

SUSTENTABILIDADE HUMANA: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DIREITO À DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL

Lorena de Mello Rezende Colnago¹

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com maior índice de acidente de trabalho formal, sem contar o número de pessoas falecidas ou inválidas não contabilizadas pelas estatísticas oficiais, por causa do trabalho informal ou da não emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT.

Uma das hipóteses para os números alarmantes é a violação aos direitos fundamentais ao trabalho atinentes à jornada, sendo este o objeto de análise deste estudo. Afinal, quais são as conseqüências da violação à jornada de trabalho? O que uma jornada acima dos limites legais pode ocasionar aos trabalhadores?

Na tentativa de responder aos questionamentos propostos, analisaremos os direitos fundamentais, a origem e evolução da jornada de trabalho no mundo e no Brasil, e as conseqüências quanto ao descumprimento dessas normas, abordando aspectos doutrinários e jurisprudenciais recentes, como o chamado dano existencial.

¹ Mestre em Direito Processual pela UFES. Pós Graduada em Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Direito Processual do Trabalho. Juíza do Trabalho no TRT9. (lor.colnago@gmail.com)

O método científico utilizado será a análise de dados, legislações e doutrina, sob o aspecto descritivo e dedutivo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais estão vinculados ao necessário reconhecimento e positivação dos direitos humanos por um ordenamento jurídico, em especial em sua Constituição (lei fundamental), para que os direitos conferidos ao homem (direito à vida, à liberdade, à expressão, à propriedade, à dignidade, ao meio ambiente sadio, etc.) sejam tuteláveis é necessária a passagem deles pelo processo de constitucionalização, a fim de receber todo um instrumental de garantia e proteção jurídica, permitindo a sua permanência em caso de colisão ou violações.

É importante destacar que nem todo direito positivado em uma Constituição pode ser classificado como “fundamental”, pois há uma grande diferença entre um direito fundamental (positivação do direito humano) e os demais direitos que foram incluídos em uma Constituição pelo poder constituinte originário ou reformador.²

A existência de direitos fundamentais em um Estado pode decorrer da positivação de um direito humano no texto constitucional, mas também da interpretação dos Tribunais Constitucionais³, uma vez que o sistema de direitos fundamentais não se encontra encerrado somente

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.63.

³ QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais: teoria geral*. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.89.

no texto constitucional. Como exemplo, no Brasil há o §2º do art. 5º da Constituição Federal⁴ que reflete uma cláusula de abertura constitucional, permitindo o reconhecimento de um direito fundamental por meio de interpretação inclusiva realizada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre um direito de conteúdo fundamental, encontrado em uma norma do ordenamento interno ou internacional. Com relação à norma internacional, essa deve ser proveniente de um instrumento internacional (tratado, convenção, pacto, etc.) devidamente ratificado pelo Brasil.

Uma norma constitucional é considerada um direito fundamental, positivado de forma direta ou indireta (2º do art. 5º da CF), quando o seu conteúdo reflete um valor de dignificação da convivência humana em sociedade, conquistado pela historicamente pela humanidade. Nesse contexto, pode-se afirmar que o conteúdo de um direito fundamental tem um caráter material, pois consiste na somatória de valores considerados pela humanidade como fundamentais; um caráter formal, pois necessita de legitimação por meio de sua inclusão na Constituição ou nas leis internas de um Estado Nacional; e um caráter procedimental⁵ quando é inserido no ordenamento jurídico de um Estado por meio da interpretação realizada pela Corte Constitucional, quando na resolução de um *case* (conflito judicial marcado por um problema de difícil solução,

⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). In *Vade mecum Saraiva*. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p.10).

⁵ O modelo regra/princípio/procedimento leva em consideração não apenas as regras, enunciados dotados de um grau maior de concretude ou os princípios, enunciados normativos dotados de um grau maior de abstração em consideração para a classificação de um direito constitucional como fundamental, mas também o procedimento utilizado para a aplicação desse direito. Por exemplo, a interpretação realizada pelos juízes que compõem a Corte Suprema, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, guardiões do ordenamento jurídico pátrio. (QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais: teoria geral*. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.141).

que ao ser resolvido pela Corte Constitucional constitui um paradigma para o ordenamento jurídico).

Essa posição doutrinária contemporânea, com inspiração em no professor português J. J. Gomes Canotilho⁶ e nos ensinamentos de Gregório Peces-Barba⁷, sobre a natureza dos direitos fundamentais, traz uma ampliação da materialidade e da estrutura da norma jurídica eminentemente fundamental, pois engloba todas as dimensões dos direitos humanos, em oposição à doutrina reducionista, que fixa o conteúdo dos direitos fundamentais na primeira dimensão dos direitos humanos⁸, ou seja, nos direitos do homem livre, “[...] *by, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.[...] Derechos fundamentales em sentido proprio son tan solo los derechos liberales de la persona humana individual*”⁹, incluindo como fundamental o direito de um indivíduo em face de outro indivíduo, circunscrevendo sua estrutura à regra jurídica¹⁰.

Por fim, com relação à estrutura da norma de direito fundamental, seguimos a posição do mestre português Canotilho, que defende a existência de direitos fundamentais inseridos em duas categorias: regras e princípios. Em síntese, as regras são espécie de norma jurídica que possuem uma aplicação direta no caso concreto por serem normas vinculativas com conteúdo funcional e menor grau de abstração.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría generale*. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.

⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571-572.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 190.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 64-65.

Pelo maior grau de concretude, as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável diante do sistema a validade simultânea de regras contraditórias.¹¹

Por outro lado, os princípios, como espécie normativa, são constituídos de maior grau de abstração, uma vez que consagram valores (liberdade, democracia, dignidade, igualdade), por isso, ao serem aplicados necessitam de mediações concretizadoras do intérprete.

Os princípios também são considerados *standards* jurídicos vinculantes e normas de natureza estruturante, com hierarquia superior sobre as regras, uma vez que as fundamentam ao mesmo tempo em que fornecem a conexão sistêmica do ordenamento jurídico.

Os casos de conflito entre princípios, diferente das regras, suscitam o problema de peso entre os valores jurídicos neles consagrados. A solução desse conflito não produz a validade de um princípio em detrimento de outro, mas a prevalência em importância social do valor consagrado num princípio sobre outro, no caso concreto.¹²

É necessário enfatizar que as normas constitucionais são consideradas o resultado da interpretação das leis, enunciados normativos, sendo a Constituição um projeto jurídico composto por um sistema aberto de regras e princípios, influenciados por valores.¹³

Dessa forma, Canotilho fala em direitos fundamentais constitucionais e extra-constitucionais, pois a partir do momento em que a Corte Constitucional se pronuncia sobre um direito fundamental

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1162.

¹² *Ibid.*, p. 1160-1164

¹³ CANOTILHO, *Ibid.*, p. 1162-1163.

extra-constitucional, não existem direitos não enumerados, mas direitos constitucionais concretizados.¹⁴ Portanto, os direitos fundamentais são normas jurídicas positivadas ou interpretadas que se inserem num contexto constitucional.

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A limitação da duração do trabalho é luta e conquista histórica dos trabalhadores, sendo a Constituição Mexicana de 1917 a primeira a versar sobre a limitação da jornada diária para 8 horas, e noturna para 7 horas¹⁵.

Poucos anos depois da Constituição Mexicana, com o fim da I Guerra Mundial, na Conferência da Paz das Nações Unidas foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, na Parte XIII do Tratado de Versalhes¹⁶, de 1919, sendo importante observar que esse foi um marco para a inserção dos direitos dos trabalhadores nos Estados Nacionais. Nos considerandos do Tratado de Versalhes o primeiro direito mencionado foi a regulamentação das horas de trabalho por dia e por semana¹⁷.

O fator biológico dessa reivindicação explica a preocupação com a submissão do homem a tempo de esforço incompatível com sua

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379 et seq.

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTR, 1997, p.19.

¹⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Convencões da OIT*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p. 17-19.

¹⁷ TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012.

natureza física, e também o fato de ser uma das primeiras reivindicações trabalhistas, ao lado da estipulação de um mínimo salarial.

No Brasil, seguindo a tendência da Convenção OIT n. 5 de 1919, em vigor em 13 de junho de 1921¹⁸, uma das primeiras normas referentes ao trabalho livre e à limitação da jornada dos menores, por meio do art. 4º do Decreto 1313/1891:

Art. 4º Os menores do sexo feminino de 12 a 15 annos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no maximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho continuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 annos até nove horas, nas mesmas condições.

Dos admittidos ao aprendizado nas fabricas de tecidos só poderão occupar-se durante tres horas os de 8 a 10 annos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 annos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo.¹⁹

A limitação da jornada para trabalhadores adultos veio a ser publicada apenas na década de 30 do séc. XX. Como exemplos mais marcantes temos a limitação de jornada para o comércio (Dec.21.175/1932), a indústria (Dec.21.364/32), farmácias (Dec.23.084/1933), casas de penhores (Dec.23.316/1933), bancos (Dec.23.322/1933), entre outras²⁰, sendo a Constituição de 1934 a primeira, do Brasil, a inserir em seu bojo

¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p.75.

¹⁹ BRASIL. *Senado Federal*. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469>> . Acesso em: 02 maio 2012.

²⁰ COSTA, Casimiro Armando. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 145.

a limitação diária e genérica de 8 horas de jornada para os trabalhadores, norma repetida na Constituição Federal de 1937.²¹

Pouco tempo depois o Estado, no governo de Getúlio Vargas, decidiu reunir essas leis em uma consolidação, o Decreto n. 5452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, separando o Capítulo II para as normas de duração do trabalho.

Até o advento da Constituição Federal de 1988 a jornada diária era de 8 horas com a limitação semanal de 48 horas, passando para 44 horas semanais apenas em 10 de outubro de 1988²², salvo negociação coletiva (art. 7, XIII), sendo esse o atual regramento da matéria.

Nesse mister, diversas legislações estrangeiras têm passado por reformas quanto à jornada de trabalho. Na Espanha, após a reforma trabalhista de 1984, convencionou-se que a jornada normal de trabalho poderia ser flexibilizada ao longo do ano, respeitando-se o máximo de 9 (nove) horas.²³ Assim, na primeira semana de trabalho a jornada seria de 8 (oito) horas, na segunda semana haveria uma diminuição para 5 (cinco) horas, na terceira semana a redução seria ainda maior 4 (quatro) horas de trabalho, e finalmente, na quarta semana o trabalhador praticaria uma jornada de 9 (nove) horas. Toda essa flexibilização somente poderia ocorrer por meio de negociação coletiva entre os sindicatos e a empresa.²⁴

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTR, 1997, p.17.

²² Cf. COSTA, Casimiro Armando. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 149.

²³ BENGOCHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 139.

²⁴ *Ibid.*

Em Portugal, a flexibilização da jornada de trabalho teve início com a permissão de elastecimento das 8 horas de trabalho diárias para 10 horas, sendo que a duração normal do trabalho semanal passaria de 40 horas para 50, tudo mediante negociação coletiva.²⁵

No entanto, o Código do Trabalho vigente até fevereiro de 2009, instituído pela Lei n.º 99, de 27 de agosto de 2003, ampliou para 12 horas a jornada de trabalho e para 50 horas a duração semanal durante o máximo de dois meses, mediante negociação coletiva com os sindicatos, nos termos do art. 164:

Artigo 164.º - Adaptabilidade

1 - Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário fixado no n.º 1 do artigo anterior pode ser aumentado até ao máximo de quatro horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda sessenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

2 - O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinquenta horas em média num período de dois meses.²⁶

Nesses termos, a legislação portuguesa previu a majoração da jornada de trabalho para dez horas diárias, sem a limitação anterior de dois meses, para os casos da chamada “adaptabilidade” das normas de duração normal de trabalho entre trabalhadores e empregadores

²⁵ SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.

²⁶ PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.

(art. 165²⁷), ou seja, mediante negociação direta do trabalhador com o empregador, sem a importante intervenção sindical.

Em 12 de fevereiro de 2009, o Presidente da República de Portugal promulgou a Lei Nº 7/2009²⁸, revogando a Lei Nº 99/2003. A nova lei manteve o tempo normal do trabalho (jornada) de 8 horas, sendo a duração semanal fixada em quarenta horas (art. 203), mantendo ainda a flexibilização da jornada em quatro horas.

Muito embora tenha sido mantida a conquista dos trabalhadores quanto à limitação da jornada de trabalho, a lei atual autorizou no art. 204²⁹, a flexibilização da duração semanal do trabalho de 60 (sessenta)

²⁷ Artigo 165º **Regime especial de adaptabilidade**

1 - Por acordo, o empregador e os trabalhadores podem definir o período normal de trabalho em termos médios, observando o disposto nos números seguintes.

2 - O acordo a que se refere o número anterior pode ser obtido mediante proposta dirigida pelo empregador aos trabalhadores, presumindo-se a sua aceitação pelos trabalhadores que, no prazo de 21 dias a contar do respectivo conhecimento, incluindo os períodos a que se referem os n.ºs 2 e 3 do artigo 173º, não se oponham por escrito.

3 - O período normal de trabalho diário pode ser aumentado até ao máximo de duas horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda cinquenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

4 - Nas semanas em que a duração do trabalho seja inferior a quarenta horas, a redução diária não pode ser superior a duas horas, mas as partes podem também acordar na redução da semana de trabalho em dias ou meios dias, sem prejuízo do direito ao subsídio de refeição.

5 - O regime previsto nos números anteriores mantém-se até ao termo do período de referência em execução à data da entrada em vigor de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que incida sobre a matéria. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

²⁸ PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.

²⁹ Artigo 204. **Adaptabilidade por regulamentação colectiva**

1 – Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário estabelecido no n.º 1 do artigo anterior pode ser aumentado até quatro horas e a duração do trabalho semanal pode atingir sessenta horas, só não se contando nestas o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

2 – O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinquenta horas em média num período de dois meses.

3 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto neste artigo. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

horas, por meio de negociação coletiva entre entidades sindicais e empregadores, o que foi prognosticado por José Augusto Ferreira da Silva, quando esteve no Brasil antes mesmo da reforma de 2003.³⁰

Voltando à legislação brasileira, em momento algum a autorização concedida pelo legislador constituinte autorizou o aumento da jornada máxima diária superior a 10 horas, o que implicaria em lesão à saúde do obreiro.³¹

Pode-se afirmar que a negociação coletiva é um espaço público de realização do Estado Democrático de Direito³², uma vez que pressupõe a existência de manifestação volitiva bilateral de entes coletivos (entidades sindicais profissionais/econômicas e empresas) na construção do Direito, visando a harmonização do conflito capital-trabalho, devendo pautar-se pelo princípio do não retrocesso social (art. 1, III, art. 3, II e III, art. 4, II, art. 5, §2º, art.7, *caput*, todos da CF), da limitação às normas de ordem pública (art. 8 CLT), da proibidade e da boa-fé contratual (art. 421 do CC) como limites às alterações lesivas (art. 468 da CLT por analogia quanto às relações coletivas).

³⁰ SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.

³¹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. *LTr. Suplemento Trabalhista*, v.46, p.363 - 370, 2010.

³² Sobre a manifestação da democracia em espaços públicos de discussão cf. LUCCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana do Direito*. Revista de Filosofia - UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001, p. 175-200.

4. CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO À JORNADA: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (DANO EXISTENCIAL)

Feitas essas considerações sobre a negociação coletiva, é necessário reafirmar a importância do tema para a saúde do trabalhador, no seu triplo aspecto: físico, social e psíquico (conceito da OMS)³³, vez que um indivíduo submetido a jornada superior a dez horas trabalha com redução de sua capacidade de concentração, fica sujeito às desatenções que causam acidentes de trabalho, face ao stress corporal e mental a que é submetido.

Segundo o Ministério da Previdência Social, apesar do número global de acidentes ter diminuído em 2010, sendo registrados 701.496 acidentes de trabalho contra 733.365 acidentes em 2009, a maior incidência encontra-se no setor das doenças laborais, com aumento significativo para o número de transtornos mentais e comportamentais, a CID “reações ao estresse grave e transtornos de adaptação”, por exemplo, apresentou 5.919 casos só no último ano, sendo o maior número de acidentes encontrado no setor de serviços.³⁴

Conforme as estatísticas e estudos do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, nos últimos anos o trabalho tem acompanhado o trabalhador ocupando cada vez mais seu tempo livre:

³³ FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012.

³⁴ BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010)*. 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

De acordo com a análise feita pelo Instituto, para um grupo dos entrevistados – de 30% e 50% deles – há uma percepção comum da relação entre o tempo de trabalho e o tempo livre: a de que o tempo de trabalho remunerado afeta de modo significativo, crescente e negativo o tempo livre. Isso, segundo o pesquisador, é um fenômeno preocupante, porque gera uma série de conseqüências negativas para a vida desses trabalhadores, como cansaço, estresse e desmotivação, além de prejuízo das relações familiares e de amizade, das atividades esportivas, educacionais etc.

Para André Gambier, não deixa de ser contraditório observar que a percepção desse grupo de entrevistados conflita com a leitura que se fez dos dados da PNAID/IBGE, os quais mostram uma aparente redução da importância do tempo de trabalho na vida cotidiana da população brasileira. Ele disse que parte da explicação pode ser uma “diluição” das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo livre, já que para quase metade dos entrevistados, mesmo quando é alcançado o limite da jornada diária, o trabalho continua a acompanhá-los, até mesmo em suas casas.(...) **O SIPS ouviu 3.796 pessoas residentes em áreas urbanas, das cinco regiões do país.** (grifo nosso)³⁵

Em outra pesquisa, realizada em 2011 pelo IPEA³⁶, das 3.709 pessoas ouvidas, sendo 42, 25% no setor de serviços e 30,82% no setor de comércio, pelo menos 1 (um) a cada 5 (cinco) profissionais já sofreu algum tipo de doença ocasionada pelo trabalho excessivo, chegando a 17,7% o índice de adoentados pelo trabalho.

³⁵ BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Dedicacão ao trabalho invade tempo livre das pessoas*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun.2012.

³⁶ BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Portal GI (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75>. Acesso em: 1 jun.2012.

Entre os entrevistados, 41,6% perceberam que realizavam atividades que antes eram exercidas por mais de uma pessoa (...).O percentual de profissionais que não consegue se desligar totalmente do trabalho durante o período de folga chegou a 45,6%. Desse índice, 26% afirmaram que ficam de prontidão, pois podem ser acionados par alguma atividade, 7,9% planejam ou desenvolvem atividades referentes ao trabalho via celular ou computador, 7,2% procuram aprender coisas sobre o trabalho e 4,2% exercem outra atividade remunerada³⁷.

Como se pode observar estatisticamente o tempo de trabalho tem ultrapassado os limites das empresas e invadido o repouso ou o tempo livre dos trabalhadores, que estão cada vez mais estressados pelo acúmulo de atividades.

Esse acúmulo ocorre não só dentro das empresas, mas também no tempo de lazer quando o trabalhador é acionado pelos meios telemáticos de comunicação (celular, ipad, ifone, notebook...) e das mais variadas formas, desde uma ligação para solução de problemas ligados ao trabalho fora da jornada até o trabalho a domicílio não computado na jornada.

No total, estima-se que o indivíduo passe mais tempo com o trabalho do que com sua família ou consigo mesmo. Por esse motivo, o legislador ordinário alterou o art. 6º da Consolidação (Lei 12.551/2011), equiparando a subordinação realizada indiretamente e estrutural pelos meios telemáticos à subordinação direta.

Essa alteração no conceito de subordinação jurídica do texto celetista foi realizada com o intuito de proteger o trabalhador em sua dignidade e integridade física quanto ao limite constitucional de jornada, que tem por escopo a proteção da integridade física e psíquica do obreiro.

³⁷ Ibid.

Em atenção a esse novo fenômeno, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul manifestou-se favoravelmente à configuração de lesão moral, do tipo existencial, a uma trabalhadora submetida sistematicamente à jornada extraordinária, considerando o prejuízo sofrido em suas relações sociais e afetivas.³⁸

Nesse sentido, a imposição de pagamento das horas com o adicional mínimo de 50% (art. 7, XVI, CF/88) não tem gerado o esperado efeito inibitório e reeducativo no empregador, a fim de impedir essa violação a um dos aspectos da dignidade humana (art. 1, III, CF/88).

O chamado dano existencial é aquele que priva o indivíduo de colocar em prática o seu projeto de vida³⁹. Contudo, esse projeto de vida precisa ser possível, razoável e concretizável, considerando-se o indivíduo como um ser inserido num contexto social com real possibilidade de coexistência entre as individualidades.⁴⁰

[...] Ao participar do mundo com os outros, o *ser-ai* se liga aos demais *seres-ai* e se torna um *ser-no-mundo-com-os-outros*: está no mundo, morada em que vive em indispensável coexistência e ao qual atribui sentido constantemente. *Ser-no-mundo*, conhece o mundo, nele sabe se movimentar e se orientar, nele encontra a sua morada. *Ser-com-os-outros*, consciente da presença dos demais, a qual lhe é necessária, sem a qual não se completa.⁴¹

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241*. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012.

³⁹ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009

⁴⁰ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17564>. Acesso em: 28 jun. 2012.

⁴¹ *Ibid.*

O homem é um ser social, já dizia Hobbes⁴², por isso parcela de sua dignidade está intrinsecamente relacionada com o tempo potencial de convívio em sociedade – família, amigos e membros da comunidade mais próxima -, ao trabalhar o homem é naturalmente ceifado deste convívio, agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que é outra parcela de sua dignidade humana.

Assim, para considerar-se completo ele deve ter ao menos em potencial tempo para o trabalho e tempo para a desconexão do trabalho, possibilitando o convívio social extramuros da “fábrica”. Se esse tempo não lhe é concedido, ou seja, se o empregador não respeita o tempo de desconexão concedido legalmente para esse fim, por exemplo, as onze horas interjornada (art. 66 da CLT), ele viola parcela da dignidade humana do trabalhador, afetando aspectos de sua existência, ou coexistência social, daí o chamado dano existencial.

O dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas.

Essa violação tem como primeira conseqüência o pagamento da hora acrescida do adicional mínimo de 50%. E, caso essa violação torne-se sistemática e extenuante, o ordenamento pátrio previu a tipificação da conduta do empregador como crime – art. 149, *caput*, do Código Penal, alterado pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes

⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.

de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)⁴³

Assim, no atual conceito de trabalho em condições análogas a escravo, que ultrapassa os limites do trabalho forçado previsto nas Convenções 29 e 105 da OIT, o legislador pátrio inseriu a jornada extenuante que viola a dignidade humana do indivíduo, sendo esse um outro aspecto ou conseqüência legal da jornada exaustiva.

Por fim, surge no direito civil a reprimenda com fins pedagógicos a essa prática nociva à saúde do trabalhador, que é a configuração do dano existencial causado pela jornada extenuante, como uma faceta da lesão individual causada pelo empregador em violação e abuso às normas do trabalho referentes à limitação de sua duração (art. 7, XIII e XVI, CF, art. 2, art. 58, 59, 157 da CLT).

Essa conduta, no âmbito civil atrai a incidência do art. e art. 186, 187 e 422 do CC, que versam sobre o ato ilícito ou abusivo e a função social do contrato, sendo o contrato de trabalho um tipo especial de contrato, deve seguir sua regulamentação, observando os princípios gerais contratuais quando houver compatibilidade (art. 8, parágrafo único, da CLT).

Nesse mister, a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser

⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012.

social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial.

O dano existencial distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.

Pode-se afirmar que a Lei Maior abarca tanto o dano moral como o existencial no art. 5, V e X.

Também não se pode confundir o dano estético, que é a proteção concedida aos aspectos físicos da pessoa em sua integralidade (art. 5, V, CF e Súmula 387 do STJ).

Assim, essa nova categoria de dano vem agregar-se às demais para imprimir um caráter pedagógico à conduta lesiva ao patrimônio imaterial e interpessoal do indivíduo, na tentativa de restabelecer o equilíbrio do ser social, em atenção ao novel aspecto do direito à saúde e à participação equilibrada do homem junto ao meio ambiente, a **sustentabilidade humana**.

No aspecto dos direitos fundamentais, a sustentabilidade humana advém da eficácia horizontal do direito que todo indivíduo tem de ser respeitado como pessoa inserida na *biota*, ou seja, como destinatário de direitos humanos reconhecidos na lei fundamental. No caso do objeto deste estudo o direito a não mercantilização de seu trabalho (dignidade humana no aspecto trabalhista), ao respeito à sua integridade físico, psíquica e social (conceito ampliativo do direito fundamental à saúde), bem como ao respeito a cada um dos direitos fundamentais sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, que inclui o lazer como

forma de desconexão ao trabalho, e a própria condição de ser social (efetivação real de seus projetos afetivos e de vida, aspecto existencial da dignidade humana).

5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à própria condição de ser humano, reconhecidos no âmbito internacional e positivados na Lei Fundamental de um país. Eles refletem as conquistas da humanidade, e por isso têm um núcleo duro, que em eventual conflito não pode ser violado, daí o método da ponderação de bens.

A limitação da jornada de trabalho, a proteção da saúde do indivíduo no triplice aspecto (físico-mental-social) e de sua dignidade humana, são direitos humanos positivados pela Constituição Federal Brasileira, ao lado da livre iniciativa.

Em eventual conflito entre esses direitos o núcleo duro de cada um deles, sob a influência do princípio da interpretação *pro homine* deve prevalecer. Assim, eventual violação da jornada de trabalho deve ser combatida sob a égide do Direito do Trabalho, com a dação do adicional de horas extras e da inibição dessa prática no âmbito do Direito do Trabalho Administrativo; do Direito Penal do Trabalho, por meio da tipificação dessa conduta como crime de redução a condição análoga a de escravo, se a jornada for caracterizada como exaustiva; mas também, no âmbito civil, para que o a integridade do obreiro como ser social seja preservada, é o chamada sustentabilidade humana, que uma vez violada gera o dano existencial.

Esse dano ao aspecto do ser afetivo, em seus projetos de vida, merece ser combatido por meio de indenizações de caráter pedagógicos, que visem a reeducação do empregador para a eliminação da prática nociva de adoção de jornada exaustiva, mas também para incentivar o respeito ao direito do trabalhador à desconexão de toda e qualquer atividade laboral nos seus intervalos interjornada, semanais e também anuais, a fim de preservar a vida em sociedade (sustentabilidade humana) e evitar um retrocesso social como retorno da mercantilização do trabalho, em que o homem era tratado como uma peça das engrenagens da fábrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004
- BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012
- BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dedicção ao trabalho invade tempo livre das pessoas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun.2012

- BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75>. Acesso em: 1 jun.2012.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010). 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.
- BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469>> . Acesso em: 02 maio 2012
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003
- COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. LTr. Suplemento Trabalhista, v.46, p. 363 - 370, 2010.

- FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012
- FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17564>>. Acesso em: 28 jun. 2012
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997
- LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia - UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.
- PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009
- QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002
- SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996
- SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012