprego na época (MARTINS, 2012a, p.6).

Os operários eram submetidos a condições degradantes de trabalho. Suportavam jornadas extremamente longas e desgastantes (que ultrapassavam por vezes as 12, 14 ou 16 horas diárias) e recebiam salários muito baixos haja vista a grande oferta de mão de obra. Além disso, os ambientes de trabalho eram completamente insalubres e perigosos, com a seguida ocorrência de acidentes. Havia muita poeira, intoxicação por gases, desmoronamentos, incêndios, explosões e inundações (NASCIMENTO, 2009).

Cabe aqui acrescentar a narrativa de Zola (1981, p. 40-41), ao retratar a indignidade das condições de trabalho e a insegurança suportada pelos operários das minas, durante o período da Revolução Industrial:

[...] avançavam em fila, avançavam sempre, em silêncio à luz escassa das lâmpadas. O rapaz tropeçava a cada passo, os trilhos o atrapalhavam. Havia um instante que um ruído surdo o preocupava; era um reboar longínquo de tempestade que parecia estar crescendo e vir das entranhas da terra. Seria o estampido de um desabamento esmagando sobre suas cabeças a massa enorme que os separava da luz do dia? [...] os operários repartiam-se pouco a pouco por todas as seções da mina. Nesse ponto, a galeria de tração estava revestida de madeira; toros de carvalho sustentavam o teto, cobrindo a rocha desmoronada com uma proteção de vigas, para trás das quais se podiam ver as lascas de xisto cintilante, de mica, e a massa grosseira de arenito, baça e rugosa.

E foram esses extremos na exploração do trabalho humano que fomentaram as primeiras reivindicações por melhores condições de trabalho. A partir desse período, os operários passaram a se reunir na busca por menores jornadas de trabalho, melhores condições de higiene e segurança e contra a exploração de mulheres e crianças (MARTINS, 2012).

Maior (2011) relata que as mais fortes revoltas dos trabalhadores não se deram somente em virtude das más condições de trabalho e em decorrência da questão econômica. Elas foram geradas principalmente pelo grande número de acidentes do trabalho que ocorriam e foram impulsionadas pelos laços de solidariedade e amizade que os trabalhadores possuíam, pois, além de trabalharem juntos, os operários formavam as vilas que, mais tarde, se transformaram em uma classe social.

Segundo Delgado (2011, p. 87), é somente nesse período em que resta generalizado o sistema industrial, que surge a relação empregatícia com subordinação; foi a partir do momento que o trabalhador se viu vinculado ao sistema produtivo que a relação de emprego passou a ser configurada como tal: “O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas”.

“Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho” (MARTINS, 2012a, p.7).

“Passa o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal” (VIANNA, 2005a, p. 38).

A partir de então, no entendimento desse autor, começaram a surgir as primeiras legislações voltadas para o amparo do trabalhador, visando a melhoria das condições de trabalho e dando início a uma nova era social⁶: na França a prisão por dívida foi extinta, os salários foram considerados impenhoráveis, o trabalhador passou a ser protegido contra a exploração nas indústrias, e os direitos de propriedade foram limitados. Enquanto isso, na Inglaterra, eram aprovadas as primeiras leis que visavam à segurança dos operários e era reduzida a jornada de trabalho das crianças.

Destaque nesse período foi a intervenção da Igreja na proteção do trabalhador e na relação entre o capital e o trabalho. Em 1891, o Papa Leão XIII desenvolve a Encíclica *Rerum Novarum*⁷, no documento – que demonstra a

⁶ “Na Espanha, as Leis de 24-7-1873, de 26-7-1878 e de 13-3-1900 estabelecem limitação do trabalho dos menores e as Leis de 13-3-1900 e de 20-2-1912 às mulheres. A Lei de 24-7-1873. A Lei de 3-3-1904 estabelece o descanso semanal. Os direitos de associação e de greve são admitidos pela Lei de Huelgas de 27-4-1908. A Lei de 19-5-1908 criou os Conselhos de Conciliação e Arbitragem Industrial” (MARTINS, 2012a, p.7).

⁷ “A encíclica papal, *Rerum Novarum*, publicada em 1891, deixa claro que ao final do século XIX, ou seja, décadas após a formação do capitalismo, nenhuma melhora concreta se produzia na vida dos trabalhadores. É bem verdade que o reconhecimento por parte da Igreja da situação imerecida vivenciada pelos trabalhadores não se faz apenas por questão de humanismo, mas também porque as pregações socialistas, cada vez mais em evidência, atraindo adeptos por todo o mundo ocidental, apontava como culpados da questão social o Estado, os capitalistas e a Igreja Católica, estabelecendo o parâmetro de que uma mudança concreta na realidade só viria com a dissolução dessas instituições. De todo modo, ainda que como estratégia de sobrevivência e negando a viabilidade da alternativa socialista e fazendo uma apologia do capitalismo, a Igreja reconhece, expressamente, as injustiças sociais das quais são vítimas os trabalhadores ao mesmo tempo em que aponta a inércia culposa do Estado e das classes dominantes frente ao problema” (MAIOR, 2011, p.215).

preocupação da Igreja com a questão social – a mesma exige do Estado e das classes dominantes um maior respeito para com a classe trabalhadora, expondo a necessidade de uma legislação que regulasse o trabalho humano e a sua condição (DELGADO, 2011).

Leciona Süssekind (2001) que nessa fase histórica do Direito do Trabalho⁸, a lei de maior importância foi a que limitou a jornada de trabalho a 10 horas diárias no ano de 1847. Segundo ele, essa legislação tinha um caráter geral e foi resultado das campanhas realizadas pelos operários para a redução da jornada para 8 horas. Porém, a limitação das 8 horas diárias só se efetivou mais tarde entre os servidores públicos, em uma manifestação que deu origem ao Dia do Trabalho – no dia 1º de Maio – em virtude dessa conquista.

A propósito, cabe ressaltar, que esta data se originou de uma greve mundial realizada pelos operários das indústrias no dia 1º de maio de 1890, em que trabalhadores e simpatizantes lotaram as ruas das maiores cidades do mundo. Essa manifestação, que ocorreu em países como Alemanha, Áustria, Hungria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Holanda, Grã-Bretanha, Itália e Suíça, demonstrou a crise vivida pelo capital e a organização internacional dos trabalhadores (MAIOR, 2011).

O estudo da evolução histórica do Direito do Trabalho revela que, até a atualidade, o caminho para a proteção do trabalhador foi trilhado paralelamente à sua exploração e indignidade. Por esta razão, com o objetivo de ampliar o tema estudado, se faz necessária uma análise da inserção dos direitos trabalhistas nas Constituições mundiais.

2.1.1 O Constitucionalismo Social

Segundo Biavaschi (2007), Delgado (2011) e Maior (2011), o século XX foi marcado pela promulgação de grandes Constituições que estabeleceram novas

⁸ Para Süssekind (2001), também é fator de relevância para o Direito do Trabalho, as ações do pai da legislação trabalhista, que é Robert Owen, que introduziu várias medidas de proteção ao trabalhador em sua fábrica de tecidos em New Lemark, na Escócia. O empresário, além de ter fomentado ideias inovadoras em seu livro “A New View of Society” (1813), ainda incentivou o movimento sindical, que passou a ser um dos maiores instrumentos para a conquista dos direitos trabalhistas.

bases jurídicas. Destaca-se a Constituição Mexicana, no ano de 1917, e a Constituição alemã de *Weimar*, no ano de 1919, por terem sido as primeiras a tratar os direitos trabalhistas como direito fundamental.

Corroborando tal entendimento, Nascimento (2009) acrescenta que a *Carta Del Lavoro* (1917), italiana, também é merecedora de destaque, visto que é símbolo do constitucionalismo corporativista, pois instituiu – não só na Itália, mas também em outros países – a ideia da intervenção do Estado na ordem política.

Maior (2011, p. 296), por sua vez, explica que a Carta de *Mussolini* não trata dos direitos trabalhistas, tampouco visa a regular as relações de trabalho; trata-se de “uma declaração de princípios do Estado Fascista⁹, na qual se expressa o pensamento político de *Mussolini* em relação ao Estado, à Nação e à sociedade”.

Ainda assim, a pioneira a incluir importantes direitos trabalhistas, estabelecendo de maneira objetiva os direitos fundamentais dos trabalhadores foi a Constituição Suíça, no ano de 1874 (SÜSSEKIND, 2001).

Voltando à Constituição Mexicana de 1917, esta tratou de questões essenciais trabalhistas, tais como: limitação do direito à propriedade privada, proteção à gestante, à mulher e ao menor, direito de associação e greve, limitação da jornada de trabalho, remuneração justa, salário mínimo, condições mínimas no ambiente de trabalho, estabilidade e participação nos lucros (BIAVASCHI, 2007). Além disso, foi a pioneira a dispor sobre o trabalho dos menores, estabelecendo limite mínimo de 12 anos de idade para o trabalho, bem como limitando a jornada dos menores de 16 anos em 7 horas diárias. Tratou também do descanso semanal, indenização por dispensa, previdência social e acidentes do trabalho (MARTINS, 2012a).

Em 1919, foi promulgada na cidade de *Weimar*, na Alemanha, a Constituição de *Weimar*, que, além de agregar os direitos da Constituição Mexicana, trouxe outras inovações referentes à questão social: permitiu a participação do trabalhador

⁹ “O fascismo, como o fizera o nazismo, transforma a luta social em uma luta nacionalista. Tanto Mussolini quanto Hitler utilizam a ideia de ‘nação proletária’, na qual ‘os trabalhadores são convidados a ver em seus compatriotas capitalistas não os beneficiários de um sistema baseado na exploração interna, assim *colegas proletarizados* (ou em vias de proletarização), vítimas de um sistema de exploração internacional” (MAIOR, 2011, p.297).

na ordem política, promoveu a integração do trabalhador nas empresas, agregou direitos na fixação dos salários e instituiu conselhos de empresas e órgãos de gestão (NASCIMENTO, 2009). Ademais, é importante ressaltar que, nessa Constituição, embora os direitos individuais tenham sido consagrados, eles foram abafados pelos ideais sociais e econômicos em prol dos direitos coletivos (MAIOR, 2011).

“A grande fonte das constituições aprovadas entre as duas grandes guerras foi o *Tratado de Versailles*, no ano de 1919, que enumerou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT)” (SÜSSEKIND, 2001, p.14). Esta, consoante Martins (2012a), passou a proteger as relações trabalhistas na esfera internacional, estabelecendo diretrizes mundiais para a preservação dos empregados frente ao capitalismo.

Também merece análise a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, logo após a segunda grande guerra. O documento – composto por 30 artigos dedicados a valores como igualdade, liberdade, dignidade, fraternidade, direitos de personalidade, entre outros – é considerado um marco histórico dos direitos da pessoa humana, pois “enaltece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, porque são dotadas de razão e consciência e, em função de tais postulados, devem agir umas para com as outras com espírito de fraternidade” (LEITE, 2011, p.17).

Corroborando com o doutrinador, Maior (2009, p.199) destaca que é na Declaração Universal dos Direitos Humanos que “estão expressos, de forma clara para quem quer enxergar, os valores que passam a ser essenciais para o desenvolvimento das sociedades e da condição humana”.

Por fim, convém acrescentar que o Constitucionalismo Social também influenciou a legislação brasileira, cujos efeitos foram notadamente sentidos na Constituição de 1934, conforme se verá na sequência.

2.1.2 A evolução do Direito do Trabalho no Brasil

Embora tenham existido algumas leis de caráter trabalhista no Brasil-Império, nenhuma delas merece ser estudada – de fato – como origem do Direito do Trabalho no Brasil, pois não representavam qualquer movimento social ascendente no país, não se caracterizando como fonte da legislação trabalhista atual. Existiam, naquela época, pouquíssimas indústrias, e aqueles que se aventuravam a exercer tal atividade no país acabavam não se desenvolvendo e mantinham pequenas instalações, com equipamentos primários (VIANNA, 2005a).

Existia um Brasil que, ao contrário dos demais países, seguia uma direção oposta aos valores jurídicos, à valorização da pessoa e à dignidade do trabalho. Quando da abolição da escravidão, em 1888¹⁰, no final do século XIX, o trabalho escravo já havia sido substituído pelos imigrantes na maioria das regiões. Com a assinatura da Lei Áurea, aos negros foi assegurada a condição de cidadão, porém eram detentores de uma liberdade que não conheciam. Abandonados pelo Estado, sem trabalho e sem moradia, acabaram – em sua maioria – permanecendo nas propriedades e trabalhando para os mesmos senhores (BIAVASCHI, 2007).

Conta Maior (2000) que a introdução dos imigrantes na produção rural assemelhou-se ao modelo capitalista, pois possuía trabalho livre e uma certa mecanização de produção. Tal fato aumentou os lucros dos proprietários de terras que tiveram a oportunidade de investir na industrialização. Com isso, os ex-escravos, que haviam ficado sem postos de trabalho e marginalizados, passaram a ser utilizados na indústria.

Aos poucos, os imigrantes também foram se transferindo para as cidades e trabalhando nas indústrias que tiveram larga expansão logo no início da República. Com a grande oferta de mão de obra, os salários, que já não eram grandes, ficaram cada vez menores, mulheres e crianças foram inseridas na classe operária, que trabalhava em jornadas que – muitas vezes – ultrapassavam 17 horas ininterruptas (MAIOR, 2000).

¹⁰“E a abolição da escravidão não teve, salvo na economia dos senhores de escravos, uma repercussão nacional de caráter político ou social. Ato de generosidade da Princesa Isabel, resultou mais de seu coração humanitário e da ação de alguns oradores e escritores do que de uma pressão da opinião pública, que não chegou a se contaminar pela campanha abolicionista” (VIANNA, 2005b, p.50).

As transformações que vinham ocorrendo na Europa em decorrência da Primeira Guerra Mundial e o aparecimento da OIT, em 1919, incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país. Existiam muitos imigrantes no Brasil que deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salários. Começa a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930 (MARTINS, 2012a, p. 11).

A partir dessa época, portanto, começa a surgir a legislação trabalhista brasileira. Com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, no governo provisório de Vargas, foram criadas diversas leis trabalhistas inspiradas em modelos adotados por outros países, onde a classe operária já vinha sendo beneficiada. Entre as principais medidas legislativas de proteção ao trabalhador, criadas durante o governo provisório de Getúlio Vargas, podemos citar: a regulamentação dos sindicatos, a regulamentação do trabalho na marinha mercante, a reforma da legislação das caixas de aposentadorias e pensões, a regulamentação para a jornada de trabalho no comércio, na indústria, entre outros (VIANNA, 2005b).

Nascimento (2009) entende que não convém, atualmente, analisar se os meios utilizados por Vargas objetivavam a dominação das classes operárias brasileiras ou a elevação de sua condição social. Fato é que nesse período, Getúlio Vargas reestruturou a legislação trabalhista, agregando direitos¹¹ de larga importância, que ainda hoje se mantêm em nosso sistema.

Em 1934, foi promulgada a primeira Constituição brasileira que reconheceu efetivamente o Direito do Trabalho. Jornada de 8 horas, proteção ao trabalho de mulheres e crianças, liberdade sindical e salário-mínimo foram algumas garantias asseguradas pela Carta (MARTINS, 2012a).

Narra Vianna (2005b, p. 74) que a Carta de 1934

[...] dava a todos o direito de prover à própria subsistência e à de sua família mediante trabalho honesto; determinava que a lei promovesse o amparo à produção e estabelecesse as condições do trabalho, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos [...].

Não se pode deixar de olvidar que foi a Constituição de 1934 que previu a criação da Justiça do Trabalho, mas foi na Constituição de 1946 que ela, de fato,

¹¹ “Instituiu-se a Carteira Profissional (Dec. N. 21.175, de 1932), disciplinou-se a duração da jornada de trabalho no comércio (Dec. n. 21.186, de 1932) e na indústria (Dec. n. 21.364, de 1932), nas farmácias (Dec. n. 23.084, de 1933), nas casas de diversões (Dec. n. 23.152, de 1933), nas casas de penhores (Dec. n. 23.316, de 1933), nos bancos e casas bancárias (Dec. n. 23.322, de 1933), nos transportes terrestres (Dec. n. 23.766, de 1934), nos hotéis (Dec. n. 24.696, de 1934)etc. Observou-se sempre a mesma técnica legislativa, ou seja, essas normas jurídicas foram decretos do Poder Executivo” (NASCIMENTO, 2009, p.68).

passou a integrar o Poder Judiciário. Todavia, cabe dizer que, durante a Constituição de 1937, ocorreu a instalação da Justiça do Trabalho em todo o Brasil, pertencendo, porém, à Administração Federal, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (SÜSSEKIND, 2001).

Nesse contexto, vislumbra-se a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em período que, consoante Sússekind (2005a), inicia no ano de 1930 e encerra em 1942.

Nascimento (2009) conta que as leis trabalhistas, que foram implementadas a partir do governo provisório de Vargas, eram leis esparsas e desordenadas que careciam de uma organização. Dessa forma, com a junção das leis individuais do trabalho, leis sobre direito coletivo e legislação processual do trabalho, foi promulgada pelo Decreto-lei nº 5.452, em 1º de maio de 1943, a CLT.

Acrescenta Sússekind (2005a) que, no processo de criação da CLT, a Comissão realizou pequenas modificações e adaptações nos textos legislativos no que refere a normas individuais, copiou sem alterações as legislações oriundas da Constituição da época, atualizou e complementou os decretos regulamentares e as portarias que versavam sobre segurança do trabalhador, contrato coletivo e inspeção do trabalho e processo de multas administrativas e, por fim, elaborou normas para a aplicação da legislação.

Ademais, refere ainda que:

A Consolidação das Leis do Trabalho, enfeixando num único texto todas as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e à Justiça do Trabalho, proporcionou o conhecimento global dos direitos e obrigações trabalhistas, não só aos intérpretes e aplicadores das leis, mas, sobretudo, aos seus destinatários: empregadores e os empregados (SÜSSEKIND, 2005a, p.67).

Cumprir enfatizar que, embora tenha sido a Constituição de 1934 o marco histórico dos direitos trabalhistas no Brasil, as demais Constituições brasileiras também deram amparo às necessidades dos trabalhadores.

Na Carta promulgada em 24 de janeiro de 1967, os direitos dos trabalhadores ganharam *status* de direitos sociais: “A Constituição de 1967 foi inovadora em relação aos direitos sociais, na medida em que não mais se referia a simples preceitos a serem observados pela legislação ordinária” (LEDUR, 2009, p.77).

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada a nova Constituição brasileira, que marca a transição dos direitos sociais para a classe dos direitos fundamentais. Resultado das mobilizações sociais¹², os direitos ali consolidados são oriundos da participação popular no desenvolvimento da Assembleia Constituinte, bem como no envio de propostas de emendas (LEDUR, 2009).

Consoante o entendimento do autor, está o de Severo (2011, p.151) que ratifica:

[...] o reconhecimento do Direito do Trabalho como fundamental é explícito, nos termos do art. 6º da constituição brasileira de 1988. Trata-se de um direito que radica em princípios fundamentais, razão da inclusão dos valores do trabalho como um dos fundamentos da República, ao lado da livre iniciativa.

Os direitos humanos fundamentais estão previstos no Título II, Capítulo II, na redação dos artigos 6º ao 11º, e conforme Gemignani e Gemignani (2010, texto digital) criam a “[...] ossatura institucional que não só vai sustentar o corpo legal infraconstitucional, como definir parâmetros decisórios para as situações-limite”.

Em vista disso, cumpre analisar-se de forma mais detalhada, os principais direitos humanos fundamentais inerentes à relação trabalhista, no próximo ponto da corrente pesquisa.

2.2 Direitos humanos fundamentais

Antes de discorrer a respeito dos principais direitos humanos fundamentais, expressos na CF/1988 – tais como o direito à existência digna, saúde, direitos de personalidade, direito ao descanso e ao lazer – preceitos básicos na relação trabalhista, é necessário que se esclareça a terminologia adotada nesta pesquisa, bem como as diferenças existentes entre os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

Ao discorrer sobre o tema, Marques (2007, p. 49) explica que os “direitos humanos”, são direitos mundiais, válidos para todos os cidadãos em qualquer país em que se encontrem. Já os “direitos fundamentais” são aqueles garantidos por

¹² “Com efeito, os direitos fundamentais sociais não foram ‘concessão’ ou mera outorga de parlamentares investidos do Poder Constituinte, mas resultaram da ação e da pressão oriunda de distintos segmentos da Sociedade Civil sobre a Assembleia Constituinte” (LEDUR, 2009, p.79).

determinada ordem jurídica, os quais “devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas devem ser concreta e materialmente efetivados. São os direitos inerentes à pessoa humana, chamados, também, de direitos fundamentais do homem” (p.49).

Leite (2011) leciona que, enquanto a expressão “direitos humanos” é utilizada pelos autores anglo-americanos e latinos, a expressão “direitos fundamentais” é adotada pelos publicistas alemães. Diferenças culturais à parte, cabe dizer que os “direitos humanos” são assegurados mundialmente na Declaração Universal de 1948 e em outros tratados internacionais; já os “direitos fundamentais” são positivados nas Constituições de cada país, sendo, portanto, um termo de significado interno, dependendo de Estado para Estado.

Apesar dessa diferença terminológica, acrescenta o autor:

Parece-me que a Constituição Federal de 1988, no seu Título II, positivou praticamente todos os direitos humanos, especialmente pela redação dos §§2º e 3º do artigo 5º, razão pela qual não há distinção, pelo menos do ponto de vista do direito interno, entre direitos fundamentais e direitos humanos (LEITE, 2011, p. 34).

Dessa forma, como não há, ao menos no âmbito do direito brasileiro, diferença significativa entre os termos, utiliza-se a expressão “Direitos humanos fundamentais”, por se estar tratando de direitos humanos que foram positivados como direitos fundamentais pela CF/1988.

Nesse contexto, é pertinente acrescentar o entendimento de Sarlet (2001, p. 35), quanto ao emprego dessa terminologia:

Embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais, revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos, destacando, neste sentido, a fundamentalidade em sentido material [...].

Conclui-se, portanto, que a expressão “Direitos humanos fundamentais”, ao menos no direito brasileiro, refere-se a todos os direitos humanos consolidados nas primeiras declarações e tratados mundiais, que foram amplamente recepcionados pela CF/1988 como direitos fundamentais da pessoa, os quais serão analisados na sequência.

2.2.1 O direito à existência digna

Leciona Sarlet (2001) que foi somente após a Segunda Guerra Mundial que foi reconhecido o valor fundamental da dignidade humana. Considerado um princípio ainda recente, o direito à existência digna somente passou a integrar as Constituições mundiais após a Declaração Universal de 1948¹³.

No Brasil, a primeira Constituição que “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2001, p.103), foi a CF/1988. Na Carta Magna, o legislador constituinte estabeleceu logo no Título I, artigo 1º¹⁴, que entre os fundamentos da República Federativa do Brasil está a dignidade da pessoa humana.

Leite (2011) adverte que o princípio da dignidade da pessoa humana existe desde a Antiguidade Clássica, porém veio sofrendo diversas modificações em seu conceito. Segundo ele, a moderna doutrina a respeito da dignidade da pessoa humana a classifica como algo já existente na esfera jurisdicional, que não depende de uma construção ou reconhecimento por parte do Estado. Todavia, constitui tarefa do Estado promover a efetivação deste princípio na sociedade.

Na tentativa de estabelecer um conceito para a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2001, p.106) salienta que:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou que lhe possa ser retirado, já que existem em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Dessa forma, a maioria dos direitos fundamentais – inclusive a gama de direitos trabalhistas – está diretamente ligada à plena efetivação do princípio da

¹³ Exceção seja feita à Constituição de *Weimar* de 1919, que já fazia referência em seu texto que a dignidade da pessoa humana, era o principal objetivo da ordem econômica (SARLET, 2001).

¹⁴ “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: 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”.

dignidade: “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade” (SARLET, 2012, p.102).

No âmbito do Direito do Trabalho, o direito a uma existência digna está condicionado à efetivação dos direitos trabalhistas. Ao negar ao trabalhador oportunidade de trabalho, jornada de trabalho razoável, salário compatível, bem como direito ao repouso, estar-se-á negando a possibilidade de sobrevivência digna e, por óbvio, impedindo a efetivação do princípio da dignidade humana.

Nesse contexto, torna-se imprescindível destacar o posicionamento de Sarlet (2012, p. 108) no que refere aos direitos fundamentais dos trabalhadores em relação a este princípio: “os assim denominados direitos sociais, econômicos ou culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na dimensão prestacional [...] constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo entendimento, leciona o doutrinador:

Percebe-se, portanto, que é dever do Estado, assegurar que os direitos trabalhistas – conquistados pela classe operária no decorrer da história – sejam plenamente aplicados nas relações entre empregado e empregador, pois, do contrário, se estaria negando ao trabalhador o direito a uma existência digna, conforme estabelecido em nosso ordenamento jurídico. [...] não se pode ignorar que o ‘valor social do trabalho’, na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania’ (LEITE, 2011, p.95).

Ademais, a efetivação dos direitos fundamentais não se propõe apenas, a garantir uma condição de vida mínima, em que seja assegurada somente a sobrevivência, mas uma condição de vida saudável, na qual sejam garantidas plenas condições existenciais (SARLET, 2012).

Conforme exposto, para que seja assegurada à pessoa humana uma vida com dignidade, é necessário que seja garantida uma sorte de direitos – além do direito ao trabalho – o que será descrito na sequência.

2.2.2 O direito à saúde

Outro direito humano fundamental, amplamente assegurado na Carta Constitucional e que possui ligação direta com o direito a uma existência digna, é o

direito à saúde. No artigo 6º¹⁵ da CF/1988, ele é encontrado no elenco dos direitos denominados sociais, ao lado de outros direitos, tais como a educação, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e moradia (LEITE, 2011).

Araújo (2010) explica que o direito à saúde também é assegurado em outros artigos da CF/1988. E que o direito a uma vida saudável foi garantido tanto na esfera individual do cidadão, quanto na esfera social – do indivíduo como trabalhador. No artigo 5º é garantido o direito à vida e à integridade física¹⁶, enquanto no artigo 7º¹⁷, estão relacionados entre os direitos dos trabalhadores, mais especificamente nos incisos XXII e XXVIII, a preocupação com a proteção contra os riscos inerentes ao trabalho e o seguro social em caso de acidentes ou doença, respectivamente.

Conta o autor que não foi uma tarefa fácil acrescentar o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. Segundo ele, a preocupação com a integridade física do trabalhador, bem como o direito a um ambiente de trabalho seguro só foram conquistados após muitas lutas da classe operária. Além disso, esclarece que:

O Brasil, além de ter elevado o direito à saúde do trabalhador à condição de direito fundamental por disposição expressa da Constituição, também é signatário das principais Convenções da OIT sobre o tema (ARAÚJO, 2010, texto digital).

Isso porque, relata o mesmo autor:

O direito à saúde representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, não se constituindo uma proteção ao trabalhador e si mesmo, mas sim uma proteção ao cidadão. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Estado deve velar de maneira responsável, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, não só sua sobrevivência, mas também o acesso a uma vida digna (ARAÚJO, 2010, texto digital).

¹⁵ “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”.

¹⁶ “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: [...]”

¹⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição [...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

Cabe mencionar que a CLT também possui, nos artigos 154 a 201, normas referentes à segurança e medicina do trabalho¹⁸. Essas normas demonstram a preocupação do legislador ordinário em assegurar aos trabalhadores um ambiente de trabalho seguro, com o uso correto de equipamentos de proteção, pautado na prevenção contra acidentes (ROMITA, 2007).

Em que pese a preocupação com a saúde física do trabalhador, com o meio ambiente de trabalho e com os meios e equipamentos favoráveis ao desenvolvimento de seu trabalho, pouco tem-se falado nos danos mentais e às vezes até físicos que as excessivas jornadas de trabalho causam.

Nesse sentido, cabe acrescentar o entendimento de Delgado (2003, p. 19), no que refere à aplicação das normas sobre a jornada de trabalho, bem como a necessidade de sua limitação:

As normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.

Dessa forma, cabe aqui mencionar que a flexibilização das jornadas e os danos causados à saúde do trabalhador constituem afronta direta aos direitos humanos fundamentais positivados na CF/1988, tema este que será desenvolvido na sequência do trabalho monográfico.

2.2.3 Os direitos de personalidade

Considerados uma das maiores conquistas da humanidade, os direitos de personalidade são, por sua vez, um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, segundo Maior (2011), nota-se que o lucro, a concorrência, a dependência econômica e os outros desdobramentos da sociedade capitalista vêm afetando os direitos personalíssimos e fazendo com que se percam de vista os valores da pessoa humana.

¹⁸ Importante salientar, que essa nomenclatura foi adotada a partir da Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. A redação original dos artigos tratava o assunto como higiene e segurança do trabalho (ROMITA, 2007).

Explica Araújo (2010) que os direitos de personalidade foram tratados pela legislação brasileira, antes mesmo da Carta Magna de 1988. Segundo ele, em meados do século XVIII, a legislação civil tratava do assunto, mesmo que de modo extremamente patrimonialista.

Atualmente, os direitos personalíssimos são protegidos – juntamente com a condição de dignidade – no artigo 5º da CF/1988. Além disso, eles encontram respaldo no direito brasileiro, nos artigos 11 a 21 do Código Civil (CC/2002), em que são reafirmados os direitos à integridade física, à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade (ARAÚJO, 2010).

Consoante Romita (2007, p. 278), estes direitos unidos formam os direitos de personalidade do indivíduo, os quais permanecem no âmbito da relação de emprego:

O trabalhador é também titular de direitos fundamentais assegurados genericamente às pessoas, já que, embora submetido à subordinação jurídica, conserva as prerrogativas da cidadania: cidadão da República, o trabalhador continua a ser cidadão na empresa e, como tal, tem direito a respeito à sua vida privada por parte do empregador.

Nessa mesma conjuntura, está o entendimento de Maior (2011), ao afirmar que os direitos de personalidade do empregado devem ser analisados da mesma forma que os direitos de personalidade de qualquer outro cidadão, pois “uma pessoa não perde a sua condição humana quando se torna um empregado” (MAIOR, 2011, p. 674).

Ademais, conclui o autor:

Devem valer para o empregado os mesmos pressupostos jurídicos pertinentes à efetivação dos direitos de personalidade. Esse é o pressuposto teórico necessário: o de que a abordagem acerca dos direitos de personalidade liga o homem a si mesmo enquanto entidade cultural e histórica, devendo-se, portanto, avaliar os efeitos na perspectiva da preservação e elevação constante do atributo da dignidade humana (MAIOR, 2011, p.675).

Por fim, salienta esse doutrinador que os direitos de personalidade, assim como os demais direitos inerentes à pessoa humana, são absolutamente irrenunciáveis e indisponíveis, devendo, portanto, prevalecer na relação de trabalho, mesmo diante de seu elemento principal, que é a subordinação.

2.2.4 O direito ao descanso e ao lazer

Assim como os demais direitos humanos fundamentais, o direito ao descanso ou, também chamado, o direito ao repouso, está contemplado, na CF/1988, entre os direitos sociais no artigo 6º, que garante o direito ao lazer e, no artigo 7º, incisos XIII, XIV, XV e XII, que garantem a limitação do trabalho normal em 8 horas diárias, a limitação do trabalho ininterrupto em 6 horas diárias, o repouso semanal remunerado e o gozo de férias anuais, respectivamente. Tais direitos se fundamentam pelo extremo desgaste físico e mental sofrido pelo trabalhador ao final de uma jornada de trabalho (ROMITA, 2007).

“O trabalho acaba por determinar uma ruptura no tempo de que dispõe o homem para estar em comunidade. Quanto mais trabalha, menos tempo de lazer ou convívio social terá o homem” (SEVERO, 2009a, p.70).

Nascimento (2009, p. 488) demonstra entendimento semelhante ao explicar que a necessidade de lazer da pessoa humana é um dos motivos dos descansos previstos pela lei, a saber:

O lazer atende à necessidade de libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano para encontrar-se consigo e com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho.

Ainda de acordo com o doutrinador, é somente com o tempo livre, assegurado pelas regras trabalhistas, que o indivíduo consegue se desenvolver plenamente. Nesse período, o trabalhador consegue realizar atividades diferentes daquelas que realiza durante o período de trabalho, tais como: convivência familiar, amigos, entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, passeios culturais, leitura de jornais, etc.

Ademais, cabe ressaltar que a limitação do tempo de trabalho, bem como as jornadas diárias, os intervalos para descanso e a alimentação tem por finalidade atender às necessidades da pessoa humana visando a uma melhora da sua condição social (NASCIMENTO, 2009).

O tempo colocado à disposição do empregador é parte substancial do tempo de vida do trabalhador na Terra. Passamos grande parte do nosso dia em nosso local de trabalho, mas temos também a necessidade de interagir, construir pontes em nosso convívio social. Temos necessidade,

inclusive, de participar da sociedade capitalista de produção, já que estamos nela irremediavelmente inseridos (SEVERO, 2009a, p.89).

Partindo dessas considerações, pode-se afirmar que a inobservância dos preceitos legais que estabelecem o direito ao descanso, bem como a limitação da jornada de trabalho, comprometem de forma significativa a saúde do trabalhador e, por consequência, obstam o direito a uma existência digna, conforme assegurado no texto constitucional.

Por isso, torna-se necessário compreender “o Direito do trabalho como Instrumento de Justiça Social” (MAIOR, 2011, p. 621) e também como um instrumento que possa garantir a eficácia dos direitos humanos fundamentais, assegurados na CF/1988.

2.3 O dever de proteção

Os legisladores constituintes, ao inserirem na CF/1988, em seu artigo 7º, os direitos trabalhistas como fundamentais, pretendiam que os trabalhadores pudessem exercer tais direitos não só em face do Estado, mas também em face de particulares, diante da notória diferença de forças e de poder que há entre empregados e empregadores (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2010).

Essa acentuada diferença, de acordo com Severo (2009a), gera a necessidade de analisar os direitos sociais, bem como o direito do trabalho como um todo, sob uma ótica diferente. É necessário que sejam resgatados a função social do trabalho e os princípios basilares desse instituto, para que esses possam servir de instrumento para impedir que o homem trabalhador seja tratado/transformado em coisa.

Entre os princípios do Direito do Trabalho, o que possui maior amplitude e importância, conforme Saraiva (2011), é o princípio da proteção. Este objetiva tratar empregado e empregador na relação jurídica como se iguais fossem. Objetiva-se, através deste princípio, impedir que o capital passe por cima do trabalho humano, permitindo a condição de vida digna e a efetivação dos direitos humanos fundamentais:

Se tivermos presente o fato de que esse ramo especial do direito surge em face da necessidade de impor limites, para poder manter o sistema capitalista, e bem assim pela necessidade de impedir que o homem (destinatário da norma) se torne mero objeto do contrato, não teremos dificuldade em defender a aplicação do princípio da proteção como elemento fundante da relação jurídica de trabalho (e não apenas da relação jurídica de emprego) (SEVERO, 2009b, texto digital).

Nesse mesmo diapasão, está o conceito de Leite (2011, p. 80), ao expor que o princípio da proteção pretende promover uma igualdade jurídica diante da desigualdade econômica. Além disso, o doutrinador destaca:

O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do Processo do Trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral (p. 80).

Saraiva (2011) menciona que o princípio da proteção divide-se, no âmbito trabalhista, em outros três: princípio *in dubio pro operario*, princípio da aplicação da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Em relação ao princípio *in dubio pro operario*, o doutrinador ensina que, em havendo possibilidade de dupla interpretação a respeito de uma mesma regra jurídica, deve-se levar em consideração aquela que seja mais favorável ao empregado. Quanto à aplicação da norma mais favorável, esta consiste em aplicar a lei mais benéfica ao empregado, independente da sua hierarquia. Já em relação ao princípio da condição mais benéfica, este faz prevalecer as condições mais benéficas estipuladas no contrato de trabalho ou no regulamento, mesmo que haja outras disposições supervenientes e estas possuam cunho protetivo menor.

Com efeito, cumpre dizer que “o princípio/dever de proteção, cuja essência não difere daquela que identifica o princípio da dignidade da pessoa humana, é o cerne e a razão da especificidade do Direito do Trabalho” (SEVERO, 2011, p.158), sendo, portanto, a base para a aplicação das normas de proteção do trabalhador, bem como para a necessária efetivação dos direitos humanos fundamentais que norteiam a relação de trabalho.

Em vista disso, no capítulo que segue, será realizado um apanhado no que refere ao tema jornada de trabalho no Direito brasileiro: a previsão constitucional, os limites legais da jornada e, ainda, a relação existente entre os excessos da jornada de trabalho e o emprego, no contexto dos índices de (des)emprego no Brasil.

3 JORNADA DE TRABALHO: LIMITES NECESSÁRIOS

O presente capítulo tem o condão de avaliar a jornada de trabalho e seus limites no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, abordar-se-ão aspectos relevantes sobre o tema, as principais definições e conceitos, os limites impostos ao horário de trabalho na legislação brasileira, bem como verificar-se-á a relação entre os excessos da jornada de trabalho e os índices de (des)emprego no país.

Além disso, destacar-se-á a necessidade de limitação da jornada de trabalho como meio para a efetivação dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

A jornada de trabalho e seu limite são – provavelmente – um dos temas mais discutidos entre os estudiosos da área, e não poderia ser diferente, afinal, o tempo que o trabalhador coloca à disposição do empregador é seu tempo de vida¹⁹. É a vida que ele vende em troca de meios para a sua subsistência e de sua família. É a única moeda de troca que o homem trabalhador possui: a venda da sua força de trabalho por capital que permita a sua sobrevivência (SEVERO, 2009a).

Corroborando com este entendimento, Sússekind (2005b) leciona que a limitação do tempo de trabalho destaca-se como um dos princípios que objetivam a proteção do trabalhador e a sua dignidade. A necessidade de limitação do tempo trabalhado vem sendo discutida e exigida pelos trabalhadores desde a metade do século XIX, sendo comum ao Direito do Trabalho, pois compete a este instituto:

¹⁹ “A disciplina do horário de trabalho é uma das matérias que melhor representa a necessidade de reformulação dos valores que inspiram e norteiam a atuação dos operadores jurídicos no âmbito do direito do trabalho. O *tempo* encerra conceito cuja importância altera-se com o passar dos anos, sem, contudo, perder seu significado histórico de expressão de consciência da finitude humana. O ser humano é o único animal que, por ser racional, vive sabendo que um dia sua passagem na Terra terminará. É algo assustador e ao mesmo tempo mágico, que muitas vezes torna-se crucial à escolha feita em determinado momento da vida. Inserido em um contexto social e econômico capitalista, esse homem – consciente de sua própria morte – terá de dedicar a maior parte *do seu tempo na terra* ao trabalho, seja ele subordinado ou autônomo” (SEVERO, 2009a, p.68).

A distribuição adequada do tempo dedicado ao trabalho e do que se emprega para o descanso, finalidade que se consegue mediante a limitação legal do primeiro. O Estado toma medidas para impedir abusos consistentes em ocupar os trabalhadores por mais tempo do que o conveniente, ou em horas que deveriam ser dedicados ao descanso, medidas que, como parte da política trabalhista, pertencem ao direito administrativo do trabalho. A essas razões de saúde física, moral e intelectual se juntaram, nos tempos modernos, outros motivos de ordem econômica, vinculados à desocupação. [...] A proteção do tempo de trabalho se realiza principalmente mediante a restrição de tempo dedicado ao trabalho e, só por exceção, também na forma regulamentar o tempo destinado ao descanso. [...] Questão de uma importância inestimável, já que o mau uso que muitos trabalhadores fazem de suas horas e dias de descanso põe em perigo a obra social e cultural que se desejou iniciar com a regulamentação legal da duração do trabalho (KROTOSCHIN apud SÜSSEKIND, 2005b, p.802).

É somente com a limitação da jornada de trabalho que o trabalhador poderá traçar seus objetivos e projetos de vida e realizá-los. É somente com esse tempo livre – necessário à condição humana – que ele poderá conviver em família, desenvolver-se pessoal e profissionalmente, conviver em grupos, etc. Afinal, o direito ao projeto de vida tem caráter fundamental, não havendo fundamento jurídico ou fático, para negá-lo aos trabalhadores, e permiti-lo às demais classes (LOGUERCIO, 2009).

3.1 Duração do trabalho, horário de trabalho e jornada de trabalho

Antes de abordar a previsão legal da jornada de trabalho na legislação brasileira, cumpre diferenciar três expressões comumente utilizadas que, embora correlatas, possuem significados diferentes. São elas: duração do trabalho, horário de trabalho e jornada de trabalho.

Leciona Delgado (2003) que a duração do trabalho é ampla, abrange as demais expressões – jornada e horário de trabalho – referindo-se ao período de tempo trabalhado ou ao período em que o trabalhador está à disposição do empregador, cuja mensuração pode ser realizada de maneira diária, semanal, mensal ou até mesmo, anual.

Nesse mesmo diapasão, está o entendimento de Sússekind (2005b, p.812), ao lecionar que a duração normal do trabalho “é o tempo máximo previsto para a execução, em um dado período (dia ou semana), dos encargos decorrentes da relação de emprego, sem a prestação de serviços extraordinários”.

A expressão “horário de trabalho” designa o período compreendido entre o início e o fim de uma jornada de trabalho. Também se utiliza a expressão para designar o período semanal de trabalho (DELGADO, 2003).

“A fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho, e se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição, configura o horário de trabalho” (SÜSSEKIND, 2005b, p.819).

Já a jornada de trabalho, refere-se “à quantidade de labor diário do empregado” (MARTINS, 2012a, p.520). “O vocábulo *giornata*, em italiano, significa dia ou jornada. [...] Jornada significa o que é diário. Seriam as 8 horas diárias de trabalho” (p. 520).

Refere-se, portanto, ao período diário em que o trabalhador se coloca à disposição do empregador. Apesar disso, no Brasil, a expressão “jornada de trabalho” é utilizada para designar um período de tempo maior do que o diário. Referindo-se a períodos semanais e até mensais. Em suma, utiliza-se tal expressão para designar o tempo trabalhado, bem como o tempo à disposição do empregador²⁰ (DELGADO, 2003).

A língua portuguesa continuou permitindo a associação com o tempo de trabalho diário, porém passou a aceitar a associação com os tempos semanal, mensal e anual. Nas demais línguas, a palavra jornada deixou de ser naturalmente associada ao trabalho, cedendo lugar às expressões horário de trabalho e tempo de trabalho (DAL ROSSO apud CALVETE, 2006, p. 28).

Cabe ainda dizer que “o conceito de jornada de trabalho deve ser analisado sob três prismas: do tempo efetivamente trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*” (MARTINS, 2012a, p. 520), os quais serão brevemente desenvolvidos no próximo ponto da presente pesquisa.

²⁰“Embora a jornada de trabalho refira-se, como visto, ao tempo em que se considera o empregado contratualmente à disposição do empregador em um dia, o avanço do Direito do Trabalho tem produzido a inserção de certos curtos períodos de intervalos *intra jornadas* dentro do conceito de jornada, como forma de remunerar tais curtos períodos e, ao mesmo tempo, reduzir o tempo de efetiva exposição e contato do trabalhador com a atividade contratada. Por essa razão é que se afirma que no lapso temporal da jornada deve incluir-se, também, não só o tempo trabalhado e à disposição, mas também o tempo tido como contratual estritamente por imposição legal (caso dos intervalos remunerados) – embora neste último lapso o empregado não labore nem sequer fique à disposição empresarial” (DELGADO, 2003, p.25).

3.2 Tempo efetivamente trabalhado, tempo à disposição do empregador e tempo *in itinere*

O tempo efetivamente trabalhado não é aplicado no Direito do Trabalho brasileiro, pois refere-se, somente, ao tempo em que o empregado está prestando serviço ao empregador. Refere-se ao tempo que ele está na linha de produção. Não leva em conta o tempo em que ele está na empresa, sob as ordens do empregador, mas não está produzindo, nem considera o tempo de deslocamento (MARTINS, 2012a).

Delgado (2003) corrobora com o entendimento de Martins (2012a) no sentido de que, ao admitir tal critério, estar-se-ia eliminando o período de tempo em que o trabalhador está à disposição do empregador e analisando somente a força de trabalho utilizada por este último, o que demonstra de forma clara que se estaria transferindo os riscos do empreendimento pertencentes ao empregador para o empregado. Porém, faz um alerta. Em que pese a rejeição deste critério pelo artigo 4º da CLT, não é uma vedação absoluta da legislação, haja vista que o sistema jurídico trabalhista permite o sistema de cálculo salarial por peça²¹, no qual é computado o salário conforme a produção.

O tempo à disposição do empregador é considerado, por sua vez, o tempo em que o trabalhador chega à empresa até o momento em que ele vai embora, sendo esta a teoria adotada pela CLT²² (MARTINS, 2012a).

Amplia-se, portanto, a composição da jornada, em contraponto com a sistemática anterior. Pelo parâmetro em análise, agrega-se ao tempo efetivamente laborado (que já importa na disponibilidade obreira em face do contrato) também aquele considerado à disposição do empregador, mas sem efetivo trabalho (DELGADO, 2003, p. 28).

Dessa forma, estando a jornada de trabalho estipulada entre as partes, de maneira expressa ou tácita, ela passa a vincular o empregado e empregador ao cumprimento do contrato, devendo o primeiro prestar seus serviços ou somente permanecer à disposição do empregador, devendo este, por sua vez, pagar o salário correspondente (SÜSSEKIND, 2005b).

²¹ “Art. 78 Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona”.

²² “Art. 4º Considera-se como de serviço efetivo o período e que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Por fim, o tempo *in itinere* é considerada como jornada de trabalho o período compreendido entre o momento em que o trabalhador sai de sua casa para trabalhar até o momento em que ele volta. Porém, a jornada nesse aspecto só é adotada no sistema jurídico brasileiro, nos casos em que o empregador fornece transporte aos empregados, sendo o local de trabalho de difícil acesso (MARTINS, 2012a).

Maior (2008, p. 292) conceitua horas *in itinere* como “as horas gastas pelo trabalhador no percurso de sua residência até o local de trabalho e vice-versa. Ainda segundo o mesmo autor, a interpretação jurisprudencial sobre esse tema também se deu em virtude do artigo 4º da CLT. Isso porque entendeu-se “que o tempo gasto para atingir o local de trabalho não servido por transporte público, em condução fornecida pelo empregador, é considerado tempo à disposição do empregador” (p. 292), devendo, portanto, ser integrado ao cálculo da jornada de trabalho.

Ademais, esclarece o autor que este tema sempre foi motivo de dúvidas por parte dos operadores do direito, tanto é que a Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – que disciplina a matéria – sofreu diversas modificações no decorrer dos anos, possuindo, hoje, a seguinte redação:

Súmula 90 - Condução Fornecida pelo Empregador - Jornada de Trabalho
I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho
II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas ‘in itinere’.
III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas ‘in itinere’.
IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas ‘in itinere’ remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.
V - Considerando que as horas ‘in itinere’ são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

Dessa forma, na sequencia será analisada a previsão constitucional para o instituto da jornada de trabalho, bem como sua previsão na CLT.

3.3 Jornada de trabalho: a previsão constitucional e o art. 58 da CLT

A Carta Magna de 1988 estabeleceu, em seu artigo 7º, inciso XIII²³, a jornada de trabalho em 8 horas diárias e 44 horas semanais. Além disso, estabeleceu no inciso XIX²⁴ do mesmo artigo a jornada máxima de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

Sobre essa limitação constitucional, salienta Delgado (2003, p. 73) que:

O Direito brasileiro prevê a existência de uma jornada-padrão de trabalho, com a respectiva duração-padrão semanal de labor, que se aplicam, como regra, ao conjunto de mercado laboral. A seu lado, porém, há módulos especiais de jornadas e de duração semanal de trabalho, que se aplicam a certas categorias específicas (bancários, por exemplo) ou a trabalhadores submetidos a sistemática especial de atividade ou organização do trabalho (trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, por exemplo).

A CF/1988 foi a primeira, entre as Constituições brasileiras, a limitar o trabalho semanal, ao passo que as anteriores tratavam somente do limite diário de 8 horas para a jornada trabalhista. Além disso, a nova Constituição passou a permitir a compensação da jornada, mediante acordos e convenções coletivas, proibindo, portanto, o aumento da jornada e o trabalho superior às 44 horas semanais estipuladas (MARTINS, 2012a).

Nesse aspecto, destaca Sússekind (2005b, p. 813) que a Carta Magna derogou o artigo 58 da CLT²⁵, que estabelecia somente o limitador de 8 horas diárias, e logo, 48 horas semanais. Além disso, a CF/1988 permitiu uma “maior flexibilização dos trabalhos aos sábados, seja para a formação do chamado ‘banco de horas’”, seja para a compensação.

Todavia, destaca Delgado (2003) que a Carta Magna de 1988 só revogou em parte o citado artigo 58, haja vista que a jornada padrão continua sendo de 8 horas

²³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de 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.

²⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

²⁵ “Art. 58 A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

por dia, e não de 7,33 horas – valor que se obtém da divisão da jornada semanal de 44 horas por 6 dias de trabalho.

O autor explica ainda que hoje a duração mensal de trabalho é de 220 horas, e que as regras previstas na CF/1988 possuem caráter imperativo a respeito desse limite, impedindo qualquer módulo mensal que o exceda – sendo permitida, no entanto, uma compensação de horários, diário ou semanal, no cômputo da jornada de trabalho, mas também que não exceda o limite mensal. Todavia, com o surgimento do sistema banco de horas, se permitiu o trabalho além da jornada mensal fixada, devendo sua compensação ocorrer no período máximo de 1 ano.

O caráter imperativo das normas jurídicas acerca da duração do trabalho conduz à conclusão de que será ineficaz regra jurídica heterônoma ou autônoma que estabeleça módulo mensal de labor acima das duzentas e vinte horas mensais [...]. O que a Constituição autoriza, como visto, será apenas o extrapolamento da duração diária de 8 horas ou semanal de 44 horas, desde que mediante regime compensatório de horários de trabalho, hábil a fazer respeitar, ao final do mês laborado, a fronteira máxima regular de duzentas e vinte horas (isso é claro, antes do surgimento do banco de horas) (DELGADO, 2003, p. 74).

Não se pode deixar de olvidar, no que tange ao caráter imperativo das regras constitucionais, a lição de Loguercio (2009) destacando que a CF/1988 limitou a jornada trabalhista como maneira evidente de impedir o retrocesso social em relação ao tema jornada, bem como aos demais direitos trabalhistas. Porém, em momento algum a Carta visou a impedir edição legislativa que fixasse limites inferiores àqueles dispostos no texto constitucional. Ou seja, o artigo 7º da CF/1988 autoriza os legisladores infraconstitucionais a permitirem vantagens aos trabalhadores, instituindo direitos capazes de melhorar sua condição social:

Destaco que o preceito não fala em melhoria das condições dos trabalhadores e sim melhoria das condições sociais dos trabalhadores, o que envolve, diretamente, além das condições *de trabalho*, as condições de vida para as quais a jornada de trabalho tem papel relevantíssimo (LOGUERCIO, 2009, p.52).

Dentre as condições favoráveis à qualidade de vida, estão os descansos trabalhistas, sobre os quais serão feitos breves apontamentos a seguir.

3.4 Descansos trabalhistas

Neste ponto da pesquisa monográfica, pretende-se discorrer sobre os

principais descansos trabalhistas previstos na legislação brasileira, em prol do trabalhador no decorrer de um contrato de emprego, a propósito: o repouso semanal remunerado, os feriados e as férias.

Leciona Barros (2011) que o instituto do descanso semanal remunerado foi inserido no Brasil com o Decreto nº 21.186 de 1932, estando entre os seus principais fundamentos a necessidade biológica e social do trabalhador. Afinal, após uma semana de trabalho é necessário que o homem trabalhador tenha tempo livre para a realização de outras tarefas como convívio familiar, práticas religiosas e atividades esportivas e culturais:

O repouso semanal remunerado é o direito assegurado ao empregado de abster-se de trabalhar durante, pelo menos, 24 horas consecutivas, prefixadas na semana, sem prejuízo do salário. O repouso semanal situa-se como hipótese de interrupção do contrato de trabalho e tem como características: a obrigatoriedade, que advém do caráter tutelar e das normas irrenunciáveis do Direito do Trabalho; a periodicidade, porque a pausa se repete intervalos determinados; a duração prefixada em pelo menos 24 horas e a correlatividade com as condições contratuais (BARROS, 2011, p. 571).

Previsto atualmente no artigo 7º, inciso XV²⁶ da Carta Magna e no artigo 67²⁷ da CLT, o descanso semanal sempre teve o domingo como dia preferencial para sua concessão, porém – de acordo com Delgado (2003) – o descanso concedido aos domingos não é uma regra absoluta no Direito do Trabalho, haja vista que existem empresas que possuem autorização para funcionar neste dia da semana, realizando, para tanto, uma escala de revezamento entre os trabalhadores.

Outrossim, no que diz respeito aos feriados, impende destacar o conceito de Delgado (2003, p. 151) que refere:

São [...] dias específicos, situados ao longo do ano-calendário, destacados pela legislação em face de datas comemorativas cívicas ou religiosas, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador.

Martins (2012a) acrescenta que, nestas datas, o trabalho é vedado, porém o empregado recebe o salário respectivo. Há casos, entretanto, em que se torna

²⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”;

²⁷ “Art. 67 – Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte”.

necessário que o trabalhador labore aos feriados, para tanto é assegurado o pagamento em dobro do valor respectivo ou a concessão de outro dia de folga.

Quanto às férias, leciona Martins (2012a, p. 589) que:

Visam a proporcionar descanso ao trabalhador, após certo período de trabalho, quando já se acumulam no organismo toxinas que não foram eliminadas adequadamente. Os estudos da medicina do trabalho revelam que o trabalho contínuo sem férias é prejudicial ao organismo. Sabe-se que, após o quinto mês de trabalho sem férias, o empregado já não tem o mesmo rendimento, principalmente em serviço intelectual. Pode-se dizer, ainda, em relação às férias, que elas são um complemento ao descanso semanal remunerado.

Assim como os demais direitos trabalhistas, o direito às férias possui amparo constitucional no artigo 7º, inciso XVII²⁸, bem como na CLT, no artigo 129²⁹ e seguintes, os quais visam a efetivação de outros direitos humanos fundamentais, tais como o direito ao lazer, ao descanso, ao convívio com a família e a sociedade (MARTINS, 2012a).

3.5 Jornada extraordinária

A jornada extraordinária ocorre sempre que o trabalhador continua a prestar serviço, ou permanece à disposição do empregador, após o fim da sua jornada normal, seja ela de 8 horas diárias ou inferior. Ou seja, estando convencionado entre trabalhador e empregador que a jornada será de 7 horas diárias, será extraordinário o serviço prestado após a sétima hora (SÜSSEKIND, 2005b).

Dispõe ainda o doutrinador que a CF/1988 permite que o trabalhador trabalhe permanentemente em jornada extraordinária³⁰, desde que não ultrapasse 2 horas

²⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”;

²⁹ “Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração”.

³⁰ “Contrariando disposição da Convenção nº1, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, no ano de 1919, que restringe o trabalho extraordinário (SÜSSEKIND, 2005b).

diárias. Em contrapartida, fixou o legislador, originário no artigo 7º inciso XVI³¹, um adicional de 50% do salário-hora normal.

Porém, o empregador não pode exigir que o trabalhador labore em jornada extraordinária. Somente poderá o empregador exigir a prestação de serviço após a jornada de trabalho normal, na hipótese de realização de serviços inadiáveis, em trabalhos urgentes, cuja inexecução possa acarretar prejuízo ao empregador ou em caso de força maior (MAIOR, 2008).

Nascimento (2009, p. 1149), ao referir sobre a possibilidade de jornada extraordinária por motivo de força maior, entende que a remuneração paga ao trabalhador, neste caso, deve ser igual ao salário-hora normal, a propósito: “Havendo força maior, a lei autoriza a prorrogação da jornada diária de trabalho dos empregados, dispondo, no entanto, que a remuneração será paga como normal. Não fixa limitação (CLT, art. 61)”.

Todavia, menciona Maior (2008) e Martins (2012a) que embora esteja positivado no artigo 61, parágrafo 2º da CLT, que nas hipóteses de jornada extraordinária por motivo de força maior o adicional não poderá ser inferior ao da hora de salário normal, o devido adicional será o mesmo de 50% estabelecido na Carta Magna que estabeleceu tal pagamento, sem exceções. Ou seja, a CF/1988 não faz distinções em relação à jornada extraordinária por força maior, ou à jornada extraordinária pelos demais motivos, devendo prevalecer o citado adicional de 50%.

Também merece análise – por ser de grande importância no tocante ao estudo das jornadas extraordinárias – o sistema de compensação de horas, também conhecido como banco de horas:

O inciso XIII do art. 7º da Carta Magna, depois de fixar em quarenta e quatro horas a semana normal de trabalho, facultou “a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. A flexibilização do tempo de trabalho está, portanto, sujeita à tutela sindical, visto que esses dois instrumentos normativos são firmados por sindicato representativo dos respectivos empregados (SÜSSEKIND, 2005b, p. 815).

³¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

O acordo de compensação de horas disciplinado no artigo 59, parágrafo 2º da CLT³², consiste, portanto, em “um ajuste feito entre empregado e empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar serviços em número de horas inferior ao normal em outros dias”, ou seja, é possível que o trabalhador trabalhe por um maior período quando há alta produção, compensando as “horas extras” realizadas quando a produção diminui (MARTINS, 2012a, p. 538). “Haverá, portanto, trabalho além da jornada normal, o qual, todavia, não é considerado extraordinário” (SÜSSEKIND, 2005b, p. 815).

Esse sistema, conforme Martins (2012a), possui diversas vantagens tanto para os empregadores, como para os trabalhadores, pois, segundo ele, evita o desemprego em períodos de crise das empresas, evita o ócio dos trabalhadores, diminui o pagamento de horas extras e outros custos para os empregadores e compensa o trabalho aos sábados e finais de ano.

Contrário ao entendimento anterior, Severo (2009a, p. 84) leciona que o sistema “banco de horas” constitui um exemplo clássico de negação da Carta Magna, haja vista que foi instituído³³ com a intenção de “proteger o mercado em detrimento do direito social de quem trabalha”.

Ademais, argumenta a autora que o citado sistema não está em consonância com o texto constitucional, visto que é contrário aos preceitos da valorização do trabalho, da promoção do pleno emprego e do pagamento do adicional no caso de jornadas extraordinárias, permitindo “a exploração do trabalho humano por um número superior de horas, negando a possibilidade de pagamento do adicional constitucionalmente assegurado” (SEVERO, 2009a, p. 87).

³² “Art. 59 A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. [...] § 2º – Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias”.

³³ A lei nº 9.601/1998 deu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 59 da CLT, estabelecendo o prazo máximo de 120 dias, porém a redação do dispositivo foi modificada pela Medida Provisória nº 216441 de 2001, permitindo a compensação em até 1 ano.

Nessa mesma linha está a lição de Marques (2006, texto digital), ao argumentar que o sistema “banco de horas” é atentatório ao princípio do não retrocesso-social, a propósito:

Por se tratar de um sistema extremamente perverso para o trabalhador, são, e disso não se tem dúvidas, inconstitucionais as cláusulas normativas relativas ao banco de horas, razão pela qual serão extras as horas prestadas pelos trabalhadores além da oitava diária e quarenta e quatro semanal ou, em havendo sistema de compensação semanal de jornadas, além da quadragésima quarta semanal, e décima diária, este último limite conforme artigo 59, parágrafo segundo, parte final, da CLT, pela validade do sistema de compensação semanal, este sim de interesse do trabalhador, pois que mais benéfico, já que elimina o trabalho em um dos dias da semana, por regra.

Por isso, cumpre dizer que o citado acordo de compensação de horários impede o pagamento do adicional pelo trabalho excedente e, mais que isso, impede a efetivação dos direitos constitucionais que limitam a jornada de trabalho em 8 horas diárias e 44 semanais, embora seja, hoje, “questão incontroversa que a jornada superior a 8 horas é prejudicial ao trabalhador, à produção e à coletividade”, além de “tornar o trabalhador um aposentado precoce e reduzir-lhe o tempo de convívio familiar [...] concorrendo [também] para agravar o desemprego” (SÜSSEKIND, 2005b, p. 833), questão esta que será desenvolvida no próximo ponto do trabalho monográfico.

3.6 Jornada e emprego

Conforme exposição supra, as longas jornadas suportadas pelos trabalhadores acarretam – além da inobservância dos direitos contidos na Constituição Federal – diversos prejuízos ao homem trabalhador. Causam problemas de saúde (física e psicológica), impedem o convívio familiar, o lazer e o descanso. Além disso, as jornadas extraordinárias a que o trabalhador é submetido comprometem seu desenvolvimento no ambiente de trabalho e são, também, uma das principais causas de (des)emprego no país. Por isso, na sequência, serão levantados aspectos importantes no que diz respeito à redução da jornada semanal de trabalho, bem como a redução das horas extraordinárias realizadas pelos trabalhadores brasileiros.

Delgado (2003) leciona que a evolução do sistema capitalista em países desenvolvidos tem demonstrado que a redução da jornada de trabalho é perfeitamente compatível com o avanço do sistema econômico, ao passo que incentiva os capitalistas na busca de melhores instrumentos tecnológicos e organizacionais que permitam uma compensação pela limitação do trabalho humano. Ademais, “a redução da duração do trabalho desponta, sem dúvida, como um dos mais eficazes instrumentos de redistribuição social de, pelo menos, parte dos enormes ganhos de produtividade alcançados [...] pelo capitalismo” (DELGADO, 2003, p. 22).

Compatível com esse entendimento está a lição de Borges (2009, p. 21), ao lecionar que “a redução da jornada de trabalho gera emprego e favorece o crescimento”. O autor refere que na França, quando da implantação da jornada de 35 horas semanais, a economia teve um visível crescimento. Houve, também, um aumento do consumo e uma melhora da distribuição de renda. Isso porque ocorreu uma grande redução do desemprego e uma melhora na qualidade de mão de obra oferecida pelo trabalhador: “A experiência concreta sugere que a redução da jornada favorece o desenvolvimento, embora o choque de interesses entre capital e trabalho ofusque esta verdade” (p. 20).

Schmidt e Vargas (2011, texto digital), nessa mesma linha, ressaltam que a luta pela limitação da jornada de trabalho sempre foi o tema principal nas manifestações sindicais, porém, não se trata somente de reivindicações obreiras que visam a diminuir o tempo de trabalho; trata-se de reivindicações com grande repercussão econômica, social e política, visto que a força de trabalho e sua qualidade atuam diretamente como um mecanismo de distribuição de renda, fomento de distribuição econômica, medida de saúde pública e de bem-estar social, e ainda, “como fator de arranjo do poder dentro da sociedade no rumo de uma desejada maior igualdade real”.

Afirmam ainda os autores que, no Brasil, é de conhecimento comum o fato de que grande parte dos trabalhadores trabalha em jornada extraordinária, ou seja, muito mais que as 44 horas semanais previstas na CF/1988 e, mais que isso, é de conhecimento comum também que a maioria dessas horas extraordinárias não são

pagas corretamente, o que acarreta em prejuízos não só para o trabalhador, mas também para a sociedade³⁴:

[...] a própria permissão legal para o trabalho em horas extras contraria o grande objetivo social de assegurar o pleno emprego. Cada oito horas extras realizadas por dia, em tese, dispensam a contratação de um novo empregado. O instituto das horas *extraordinárias*, como o próprio nome já indica, deveria ser destinado exclusivamente para situações excepcionais. Tornando-se corriqueira e habitual a prestação de horas extras, ocorre uma evidente distorção desse instituto, permitindo-se que o empregador reduza seus custos produtivos pela dispensa da contratação de trabalhadores adicionais (SCHMIDT; VARGAS, 2011, texto digital).

Borges (2009, p.16) revela que a única razão que sustenta a tamanha rejeição à tentativa de impor limites ao trabalho humano é a “ambição egoísta pelo lucro máximo” pertencente aos capitalistas, que não possuem “qualquer compromisso com os que vivem do trabalho e com o desenvolvimento da nação” (p.16).

No entanto, os argumentos favoráveis à limitação da jornada de trabalho são vários e, para comprovar esse entendimento, o autor faz uso de um estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Socioeconômicas (DIEESE), cujos dados demonstram que, no Brasil, existem muitos desempregados e, em contrapartida, existem muitas pessoas trabalhando em jornadas demasiadamente longas em virtude dos avanços da tecnologia. Esse desequilíbrio, entre os que trabalham muito e os que não trabalham, tem gerado diversos problemas de saúde e também de convivência social, tais como: estresse, depressão, lesão por esforço repetitivo, dificuldades de convívio em grupos, e desestruturação das famílias. Além disso, demonstra o estudo citado por Borges (2009) que a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais geraria em torno de 2.252.600 novos postos de trabalho³⁵, os quais só seriam possíveis com o fim das horas extraordinárias e com uma nova regulamentação do “banco de

³⁴ “[...] o prejuízo social é ainda maior quando as horas extras não são pagas ou são apenas parcialmente pagas. Nesse caso, há uma grave violação dos direitos dos trabalhadores e, também, há uma sonegação de contribuições sociais imprescindíveis para o financiamento da seguridade social (Previdência Social, FAT, Seguro-desemprego, Seguro-acidente, etc.) Conforme estimativa da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério Público do Trabalho, as empresas deixam de pagar, anualmente, no Brasil, R\$ 20,3 bilhões relativamente a horas extras, sonegando R\$1,6 bilhões ao FGTS e R\$4,1 à Previdência Social. Assim, deixam de ser gerados 1 milhão de empregos por ano” (SCHMIDT; VARGAS, 2011, texto digital).

³⁵ Na realização do estudo foi considerado que o Brasil tenha 22.526.000 pessoas em contrato de trabalho de 44 horas semanais – conforme dados do ano de 2005 da Relação Anual das Informações Sociais (RAIS), do Ministério do Trabalho e Emprego – diminuindo, então, 4 horas de trabalho semanais de cada uma delas, criasse 2.252.600 novos postos de trabalho (BORGES, 2009).

horas”. Aliás, este estudo utilizado pelo autor demonstra, também, que o fim da jornada extraordinária poderia gerar 1.200.000 postos de trabalho³⁶.

Calvete (2006, p. 178), ao discorrer sobre o tema, também ressalta que as medidas de redução da jornada de trabalho precisam ser realizadas em conjunto com demais alterações no âmbito justrabalhista, ao passo que, para que sejam efetivas e possam potencializar a criação de novos empregos, “devem ser tomadas medidas que impeçam, ou pelo menos controlem, os instrumentos de intensificação e flexibilização do uso da mão de obra,” tais como: “regulamentação mais restritiva da utilização das horas extras, regulamentação da modulação da jornada de trabalho, algum controle sobre a intensidade do trabalho, fiscalização, etc”.

Além disso, esclarece o autor que o argumento capitalista a respeito do drástico aumento de custos que seria suportado em função da diminuição das horas laboradas por alguns trabalhadores e logo, da contratação de outros, não merece prosperar, pois contrastando os ganhos de produtividade com os pequenos custos, estes se tornariam insignificantes.

Impende acrescentar, ainda na lição de Calvete (2006, p. 181), que o principal impasse para a redução das horas laboradas no país³⁷, não possui viés econômico, e sim, político, porque:

[...] de um lado estão os trabalhadores interessados em usufruir uma melhor qualidade de vida e aumentar sua apropriação da renda; de outro, os empresários interessados em diminuir custos, maximizar lucros e também aumentar a apropriação do excedente.

Por fim, é importante acrescentar, com o magistério de Delgado (2003, p. 22), que “a criação de empregos novos em face do encurtamento da duração do trabalho seria fundamental mecanismo de democratização do progresso científico e tecnológico alcançado pela humanidade nas últimas décadas”, afinal, em um Estado Democrático de Direito, não é admissível que tais avanços permaneçam concentrados nas mãos das elites capitalistas.

³⁶ Também com dados da RAIS, de 2005, verificou-se que são realizadas, aproximadamente, 52.800.000 horas extras por semana, que divididas pelas 44 horas da jornada normal resultam em 1.200.000 novos empregos (BORGES, 2009).

³⁷ Tramita no Congresso Nacional, desde 1995, a PEC nº231, que prevê a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais, e aumenta para 75% a remuneração de serviço extraordinário (BRASIL, 1995).

No capítulo que segue, será analisada a possibilidade de indenização por dano existencial na relação trabalhista frente às excessivas jornadas e à inobservância dos direitos humanos fundamentais.

4 A INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO TRABALHISTA

O tema dano existencial teve origem, como se viu, recentemente, na Itália, e é um conceito ainda pouco utilizado no direito brasileiro. Trata-se de uma subdivisão dos danos imateriais e que, basicamente, divide-se em danos ao projeto de vida e danos à vida de relações. Embora seja, pouco conhecido no Brasil, tem sido objeto de estudo em diversos ramos do direito, inclusive no direito trabalhista.

Assim, o objetivo deste terceiro e último capítulo do desenvolvimento será confrontar as excessivas jornadas impostas aos trabalhadores, bem como a inobservância dos direitos humanos fundamentais previstos na CF/1988, com a possibilidade de indenização por dano existencial.

Para tanto, analisar-se-ão aspectos relevantes da responsabilidade civil no Direito brasileiro e contextualizar-se-á o dano existencial entre as espécies de danos extrapatrimoniais. Outrossim, verificar-se-á o direito à desconexão do trabalhador e a necessidade de valorização do tempo existencial, trazendo, ainda, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais trabalhistas sobre o tema.

4.1 A responsabilidade civil e os danos extrapatrimoniais

Destaca Soares (2009) que a obrigação de indenizar também recebeu a atenção do texto constitucional. Segundo a autora, a CF/1988 estabeleceu, primeiramente, como bem maior, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana. Na sequência, a Carta de 1988 resguardou outros interesses –

também supremos – estabelecendo a devida responsabilização caso sejam violados.

Além disso, o texto constitucional estabeleceu no artigo 5º, inciso V³⁸, o direito de resposta proporcional à ofensa, bem como o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem. E, em que pese o legislador originário não ter utilizado a expressão extrapatrimonial, visou a assegurar o direito à indenização, dando proteção constitucional aos danos imateriais³⁹. Por isso, conclui-se que a responsabilidade civil está intimamente ligada “à pessoa humana e seu contexto histórico, cultural, econômico e social” (SOARES, 2009, p. 23), sendo a dignidade da pessoa o fundamento primordial do instituto da responsabilidade civil, que tem como objetivo – além de verificar seus pressupostos, espécies, conduta e nexo de causalidade – analisar as possíveis repercussões que determinada conduta gera para o lesado.

Nesse diapasão, adiante, serão analisados os principais desdobramentos da responsabilidade civil, suporte teórico necessário à resolução do problema, objeto deste estudo.

4.1.1 Responsabilidade civil: o conceito

O instituto da responsabilidade civil impõe ao causador do dano a obrigação de reparação àquele que sofreu o prejuízo. Fiuza (2010) ensina que a palavra responsabilidade possui diversos significados, mas, juridicamente, possui o sentido de que devemos responder pelos atos que praticamos.

Nessa mesma linha está a lição de Venosa (2004, p. 490), que define a responsabilidade como a análise de um dever violado: “Entendemos por dever o ato

³⁸CF/1988. “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”;

³⁹“[...] Mesmo que não fosse esse o entendimento, pode-se dizer que o §2º do artigo 5º [...] oportuniza a interpretação em tal sentido, pois afirma que os direitos e garantias reconhecidos, expressamente, não excluem outros que sejam admitidos em razão “do regime e dos princípios” adotados pela Constituição ou de tratados que o Brasil adira” (SOARES, 2009, p.61).

ou a abstenção que devem ser observados pelo homem diligente, vigilante e prudente”.

Conforme Melo (2004, p. 172), o termo responsabilidade advém da palavra *respondere* que, traduzido para o português, significa responder, responsabilizar-se; a palavra responsabilidade possui, dessa forma, um amplo significado, colocando um dever jurídico em determinado sujeito, em virtude de um contrato ou de uma lei que satisfaça obrigações devidas: “A responsabilidade decorre da convenção (contrato) ou de uma norma jurídica”.

Plácido e Silva apud Fiuza (2010, p. 280) define a responsabilidade como:

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Melo (2004, p. 172) ainda esclarece que, no Direito brasileiro, existem diversos tipos de responsabilidade – civil, criminal, administrativa, trabalhista – sendo que o termo responsabilidade civil significa “o dever de reparação do dano injustamente causado a outrem”. A responsabilidade civil é, portanto, o instituto responsável por apurar o dano causado, para que se possa exigir a devida reparação⁴⁰ do causador que servirá, também, como pena.

4.1.2 Responsabilidade por atos lícitos e ilícitos

De acordo com Fiuza (2010), o dever de indenizar decorre de atos lícitos e ilícitos. A responsabilidade por atos ilícitos decorre, por exemplo, de uma obrigação contratual, em que uma das partes não cumpre o estipulado, desta forma o inadimplente estará gerando um dano à outra parte contratante, dando ensejo a uma reparação. O autor afirma, também, que a ilicitude que dá direito à reparação poderá

⁴⁰ A reparação civil é o resultado da responsabilidade civil por dano de qualquer espécie com relação ao mal causado pela ofensa à pessoa ou à coisa. É a reparação civil, no mundo moderno, sucedâneo à antiga satisfação da vítima pela vingança [...] (MELO, 2012, p. 172).

ser oriunda de outros atos lícitos, tais como a gestão de negócios e a promessa de recompensa.

No que refere à responsabilidade contratual, Venosa (2004) salienta que o fato determinante para estabelecer a responsabilidade em um contrato, diante do descumprimento de uma das partes, é o prejuízo. Sem ele, o interessado poderá, somente, pedir a rescisão do contrato, não tendo direito de indenização.

Todavia, não havendo contrato, configura-se a responsabilidade extracontratual quando ocorrer o ato ilícito. Este, segundo o doutrinador, é que dará margem à reparação do dano causado. O Código Civil de 2002 (CC/2002) tratou dos atos ilícitos em seus artigos 186 e 187, a saber:

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Mas foi no artigo 927 do mesmo Código, que ficou estabelecido o dever de reparação, a partir dos atos ilícitos praticados, a propósito: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, o ato ilícito, uma vez praticado pelo agente, carece de sua reparação que, na lição de Fiuza (2010, p. 281), poderá se dar através de uma indenização por danos, ou de diversas outras formas:

Praticado, pois, o ato ilícito, surge para o autor a responsabilidade de sujeitar-se às sanções impostas pela Lei. Essas sanções podem ser as mais variadas, como adimplir a obrigação contratual, pagar multa fixada em cláusula contratual, indenizar danos, conceder à vítima o exercício de direito de resposta [...], desmentir uma afirmação falsa [...].

Porém, para que se possa falar em reparação, é necessário, primeiramente, comprovar os pressupostos da responsabilidade civil – a culpa ou dolo do agente que causou o dano, e o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o seu resultado – os quais serão estudados na sequência.

4.1.3 Ação ou omissão, culpa do agente, nexa causal

Ensina Melo (2012) que a conduta do agente que causa o dano é um dos aspectos mais importantes no que tange ao estudo da responsabilidade civil. Segundo ele, o dever de indenizar surge a partir de uma ação que poderá ser omissiva ou comissiva, devendo ter em sua origem um ato ilícito⁴¹ demonstrado através da comprovação da culpa.

Ademais, ensina o doutrinador que a responsabilidade e o dever de reparação – além de decorrer da conduta do agente – podem decorrer de um ato praticado por terceiro, que age em nome do agente. Também ocorrerá o dever de reparação quando os danos advirem de ações ou omissões relativas a coisas que pertençam ao agente ou estejam sob sua guarda.

Nessa mesma linha de estudo, Melo (2004, p. 184) refere que a ação do agente constitui um ato positivo, e a omissão – por sua vez – um ato negativo, ou seja, “a ausência de um ato que incumbia a alguém praticar [...]. Tanto a ação como a omissão podem decorrer de ato próprio do agente⁴², de terceiro⁴³, ou de coisa que está sob a guarda daquele⁴⁴”.

Diniz apud Melo (2012, p. 49) ratifica:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e obviamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou da coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Não se pode deixar de olvidar, contudo, que para caracterizar a responsabilidade, deve ser analisada a culpa ou o dolo do agente que – supostamente – causou o dano. “Assim, como regra geral, só há de se falar em

⁴¹“Cumprir observar que, em caráter excepcional, o dever de indenizar poderá decorrer da prática de um ato que pode ser perfeitamente lícito quando se tratar de atividade de risco ou de determinação legal, razão por que não se perquire sobre a culpa, porquanto a responsabilidade, nestes casos, será objetiva” (MELO, 2012, p.49).

⁴²“A responsabilidade civil por ato próprio ocorre quando alguém, por exemplo, atropela com seu veículo uma pessoa e esta sofre lesões corporais incapacitantes” (MELO, 2004, p. 184).

⁴³“A responsabilidade por ato ou fato de terceiro tem lugar, v.g. nos casos de danos causados por filhos menores, por empregados ou prepostos” (MELO, 2004, p. 184).

⁴⁴ “Pode ocorrer, ainda, a responsabilidade de danos praticados por animais ou coisas, neste último caso, pode-se citar o exemplo de um objeto caído de certa altura de um prédio em construção que venha a atingir com ferimentos pessoas que estejam passando pela rua” (MELO, 2004, p. 184).

reparação do dano causado quando o ato do agente tenha sido praticado mediante dolo ou culpa, devidamente comprovado pela vítima” (MELO, 2004, p. 185).

Consoante a doutrina de Nader (2010), entende-se por dolo a conduta voluntária do agente, aquela realizada quando ele pretende causar dano a alguém, também conhecida na doutrina como culpa delitual. Por culpa, ou culpa *stricto sensu*, compreende-se a conduta em que se manifesta a imprudência, imperícia ou negligência do agente.

Compatível com esse entendimento está a lição de Rodrigues (2003, p. 16), que explica:

O dolo ou resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela.

Com efeito, no que refere à negligência, imprudência e imperícia Nader (2010, p. 98), destaca:

Por negligência, quando a atitude é de menoscabo, de incúria, de omissão. O agente deve, por exemplo, pôr óleo na máquina antes de colocá-la em funcionamento e se esquece da providência, provocando prejuízo a outrem. Na imprudência, não observa a cautela necessária, criando riscos, como na hipótese em que, por excesso de velocidade, provoca o capotamento do carro e danos corporais em seu acompanhante. Caracteriza-se a imperícia quando o dano decorre da inobservância de normas técnicas, como no caso em que o motorista provoca abalroamento por golpe errado de direção. Enquanto na conduta dolosa o agente atua conscientemente e deseja o resultado nocivo a outrem, na conduta culposa apenas age determinadamente, sem prever ou desejar, todavia, a prática de dano.

Para esse doutrinador, culpa e dolo formam a chamada culpa *lato sensu*, que constitui elemento essencial da conduta, ou seja, na responsabilidade civil não importa se a conduta do agente se deu por culpa – *stricto sensu* – ou por dolo. O dever de reparação persiste de qualquer maneira, pois o instituto pressupõe a culpa *lato sensu*.

Nesse diapasão, importante salientar o magistério de Venosa (2004) que destaca que o dever de reparação somente ocorre quando é possível atribuir a alguém a responsabilidade por alguma conduta. Dito de outro modo, não ocorre a responsabilidade civil quando o dano decorre de acontecimentos que independem da vontade humana, tais como o caso fortuito e a força maior. Todavia, a legislação

pátria tem se manifestado no sentido de atribuir a alguém o dever de reparação – mesmo nesses casos – com o objetivo de garantir um aumento dos danos indenizáveis, além de garantir o equilíbrio da sociedade.

Acrescenta Melo (2012) que o caso fortuito tem origem em acontecimentos que são alheios à vontade das partes. É possível citar, por exemplo, as greves, as guerras, os motins. Já a força maior tem origem em acontecimentos que são alheios à vontade humana, decorrendo de acontecimentos naturais, como raios, terremotos, inundações etc. Todavia, a legislação civil brasileira trata ambos como se iguais fossem⁴⁵, não fazendo distinção entre eles.

Para caracterização do caso fortuito ou de força maior, é preciso que o evento possa ser classificado como inevitável e irresistível a qualquer esforço humano, quando, então, a sua ocorrência fará cessar a responsabilidade de indenizar, porquanto esses fatos excluem a culpabilidade do agente, visto que não se poderia atribuir a ele nem dolo nem culpa (MELO, 2012). Por conseguinte, o caso fortuito e a força maior, respectivamente, dizem respeito aos eventos imprevisíveis e inevitáveis, excluindo a responsabilidade⁴⁶ e quebrando o nexo de causalidade.

Aliás, a esse respeito importa dizer que para que seja possível a reparação pelo dano causado, necessário se faz a prova da relação de causalidade entre a ação/omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Dito de outro modo, a vítima (autora) deverá comprovar que o dano sofrido por ela foi resultado da atitude do agente (réu), pois do contrário não logrará êxito em seu pedido de indenização (RODRIGUES, 2003).

De acordo com Melo (2004, p. 186), o nexo causal ou a relação de causalidade nada mais é do que “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano resultante”. Conforme o autor, o nexo de causalidade é uma ligação que deve existir entre o ato ilícito do agente e o dano suportado pela vítima, sendo necessário que se demonstre que sem o ato do agente esse dano não ocorreria.

⁴⁵ CC/2002. “Art. 393 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁴⁶ “O caso fortuito e a força maior são elementos de exclusão da responsabilidade exatamente porque quebram o elo que ligaria o ato do agente e o evento lesivo advindo. Poderíamos afirmar que é um caso típico de irresponsabilidade tanto subjetiva quanto objetiva” (MELO, 2012, p. 65).

Incumbe dizer, ainda na lição do doutrinador, que a inexistência dessa ligação, necessária para a comprovação do dano, dá margem às excludentes de ilicitude:

Como por exemplo, num acidente que venha a ocorrer não em decorrência de um ato do suposto agente, mas por culpa exclusiva da vítima, que se atirou na frente do veículo, sendo manifesta a ausência de causalidade entre o dano resultante e o ato do motorista do aludido veículo (MELO, 2004, p. 186).

As excludentes de ilicitude são circunstâncias que – em que pese o ato ilícito tenha ocorrido – a responsabilidade do agente é excluída, ou seja, ocorre um rompimento do nexos causal. Conforme estabelecido na legislação civil, existem três hipóteses em que o laço entre o ato ilícito e o dano causado pelo agente é rompido: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima⁴⁷ e fato de terceiro⁴⁸ (MELO, 2012).

Além disso, importa dizer que há casos em que ocorre a “concorrência de causalidade entre o comportamento do agente do dano e a vítima” (MELO, 2004, p.186), situações em que o Judiciário acaba levando em conta a contribuição de ambos os sujeitos, quando da fixação da reparação.

Com efeito, o estudo da teoria do nexos causal é de enorme importância no que tange ao instituto da responsabilidade civil, pois trata-se de uma incumbência a ser realizada pela vítima, a ela incumbe a prova do nexos de causalidade sob pena de improcedência da ação de indenização⁴⁹. E embora, aparentemente, o estudo do nexos de causalidade seja bastante simples, nas situações práticas ele se torna, muitas vezes, bastante complexo (MELO, 2012).

⁴⁷ “A culpa exclusiva da vítima é um dos excludentes do dever de indenizar. Não poderia ser e outra forma, se o agente em nada contribuiu para a ocorrência do evento, tendo sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, não há falar-se que exista nexos entre o resultado lesivo e a ação praticada” (MELO, 2012, p. 63).

⁴⁸ “Fato de terceiro é o evento que nem a vítima, nem o agente, deram causa a sua incidência. Em muito se assemelha ao caso fortuito e a força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, que são os elementos a excluir o dever de indenizar, exatamente porque desfazem o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo” (MELO, 2012, p. 64).

⁴⁹ “[...] em sede de responsabilidade objetiva, a vítima, embora não precise provar a culpa do agente, deverá, obrigatoriamente, provar o dano e o nexos de causalidade que ligue o evento danoso ao responsável pela atividade. Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual” (MELO, 2012, p. 58).

4.1.4 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Fiuza (2010) estabelece que a responsabilidade que se baseia na culpa do autor quando do ato ilícito denomina-se responsabilidade subjetiva. Rodrigues (2003), nessa mesma linha, assevera que na responsabilidade subjetiva a prova da culpa do agente causador do dano é de extrema importância, pois somente com sua devida comprovação surgirá o dever de indenizar, além disso, esta espécie de responsabilidade civil analisa se o agente agiu com culpa ou com dolo.

Melo (2004, p. 179) acrescenta que “se não houver culpa, ou melhor, se não ficar demonstrada a culpa do agente, não há que se falar em responsabilidade, ficando a vítima com os prejuízos decorrentes do ato”. É necessário que reste comprovada a vontade do agente em causar o dano (dolo) ou a sua culpa, baseada nos preceitos de imprudência, negligência e imperícia.

Ainda de acordo com o doutrinador, é importante dizer que, em alguns casos, haja vista a grande dificuldade das vítimas de provarem o dano causado pelo agente, o ordenamento jurídico – com a inversão do ônus da prova para o causador do dano – admite a culpa presumida. Desse modo, “o autor da demanda somente precisa provar a ação ou omissão do agente e o dano resultante, porque a culpa do réu é presumida” (MELO, 2004, p. 179).

Martins (2012b, p. 28), por sua vez, declara:

Na responsabilidade subjetiva, há necessidade de prova de dolo ou culpa. É preciso verificar três fatores: (a) o elemento formal, que é o ato de violação de um dever jurídico; (b) o elemento subjetivo: dolo ou culpa (negligência, imprudência e imperícia); (c) o elemento causal-material, que é o dano.

Nader (2010), ao explicar que a responsabilidade subjetiva é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro e que somente com base na culpa ou no dolo do agente é que restará configurada a obrigação de indenizar, acrescenta que, apesar de sua importância, a responsabilidade civil não é capaz de satisfazer os anseios de justiça da sociedade, afinal, somente com base na culpa muitos danos ficariam sem a devida reparação.

Por isso, a legislação brasileira acabou concebendo a responsabilidade

objetiva (ou a teoria do risco⁵⁰) para os casos em que há uma maior dificuldade de provar a culpa do agente:

Para certos tipos de lesões, em que há manifesta dificuldade de se provar a culpa, o legislador estabelece presunções a favor do ofendido. Em matéria de acidente do trabalho, por exemplo, aplica-se a teoria do risco: aquele que tira proveito das vantagens de uma atividade, geradora de riscos para o trabalhador, deve suportar os ônus dela decorrentes, isentando-se a vítima de provar a culpa do titular da empresa (NADER, 2010, p.32).

A responsabilidade objetiva, portanto, é uma responsabilidade sem culpa que se baseia apenas na ocorrência do dano (FIUZA, 2010).

Nader (2010, p.11) assevera:

Na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Melo (2004), por sua vez, leciona que teoria da responsabilidade objetiva chegou a vigorar no Direito Romano, fazendo parte da legislação civilista de muitos países, porém, sempre como exceção à regra da responsabilidade civil. Conta ainda o autor que, na França, a responsabilidade civil objetiva ganhou diversos adeptos como Salles, Joserand, Ripert, Demogue, Mazeaud e Mazeaud, os quais foram os primeiros defensores desta teoria e, portanto, os maiores adversários da teoria subjetiva.

No Brasil, Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Orlando Gomes, Santiago Dantas e outros, destacaram-se como os principais defensores da teoria objetiva, que – em sua essência – “não visa ao autor do dano, porém, a vítima” (PEREIRA apud MELO, 2004, p.180), sendo esta “que merece mais proteção por razões de ordem equitativa e social” (p.180).

Rodrigues (2003) comenta que a legislação brasileira possui pouquíssimas situações em que a teoria objetiva é utilizada. Conforme o autor, o Decreto nº2.681 de 1912 foi um dos primeiros a ser editado nos moldes da responsabilidade objetiva.

⁵⁰ “[...] nas modalidades risco profissional, risco proveito e risco criado” (MELO, 2004, p.180).

Tratando da responsabilidade das estradas de ferro, estabeleceu em seu artigo 26⁵¹ que as estradas de ferro eram responsáveis por todos os danos causados aos proprietários das terras marginais.

O Decreto 7.036, de 1944, também estabeleceu em seu texto que o empregador é responsável pelos danos causados ao trabalhador. No artigo 7^o⁵² do texto legal, entretanto, estão elencadas as duas hipóteses de exceção à teoria objetiva estabelecida: sendo aqueles os acidentes resultantes do próprio dolo do trabalhador, ou ainda, aqueles decorrentes de força maior. Mais tarde, a Lei nº 5.316, de 1967, alterou o citado decreto que, por sua vez, foi alterada pela Lei nº 6.367 de 1976, porém, ambas mantiveram o sentido do Decreto supramencionado. Somente em 1991, com a edição da Lei nº 8.213⁵³, é que foram excluídos da classe dos acidentes trabalhistas aqueles decorrentes de dolo do próprio trabalhador.

Acrescenta ainda o autor que outro importante exemplo de responsabilidade objetiva é o Código de Defesa do Consumidor – instituído pela Lei nº 8.078, de 1990

⁵¹ “Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais. Cessará, porém, a responsabilidade, se o fato danoso for consequência direta da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro” (RODRIGUES, 2003, texto digital).

⁵² “Art. 7º - Não é acidente do trabalho : a) o que resultar de dolo do próprio acidentado, compreendida neste a desobediência a ordens expressas do empregador; b) o que provier de força maior, salvo o caso de ação de fenômenos naturais determinados ou agravada pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço” (RODRIGUES, 2003, texto digital).

⁵³ “Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. [...] Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
- b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
- c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive, veículo de propriedade do segurado;
- d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior.

– que estabeleceu duas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não é analisada a culpa do causador do dano. Trata-se dos artigos 12⁵⁴ e 14⁵⁵ do referido diploma que estabelecem que o fornecedor responde, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores quando da existência de defeito em seus produtos, bem como por defeitos resultantes da prestação de seu serviço.

Por fim, impende dizer que a responsabilidade objetiva demonstra ser de grande importância no que refere às facilidades experimentadas pelas vítimas, que – não fosse a teoria objetiva – não conseguiriam provar os danos experimentados e, logo, não lograriam êxito em suas ações de reparação. Todavia, é necessário esclarecer que ambas as teorias são de grande relevância no ordenamento jurídico, devendo, cada uma, prevalecer conforme a situação (MELO, 2004).

4.1.5 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais

Outro ponto de grande importância, no que tange ao estudo da responsabilidade civil, é o dano. Isso porque, conforme destacado por Melo (2012), impossível será indenizar a vítima ou recompensá-la, se não restar devidamente comprovado o dano por ela sofrido⁵⁶.

Nesse diapasão, torna-se necessário conceituar esse importante pressuposto da responsabilidade civil, a propósito:

Dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente [...] ou em razão da atividade desenvolvida [...], cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo (MELO, 2012, p. 56).

⁵⁴ CDC. “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” [...].

⁵⁵ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” [...].

⁵⁶ “[...] o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém”(RODRIGUES, 2003, p.18).

Para Plácido e Silva apud Fensterseifer (2008, p.79):

A palavra dano deriva do latim *damnum*, que genericamente significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, do qual possa resultar uma deterioração ou destruição a coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio.

Melo (2004) leciona que o dano nada mais é do que o prejuízo experimentado pela vítima seja na sua esfera patrimonial⁵⁷ ou moral⁵⁸ em virtude de uma atitude do agente. Este dano, na maioria das vezes, será indenizável. Todavia, será necessário demonstrar a diminuição patrimonial ou o bem jurídico que foi lesado pelo agente, bem como a relação causal entre o dano e o ato ilícito praticado.

Conclui-se, portanto, que os danos podem ser de cunho patrimonial – quando afetam o patrimônio da pessoa – ou extrapatrimonial – quando lesam um bem jurídico, tal qual a dignidade, a honra, a imagem.

Conta Fensterseifer (2008) que a palavra patrimônio tem origem no latim *patrimonium*, que é composto por *pater* que significa o chefe da família e *nomos* que significa lei, usos e costumes. Todavia, a palavra patrimônio⁵⁹ é definida, costumeiramente, como o conjunto de bens de valor quantificável e econômico. Por isso:

Dano patrimonial, será sempre aquele dano com reflexo direto ou indireto no conjunto de bens com conteúdo econômico (patrimônio) da vítima, seja ele corpóreo ou incorpóreo, susceptível de quantificação, de modo a causar uma redução e gerar sua recomposição como obrigação direta do infrator. A recomposição, neste caso, tem o objetivo de fazer com que haja o retorno ao *status quo ante* e, por esta razão, a reparação poderá ser matéria (*in natura*) ou pecuniária (FENSTERSEIFER, 2008, p. 88).

⁵⁷ “O dano pode ser aquiliano ou contratual, quando decorrente de ato ilícito ou, oriundo de uma violação à lei, também por culpa ou dolo do agente que causou desfalque no patrimônio da vítima, devendo a sua indenização ser a mais ampla possível para recompor o patrimônio perdido ou desfalcado. Este é o dano material ou patrimonial” (MELO, 2004, p. 187).

⁵⁸ “Também o dano moral, dependendo do ordenamento jurídico, é indenizável, não como uma quantificação patrimonial, que é possível, mas com o objetivo duplo de impor uma sanção ao agressor para que não mais volte a infringir direito e, também, com o objetivo de provocar na vítima uma sensação de prazer para compensar a dor provocada pelo ato danoso” (MELO, 2004, p. 187).

⁵⁹ “O conceito de patrimônio começou a ser constituído na época romana ao distinguir direitos reais de direitos obrigacionais, também denominados de direitos materiais. Para os romanos, o direito real era constituído por uma faculdade atribuída a um cidadão (porque os escravos não podiam ser detentores de patrimônio), oponível *erga omnes* sobre uma determinada coisa de forma a autorizar que o seu detentor pudesse dispor ao seu talante enquanto que, o direito obrigacional, também visto como uma faculdade do cidadão, seria uma relação transitória entre um credor e um devedor tendo por objeto uma prestação que poderia ser uma relação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. A este conjunto de direitos reais e obrigacionais era atribuída a denominação de patrimônio” (VENOSA apud FENSTERSEIFER, 2008, p.86).

O autor ainda refere que, dentro do conceito de dano patrimonial, estão incluídas as noções de dano emergente e lucros cessantes⁶⁰, os quais também são conhecidos como dano atual e dano futuro. Por dano emergente compreendem-se os prejuízos causados aos bens/interesses que a vítima possui naquele momento. Lucros cessantes, por sua vez, referem-se aos prejuízos futuros do lesado, os quais são, ainda, imprevisíveis, porém passíveis de indenização.

No que tange ao estudo dos danos extrapatrimoniais (ou não patrimoniais), leciona Martins (2012b, p. 28) que são aqueles que “atingem a honra, a reputação da pessoa, o respeito aos mortos”.

Fensterseifer (2008, p.92), contudo, vai além:

A junção do prefixo extra com a palavra patrimônio nos coloca diante de uma expressão que significará fora do patrimônio, além do patrimônio, de fora ou para fora do patrimônio, e nenhuma ligação possui com a economicidade ou não do bem ou direito que irá designar.

Dessa forma, a expressão danos extrapatrimoniais deve ser utilizada para referir-se aos bens incorpóreos ou imateriais, em que não se verifica conteúdo econômico. Todavia, no que tange à reparação nos casos de danos extrapatrimoniais é de se levar em conta que esta ideia não deve ser analisada da mesma forma que se analisam os casos de danos patrimoniais. Isto porque, nesta esfera, não poderá ocorrer uma reparação em relação ao mal sofrido, pois os danos que não têm conteúdo econômico são irreparáveis. “[...] uma vez padecida a humilhação não há *restitutio in integrum* nem o retorno ao *status quo ante*”. Por conseguinte, o direito à indenização objetiva compensar os prejuízos suportados pelo ofendido em decorrência dos atos do agente (FENSTERSEIFER, 2008, p. 138).

Entretanto, Almeida Neto (2005) lembra que nem sempre foi assim. Até pouco tempo atrás os danos extrapatrimoniais (chamados também de morais) não eram reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, eram alvo de grandes críticas da doutrina e da jurisprudência, que não admitiam a indenização somente

⁶⁰ A distinção entre dano emergente e lucro cessante ou frustrado está em que o primeiro é definitivo, enquanto o segundo é temporário. Se a lesão causa impedimento temporário para o trabalho, a indenização assume caráter de lucro cessante (artigo 949 do CC/2002 [...]); se a lesão causa um déficit definitivo na capacidade laborativa da vítima, irreversível, caracteriza-se como dano emergente (art. 950 do CC/2002 [...]). Ambos, todavia, são danos materiais porque a capacidade de obter ganho por meio de uma atividade laborativa obstaculizada – temporária ou definitiva, pelo ato ilícito, é prejuízo concreto e não hipotético (ALMEIDA NETO, 2005, p.7).

por danos imateriais, sem que houvesse prejuízos de cunho patrimoniais⁶¹.

Foi com a promulgação da Carta de 1988 – que assegurou o direito de resposta proporcional ao agravo e a indenização por dano moral, material ou à imagem; garantiu a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas, e o direito de indenização por dano material e moral – que os danos extrapatrimoniais passaram a ser reconhecidos como um direito independente em nosso ordenamento. Além disso, a súmula nº 37⁶² do Superior Tribunal de Justiça dispôs sobre a possibilidade de cumular os danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do mesmo fato. Mais tarde, o CC/2002 consolidou a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, seja de forma isolada ou cumulada, no sistema jurídico pátrio:

Restou superada, portanto, a antiga postura doutrinária que se apoiava em vários fundamentos para não admitir a indenização por dano moral puro (sem repercussão no patrimônio da pessoa), dentre os quais: a incomensurabilidade do dano moral, o enriquecimento sem causa, a imoralidade da compensação, a efemeridade do dano moral, caindo em desuso uma jurisprudência que dizia favorável à reparabilidade dos danos morais, desde que apresentasse reflexos patrimoniais (ALMEIDA NETO, 2005, p.1, texto digital).

Por isso, conclui o doutrinador que a pessoa humana é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro contra qualquer ato que lhe cause algum prejuízo, de cunho material ou imaterial, devendo este ser reparado à custa de seu causador. Afinal, a legislação pátria coloca ambos os danos em patamares iguais, sem jamais estabelecer importância superior ao dano material. Ademais, é também, um absurdo sustentar que somente o dano moral deve ser passível de indenização, pois este nada mais é do que um desdobramento dos danos imateriais.

Partindo, então, dessa premissa, cumpre analisarem-se as espécies de danos extrapatrimoniais – situando e conceituando, desde já, o dano existencial nessa classificação – o que se faz na sequência do presente estudo.

⁶¹De acordo com Fensterseifer (2008), existem autores (Sérgio Cavaliari Filho, Vladimir Valler, Rodolfo Pamplona Filho, Yussef Said Cahali, Hernán Daray e Sérgio Severo, dentre outros) que lecionam que o dano seria, na verdade, a comparação do estado patrimonial da pessoa antes e depois do ato do agente, já que haveria uma diminuição na esfera patrimonial da vítima. Porém, esta teoria – também conhecida como teoria da diferença (*differezztheorie*) – não pode ser aplicada nos casos de reparação *in natura*, de indenização pelos lucros cessantes, bem como de reparação por danos extrapatrimoniais, pois não será possível verificar a diferença ocorrida.

⁶² Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

4.2 Dano existencial

O dano existencial, de acordo com Soares (2009), constituiu uma lesão às relações que contribuem ao desenvolvimento normal da personalidade humana, abrangendo seus aspectos pessoais e sociais, estando inserido diretamente na classe dos danos extrapatrimoniais.

Conta a autora que, no direito italiano – berço do dano existencial – por volta de 1950, houve o reconhecimento do dano à vida de relação, o qual era passível de indenização mesmo com a frágil base jurídica que o Código Civil italiano possui⁶³. Por volta de 1970, surgiram algumas decisões judiciais⁶⁴ que reconheceram a importância de dar proteção às realizações da pessoa humana. Ademais, nesse mesmo período, a jurisprudência italiana se desenvolveu no sentido de conhecer e acolher os danos biológicos, que eram analisados a partir do reconhecimento da saúde como direito fundamental, e abrangiam todos os interesses que não se enquadravam na concepção de dano moral.

Houve uma grande expansão do conceito de dano biológico, sendo que a maioria das ofensas aos direitos personalíssimos, passaram a ser vistas como lesão aos danos biológicos, tais como: alteração na capacidade social, redução da capacidade de trabalho e perda da oportunidade de trabalho em virtude do dano, redução da eficiência psicofísica. Dessa forma, constatou-se que existiam danos à pessoa que não poderiam ser enquadrados no conceito de dano moral, e tampouco no conceito de dano biológico (SOARES, 2009).

Havia uma lacuna na lei que necessitava de pronta intervenção a fim de que injustiças fossem evitadas, notadamente no que dizia respeito à tutela dos danos que limitavam ou que impediam definitivamente a pessoa na prática das atividades diárias, nas atividades do cotidiano (ALMEIDA NETO, 2005, p.9, texto digital).

⁶³ “Classicamente, a responsabilidade civil no direito italiano está fundamentada, legalmente, nos artigos 2.043 e 2.059 do Código Civil. O primeiro artigo referido é tradicionalmente considerado como o fundamento legal da responsabilidade civil por danos materiais, enquanto o segundo artigo mencionado é invocado como base legal da responsabilidade civil por danos imateriais. O artigo 2.059 do Código Civil italiano prevê que o dano extrapatrimonial deve ser indenizado apenas nos casos previstos em lei, e o art. 185 do Código Penal italiano expressa, em síntese, que o dano que tenha sido causado por uma conduta criminosa obriga o culpado ou o responsável pelo culpado a indenizar” (SOARES, 2009, p.41).

⁶⁴ Baseadas, principalmente, na Constituição Italiana e no artigo 2.043 do Código Civil italiano (SOARES, 2009).

Afinal, havia um reconhecimento de que qualquer dano aos direitos fundamentais da pessoa constituía uma afronta ao direito à existência digna, dando ensejo – de imediato – a uma indenização (ALMEIDA NETO, 2005). Assim, após movimentos acadêmicos e doutrinários⁶⁵, teve origem o conceito de dano existencial⁶⁶, a propósito:

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

Frota (2011, texto digital), ao discorrer sobre o tema, conceitua dano existencial da seguinte forma:

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação* (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Além disso, explica o autor que esta espécie de dano extrapatrimonial se subdivide em dano à vida de relação e dano ao projeto de vida. Segundo ele, o dano à vida de relação diz respeito aos prejuízos suportados pela vítima no que tange à convivência interpessoal, nos mais diferentes grupos e contextos da sociedade. Em relação ao dano ao projeto de vida, refere o doutrinador, que trata do caminho a ser trilhado que foi escolhido pela pessoa, refere-se ao projeto do futuro, aos planos de vida, às metas estabelecidas, sendo o fato impeditivo desse futuro passível de indenização e chamado de dano existencial.

Para uma melhor compreensão, importante transcrever a lição do autor:

O *dano ao projeto de vida* refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com

⁶⁵ “[...] Os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, no início da década de 1990, foram os responsáveis por diversos encontros acadêmicos, e, sucessivamente, por variados artigos em periódicos, que tratavam do que se passou a denominar de “dano existencial” (SOARES, 2009, p.43).

⁶⁶ Verificou-se que a lesão aos direitos de personalidade configura um dano à existência da pessoa, o assim chamado dano existencial (ALMEIDA NETO, 2005).

o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre sua liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida (FROTA, 2011, texto digital).

Conforme exposto, o dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial que afeta o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Entretanto, em virtude de sua classificação, acaba – com frequência – sendo confundido com o dano moral. Assim, com o objetivo de evitar qualquer classificação errônea, no ponto seguinte da presente pesquisa analisar-se-ão as principais diferenças dessas duas espécies de dano extrapatrimonial.

4.2.1 Dano existencial e dano moral

Melo (2012, p. 15), no estudo do conceito de dano moral, afirma que é possível encontrar diversas definições doutrinárias que – embora possuam alguns detalhes diferentes – seguem uma mesma linha de entendimento: que existe uma concordância na doutrina em classificar o dano moral como uma lesão que causa dor, sofrimento, angústia, vexame e humilhação à vítima, “e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão por que o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas”.

O dano moral puramente dito diz respeito à dor e à tristeza experimentada pela vítima em decorrência do ato ilícito realizado pelo agente; além disso, existem duas outras espécies de dano moral, a saber:

Dano moral direto é a lesão a bem extrapatrimonial contido no direito à personalidade, como à integridade, à honra, à imagem, à intimidade, ao decoro, ao direito ao nome, etc.

Dano moral indireto é o que provoca um dano patrimonial, como o acidente que causa deformação do corpo da pessoa, mas também a violação a bem extrapatrimonial [...] (MARTINS, 2012b, p. 29).

Cahali apud Melo (2012) ratifica a afirmação de que dano moral é tudo aquilo que afeta a alma humana e fere os valores essenciais da sua personalidade: a dor, a angústia, o sofrimento, o desprestígio e a desconsideração social etc., constituem o dano moral.

Verifica-se, portanto, pelo exposto, que dano moral e dano existencial são

espécies de danos extrapatrimoniais que não se confundem. Afinal, todos os autores citados concordam em conceituar o dano moral como uma lesão ao sentimento da pessoa, enquanto o dano existencial diz respeito às limitações impostas à pessoa nos seus projetos de vida e no seu cotidiano diário.

Assim, esclarece Maccarone apud Almeida Neto (2005, p.15):

O dano moral é essencialmente um 'sentir'; o dano existencial é mais um 'fazer' (isto é um 'não mais poder fazer', um 'dever agir de outro modo'). O primeiro refere-se quanto à sua natureza ao 'dentro' da pessoa, ou à esfera emotiva; o outro relaciona-se com o 'exterior', o tempo e o espaço da vítima. No primeiro, toma-se em consideração o pranto versado, as angústias; no outro, as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo.

Filiada a esse mesmo entendimento, Soares (2009, p. 46) acrescenta que o dano existencial, muitas vezes, só será "sentido pelo lesado em momento posterior", pois acaba sendo verificado somente a longo prazo, pois "ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar" (p. 46). O dano moral, entretanto, prejudica – na maioria das vezes – o lesado já no momento do ato danoso, ou então, a partir daquele ato.

Na triagem de todo o exposto, verifica-se que a lesão conceituada como dano existencial impede o sadio desenvolvimento da personalidade humana, afetando a existência digna da pessoa em diversos seguimentos da sociedade, seja no ambiente familiar ou social. Configura uma violação no modo de agir e até mesmo de existir da pessoa humana, o que constitui uma real afronta a todos os direitos humanos fundamentais.

Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 36), filiados a essa mesma corrente, acrescentam que o dano existencial se distingue do dano moral – entre outros motivos – porque pode ser constatado objetivamente: é visível, verificável e facilmente constatável, enquanto o dano moral, por se tratar de sentimentos da vítima, assume uma dimensão subjetiva, não podendo ser exigida uma prova mais robusta, e concluem: "O dano existencial, [...] independe de repercussão financeira ou econômica e não diz respeito à esfera íntima do ofendido [...]".

Dessa forma, superada a etapa conceitual do tema, no próximo ponto será

estudada a aplicação do dano existencial em diversos seguimentos do ordenamento jurídico.

4.2.2 Dano existencial e sua aplicação

Conforme já delineado, o dano existencial impõe uma alteração negativa no projeto de vida da pessoa, obrigando-a a relacionar-se e conviver em sociedade de maneira diferente daquela que havia programado para sua vida. Nesse diapasão, Almeida Neto (2005, texto digital) afirma que o dano existencial “consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, [...] que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas, com vistas ao projeto da vida pessoal”, podendo ser verificado – o dano à existência – em diversas áreas juridicamente tuteladas.

Frota (2011, texto digital), por sua vez, ratifica as alegações do autor, acrescentando que o dano existencial tem o poder de tornar inviáveis as relações pessoais, familiares, e até mesmo, as profissionais, podendo resultar “no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes”. Assim, verifica-se sua ocorrência com a perda de um familiar ou com o abandono parental, com o assédio sexual, a violência urbana, a prisão arbitrária, o erro judiciário etc.

Compatível com esse entendimento, Soares (2009) leciona que a amplitude do tema dano existencial pode ser facilmente verificada diante da análise de casos corriqueiros – que aqui se usam como exemplos – nos quais resta demonstrada a importância do instituto.

Refere a autora que, no Direito Civil, constata-se o dano existencial em pessoas que receberam transfusão de sangue contaminado com o vírus da AIDS ou da Hepatite; verifica-se também a ocorrência de dano existencial em um cliente que, em virtude do piso molhado de um supermercado, acabou caindo e resultou com lesões graves; bem como, em uma mulher que sofreu um aborto em virtude de um acidente de trânsito. Em ambos os exemplos, constata-se uma drástica alteração na vida pessoal que modificou os planos futuros das pessoas.

No direito de família, Soares (2009) faz menção a casos conhecidos da sociedade⁶⁷ nos quais houve grandes lesões à vida cotidiana das crianças envolvidas. Segundo ela, as pressões psicológicas, a exposição pública, a afetação à rotina familiar, a desestabilização das famílias e a frustração do futuro pretendido configuram-se dano existencial.

Ainda consoante a autora, o dano existencial encontra fundamento na seara do direito ambiental, ao passo que qualquer interferência no ecossistema sadio acaba comprometendo o destino daquele que depende de um meio ambiente saudável para sobreviver:

Como é o caso do pescador, por exemplo, que tem a sua rotina gravemente afetada após um derramamento de óleo no mar, nas proximidades do local onde exerce a sua atividade.

Quando o leito de um rio é contaminado pelos rejeitos tóxicos de uma indústria, comprometendo o abastecimento de água de uma cidade, não foi apenas atingida a natureza, mas as pessoas que dependem, diretamente, da água para sobreviver e realizar tarefas corriqueiras. Que impede o exercício, de atividades lícitas corriqueiras, que seriam automáticas em condições normais, gera um dano existencial, o qual deve ser indenizado (SOARES, 2009, p. 73).

Nessa mesma linha de estudo, Almeida Neto (2005) cita exemplos semelhantes aos da autora, acrescentando ainda que se verifica o dano existencial nas relações familiares, quando o filho nascido de um relacionamento extraconjugal acaba sendo abandonado pelo genitor que possui outra família e boa saúde econômica. Nesse caso, o filho acaba por não receber os subsídios necessários para seu pleno desenvolvimento, sejam esses de cunho afetivo, sejam de cunho patrimonial, sendo nítido o *déficit* existencial ao qual a criança foi submetida, e imperiosa a sua indenização, após o reconhecimento judicial da paternidade.

⁶⁷ “Um menino de cinco anos, filho de uma brasileira e de um chinês, nascido no Rio Grande do Sul e chamado Iruan Ergui Wu, residia com a avó materna, após o falecimento da mãe. Em março de 2001, com o consentimento da avó materna, o menino partiu com o pai para Taiwan onde conheceria os familiares paternos. O pai faleceu [...] os familiares [...] decidiram, arbitrariamente, que criariam o menor. [...] A avó, tomando conhecimento de tal decisão, ingressou em juízo no Brasil, postulando que o menino voltasse às suas mãos pois era titular da guarda do mesmo. [...] O dano existencial, nesse contexto, está presente, porquanto o menino, centro da disputa judicial, sofreu repercussões negativas sobre a sua cotidianidade. [...] Em janeiro de 1986, nasceu um menino em uma maternidade de Brasília, Distrito Federal. Era o terceiro filho de um casal de funcionários públicos. Uma mulher, identificando-se, falsamente, como funcionária do hospital, sequestrou o recém-nascido e passou a criá-lo, tendo inclusive registrado como se fosse seu filho natural. Quatorze anos depois, uma denúncia anônima indicou a sequestradora como suspeita às autoridades que passaram a investigá-la e constataram, principalmente após o exame de DNA, que o menino não era filho biológico da mulher que o registrou, oficialmente como tal, mas sim do casal que teve o filho sequestrado em janeiro de 1986, tendo sido facilmente constatada a sua semelhança com o pai biológico. [...] O dano existencial sofrido pelo sequestrado, bem como por sua família biológica é manifesto, pois toda a rotina dos afetados foi prejudicada, principalmente dos pais biológicos, os quais, durante todos os anos que se passaram do sequestro até a localização do rapaz, procederam a buscas, pesquisas e investigações incessantes [...]” (SOARES, 2009, p. 71-72).

Diante de toda essa conjuntura, importa ressaltar que o dano existencial também pode ser verificado nas relações de trabalho, quando os principais direitos humanos trabalhistas não são respeitados pelo empregador. Assim, na sequência, analisar-se-á a indenização por dano existencial na relação trabalhista, ponto principal do presente trabalho monográfico.

4.2.3 Dano existencial nas relações de trabalho

Conforme já explanado, o instituto da responsabilidade civil por dano existencial – por sua magnitude – pode ser aplicado em diversas vertentes do ordenamento jurídico, abrangendo desde questões básicas do direito obrigacional até questões amplas de cunho socioambiental, ao passo que seu conceito amplo permite que sejam reparados danos que, via de regra, não poderiam ser encaixados no conceito de dano moral, tampouco no de dano patrimonial, haja vista não se tratar de questões pecuniárias.

Nesse entendimento, torna-se inevitável analisar e aplicar tal conceito à relação trabalhista – cerne das desigualdades sociais – em especial ao instituto jornada de trabalho – direito humano fundamental pouco respeitado. Afinal, o trabalhador que é obrigado a prolongar – repetidamente – sua jornada durante o contrato de trabalho, acaba por perder de vista seus principais direitos humanos fundamentais, perdendo seu tempo de vida, bem como o direito de se desenvolver como pessoa; restando, portanto, sem sua dignidade⁶⁸.

Boucinhas Filho e Alvarenga (2013) explicam que o dano existencial no Direito do Trabalho também é conhecido como dano à existência do trabalhador, que decorre das atitudes patronais que prejudicam o trabalhador em seu desenvolvimento social.

Consoante os autores, o dano existencial se manifesta na relação trabalhista quando a conduta do empregador “impossibilita o empregado de se relacionar e de

⁶⁸ Soares (2009) salienta que também configuram dano existencial as condições degradantes de trabalho a que os trabalhadores são submetidos, tal como a condição análoga à de escravo, na qual os trabalhadores acabam se submetendo a condições degradantes de trabalho, recebendo valores ínfimos, sem qualquer observância da legislação trabalhista. Relata a autora que as intensas privações de direitos fundamentais da pessoa humana modificam de maneira avassaladora a vida dos trabalhadores, resultando na perda de sua dignidade e, logo, sendo passível de indenização por dano existencial.

conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso” (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 27).

Ademais, esclarecem os autores que as atitudes patronais que impedem a sequência ou o recomeço dos projetos de vida dos empregados também configuram dano existencial; a propósito:

Decorre da conduta patronal que impossibilita [...] ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo crescimento ou realização profissional, social e pessoal (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 27).

Dentre os atos patronais lesivos aos trabalhadores, a jornada extraordinária prestada com habitualidade é, sem dúvida, um grande destaque⁶⁹. Evidentemente que, nesse aspecto, o trabalhador que labora em jornadas extraordinárias com habitualidade acaba sofrendo uma total modificação nos seus projetos de vida e na convivência com seus pares. O trabalhador acaba sendo impedido – graças à longa jornada – de realizar atividades do cotidiano que são necessárias ao seu desenvolvimento como pessoa e garantidas pela ordem constitucional.

Nesse sentido, conforme destacado por Maior (2003, texto digital), as horas extraordinárias – como o próprio nome já diz – jamais devem se tornar ordinárias, ao passo que se transformam em um desrespeito à legislação e adentram no campo da ilegalidade, sendo o pagamento do adicional insuficiente “para corrigir o desrespeito à ordem jurídica”.

O autor também refere – sem utilizar a expressão dano existencial, contudo – que a exigência patronal de obrigar o trabalhador a laborar por períodos superiores ao estabelecido na legislação, pagando somente o adicional previsto em lei, acaba cometendo ato ilícito. Tal fato, segundo ele, gera o direito a uma indenização “que não se limitará, evidentemente, ao valor fixado na legislação trabalhista, vez que a expressão pecuniária que esta contém não é o valor prefixado de eventual lesão que venha a sofrer a pessoa humana” (MAIOR, 2003, texto digital).

⁶⁹ Aliás, conforme já delineado neste estudo, o tema jornada de trabalho e tempo de trabalho, sempre foi o epicentro das discussões no que refere à valorização do trabalho, à valorização da mão de obra humana, bem como à valorização do tempo de vida colocado à disposição do empregador.

Destaca-se, ainda da lição do autor, que os dispositivos de lei referentes à responsabilidade civil, uma vez analisados e aplicados em conjunto com a legislação trabalhista, são capazes de provocar uma grande mudança na relação entre trabalhadores e empregadores, afinal:

[...] o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária, abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará por mero pagamento do adicional de horas extras. O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, pois que se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho [...] (MAIOR, 2003, texto digital).

É, neste sentido, a indenização por dano existencial uma nova ferramenta a ser utilizada pelos militantes justralhistas, com o objetivo de limitar a exploração da mão de obra humana, permitir a eficácia dos direitos humanos fundamentais, bem como propiciar a valorização do tempo de trabalho e do direito à desconexão do trabalhador – contornos esses que serão explorados adiante.

4.2.4 A indenização por dano existencial sob o prisma da valorização do tempo existencial e do direito à desconexão do trabalhador

O estudo do tempo de trabalho e do direito à desconexão do trabalhador acaba sendo, dependendo do ângulo analisado, uma tarefa bastante contraditória em um direito essencialmente social, como é o Direito do Trabalho. Conforme leciona Maior (2003, texto digital), “no prisma da filosofia moderna e, conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, [é o trabalho] que dignifica o homem”, por isso, defender o “direito a não trabalhar”, ou “a trabalhar menos” torna-se, no mínimo, questionável.

Contudo, ainda na lição desse estudioso, da mesma forma que o trabalho dá dignidade ao homem, ele também tira. Isso ocorre a partir do momento em que o capital torna-se um bem mais valioso que a dignidade do homem e a sorte de direitos humanos que lhe é inerente. Vislumbrar a desconexão do trabalhador, limitar a prestação do trabalho e permitir a devida indenização quando esta limitação não é

observada, nada mais é do que lutar pela aplicação dos direitos fundamentais contidos na Carta de 1988 e pela valorização da mão de obra humana, afinal:

[...] antes de ser empregado e sujeitar-se a normas contratuais, antes de ser obrigado a cumprir determinações do empregador ou adequar-se a novas situações econômicas, sociais ou políticas, antes mesmo da necessária labuta para a subsistência, o trabalhador é um ser humano, irrefutavelmente (MORATO apud SEVERO, 2009a, p. 73).

Severo (2009a) lembra que o tema jornada sempre foi o elemento essencial das lutas trabalhistas, e não poderia ser diferente, pois diz respeito ao tempo de vida que é dispensado em prol do trabalho, no qual o trabalhador acaba impedido de conviver em sociedade, descansar, desenvolver atividades saudáveis, conviver em família, estudar. Esse tempo existencial, portanto, de inegável importância é “por um lado, o tempo regulamentado do patronato; por outro lado, o tempo dominado do salariado, mas, sobretudo, ele é o tempo reduzido de Direito” (SEVERO, 2009a, p. 69).

Marx (2002), ao discorrer sobre o tema, menciona que é necessário colocar limites à jornada de trabalho, pois durante o tempo em que o trabalhador labora ele é consumido pelo capital. O capitalista compra o trabalho e, durante esse período, ele procura aproveitar ao máximo a mercadoria.

O doutrinador acrescenta que:

[...] possui a jornada de trabalho um limite máximo. Não pode ser prolongada além de certo ponto. Esse limite máximo é determinado duplamente. Há, primeiro, o limite físico da força do trabalho. Durante um dia de 24 horas, só pode um homem despender determinada quantidade de força de trabalho. [...] Durante uma parte do dia, o trabalhador deve descansar, dormir; durante outra tem de satisfazer necessidades físicas, alimentar-se, lavar-se, vestir-se etc. Além de encontrar esse limite puramente físico, o prolongamento da jornada de trabalho esbarra em fronteiras morais. O trabalhador precisa de tempo para satisfazer necessidades espirituais e sociais [...] (MARX, 2002, p. 270).

Maior (2003, texto digital) ressalta que a luta pela limitação do trabalho, não pertence somente àqueles que trabalham efetivamente, mas pertence também a todos que não conseguem oportunidades de trabalho, graças àqueles que trabalham de maneira excessiva; ademais, esclarece o autor que o direito à desconexão do trabalho também deve ser analisado como uma política de “inclusão social. Afinal, como dito acima, limitar a quantidade de trabalho é um direito, igualmente, de todos aqueles que não conseguem atingir, em uma parcela ínfima, o mercado de trabalho”.

Do exposto, percebe-se que a indenização por dano existencial na relação de trabalho possui diversos amparos legais e doutrinários, os quais, de maneira geral, estabelecem a necessidade de valorização do homem trabalhador, bem como a necessidade de efetivar a aplicação e o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais inerentes à relação trabalhista, sob pena de permitir o retrocesso social.

Na sequência, analisar-se-ão decisões judiciais oriundas dos tribunais trabalhistas em que restou configurado o dano existencial na relação de trabalho.

4.2.5 Dano existencial na jurisprudência trabalhista

A expressiva ineficácia dos direitos trabalhistas, bem como dos direitos humanos individuais nas relações trabalhistas torna-se evidente. Segundo Maior (2009), as mudanças ocorridas no mundo, principalmente o desenvolvimento tecnológico e das relações sociais, apesar de grandes, não foram suficientes para alterar o Direito do Trabalho. Pelo contrário, cada vez mais o trabalho está submetido ao capital e este, por sua vez, intensificando a exploração do trabalhador.

Ainda de acordo com o doutrinador, cabe ao Direito do Trabalho – diante dessas mudanças da sociedade – continuar combatendo a exploração do homem trabalhador e promovendo a melhoria das condições sociais da pessoa humana. Nesse diapasão, é importante salientar que existem vozes no judiciário brasileiro que buscam tornar efetivos os direitos humanos básicos dos trabalhadores.

Prova disso é o acórdão oriundo da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Na decisão, que tem como relator o Desembargador José Felipe Ledur, uma rede de supermercados atuante no Estado do Rio Grande do Sul foi condenada a indenizar por dano existencial a reclamante, que laborou para a empresa por mais de oito anos em jornadas de trabalho extremamente excessivas.

O Relator expressa seu entendimento com base na análise dos direitos fundamentais presentes na CF/1988, bem como na previsão legal da duração do trabalho normal, a saber:

[...] **o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais e aviltamento da trabalhadora**, o que autoriza a conclusão de ocorrência de dano *in re ipsa*. [...] do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do que constitui projeção o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, situação que **exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais** assegurados aos trabalhadores em particular. [...] no que diz respeito ao direito à duração do trabalho normal não superior a oito horas deriva a conclusão de que o trabalho em condições anormais (em jornada extraordinária) deve atender os parâmetros em que a legislação infraconstitucional estabelece a restrição à garantia jusfundamental. [...] consoante destacado, é incontroverso que a reclamada não atendeu a esse limite. Ao contrário, **em conduta que revela ilicitude, converteu em ordinário o que é admissível excepcionalmente, interferindo indevidamente na esfera existencial da sua empregada**, fato que dispensa demonstração (Recurso Ordinário nº00011379320105040013, Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, Relator: José Felipe Ledur. Julgado em 16/05/12) (*grifos da autora*).

Importante acrescentar, também, a decisão oriunda da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, da lavra do Desembargador Raul Zoratto Sanvicente. Segundo o texto, o reclamante laborou durante todo o contrato de trabalho em jornada excessiva, que ultrapassava as 13 horas diárias, folgando somente dois domingos a cada mês.

Em seus fundamentos, o Relator estabelece que o dano existencial está ligado ao princípio da dignidade humana, o qual foi amplamente consagrado pela Carta Constitucional, a propósito:

[...] **O chamado dano existencial caracteriza-se, segundo a moderna doutrina, como um dano imaterial que atinge a vida da pessoa, a impossibilitando de realizar atos triviais, como relacionar-se, ampliar seus conhecimentos, descansar, etc.** Surgiu por entendimentos de juristas italianos no final do século passado que observavam o atingimento aos direitos de personalidade causado pelo desenvolvimento econômico da sociedade ocidental, que juntamente aos melhores ganhos de subsistência, revelou uma tendência ao desfazimento de valores básicos como o próprio pleno desenvolvimento da pessoa humana. [...] **O dano existencial está, como se vê, intimamente relacionado com uma ofensa à dignidade humana.**

Sobre isso, o Brasil consagrou o direito à dignidade humana como um valor e um princípio fundamental (art. 1º, III, da Constituição Federal), prevendo mecanismos jurídicos capazes de barrar o abuso a este valor constitucional e de fazer com que, uma vez existente, seja o seu titular indenizado. Tais mecanismos encontram-se nos arts. 12, 186 e 927 do Código Civil, razão pela qual não há falar em ausência de amparo legal para a pretensão em exame (Recurso Ordinário nº00011331620115040015, Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Julgado em 18/04/13) (*grifos da autora*).

Mais recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o dano existencial em um de seus julgados, condenando a reclamada a indenizar a reclamante que laborou por um período de dez anos sem conseguir tirar férias. A decisão, oriunda da 1ª Turma do citado tribunal, teve como relator o Ministro Hugo Carlos Scheuermann que referiu:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO

[...]

Direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e **imagem** das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação.

O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, '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'.

[...]

Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexos de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações.

Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.

O dano moral resulta da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado, ao passo que ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, porquanto importa em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a consequente perda da qualidade de vida do trabalhador, visto que obstado o direito do trabalhador de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada (Recurso de Revista nº 727-76.2011.5.24.0002, Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em 19/06/13) (*grifos da autora*).

Portanto, conforme demonstrado, as jornadas de trabalho quando realizadas de modo excessivo impedem a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Quando realizadas com habitualidade, as jornadas excessivas causam danos na esfera existencial da pessoa humana, situação que permite indenização por dano existencial na relação de trabalho.

5 CONCLUSÃO

As novas tendências trazidas pelo pós-modernismo bem como as novas tecnologias que surgiram no último século, além de trazer inúmeros benefícios para a sociedade, também fizeram surgir inúmeros conflitos. O desenvolvimento desenfreado da economia trouxe consigo a necessidade de ser estabelecida uma nova ordem social e econômica. Nessa necessidade extrema de garantir a evolução das leis que assegurassem os principais direitos do cidadão foi promulgada em 1988 a Constituição Federal.

A Carta Magna veio recheada de novos direitos, tratando, inclusive, os direitos trabalhistas como fundamentais. Elencou, em seus artigos, a visível necessidade de proteção do homem trabalhador, que utiliza (e dedica) seu tempo de vida para garantir sua subsistência e de sua família.

Todavia, embora se esteja cercado de uma proteção legal ligada ao trabalhador – que objetiva garantir a dignidade do homem que trabalha e impedir a sua alienação – percebe-se a grande dificuldade em efetivar essa proteção na relação de trabalho.

A jornada extraordinária prestada com habitualidade é destaque nesse sentido. Contraria os preceitos básicos da ordem constitucional e configura-se como um dos principais atos patronais lesivos aos trabalhadores, sendo o principal motivo – desde os primórdios – das lutas e reivindicações trabalhistas.

Assim, o presente trabalho monográfico ocupou-se em demonstrar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a fundamentalidade dos direitos constantes na CF/1988 – demonstrando a supremacia dos direitos sociais, bem como a noção

fundamental do Direito ao Trabalho. Dessa forma, partiu-se da evolução histórica do Direito do Trabalho e, em seguida, foram identificados os principais direitos humanos fundamentais inerentes às regras trabalhistas, que demonstram a força do Direito Laboral e a necessidade de proteção do homem trabalhador.

Ainda, neste estudo, após avaliar a jornada de trabalho, seus principais conceitos e definições, foram descritos os limites estabelecidos ao horário de trabalho no ordenamento jurídico pátrio, verificando a relação entre os índices de (des)emprego no país e as jornadas excessivas. Notou-se, dessa forma, que as longas jornadas prejudicam não só os trabalhadores vinculados a um contrato de emprego, bem como os demais trabalhadores que não conseguem oportunidade de trabalho porque os primeiros trabalham demais.

Como o objetivo principal do trabalho estava centrado na possibilidade de indenização por dano existencial na relação de trabalho, na sequência, abordou-se o tema, analisando o instituto da responsabilidade civil e seus principais desdobramentos contextualizando o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial. Constatou-se que esse dano pode ser verificado em diversas vertentes do ordenamento jurídico, inclusive nas relações de trabalho e especialmente ao instituto jornada de trabalho.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – É possível a indenização por dano existencial nas relações de trabalho diante da inobservância dos direitos humanos fundamentais e das longas jornadas a que os trabalhadores são submetidos? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, ao passo que o ato patronal que exige que sejam prestadas horas extraordinárias com habitualidade é extremamente lesivo ao trabalhador, pois, ao prolongar – repetidamente – sua jornada durante o contrato de trabalho, o trabalhador perde de vista seus principais direitos humanos fundamentais. A jornada excessiva prejudica a saúde, impossibilita o estudo e o progresso profissional, o convívio familiar, o lazer, o descanso e, logo, a eficácia do direito à existência digna – norma base do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, nesse aspecto, torna-se evidente que o trabalhador – graças à jornada extraordinária prestada com habitualidade – acaba sofrendo uma modificação em seus projetos de vida e na convivência com seus pares, sendo impedido de realizar

atividades cotidianas que são de suma importância ao seu desenvolvimento digno – garantido pela ordem constitucional. Ademais, a exigência patronal de obrigar o trabalhador a laborar em jornada superior ao estabelecido na legislação, configura ato ilícito dando ensejo à indenização – que, por óbvio, deve ser superior ao simples adicional previsto no ordenamento jurídico trabalhista.

Portanto, entende-se que a indenização por dano existencial na relação de trabalho resta perfeitamente amparada pela doutrina e pela legislação brasileira; haja vista que ambas se preocupam, basicamente, em garantir a valorização do homem trabalhador, bem como a eficácia dos direitos humanos fundamentais, sob pena de permitir o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 24, 2005. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 08 set. 2013.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). **Revista Eletrônica do TRT4**. Porto Alegre, 99.ed., 2010. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revista_eletronica>. Acesso em: 15 ago. 2013.

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

BIASVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil: 1930 a 1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. In: SCHLOSSMACHER, Henrique Francisco et al. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, 2013. n.350. p. 25-43.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 03 out. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 30 set. 2012.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Súmula nº 90 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0090.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planos de Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº231/1995**. Reduz a jornada máxima de trabalho para quarenta horas semanais e aumenta para setenta e cinco por cento a remuneração de serviço extraordinário, 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14582>>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0001137-93.2010.5.04.0013. Recorrente: Luciane Geórgia de Castro. Recorrida: WMS Supermercados do Brasil LTDA. Juiz Relator: José Felipe Ledur. Porto Alegre, 16 mai. 2012. Disponível em: http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas_jurisprudencia/acordaos>. Acesso em: 02 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0001133-16.2011.5.04.0015. Recorrente: Luciano Soares Maciel. Recorrida: WMS Supermercados do Brasil LTDA. Juiz Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Porto Alegre, 18 abr. 2013. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas_jurisprudencia/acordaos>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 7277- 6.2011.524.0002. Recorrente: Margarete Nunes Flores. Recorrida: Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul. Juiz Relator: Hugo Carlos Scheurmann. Brasília, 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consultasunificada2/jurissearch.dojurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Altamiro. Aspectos socioeconômicos da jornada no mundo do trabalho: a história da luta por sua redução. In: BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antônia Mara Vieira. **Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho** Porto Alegre: Notadez / Hs, 2009. p.15-23.

CALVETE, Cássio da Silva. **Redução da jornada de trabalho**: uma análise econômica para o Brasil. Campinas: [s.n.], 2006.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book. Disponível em: <www.univates.br>. Acesso em: 03 out. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre dano existencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em: 05 jun. 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 14. ed. 2. tir. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GEMIGNANI, Tereza A. A.; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 99.ed., 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOGUERCIO, Antônia Mara Vieira. Aspectos jurídicos da jornada de trabalho. In: BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antônia Mara Vieira. **Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho**. Porto Alegre: Notadez / Hs, 2009. p. 24-222.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Os princípios do Direito do Trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais. In: COUTINHO, Grijalbo F. et al. (Coords.) **O mundo do trabalho: Leituras Críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v.1. p. 196- 248.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: Teoria geral do Direito do Trabalho**. parte 1. São Paulo: LTr, 2011. v. 1

_____. **O Direito do Trabalho como instrumento da Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. v. 2.

_____. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2013.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho**: na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988. São Paulo: LTr, 2007.

_____. A inconstitucionalidade do Sistema de Banco de Horas: Breves considerações. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 24.ed. 2006. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revista_eletronica>. Acesso em: 01 set. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012a.

_____. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.7. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-3812-3/page/97>>. Acesso em: 10 set. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502141490/page/16>>. Acesso em: 10 set. 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang . **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Paulo Luiz; VARGAS, Luiz Alberto de. A luta pela limitação da jornada de trabalho e o controle de ponto eletrônico. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 125. ed. 2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/>

consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>. Acesso em: 25 ago. 2013.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: A jornada** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009a.

_____. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O papel do Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica do TRT4**, Porto Alegre, 87. ed., 2009b. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Consolidação das Leis do Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005a. v. 1. p. 59-71.

_____. Duração do Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005b. v. 2. p. 802-848.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005a. v. 1. p. 27-48.

_____. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005b. v. 1. p. 50-80.

ZOLA, Émile. **Germinal.** Tradução de Francisco Bittencourt. São Paulo: Abril Cultural, 1981.