



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA
INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER

Salvador
2018

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA
INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER

Monografia apresentada ao Curso de Pós –
graduação da Faculdade Baiana de Direito.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

**A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA
INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de pós-graduanda em
Direito pela Faculdade Baiana de Direito

Salvador, _____

AGRADECIMENTOS

A Deus, ser supremo, de infinita sabedoria e bondade, que nos proporciona todas as bênçãos, cuidado e proteção. Muita luz para que tenhamos discernimento. Assim, tudo é do Pai.

Aos meus pais, amor mais sincero, que sempre são minha fonte segura, que estão ao meu lado, caminhando junto comigo, segurando nas minhas mãos, me orientando e me apoiando em todas as situações. Obrigada, inclusive, por toda a ajuda neste trabalho de monografia. Sempre comigo. Sempre no meu coração.

Ao meu noivo Arlan, por me proporcionar muito amor e carinho em todas as fases da minha vida. Seu zelo e confiança em mim me ajudam a ser mais confiante e, assim, os bons resultados são apenas consequências. Juntos somos mais. Seu amor me fortalece.

Ao eterno mestre Pamplona, por toda sua ajuda e por estar disponível todas as vezes que precisamos. Gratidão!

“Compreender a marcha e ir tocando em frente. Cada um de nós compõe a sua história e cada ser em si carrega o dom de ser capaz e ser feliz” (Almir Sater e Renato Teixeira)

LISTA DE ABREVIATURAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

CC – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CF – Constituição Federal de 1988

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

RESUMO

O dano existencial sofrido pelo empregado causado pela inobservância do direito ao lazer no ambiente do trabalho ainda é uma realidade muito presente. Os trabalhadores, suas famílias, os empregadores, os advogados, os juízes, a doutrina, os pesquisadores, os meios de informação e a comunidade como um todo estão diretamente ligadas e afetadas pela realidade da vida do trabalhador, tanto nas suas atividades laborais quanto nas suas inúmeras opções de projetos de vida. Na caminhada desta pesquisa, espaços foram ocupados pelos mais variados conceitos de lazer, do antilazer, dos direitos fundamentais e suas eficácias, especialmente neles inseridos o direito ao lazer, de jornada de trabalho, do direito de desconexão do trabalhador, dos conceitos de danos existenciais, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mostrando a evolução que vem se verificando nesta seara. O suporte ou embasamento para as decisões é buscado principalmente na atuação da ONU (em especial, nas suas declarações), na Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Constituição Federal do Brasil de 1988, na Consolidação da Legislação Trabalhista (CLT), no Código Civil de 2002 e nas demais normas infraconstitucionais, nos pareceres dos especialistas, na doutrina e na jurisprudência. Sabe-se que, mesmo quando ainda não havia sido atribuída à lesão a denominação atual, os danos existenciais existiram desde os primórdios. Sabe-se também que nem mesmo os empresários e diretores estão imunes aos efeitos nocivos. Convém observar que também existe o lazer passivo. Necessário se faz distinguir lazer, tempo livre e ócio. Sabe-se ainda que demandas judiciais vêm crescendo muito ultimamente; isto vem conduzindo os julgamentos ao encontro de uma posição mais padronizado ou uniforme possível, evitando-se a sobrecarga do judiciário, a redução das expectativas e ilusões por parte dos trabalhadores, assim como o abuso por parte dos empresários não evoluídos, que apostam na impunidade. Em suma, fica cada vez mais evidenciada a necessidade também de se saber distinguir o que se caracteriza como danos materiais, danos morais como um todo, como danos existências e da delimitação do conceito de danos existenciais.

Palavras-chaves: Lazer. Trabalho. Desconexão. Dano. Existencial. Delimitação. Conceito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 LAZER: CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS DO LAZER	13
2.1 CONCEITOS DE LAZER E DE ÓCIO	13
2.1.1 Lazer Passivo	15
2.1.2 Antilazer	16
2.1.3 Lazer Ativo	16
2.1.3.1 Lazeres Físicos	17
2.1.3.2 Lazeres Artísticos	17
2.1.3.3 Lazeres Práticos	18
2.1.3.4 Lazeres Intelectuais	18
2.1.3.5 Lazer Social	18
2.1.3.6 Lazer Turístico	18
2.1.3.7 Lazer Noturno	18
2.1.3.8 Lazer Espetáculo	19
2.1.3.9 Lazer esportivo	19
2.1.3.10 Lazer alternativo ou experiencial	19
2.2 ENFOQUE SOCIOLOGICO DE LAZER	19
2.3 ENFOQUE JURÍDICO DE LAZER	20
2.3.1 Complemento da Declaração dos Direitos do Homem	20
2.3.2 Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)	20
2.3.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	20
2.3.4 Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966	21
2.3.5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	21
2.3.6 Código Civil Brasileiro de 2002	21
2.3.7 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)	22
2.3.8 Lei do Desporto (Lei 9.615/98)	22
2.3.9 Protocolo de San Salvador	23
2.3.10 Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003)	23
2.4 ENFOQUE NA DIMENSÃO HUMANA DO LAZER	24

2.4.1 lazer como necessidade biológica	24
2.4.2 lazer do ponto de vista social	25
2.4.3 lazer como necessidade psíquica	25
2.4.4 lazer no sentido existencial, como novo caráter de Subjetividade	25
2.4.5 lazer na dimensão econômica	25
2.4.5.1 meio para busca do pleno emprego	25
2.4.5.2 viabilizador de outros setores da economia	26
2.4.5.3 restaurador de energia do trabalhador	26
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LAZER	27
3.1 HISTÓRICO	27
3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS-JURÍDICOS	28
3.3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
3.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.4.1 Historicidade	30
3.4.2 Relatividade	30
3.4.3 Imprescritibilidade	31
3.4.4 Inalienabilidade	31
3.4.5 Indisponibilidade (irrenunciabilidade)	31
3.4.6 Indivisibilidade	31
3.4.7 Conflituosidade (concorrência)	32
3.4.8 Eficácias das normas do direito fundamental	32
3.4.8.1 Eficácias horizontal, imediata, direta	32
3.4.8.2 Eficácia vertical, mediata, indireta	34
3.5 LIMITES	34
3.5.1 Concorrência de direitos	35
3.5.2 Liberdade de conformação	35
3.5.3 Reserva legal	35
3.6 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
3.6.1 Dimensões dos direitos fundamentais	37
3.6.1.1 Primeira dimensão ou negativos	37
3.6.1.2 Segunda dimensão ou positivos	38
3.6.1.3 Terceira dimensão	38
3.6.1.4 Quarta dimensão	39

3.6.1.5 Quinta dimensão	39
3.6.1.6 Dimensão objetiva dos direitos sociais	40
3.6.1.7 Dimensão subjetiva dos direitos sociais	40
3.6.2 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais	41
4. JORNADA DE TRABALHO E DESCONEXÃO DO TRABALHADOR	42
4.1 JORNADA DE TRABALHO	42
4.1.1 Jornada de trabalho. Limites e proteção previstos na Constituição, na CLT/1943 e no CC/2002	43
4.1.2 Jornada comum	47
4.1.2.1 Jornada padrão	47
4.1.2.2 Jornada diferenciada	47
4.1.3 Prorrogação de jornada	47
4.1.3.1 Acordo de até duas horas	50
4.1.3.2 Motivada por causas acidentais ou de força maior, para evitar prejuízo manifesto (serviços inadiáveis): de duas até dez horas	50
4.1.3.3 Acordo de compensação de horas	51
4.1.3.4 Excessiva: inobservância do direito ao lazer	51
4.2 DESCONEXÃO DO TRABALHADOR	53
5 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER NO TRABALHO	58
5.1 CONCEITOS DE DANOS EXISTENCIAIS, DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS (PATRIMONIAIS) NO ÂMBITO TRABALHISTA CAUSADO PELA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER	58
5.1.1 Conceitos de danos existências, de danos morais e de danos materiais (patrimoniais) na doutrina	58
5.1.2 Conceitos de danos existenciais, morais e materiais na jurisprudência	63
5.1.2.1 TRT 1 – Rio de Janeiro	63
5.1.2.2 TRT 2 – São Paulo	64
5.1.2.3 TRT 3 – Minas Gerais	65
5.1.2.4 TRT 4 – Rio Grande do Sul	66
5.1.2.5 TRT 5 – Bahia	67
5.1.2.6 TRT 6 – Pernambuco	67
5.1.2.7 TRT 7 – Ceará	68
5.1.2.8 TRT 10 – Distrito Federal	68

5.1.2.9 TRT 12 – Santa Catarina	69
5.1.2.10 TRT 15 – São Paulo	70
5.1.2.11 TRT 17 – Espírito Santo	71
5.1.2.12 TRT 18 – Goiás	72
5.1.2.13 TRT 20 – Sergipe	73
5.1.2.14 TRT 23 – Mato Grosso	73
5.1.2.15 TRT 24 – Mato Grosso do Sul	74
5.1.2.16 TST – Superior Tribunal do Trabalho	75
5.2 NÚCLEO DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS DE CORRENTES DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER	78
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

O dano existencial, que é uma lesão sofrida pelo trabalhador, decorrente da inobservância do direito ao lazer na empresa empregadora, ainda é uma realidade que está longe de ser superada.

Esta prática ilícita é uma ameaça permanente à integridade física e mental dos trabalhadores.

Ainda sem ter recebido uma denominação específica, sabe-se que este dano vem desde os primórdios da humanidade.

A Bíblia sagrada é farta em passagens nas quais o dano existencial se fez sentir; o livro Gênesis, do Antigo ou Primeiro Testamento, por exemplo, traz a epopeia de Moisés na fuga do povo hebreu da escravidão imposta pelos egípcios.

No Brasil, em época não tão longe, sofreram os africanos e até mesmo os indígenas com a escravidão brasileira.

Na atualidade, padecem com seus efeitos diversas categorias profissionais.

Deste sofrimento, não escapam sequer os próprios empregadores e seus dirigentes.

Não se pode fechar os olhos para outro grande contingente de pessoas pobres, em geral mães de famílias com numerosas proles, vulneráveis aos efeitos deste tipo de castigo.

Na raiz do problema, está a supressão do lazer, do direito ao lazer afetado pelo trabalho extravagante e abusivo.

Fica cada vez mais claro que o lazer é e sempre foi indispensável ao ser humano. Numa sociedade sadia, as pessoas desfrutam do direito ao lazer com qualidade. Lazer em suas mais diversificadas facetas

Necessário se fez conscientizar as pessoas a respeito da importância do lazer, trazer conceitos consagrados que o definem.

O trabalho excessivo não pode nem deve afastar as pessoas das atividades de lazer.

As escolas, mais precisamente, o mundo acadêmico como um todo está voltado cada vez mais para o estudo do lazer, sua vital importância para uma vida saudável, assim como para o antilazer. Trabalhos foram produzidos, aulas, exposições, debates, conceitos, material de consulta e todo um manancial importante, visando conscientizar e robustecer a prática ou o exercício cotidiano do lazer.

As entidades governamentais e não-governamentais, as comunidades, os poderes constituídos como um todo passaram a ter atitudes proativas, visando a garantia de um nível pelo menos aceitável de lazer para o conjunto da população, em especial para os trabalhadores na busca de uma vida saudável.

O mundo do Direito esteve e está a todo instante na proteção desta verdadeira conquista humanitária. Os advogados, professores, a doutrina e a jurisprudência se mantêm debruçados sobre cada estágio vivido neste universo do lazer.

Reivindicações do direito ao lazer, inclusive pelas vias judiciais, passaram a se fazer cada vez mais frequentes.

Finalmente, cumpre assinalar que pesquisar e entender o conceito de lazer e de antilazer, o direito ao lazer, as jornadas de trabalho, a importância da desconexão do trabalhador, as respectivas doutrina e da jurisprudência e a delimitação do conceito de danos existências provocados pela inobservância do direito ao lazer no trabalho constituem o objeto deste trabalho.

2 LAZER: CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS DO LAZER

2.1 CONCEITOS DE LAZER, DE ÓCIO E DE ANTILAZER

O lazer é absolutamente indispensável para uma vida saudável. Seus reflexos se estendem tanto até os aspectos sociais, econômicos quanto até os físicos e psicológicos.

Sabe-se que as transformações pelas quais passou a humanidade, o desenvolvimento das diferentes sociedades, as crescentes exigências e demandas do mundo moderno estiveram e estão a exigir uma permanente vigilância da importância de se reservar certo tempo diário dedicado ao não-trabalho, não-obrigações outras geradas pelo cotidiano, dedicado ao lazer.

Percebe-se que lazer pressupõe ser permitido, ter liberdade, voluntariedade. Ficam afastadas a ausência de vontade do trabalhador e as pressões alheias, apesar das polêmicas e da subjetividade na análise do tema.

Nos finais de semana e nos feriados, nos dias ou nos momentos de folga, boa parte das pessoas se dedica aos passeios, aos jogos, às leituras, às escolas e aos cursos de finais de semana, vão ao cinema, ao teatro, à praia, às igrejas, visitam parentes e amigos etc.

Sabe-se que essas pessoas normalmente realizam suas atividades diárias, mais nem todas elas se interessam em saber se se trata ou não de lazer.

O ambiente onde o indivíduo vive, onde ele trabalha, os locais nos quais ele participa ativa ou passivamente das atividades culturais e esportivas, sua condição econômico-financeira, sua condição social, educacional e religiosa, seus relacionamentos influem diretamente no seu lazer.

Uma mesma atividade poderá ser trabalho, lazer ou descanso, dependendo das circunstâncias específicas de cada caso, se se trata de obrigação ou não. Alguém tocando piano em uma banda ou orquestra poderá ser um trabalho. Mas se essa mesma pessoa tiver tocando um piano idêntico em uma balada de final de semana, isto poderá ser lazer.

Reconhece-se que o Direito está na linha de frente na busca da garantia de condições para que se possa usufruir do lazer.

Entender, conceituar e valorizar o lazer, além de reivindicar o direito à sua prática, tem sido uma missão aceita por muitos pensadores. Intelectuais de diversas áreas do conhecimento, a exemplo da sociologia, psicologia, medicina e do direito, que se debruçaram sobre o tema e vêm promovendo uma crescente conscientização do seu valor para o ser humano.

A seguir, serão destacadas partes das contribuições ou dos ensinamentos de alguns dos importantes autores:

Raquel, Alexandre, Edner e Micael (2011, p. 1) ressaltam o que se compreende como lazer, indo da necessidade do cotidiano até seus reflexos nas relações socioculturais das pessoas, como segue:

Compreendendo-se lazer como necessidade cotidiana, espaço privilegiado de expressão do ser humano, ligado à existência social e histórica, compreende-se também que ele é influenciado e pode influenciar nossas relações socioculturais e possibilitar contatos sociais, convívio fraterno, criatividade, melhorando dessa forma, nossa vida.

Adriana Wyzykowski (2015, p. 208), após esclarecer o que se entende por lazer, o faz também em relação à palavra ócio, como segue:

XLI – Em verdade, o conceito de lazer também não se confunde com a figura do ócio, embora muitas vezes tais palavras sejam usadas como sinônimos ou antônimos.

XLII – Ócio seria o período que o ser humano necessita que não possua uma finalidade específica. O ócio teria então seu conceito formulado pelo critério finalístico: se a atividade desenvolvida não possui uma finalidade específica, seja esta laboral, obrigacional, de descanso ou lazer, tal atividade estaria relacionada ao exercício do ócio.

Wyzykowski (2015, p. 207-208) vai além, diferencia lazer de tempo livre e de descanso:

XXXIX – Descanso revela em verdade períodos em que o indivíduo tenha a chance de se recuperar da fadiga e estresse referente às obrigações desenvolvidas. Descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre, afinal é no tempo que o indivíduo tem à sua disposição que as atividades relacionadas à recuperação do corpo e mente e relacionadas ao desenvolvimento do lazer serão desenvolvidas.

XL – Lazer e descanso não se confundem, afinal o lazer não é visto e partir da perspectiva de recuperação do indivíduo no tocante a fadiga laboral. Lazer é visto por uma perspectiva positiva relacionada a atitudes que culminem no desenvolvimento pessoal do indivíduo por meio de atividades consideradas prazerosas. Descanso, por sua vez, encontra-se na vertente da recuperação das energias para um maior e melhor rendimento do trabalhador diante da produção empresarial. Assim, os períodos de

descanso guardam o ranço da revolução industrial, ávida por uma produtividade exacerbada. O lazer vai no sentido contrário, afinal estimula que o empregado desfrute de atividades prazerosas, seja dentro ou fora da jornada de trabalho.

Hanna Arendt (2007, p. 91) conceitua o lazer dentro de uma visão livre de obrigações as mais diversas, a saber:

Conceituou-se lazer no ponto anterior como sendo um tempo do indivíduo e para o indivíduo visando o seu pleno desenvolvimento, de sorte a serem excluídos desse mesmo tempo obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

Enriquecendo o estudo da matéria, Calvet (2010, p. 69) acrescenta que a função descanso visa repor as energias gastas no trabalho, assim:

A função do descanso encontra-se ligada, para o autor, à questão biológica do ser humano, uma vez que tem por escopo proporcionar a reposição da energia gasta no trabalho, seja do ponto de vista físico, seja do psicológico.

Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p. 16) enfatiza a influência da urbanização, da industrialização e dos meios de comunicação no lazer de massa:

Com o surgimento da urbanização e da industrialização, os meios de comunicação de massa se desenvolvem, surge a moderna e se fortalece o lazer de massa. Os meios de comunicação de massa, a industrialização e a urbanização padronizaram as condutas sociais no lazer como elemento cultural de uma sociedade pertencente à indústria cultural.

Neste momento, cumpre distinguir dois grandes grupos: lazer ativo e lazer passivo ou antilazer.

2.1.1 Lazer Passivo

Atualmente, com o progresso tecnológico, muitas pessoas passam grande parte de seus tempos em frente ao celular, à televisão, ao computador. As distâncias geográficas contribuem para tanto. Isso também contribui para que os encontros presenciais sejam escassos cada vez mais.

As grandes distâncias geográficas e os múltiplos compromissos que as pessoas são levadas a assumirem, propiciadas tanto pelas aberturas de novas oportunidades quanto pela possibilidade de locomoção, pelo uso de veículos de passeio, motos, bicicletas, metrô tem inviabilizado o caminhar lado a lado com destino às escolas, ao trabalho, à igreja.

Ana Lucia Santana (2007, p. 1) ensina que, além do lazer ativo, existe o lazer passivo, que é aquele que aliena o ser humano, comentando assim:

O Lazer também é comumente classificado como Passivo ou Ativo.

O Passivo é aquele que aliena o ser, e o envolve na teia consumista gerada pela Indústria Cultural, na qual o consumidor não passa de mais uma peça da engrenagem. Ele é inserido no mercado, hipnotizado pelo universo da publicidade, e neste sentido o Lazer também se transforma em um produto, acessível não mais apenas pelo tempo de que a pessoa dispõe, mas principalmente pelo capital, item fundamental.

No Lazer passivo, o participante é unicamente receptor de estímulos.

Pode até passar uma sensação de quase lazer, mas que na realidade o que ocorre é a submissão talvez inconsciente da pessoa.

Sem perceber, no capitalismo selvagem, a comunidade se torna uma massa de manobra irracional, incapaz de escolher ou de censurar o que a ela é em demasia ofertado, sendo impotente, facilmente manipulada e principal vítima deste sistema econômico.

2.1.2 Antilazer

Há situações para as quais o que ocorre é o antilazer.

Para Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p. 8), há situações que ocorre o oposto do lazer na sociedade contemporânea, ocorre atitudes que se presta a interesses escusos, isto é, ocorre alienante antilazer:

O tempo de lazer deve ser aquele privilegiado, que gere transformações sociais, morais e políticas. Assim, pode-se perceber na sociedade contemporânea o que ocorre é o antilazer, o oposto do lazer, pois o tempo de lazer é apenas utilizado para fomentar a alienação e manter as pessoas subordinadas à sociedade industrial, capitalista, instrumento de dominação.

Uma propaganda inserida em meio a uma transmissão esportiva pela televisão, um discurso proferido durante uma cerimônia de colação de grau, por exemplo, obrigando as pessoas presentes a assisti-los, poderá se encaixar no conceito de antilazer.

2.1.3 Lazer Ativo

Pode-se extrair que o lazer ativo é um aliado do seu praticante rumo a qualidade de vida desejada.

Nelson Carvalho Marcellino, Tânia Mara Vieira Sampaio, André Henrique Chabaribery Capi e Débora A. Machado da Silva (2007, p. 1) ensinam que a revolução industrial e outros países influenciaram muito o lazer no Brasil:

O lazer surge, portanto como fruto da revolução industrial, fundamentado numa idéia de homem diferente daquela existente na sociedade rural. Um homem que passa a ser movido por normas e valores veiculados pelos meios de comunicação de massa e pelos pares. Neste sentido a influência de outros países passa a ser mais uma variável a ser considerada; afinal nesses o processo urbano-industrial já se consolidava, enquanto que no Brasil ele ainda se estruturava.

Dito isto, cabe adentrar naquilo que é aceito como lazer ativo, mostrando suas diversas facetas.

Adriana Wyzykowski (2015, p. 208) acrescenta que o lazer se enquadra no conceito de cultura e cita suas diversas esferas, como segue:

XLIII – Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, haja vista que seu exercício promove um desenvolvimento social considerado indispensável para a tutela da dignidade humana. E sendo cultura, visto sob a perspectiva de promoção do indivíduo, o lazer se divide em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, lazeres artísticos, lazeres práticos, lazeres intelectuais e lazeres sociais.

2.1.3.1 Lazeres físicos

Para Adriana Wyzykowski (2015, p. 135; 208), lazer físico está relacionado com o movimento do corpo:

XLIV – O lazer físico seria aquele relacionado com o movimento do corpo, seja por meio de caminhadas, seja por meio de esportes em geral, seja por meio de ginástica etc. Todo o lazer que envolvesse uma movimentação do corpo humano em busca de uma satisfação pessoal poderia se encaixar no conceito de lazer físico.

Já Joffre Dumazedier (2004, p. 117) assim se refere aos lazeres físicos: “Lazer físicos: ligados ao esporte e outras atividades físicas;”.

2.1.3.2 Lazeres artísticos

De acordo com Adriana Wyzykowski (2015, p. 136), lazeres artísticos são associados à vivência cultural e ao entretenimento:

XLV – Os lazeres artísticos estariam associados à vivência de situações culturais, que estejam relacionadas a funções de entretenimento. Conforme tal entendimento, tem-se que os interesses artísticos acabam por se ligar ao imaginário humano, ao seu conteúdo estético na busca por um encantamento, beleza, de sorte a abranger todas as manifestações artísticas.

Dumazedier (2004, p. 117) destaca tipos de cultura: “Lazeres artísticos: ligados à dança, teatro, cinema, artes plásticas e etc.”.

2.1.3.3 Lazeres práticos

Ainda Adriana Wyzykowski (2015, p. 137), agora abordando os lazeres práticos:

XLVI – Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas realizadas dentro de casa. Esses lazeres práticos encontram-se firmados por meio de atividades manuais, capazes de manipulação de objetos ou sua transformação, como artesanato e costura.

Dumazedier (2004, p. 117) especifica os lazeres práticos: “Lazeres práticos: ou manuais, pintura, bordados, jardinagem e outros:”.

2.1.3.4 Lazeres intelectuais

Adriana Wyzykowski (2015, p. 137-138; 209) comenta os lazeres intelectuais:

XLVII – Tratando dos lazeres intelectuais, é de suma relevância que se ressalte sua relação com questões referentes ao raciocínio humano.

Dumazedier (2004, p. 117) esclarece o que constituem lazeres intelectuais: “Lazeres intelectuais: informações, leituras, palestras, cursos e etc.”

2.1.3.5 Lazer social

Adriana Wyzykowski (2015, p. 137-138; 209) também trata do lazer social:

XLVIII – Por fim, o lazer poder ter seu conteúdo associado à perspectiva social, pautado na interação com outras pessoas. Nesse sentido, o lazer social permite a interação entre indivíduos, de sorte a motivar uma condição de integração social.

Para Dumazedier (2004, p. 117), lazer social... “Lazeres sociais: festas, encontros, bailes entre outros.”

2.1.3.6 Lazer turístico

Adriana Wyzykowski (2015, p. 138) considera que os lazeres turísticos englobam atividades próprias dos lazeres artísticos e sociais:

XLIX – No tocante aos lazeres turísticos, o que não se pode esquecer é que o conteúdo do lazer engloba atividades turísticas, sejam elas encaixadas em classificação própria ou nas classificações de lazer artísticos e sociais.

2.1.3.7 Lazer noturno

Dumazedier (2004, p. 117) ensina que lazer noturno se desenvolve em alguns ambientes como bares e demais locais de eventos musicais, afirmando: “se trata

de todo o lazer associado a noite e atividades em que elas se desenrolam, bares, discotecas, e outros lugares em que a música e a bebida são os pilares centrais”.

2.1.3.8 Lazer espetáculo

Para Dumazedier (2004, p. 117), lazer espetáculo diz respeito aos shows e eventos esportivos, por exemplo. Nas palavras deste autor: “todo lazer relacionado com os espetáculos, entre os que podemos distinguir os culturais (teatro, concertos, exposições ópera, cinema, shows, espetáculos, apresentações culturais) e os desportivos.”

2.1.3.9 Lazer esportivo

Dumazedier (2004, p. 117) novamente enriquece os ensinamentos, afirmando que lazer esportivo: “se refere a prática de algum esporte”.

2.1.3.10 Lazer alternativo ou experiencial

Finalmente, Dumazedier (2004, p. 117) acrescenta outro tipo de lazer, com duas vertentes, oferecendo uma alternativa mais sadia para jovens maiores de idade, com possibilidades realizarem experiências, explica assim:

O lazer alternativo tem duas vertentes, uma que se refere ao lazer alternativo noturno, que na maioria dos casos é dirigido a jovens maiores de 18 anos, para proporcionar uma alternativa mais sadia em suas saídas noturnas. Enquanto que um novo ramo do lazer alternativo, se refere a um tipo de lazer não convencional, no esportivo e no de espetáculo na que o participante é ator principal de seu lazer. Este tipo de lazer também é conhecido como lazer experiencial.

2.2 ENFOQUE SOCIOLÓGICO DE LAZER

No contexto sociológico, no centro do estudo do lazer no Brasil, destaca-se Dumazedier (2004, p. 34), ampliando a visão de que seja o lazer, um conjunto de ocupações exercidas de livre vontade, fora das suas obrigações (laborativas e até mesmo familiares e sociais), ensinando:

(...) o lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

2.3 ENFOQUE JURÍDICO DE LAZER

Neste segmento, serão apresentadas as normas que versam sobre o lazer em diversos momentos da sociedade, vislumbrando o quão importante é o debruçar-se sobre a matéria.

2.3.1 Complemento da Declaração dos Direitos do Homem

Os artigos 2º e 4º da DDH - Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão - LDH em 1936) tratam do direito à vida, contemplando o direito à cultura e ao cultivo da moral, além do direito ao trabalho, respeitado o tempo necessário ao bem-estar, assim:

Artigo 2 – O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.

[...]

Artigo 4 – O direito à vida comporta:

- a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar labores suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição eqüitativa deve e pode garantir a todos;
- b) O direito ao pleno cultivo intelectual, moral, artístico e técnico das faculdades de cada um (...).

2.3.2 Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A citada declaração da OIT (aprovada na Filadélfia em 1944 e ratificada pelo Brasil) foca na necessidade do lazer e nas condições de alimento, alojamento de cultura, como segue:

Focando a atenção no nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) participa do esforço em prol do reconhecimento da necessidade do lazer.

2.3.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A ONU (Organização das Nações Unidas), através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo XXIV, tratando do direito ao trabalho, ao descanso, das férias e do lazer, assim se expressa:

Artigo XXIV: Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

2.3.4 Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil) participa dos esforços em prol do reconhecimento do direito ao lazer, passando por boas condições de trabalho (com jornada limitada) e de férias, assim:

Artigo 7º: Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo:

(...)

d) O repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados.

2.3.5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Federal do Brasil de 1988 dá o suporte vital às pretensões do direito social ao lazer, com indispensável cunho de direito fundamental.

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

[...]

Art. 7º...

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

[...]

Art. 217 ...

[...]

§ 3º: O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

[...]

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

2.3.6 Código Civil Brasileiro de 2002

O Código Civil do Brasil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) obriga as entidades que desenvolvem programas de internação de propiciarem o lazer:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

...

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer

2.3.7 Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

Visto que há também o trabalho executado por adolescentes, interessante se faz trazer ao estudo do lazer a contribuição do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). O ECA estabelece como dever da família, da sociedade e dos poderes públicos assegurarem o lazer;

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 59: Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

[...]

Art. 71: A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

[...]

Art. 94: As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer”.

Art. 124: São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer.

2.3.8 Lei 9.615/98 (Lei do Desporto)

O artigo 3º da Lei do Desporto (Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998) insere o lazer no contexto do desporto:

Art. 3º: O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer.

2.3.9 Protocolo de San Salvador

Pelo Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil e com vigência interna a partir de 16 de novembro de 1999, nos termos do Decreto 3.321/99) foram estabelecidas condições justas para o trabalho, jornada, férias, remuneração e tempo livre, a saber:

Artigo 7º: Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

[...]

Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

2.3.10 Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso, aprovado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003)

O Estatuto do Idoso, aprovado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, obriga as famílias, a comunidade, a sociedade como um todo e o poder público a assegurarem ao idoso acesso ao lazer, como segue:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 20: O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

[...]

Art. 23: A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

[...]

Art. 50: Constituem obrigações das entidades de atendimento:

IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer.

Este elenco de medidas no campo do Direito, através de normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais mostra a crescente preocupação com o

estabelecimento da garantia de padrões razoáveis no mundo do lazer, apesar de ficar patente que muito ainda se tem que evoluir.

As faixas etárias da base e do cume da pirâmide etária são sobejamente carentes de medidas efetivas de proteção social, econômica e humana.

A iniciativa privada também não pode se omitir nesse esforço conjunto, cumprindo com seu compromisso social. Ainda mais que a garantia do lazer é necessária para todos os seus membros, suas famílias, seus trabalhadores obviamente.

As entidades de classe, de forma análoga, desde as mais influentes até aquelas de menor reconhecimento público, são também vitais para que qualquer esforço ou iniciativa nesse sentido tenha êxito.

Otavio Amaral Calvet (2006a, p. 87; 89) qualifica ainda mais as pessoas que devem assegurar o acesso ao lazer dos trabalhadores adolescentes e dos idosos, como segue:

De qualquer sorte, ao menos em relação às crianças e adolescentes e aos idosos observa-se que restou adotada expressamente, pela norma infraconstitucional, a dimensão objetiva do direito fundamental ao lazer, pois reconhece-se que deve ele ser “assegurado” como uma “obrigação” não apenas do Poder Público, mas também “da família, da comunidade, da sociedade”, donde se conclui que, ao menos, ninguém pode lesionar tal direito (dimensão subjetiva negativa) e que todos devem contribuir para o mesmo (dimensão subjetiva positiva).

2.4 ENFOQUE NA DIMENSÃO HUMANA DO LAZER

Na seara humana do lazer, observam-se os seguintes aspectos:

2.4.1 lazer como necessidade biológica

Lazer como necessidade humana, à luz dos ensinamentos de Otavio Amaral Calvet (2006a, p. 89-92), é mostrado como importante para todas as classes sociais, como segue:

Nesse aspecto, inclusive, observa-se que a perspectiva humana se entrelaça com a econômica, num esquema reprodutor da própria condição do labor com determinante de todos os espaços da vida, como já anteriormente exposto. Em parte pensa-se na saúde do trabalhador e, em boa dose, na própria manutenção da produção.

2.4.2 lazer do ponto de vista social

No aspecto social, o lazer se reveste de fator de integração e crescimento do ser humano, a saber:

Ainda arraigado à noção de tempo livre após o trabalho profissional ou de afazeres de manutenção doméstica, o lazer seria necessário para viabilizar a convivência social, fomentando as relações familiares e privadas, possibilitando a interação humana; seria o momento em que a família conversa, se diverte, e que os amigos praticam atividades recreativas como esportes, jogos etc. Constatase, novamente, a ambigüidade inerente ao lazer, pois dependendo do ponto de vista calca-se sua fundamentação predominantemente no aspecto econômico ou no humano. (CALVET, 2006a, p. 90-91).

2.4.3 lazer como necessidade psíquica

Em termos psíquicos, o lazer assume papel de equilíbrio emocional e de facilitador no processo de crescimento da consciência humana, afastando as influências alienantes, conforme estará sendo exposto a seguir:

No sentido positivo dessa manifestação do lazer reconhece-se a possibilidade, ainda que parcial, do ser humano dedicar-se aos afazeres que lhe dão prazer, resgatando os talentos naturais e concretizando os desejos e sonhos inviabilizados pelo mundo do trabalho, onde pauta sua conduta a mera necessidade de sobrevivência, permitindo uma desconexão com o trabalho como verdadeiro direito inerente à própria vida. (CALVET, 2006a, p. 91-92).

2.4.4 lazer no sentido existencial, como novo caráter de subjetividade

Noutra contribuição, Calvet (2010, p. 80-81) analisa o sentido existencial com caráter de subjetividade volta-se para a possibilidade de o ser humano dispor de tempo e de poder se dedicar a ocupações e ao ócio criativo, atitudes não próprias das suas obrigações trabalhistas ou produtivas em seu sentido estritamente massificante do processo industrial, do processo econômico, a saber:

Aqui aparece a idéia de dedicação do ser humano ao “ócio criador” no conceito arcaico, como possibilidade de ter acesso a informações, cultura, artes, enfim, a bens materiais e imateriais, filosofias e tudo que possa incrementar valor ao homem no sentido de crescimento individual – viabilizando uma nova subjetividade rompida com a estrutura laboral – e, conseqüentemente, coletivo.

2.4.5 lazer na dimensão econômica

No contexto econômico propriamente dito, na visão de Otávio Amaral Calvet (2010, p. 94-103), o lazer se apresenta através de vertentes, como:

2.4.5.1 meio para busca do pleno emprego

Alcançar o pleno emprego é um desejo de todas as nações. Nesta missão,

respeitando o tempo livre, os detalhes a seguir fazem toda a diferença.

O gradativo aumento de tempo destinado ao lazer (tempo livre) necessita da correspondente diminuição do tempo destinado ao trabalho, determinando a adoção de jornadas cada vez menores e, como isso, gerando-se maior número de postos de trabalho, harmonizando-se o direito social ao lazer e o princípio da ordem econômica da busca pelo pleno emprego preconizado no art. 170, VIII da Constituição da República. (CALVET, 2006a, p. 94).

2.4.5.2 viabilizador de outros setores da economia

Fica fácil perceber a atuação de quase parceria entre o lazer e o entretenimento, viabilizando atividades voltadas também para o tempo livre, principalmente do turismo:

fenômeno que já vem sendo observado, o desenvolvimento de uma cultura de lazer viabiliza a exploração econômica de outros setores, reabsorvendo parte da mão-de-obra liberada pela revolução tecnológica (mas não na mesma medida). Exemplos são as atividades típicas de turismo, que envolvem viagens, guias, passagens, hotéis, atividades recreativas, enfim, uma série de afazeres que as pessoas no gozo do lazer costumam empreender com gasto financeiro considerável. (CALVET, 2006a, p. 99).

2.4.5.3 restaurador de energia do trabalhador

O lazer também tem a possibilidade de fomentar o aumento da produtividade do trabalhador, restaurando suas energias, como é explicado nas seguintes colocações:

É noção geral na atualidade que o trabalhador que goza regularmente de seus descansos, e neles embutido o lazer, mantém um nível de produtividade superior àquele que se consome pelo trabalho em demasia. (CALVET, 2006a, p. 99).

Por fim, Otavio Amaral Calvet (2006a, p. 101) afasta a ideia de que toda a atividade laboral deva ser necessariamente prazerosa, com as seguintes colocações:

Não se quer, portanto, pregar que toda atividade laboral deve ser necessariamente prazerosa em si mesma, o que soaria utópico, seja pelas atividades em si desestimulantes (mas necessárias), seja pelo fato de que, não raro, qualquer prática inserida em contexto profissional perde o seu prazer intrínseco. Exemplos comuns podem ser vistos em atividades artísticas que, em dias e horários definidos, exigem a disposição do ator ou da atriz para encenar uma personagem independentemente de, naquele momento, estarem ou não felizes com a opção realizada: a força da platéia que comprou ingressos exige a presença no palco...

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LAZER

A eficácia dos direitos sociais ao lazer, em especial a eficácia dos fundamentais é decisiva para que todo o esforço histórico para a preservação e valorização do ser humano.

Dispor de tempo e usufruir do lazer é condição *sine qua non* para uma vida saudável.

Isto posto, cabe em seguida adentrar no que de fato são direitos fundamentais.

3.1 HISTÓRICO

Há entendimentos divergentes acerca do momento inicial da proteção constitucional aos direitos dos cidadãos, especialmente do que veio a se convencionar como direitos fundamentais.

Evidentemente, é pacífico o entendimento de que direitos fundamentais estão alicerçados na constituição.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 348-349), de forma incisiva, aborda a inserção da dignidade humana na Constituição, da norma do dever-ser e do princípio fundamental vinculante:

Uma vez que a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do art. 1º, III, da Constituição, o valor da dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico. Embora os valores emanem a todo o momento do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípio, sua força vinculante é maior e sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constitui-se norma, tendo, portanto, caráter deontológico, e, por estar no ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 352) volta a trazer seus ensinamentos na ampliação da incidência dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas, como direitos de personalidade:

Com a ampliação dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, houve, paralelamente, uma hipertrofia da categoria dos direitos de personalidade. Tanto que, atualmente, vemos, de um lado, uma lista de direitos de personalidade “clássicos” e, de outro lado, listas mais extensas,

que abrangem praticamente a maior parte dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, como direitos de personalidade. [...]

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 77), na sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”, é categórico ao afirmar que os direitos fundamentais dependem existencialmente do Estado constitucional:

Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

Voltando um pouco na história, sabe-se que houve uma construção cumulativa do tema, que, na formatação de João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1), em seu artigo “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, fica explicado que os direitos fundamentais passaram por diversas etapas, a saber:

- a) período da sociedade hebraica:
- b) na Grécia e em Roma antigas
- c) na Grã-Bretanha (por volta de 1066): direito costumeiro (Common Law)
- d) na Inglaterra, *Magna Charta Libertatum* (1215)
- e) nos Estados Unidos, Pacto de *Mayflower* (1620)
- f) na Inglaterra, o *Bill of Rights* (1688/1689)
- g) nos Estados Unidos, Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias (1776)
- h) nos Estados Unidos, Constituição Americana (1787), a primeira Constituição escrita da humanidade
- i) na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos (Ano 1789-1791), Revolução Francesa, da Revolução Gloriosa da Inglaterra, Revolução Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791.

3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS-JURÍDICOS

Ainda nos ensinamentos de Cavalcante Filho (2010, p. 1), são apontados os dois princípios básicos dos direitos fundamentais: a dignidade humana e o estado democrático de direito:

Podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à ideia de direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana.

Dignidade humana

É certo que o conceito de dignidade humana é aberto, isto é, não admite um único conceito concreto e específico. Vários filósofos já tentaram defini-la, nem sempre com sucesso.

Estado de Direito

O conceito de Estado de Direito (CF, art. 1º, caput) pode ser entendido, em poucas palavras, como o Estado de poderes limitados, por oposição ao chamado Estado Absoluto (em que o poder do soberano era ilimitado).

3.3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consolidar o reconhecimento dos direitos fundamentais é uma busca incessante de todos aqueles que têm consciência de sua importância no conjunto dos direitos básicos de todos os seres humanos.

Cavalcante Filho (2010, p. 1) destaca que, para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais antecedem à própria Constituição:

Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos pré-positivos, isto é, direitos anteriores mesmo à própria Constituição; direitos que decorrem da própria natureza humana, e que existem antes do seu reconhecimento pelo Estado.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 53) entendem que os direitos fundamentais estão positivados na constituição:

Já o Positivismo Jurídico considera que direitos fundamentais são aqueles considerados como básicos na norma positiva (=norma posta), isto é, na Constituição. Isso não impede que se reconheça a existência de direitos implícitos, em face do que dispõe, por exemplo, o art. 5º, § 2º, da CF.

Dos ensinamentos de André Ramos Tavares (2010, p. 527), apesar da balbúrdia terminológica, pode-se extrair que, o Realismo Jurídico norteamericano considera que os direitos fundamentais são aqueles conquistados pela humanidade:

Por fim, o Realismo Jurídico norteamericano considera (em posição bastante interessante) que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade.

Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc.

José Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1) faz distinção entre as terminologias direitos humanos e direitos fundamentais:

Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.).

3.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem as seguintes características:

3.4.1 Historicidade

País por país, em épocas as mais diferentes, de forma crescente e cumulativa, derrubando resistências de toda ordem, os direitos fundamentais foram sendo moldados.

As citadas resistências tiveram e têm, dentre outros, cunhos econômicos, sociais, culturais, religiosos.

Liberdade, igualdade, fraternidade, meio ambiente sustentável, igualdade entre os sexos etc. foram sendo conquistados pouco a pouco.

3.4.2 Relatividade

Neste espaço, cabe ressaltar que a aplicação dos direitos fundamentais não se dá de forma desregrada, devendo ser observada certa relatividade ou limitações, respeitados os princípios de razoabilidade e da proporcionalidade, afastando o caráter de direito absoluto.

Cavalcante Filho (2010, p. 1) afirma que não há direitos nem garantias absolutas no sistema constitucional brasileiro:

Segundo a jurisprudência alemã, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade – que se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – é parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.200, p. 20:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

3.4.3 Imprescritibilidade

A possibilidade de o cidadão se beneficiar dos direitos fundamentais não se perde apenas porque o ser humano ainda vivo tenha deixado de exercê-lo.

3.4.4 Inalienabilidade

Cavalcante Filho (2010, p. 1) enfatiza que, regra geral, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados:

Alienar significa transferir a propriedade. Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor. Claro que existem exceções: por exemplo, o direito à propriedade é, por óbvio, alienável.

3.4.5 Indisponibilidade (irrenunciabilidade)

Novamente, João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1), agora acrescentando que, geralmente, os direitos fundamentais não devem ser disponibilizados nem renunciados por uma pessoa, em desrespeito ao caráter e à dignidade humana.

Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade.

Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção.

Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

3.4.6 Indivisibilidade

Para João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1), a indivisibilidade dos direitos fundamentais faz que tais direitos não sofram exposições redutoras e atitudes de garantia parcial, ferindo a sua essência:

Os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isolada. Assim, o desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos.

Abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos. Não se pode desrespeitar direitos fundamentais “só um pouquinho”, ou “só para uma pessoa”.

3.4.7 Conflituosidade (concorrência)

Cavalcante Filho (2010, p. 1) afirma que a possibilidade de conflito ou concorrência entre alguns direitos fundamentais é real, devendo ser enfrentada de forma sábia, a fim de não se permitir a derrocada de um em benefício de outro concorrente:

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Ex: direito à vida x liberdade de religião; direito à intimidade x liberdade de informação jornalística. Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer.

3.4.8 Eficácias das normas do direito fundamental

Tema por demais relevante, a eficácia das normas dos direitos fundamentais, especialmente do direito ao lazer, merece a abordagem de suas diversas facetas, dentre as quais: as dimensões (gerações), suas aplicações direta e imediata, mediata e indireta etc., tudo isso partindo da premissa da relação de forças absolutamente desigual entre o tomador dos serviços (o empregador) e o fornecedor desses serviços (o empregado).

3.4.8.1 Eficácias horizontal, imediata, direta

Parte da doutrina entende que a aplicação dos direitos fundamentais deve se fazer de forma horizontal, imediata, direta.

Otavio Amaral Calvet (2010, p. 1), no Resumo de sua TCC, se posiciona pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, como segue:

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição Federal, sendo que a aplicação concreta dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Novamente, Otavio Amaral Calvet (2010, p. 58-66) volta ao tema e se posiciona pela aplicação direta e imediata:

Curiosamente, na contramão do resto do direito privado, ainda propugnam alguns o retorno à época do Estado Liberal para as relações privadas de trabalho, como se o mercado fosse o único valor a ser considerado, em detrimento das questões humanas que envolvem o dispêndio de energia laboral. Óbvio que é desejável uma modernização das normas de cunho trabalhista...

Em conclusão, portanto, adotamos a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, observados os limites e características especiais para aplicação de tais direitos, mormente a observância do método da ponderação de interesses, abordando-se no

Capítulo IV os aspectos de tal eficácia para o direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.

Otavio Amaral Calvet (2010, p. 124-126), mais adiante, aborda a carga de eficácia negativa, suas dimensões e a irradiação dos seus efeitos, acrescentando que o direito ao lazer se insere na problemática da reserva do possível:

Ocorre que todo direito fundamental, mesmo os prestacionais, possui certa carga de eficácia negativa, o que revela uma dimensão subjetiva no sentido de ser possível o uso de tutela judicial perante aqueles que pretendem lesionar referido direito, bem como uma irradiação de seus efeitos decorrentes de sua dimensão objetiva, influenciando a criação e a interpretação de outras normas jurídicas, o controle de constitucionalidade e, ainda, orientando a conduta dos Poderes Públicos e de todos os cidadãos no sentido de, no mínimo, preservar referido valor fundamental para nossa sociedade.

... se conclui que a eficácia desse direito se insere na problemática da reserva do possível, não sendo, em princípio e como um padrão geral... o que no atual estágio de nosso desenvolvimento não se chega a imaginar, pois o lazer – contraditoriamente – ainda não é sentido pela sociedade como um bem fundamental, em que pese o reconhecimento na própria Constituição desse *status*.

Sarlet (2010, p. 255) esclarece ainda que no próprio capítulo dos Direitos Sociais consta a aplicação imediata das normas jurídicas fundamentais:

(...) posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos.

André Araújo Molina (2017, p. 158) entende que o direito ao lazer se insere nos direitos sociais de baixa densidade normativa, sendo a eficácia horizontal imediata possível em alguma medida, devido a baixa densidade normativa dos direitos sociais prestacionais:

O direito ao lazer insere-se na categoria dos direitos sociais prestacionais, seja por sua baixa densidade normativa na Constituição Federal, seja porque até nas normas infraconstitucionais e tratados internacionais sua enunciação afigura-se em estilo aberto...

No que concerne à exigência dessas prestações positivas voltadas ao empregador, ente privado, a eficácia horizontal imediata dos direitos sociais revela ser possível, em alguma medida, reconhecer ao empregado uma posição jurídica subjetiva no sentido de exigir do empregador algum tipo de prestação material para efetivação de seu direito ao lazer, obviamente examinada a questão, sem fundamentalismos, sob a ótica da reserva do possível e pelo método da ponderação dos interesses.

João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1) destaca que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha e se aplica tanto nas

relações Estado-cidadão (eficácia vertical) quanto nas relações particulares-cidadão (eficácia horizontal):

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia *horizontal* ou *efeito externo* dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*).

Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

Acrescenta que o art. 5º, §1º, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Yasmine Coelho Kunrath (2016, p. 1) destaca os sentidos subjetivo e objetivos da eficácia imediata dos direitos fundamentais:

A eficácia, especificamente dos direitos fundamentais, pode ser compreendida em dois sentidos: o subjetivo e o objetivo. Pelo subjetivo, os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos que podem ser exigidos por seus titulares, são direitos positivados na Constituição que gozam de aplicação imediata por força da norma, apesar de existirem graus diferentes de eficácia, de acordo com a função ou com a técnica de positivação desse direito. Um direito prestacional, por exemplo, tem menor grau de eficácia em relação a um direito negativo, em razão de suas características peculiares.

3.4.8.2 Eficácia vertical, mediata, indireta

Outra parte da doutrina entende que a aplicação dos direitos fundamentais deve se fazer de forma vertical, mediata, indireta.

Kunrath (2016, p. 1), no seu artigo “Eficácia dos direitos fundamentais”, se posiciona pela eficácia vertical, assim:

Quanto aos seus destinatários, apesar de a Constituição Federal não prever expressamente quais são, não há dúvidas de que se destinam, precipuamente, aos órgãos estatais. Trata-se da denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais:

3.5 LIMITES

Os direitos fundamentais assumem papel de extrema importância nas construções e no aperfeiçoamento da vida em sociedade. Apesar de tal importância, não são absolutos, isto é, limites deverão ser observados.

Nas palavras de André Ramos Tavares (2010, p. 528):

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto... Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

3.5.1 Concorrência de direitos

Conforme consta no item 3.4.7, pode ocorrer concorrência de direitos na aplicação dos direitos fundamentais.

José Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1) voltando ao tema, entende que o conflito dos direitos fundamentais com outros direitos deve ser resolvido com base no princípio da harmonização ou cedência recíproca:

O primeiro limite que os direitos fundamentais encontram é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles.

Uma vez adotada a teoria externa, como parecer ser a tendência do Supremo Tribunal Federal, o conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base no princípio hermenêutico da *harmonizacao*, ou *cedencia reciproca*, ou *concordância pratica*...

3.5.2 Liberdade de conformação

Trata-se da liberdade de conformação que deve ter o legislativo na definição do direito.

Alguns direitos fundamentais precisam ser concretizados pelo legislador. Nesses casos, admite-se que o legislativo possui uma esfera discricionária de definição do direito, chamada de *liberdade de conformacao* (=liberdade de definição). (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 1).

3.5.3 Reserva legal

A mesma Constituição que serve de alicerce para que os direitos fundamentais existam, usando da liberdade de conformação, pode admitir restrições ou limites a serem disciplinadas em legislação ordinária.

Como já dissemos no tópico anterior, é importante entender, também, que o legislador pode especificar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, usando da chamada liberdade de conformação. Admite-se, em tal caso, a restrição a um direito fundamental, uma vez que expressamente outorgada pela Constituição essa tarefa ao legislador ordinário. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 1).

A restrição citada encontra abrigo na “Teoria dos ‘limites dos limites’”, apesar da ressalva que as restrições não devem ser tão profundas a ponto de esvaziarem os citados direitos:

Teoria dos “limites dos limites”

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a pontos de torná-los verdadeiras conchas vazias.

Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofre limitações: é a *teoria dos limites dos limites*. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 1).

3.6 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta pesquisa, adotando a posição formulada por Otavio Amaral Calvet (2006a, p. 38), que esclarece o motivo pelo qual utilizou “dimensões dos direitos fundamentais” em vez de “gerações dos direitos fundamentais” em seu TCC (“A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho”), tem-se que:

Inicialmente, há de se esclarecer que, seguindo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, adotamos a nomenclatura de “dimensões” dos direitos fundamentais em lugar de “gerações” a fim de evitar “a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, uma vez que o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.

Yasmine Coelho Kunrath (2016, p. 1), nas suas conclusões, sintetiza seu entendimento a respeito da eficácia das normas dos direitos fundamentais, entende que sua aplicação deve ser imediata, trata também das eficácias vertical e horizontal, além de sua eficácia irradiante, como segue:

Por todo o exposto, chega-se à conclusão que o poder constituinte originário outorgou aos direitos fundamentais maior proteção no que tange à sua eficácia, notadamente pelo fato de determinar, no art. 5º, parágrafo 1º da Carta constitucional, a aplicação imediata desses direitos.

No sentido objetivo da eficácia de direitos fundamentais, verifica-se a tese da irradiação dos direitos fundamentais: estes devem servir como paradigma de interpretação das normas infraconstitucionais, além de serem de observância obrigatória no exercício das funções legislativa, executiva e judiciária. Além da eficácia irradiante, surge na doutrina a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual preconiza que os direitos fundamentais devem ser observados também nas relações privadas, entre particulares. No tocante às relações entre Estado e particulares, ou eficácia vertical dos direitos fundamentais, não surgem maiores dúvidas.

3.6.1 dimensões dos direitos fundamentais

Preferencialmente, serão abordadas 3 dimensões dos direitos fundamentais. De forma complementar, será feita uma breve abordagem de uma frágil quarta dimensão. De forma apenas informativa, será feita uma sintética apresentação da frágil e não consensual quinta dimensão.

3.6.1.1 Primeira dimensão ou negativos

Otávio Amaral Calvet (2010, p. 38-40) aborda a prestação negativa nesta primeira dimensão ensina:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm em mira as liberdades clássicas, surgindo no cenário jurídico como verdadeiro freio ao poder absoluto do Estado, decorrência imediata dos ideários da Revolução Francesa calcados na liberdade...

Referidos direitos são comumente vistos como de cunho negativo, ou seja, reconhecem um dever de abstenção do Estado, no sentido de não lesionar os bens tutelados, como a vida, a propriedade, a liberdade e a igualdade perante a lei.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 55), tratando da correlação entre os direitos fundamentais, aborda a liberdade de expressão coletiva (de manifestação, de imprensa, de reunião de associação etc.) e de participação política, assim:

liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 1) comenta a dimensão negativa e cita as liberdades de religião, de expressão, do direito à vida, dentre outros, assim:

Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado NÃO PODE desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

Paulo Bonavides (2004, p. 563-564) utiliza o termo geração, “primeira geração ou direitos da liberdade”, e ensina:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

3.6.1.2 Segunda dimensão ou positivos

Calvet (2010, p. 40-41) explica o sentido de direito social e do cunho de prestação positiva do Estado (dever de fazer) nesta segunda dimensão, assim:

Têm os direitos de segunda dimensão, portanto, um cunho substancial, de prestação positiva do Estado, que deve propiciar aos cidadãos o gozo de direitos como trabalho, lazer, segurança etc., ficando tais direitos conhecidos como “direitos sociais” de forma genérica.

Sarlet (2010, p. 56) ressalta o ponto de vista individual desta segunda dimensão, citando a liberdade de sindicalização, de greve, de limitação da jornada de trabalho, de férias, de repouso, de salário mínimo, a saber:

(...) as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos..

Paulo Bonavides (2004, p. 564) também aborda a segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como se pode ver a seguir:

No entanto, esses direitos de segunda geração ou dimensão passaram por uma crise de efetividade, ante ao fato de serem direitos que exigem prestações materiais, atividades positivas do Estado, e que nem sempre podem ser concretamente garantidas. Recentemente, constituições formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inclusive a brasileira de 1988, buscando tornar tais direitos mais efetivos e pôr fim a essa crise.

João Trindade Cavalcante Filho (2010, p.1), comentando a segunda “geração”, aspectos sociais, econômicos e culturais dos direitos positivos ou coletivos, traz sua contribuição ao tema:

São direitos *sociais* os de segunda geração, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar (direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e, agora, com a EC 64/10, também a alimentação).

Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). Ex: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores.

3.6.1.3 Terceira dimensão

Na terceira dimensão estão os direitos fundamentais voltados para solidariedade ou da fraternidade de grupos de pessoas.

Calvet (2010, p. 40-41) explica o sentido de direito social e do cunho de prestação

positiva nesta segunda dimensão, a solidariedade, a tutela dos direitos coletivos e difusos, como segue:

Quanto à terceira dimensão de direitos fundamentais, aponta a doutrina de forma homogênea o reconhecimento dos direitos de solidariedade ou de fraternidade, com foco não nos indivíduos, mas em grupos de pessoas vistos como coletividade, surgindo a tutela dos direitos coletivos e difusos.

Cavalcante Filho (2010, p. 1), tratando dos direitos de terceira “geração”, difusos e coletivos, também agrega conhecimento ao tema:

Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos *metaindividuais* (estão além do indivíduo) ou *supraindividuais* (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade *conectada* em valores compartilhados,

Por exemplo: a poluição de um riacho numa pequena chácara em Brazlândia-DF atinge as pessoas que lá vivem. Mas não só a elas. Esse dano ambiental atinge também a todos os que vivem em Brasília, pois esse riacho deságua na barragem que abastece de água todo o Distrito Federal.

Paulo Bonavides (2004, p. 569) aborda o surgimento da terceira geração dos direitos fundamentais, destaca o valor da fraternidade e ensina:

Na terceira geração de direitos fundamentais, surgem aqueles direitos que buscam atender aos anseios de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, denotando o valor principal da fraternidade. São direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou Estado. Se destinam ao gênero humano e têm por temas o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação e o patrimônio comum da humanidade.

3.6.1.4 Quarta dimensão

Otavio Amaral Calvet (2010, p. 43) conclui que esta quarta dimensão ainda não está pacificada:

No estágio atual de desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, ainda não se encontra reconhecida de forma pacífica essa quarta dimensão ora comentada.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 59), tratando do resultado da globalização sobre os direitos fundamentais, especialmente pelo foco nos direitos subjacentes, explica:

(...) resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional..., composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.

3.6.1.5 Quinta dimensão

Abordando de passagem uma possível quinta dimensão, Paulo Bonavides (2004, p.

82 e ss.) se posiciona assim: “O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas”.

3.6.1.6 Dimensão objetiva dos direitos sociais

Noutra vertente do estudo dos direitos fundamentais, está sua dimensão objetiva dos direitos sociais.

Calvet (2006a, p. 43) acentua os efeitos imediatos, a irradiação dos seus efeitos, “que a doutrina nomina de ‘dimensão objetiva...’”, como segue:

Antes de adentrar no problema específico da eficácia dos direitos sociais, no sentido de aptidão para produção de efeitos imediatos no mundo jurídico, há que se observar outra qualidade dos direitos sociais concernentes à influência exercida indiretamente no ordenamento jurídico pela irradiação de seus efeitos, que a doutrina nomina de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.

...afixam-se mecanismos revolucionários se aplicados com a devida cautela e limitações na seara das relações trabalhistas, atentando-se à não adoção de postura radical desconectada da realidade econômica e da necessidade de manutenção da saúde financeira da empresa, mola propulsora de todo o mercado de trabalho.

Daniel Sarmiento (2004, p. 134), tratando da eficácia irradiante com reflexos que impulsionam e orientam as atuações dos três poderes, assim escreve:

(...) irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação.

3.6.1.7 Dimensão subjetiva dos direitos sociais

Agora, o estudo dos direitos fundamentais se volta para sua dimensão subjetiva dos direitos sociais.

Calvet (2010, p. 157-160) avança em sua pesquisa, na dimensão subjetiva cita as possibilidades de recursos judiciais para garantias de direitos, além do reconhecimento do aspecto da prestação positiva do Estado, como segue:

A dimensão subjetiva de qualquer direito fundamental preocupa-se, em primeiro lugar, com a verificação da possibilidade do recurso à tutela judicial para efetivação de tais direitos, desdobrando-se a questão em seu aspecto negativo, no sentido de garantir o cidadão contra investidas a esses direitos por parte do Poder Público ou de particulares, seara em que pacificamente defere-se ao titular do direito uma posição jurídica de postular sua defesa em juízo, e, em segundo lugar, no seu aspecto positivo, de reconhecimento da posição jurídica do titular do direito de exigir do Estado ou de particulares providências materiais para consecução dos direitos fundamentais, questão onde prepondera – mormente acerca dos direitos a prestações – a incidência da chamada “reserva do possível”.

3.6.2 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

Conforme mais ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 80), a denominação eficácia irradiante originou-se da doutrina alemã, na sua condição de direito objetivo, conduz à hermenêutica da interpretação conforma a Constituição, assim:

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional... que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.

Daniel Sarmiento (2004, p. 155-158) volta a contribuir com seus ensinamentos:

Assim, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais significa que os valores consagrados pelos direitos fundamentais positivados irradiam por todo o ordenamento jurídico, devendo ser observados na interpretação dos dispositivos infraconstitucionais e na atuação legislativa, executiva e judiciária.

Ela proporciona ainda, a efetiva aplicação das normas sobre direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que condiciona a interpretação e a aplicação das cláusulas e conceitos constantes das leis infraconstitucionais – boa-fé, interesse público, ordem pública, etc. – aos seus valores consagrados.

Yasmine Coelho Kunrath (2016, p. 1) organiza bem e faz uma espécie de desfecho de seu pensamento, abordando o sentido objetivo, as eficácias horizontal e vertical da eficácia dos direitos fundamentais, posicionando-se assim:

No sentido objetivo da eficácia de direitos fundamentais, verifica-se a tese da irradiação dos direitos fundamentais: estes devem servir como paradigma de interpretação das normas infraconstitucionais, além de serem de observância obrigatória no exercício das funções legislativa, executiva e judiciária. Além da eficácia irradiante, surge na doutrina a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual preconiza que os direitos fundamentais devem ser observados também nas relações privadas, entre particulares. No tocante às relações entre Estado e particulares, ou eficácia vertical dos direitos fundamentais, não surgem maiores dúvidas.

4. JORNADA DE TRABALHO E DESCONEXÃO DO TRABALHADOR

Nesta etapa da pesquisa, serão abordados aspectos relevantes da jornada de trabalho e da desconexão do trabalhador.

4.1 JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é um dos aspectos essenciais na vida dos trabalhadores e das empresas.

Assim, nesta etapa desta pesquisa, embasados na Constituição Federal do Brasil de 1988, na CLT/1943 (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) e no CC/2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), serão abordados aspectos cruciais, como: limites e proteção na legislação; prorrogação da jornada de trabalho; acordo de compensação de horas; acordo até 2 horas; motivada por causas acidentais ou de força maior; prorrogada para evitar prejuízo manifesto (serviços inadiáveis) e situações de jornadas de trabalho excessivas que inobservem o direito ao lazer.

Logo no início desta seção, serão inseridas duas colocações importantes do doutrinador Otavio Amaral Calvet (2010, p. 90), a saber:

Nessa ótica, torna-se importante avaliar que a criação ou manutenção de uma relação de emprego leva em consideração, muitas vezes, aspectos outros que não apenas o fato da retribuição econômica. A qualidade de vida do empregado, dentro e fora da relação de emprego, constitui fator a ser considerado quando se pretende efetuar alguma alteração contratual que afete, reflexamente, a vida pessoal do trabalhador, pois é neste espaço que, geralmente, as pessoas usufruem mais intensamente do direito ao lazer.

Logo, vislumbra-se que qualquer modificação no contrato de trabalho capaz de afetar esferas externas ao pacto laboral, alcançando a vida privada e, principalmente, o tempo livre do empregado, afigura-se inviável ante o comando do art. 468 da CLT interpretado sob a ótica do direito fundamental ao lazer.

4.1.1 Jornada de trabalho. Limites e proteção previstos na Constituição/1988, na CLT/1943 e no CC/2002

Limitar a jornada de trabalho é também limitar um possível abuso por parte de empregador.

André Araújo Molina (2017, p. 465-477), no seu artigo “Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e a desconexão do trabalhador”, abordando o ordenamento jurídico trabalhista, trata de tempo reservado às atividades pessoais fora das jornadas de trabalho, como segue:

O ordenamento jurídico trabalhista, centrado que estava no modelo-padrão, conseguia delimitar temporariamente e com nitidez os lapsos em que se considerava o trabalhador à disposição do empregador e o tempo que seria reservado para as suas atividades privadas, gerando como decorrência os direitos às horas extras, aos descansos semanais remunerados, aos intervalos, às férias, às licenças e às interrupções dos contratos de trabalho, tanto é que, entre nós, desde a Constituição de 1934 há limitação de jornada...

Molina (2017, p. 465-477), no âmbito de repercussões das novas ferramentas tecnológicas, dos limites a serem observados para as atividades laborais e da necessidade de ajustes no ordenamento jurídico trabalhista, destaca:

Ocorre que os avanços tecnológicos das últimas décadas projetaram-se sobre os contratos de trabalho, possibilitando, por intermédio das novas tecnologias - como o computador, a internet, notebook, tablets e smartphones -, uma maior flexibilidade quanto ao local da prestação dos serviços e o horário de realização das atividades, por sua vez também diluindo os limites entre os períodos de trabalho e a vida privada, lazer, descanso e a convivência social e familiar dos trabalhadores, reclamando do ordenamento jurídico trabalhista a necessidade de reposicionar-se para regular a nova realidade dos contratos flexíveis, principalmente recorrendo aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, fazendo-os incidir diretamente nas relações de trabalho, de modo a reajustar-se os limites entre trabalho e vida privada.

O doutrinador agora em destaque (MOLINA, 2017, p. 465-477) avança nos seus comentários, atingindo o descanso, a desconexão, o lazer e a responsabilização civil dos infratores dos direitos trabalhistas e dos direitos humanos, alcançando até mesmo os danos existenciais, cuja abordagem será ampliada nas seções seguintes.

A partir da incidência desses direitos, reconhece-se atualmente que, além das suas obrigações profissionais, deverá ser observado o resguardo aos momentos de lazer, descanso e desconexão do trabalhador, cuja violação sujeita os infratores, na perspectiva da responsabilidade civil, não apenas à quitação das repercussões de caráter trabalhista típico, mas principalmente à recomposição das repercussões pessoais, inclusive quanto aos danos existenciais.

Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p. 1), em seu artigo “Direito ao lazer e legislação vigente no Brasil”, aborda o desenvolvimento dos meios de comunicação e do lazer de massa, como segue:

Com o surgimento da urbanização e da industrialização, os meios de comunicação de massa se desenvolvem, surge a moderna e se fortalece o lazer de massa. Os meios de comunicação de massa, a industrialização e a urbanização padronizaram as condutas sociais no lazer como elemento cultural de uma sociedade pertencente à indústria cultural. O tempo livre se apresenta como uma conquista jurídica...

Pereira (2009, p. 1) amplia sua contribuição ao tema, destacando a CLT, o limite das jornadas de trabalho e das consequências negativas do excesso de jornada:

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, dispõe nos arts. 57 a 75 sobre as regras gerais da jornada de trabalho, períodos de descanso, trabalho noturno, quadro de horário e penalidades, há também regras especiais que se encontram espalhadas por toda CLT.

A jornada diária de trabalho tende a ser limitada, observando os aspectos psicofísicos, familiar, social e outros.

O limite da jornada de trabalho acarreta na redução dos acidentes de trabalho, pois este está vinculado à atenção no trabalho. É obrigação do Estado proporcionar condições, de vida e de trabalho, decentes ao trabalhador, para que dessa forma realize a felicidade e o bem. O excesso de tempo de trabalho traz consequências familiares, pois retira o marido e a mulher do seu lar.

A pesquisadora em pauta (PEREIRA, 2009, p. 1) aborda ainda a posição do Direito brasileiro (leis e jurisprudência) em relação ao que se considera como serviço efetivo:

No Direito Brasileiro, a posição das leis e da jurisprudência, são diferentes: na lei predomina a orientação, segundo a qual a jornada de trabalho é o tempo à disposição do empregador no centro de trabalho.

O art. 4º da CLT dispõe que: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p. 1), à luz da jurisprudência, também trata da contagem horas remuneradas (nos casos do deslocamento do trabalhador para a empresa e do seu retorno da empresa):

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho filiou-se à terceira teoria (pelo Enunciado n. 90), contando o tempo de serviço como aquele em que o empregado é transportado em condução do empregador, estabelecido em local sem outro meio de acesso público, de sua residência para o serviço e vice-versa. Quando houver transporte público regular, as horas in itinere remuneradas são contadas apenas onde o transporte público não alcance.

Mais uma vez a autora citada anteriormente, (PEREIRA, 2009, p. 1), continua sua pesquisa, agora tratando da origem do repouso semanal do trabalhador e das condições para a sua remuneração:

O repouso semanal originou-se com os costumes religiosos e se efetivou no século XVIII, com a Revolução Industrial.

Para ocorrer à remuneração do repouso semanal deve haver a frequência integral do empregado durante a semana.

Durante a infância e na adolescência, quando ainda não tiver sido iniciado o ingresso no mercado de trabalho, as pessoas podem dedicar parte de seus tempos para as atividades de lazer com maior facilidade.

Depois de terem saído do mercado de trabalho, após aposentadas, ou mesmo durante a chamada “terceira idade”, as pessoas poderão entender o lazer como uma forma de aproveitar ou desfrutar de prazeres que ficaram afastados devido à labuta diária pelo sustento de suas famílias.

Na linha de permissão de tempo livre para o trabalhador e sua família, a Constituição apresenta regras limitadoras do tempo no qual o empregado ficará à disposição do empregador, dentre as quais destacam-se:

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; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Dec. 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

De acordo com o artigo 130 da CLT, o período aquisitivo das primeiras férias é de 12 (doze meses), contados da data de admissão, como segue: "Art.130. Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias."

No que tange às jornadas de trabalho, Adriana Wyzykowski (2015, p. 166; 174) comenta as horas extraordinárias habituais, a supressão dos intervalos intrajornadas

e interjornadas, do descanso e do lazer, do abuso de direito e da eficácia mediata dos direitos fundamentais, como segue:

Nesta senda, a prestação de horas extraordinárias de maneira habitual acarretaria uma violação do direito ao lazer por meio da supressão do tempo livre. Tal exemplo pode ser transportado para os institutos do descanso, como, por exemplo, quando ocorre supressão do intervalo intrajornada ou desrespeito ao intervalo interjornada, supressão do descanso semanal remunerado com respectivo pagamento etc.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, não traz disposição acerca do abuso de direito, de modo a necessitar da complementação da legislação cível para que a eficácia mediata dos direitos fundamentais funcione para combater os abusos decorrentes da inviabilização do tempo livre.

Wyzykowski vai além (2015, p. 165), faz um paralelo entre a teoria da eficácia mediata, das relações de emprego e a violação do direito ao lazer:

Ao fazer um paralelo entre a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego e a violação do direito ao lazer por meio de inviabilização do tempo livre, percebe-se que, sendo a conduta do empregador um abuso de direito, que, por sua vez, consiste numa cláusula geral, seria admissível a utilização da referida teoria no tutela do tempo livre pela via judicial.

Otavio Amaral Calvet (2010, p. 90), trazendo à pesquisa efeitos da eficácia irradiante das normas constitucionais no mundo do trabalho, ensina:

Atuando como fator impulsionante e orientador da interpretação e, como consequência, do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, a eficácia irradiante do direito ao lazer produz as seguintes conclusões:

- a) flexibilização de descansos
- b) substituição do repouso semanal remunerado por pagamento dobrado ou concessão em dia diverso do domingo
- c) *limitação de trabalho aos empregados excluídos do art. 62 da CLT*
- d) *limitação de trabalho aos empregados domésticos*
- e) *férias anuais remuneradas*
- f) *vedação à remoção e alteração de horário de trabalho unilateral prejudicial ao lazer*

Mais uma vez Calvet (2006a, p. 136) enriquece a pesquisa em pauta, destacando duas exceções da CLT a duas categorias específicas de trabalhadores (os exercentes de cargos de confiança e os empregados domésticos), nos seguintes termos:

Apresenta a CLT duas exceções à regra geral do instituto da duração do trabalho, quais sejam: a ausência dessa proteção ao empregado exercente de cargo de confiança com encargo de gestão que perceba padrão salarial 40% superior ao de seus pares e ao que labora em função incompatível com a fixação de horário de trabalho, conforme seu art. 62, I e II e parágrafo único.

Os empregados domésticos encontram um complicador para a questão da percepção do direito ao lazer na concepção de gozo de tempo livre, haja vista que o art. 7º, parágrafo único da Constituição da República não estendeu a essa categoria o direito à duração do trabalho previsto no inciso XIII do mesmo artigo.

Nesta pesquisa, a partir desse ponto, serão abordados, para cada situação, os tamanhos previstos para as jornadas de trabalho.

4.1.2 Jornada comum

Neste item, serão tratadas tanto a jornada padrão quanto a jornada diferenciada.

4.1.2.1 Jornada padrão

A jornada tida como padrão é aquela disciplinada no inciso XIII, do art. 7º da CF/1988, como segue:

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; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

4.1.2.2 Jornada diferenciada

Já a jornada tratada aqui como diferenciada é admitida no inciso XIV também citado art. 7º da CF/1988:

Art. 7º ...

(...)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

4.1.3 Prorrogação de jornada

As prorrogações das jornadas de trabalho são motivos de crescentes preocupações dos estudiosos da matéria, tendo em vista, principalmente, do abuso contumaz por parte de parte dos empregadores.

Otavio Amaral Calvet (2006a, p. 90) destaca o debate doutrinário trabalhista acerca das horas suplementares e das horas extraordinárias, a saber:

Debate-se ainda a doutrina trabalhista acerca do conceito de horas suplementares e horas extraordinárias, no sentido de serem categorias diversas ou sinônimas.

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) agrega ao tema o posicionamento, segundo o qual o acordo entre as partes não é capaz de legitimar a prorrogação da jornada de trabalho, como se pode ver a seguir:

Fica fácil responder quando se tem a definição da única possibilidade de prorrogação de jornada: serviço extraordinário é aquele prestado excepcionalmente além da jornada normal. Sendo assim o acordo entre as partes não é capaz de legitimar a prorrogação de jornada, pois o acordo não está, por si só, dando a natureza excepcional do serviço extraordinário.

Alessandro Severino Valler Zenni (2006, p. 163) é enfático ao afirmar que a limitação da jornada de trabalho no Brasil é letra morta e também que a teoria de combate ao trabalho suplementar cede ante a realidade econômica, a saber:

(...) a limitação da jornada de trabalho no Brasil é letra morta, porquanto a própria CLT permite estipulação de jornada mais dilatada, desde que presente o acordo escrito e que neste estabeleça o valor adicional de horas extras, mencionando, ainda, que a jurisprudência abrandou a exigência da formalidade de acordo escrito, consagrando a integração das extraordinárias para os efeitos legais, desde que praticadas com habitualidade (Súmulas 45, 76, 94, 115, 172, 291, 347 do TST), justamente diante dos salários de fome pagos por jornadas normais, os quais requestam a complementação de extras. Com isso, toda a teoria de combate ao trabalho suplementar cede ante a realidade econômica.

Adriana Wyzkowski (2015, p. 175), à luz do artigo 7º, XIII da CF/1988, enfatiza que se faz necessária uma mudança de concepção empresarial para que os períodos de descanso, os intervalos e as jornadas sejam suficientes para que o direito ao lazer seja garantido:

E, mais uma vez, tem-se que alertar que não basta a previsão legal de tais institutos. Faz-se necessária uma mudança de concepção empresarial da verdadeira interpretação dos períodos de descanso, intervalos e jornadas, de sorte a coadunar a existência dos mesmos ao direito fundamental ao lazer.

Paulatinamente, foram-se conquistando certas reduções nas jornadas de trabalho em cada país. No Brasil, acabou-se por consagrar-se a jornada de trabalho padrão de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

André Araújo Molina (2017, p. 1), em seu artigo “Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e a desconexão do trabalhador”, comentando a possibilidade de o ordenamento jurídico brasileiro limitar as jornadas de trabalhos e os respectivos descansos, férias e licenças, acrescenta:

O ordenamento jurídico trabalhista, centrado que estava no modelo-padrão, conseguia delimitar temporariamente e com nitidez os lapsos em que se considerava o trabalhador à disposição do empregador e o tempo que seria reservado para as suas atividades privadas, gerando como decorrência os direitos às horas extras, aos descansos semanais remunerados, aos intervalos, às férias, às licenças e às interrupções dos contratos de trabalho,

tanto é que, entre nós, desde a Constituição de 1934 há limitação de jornada...

Molina (2017, p. 1), voltando a focar no ordenamento jurídico brasileiro, destacando que os avanços tecnológicos tem possibilitado uma maior flexibilização dos horários de trabalho, comprometendo o tempo que seria dedicado à vida privada do trabalhador:

Ocorre que os avanços tecnológicos das últimas décadas projetaram-se sobre os contratos de trabalho, possibilitando, por intermédio das novas tecnologias - como o computador, a internet, notebook, tablets e smartphones -, uma maior flexibilidade quanto ao local da prestação dos serviços e o horário de realização das atividades, por sua vez também diluindo os limites entre os períodos de trabalho e a vida privada, lazer, descanso e a convivência social e familiar dos trabalhadores, reclamando do ordenamento jurídico trabalhista a necessidade de reposicionar-se para regular a nova realidade dos contratos flexíveis, principalmente recorrendo aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, fazendo-os incidir diretamente nas relações de trabalho, de modo a reajustar-se os limites entre trabalho e vida privada.

Prossegue o doutrinador (MOLINA, 2017, p. 1), ampliando os efeitos da sobrejornada até o conseqüente dano existencial:

A partir da incidência desses direitos, reconhece-se atualmente que, além das suas obrigações profissionais, deverá ser observado o resguardo aos momentos de lazer, descanso e desconexão do trabalhador, cuja violação sujeita os infratores, na perspectiva da responsabilidade civil, não apenas à quitação das repercussões de caráter trabalhista típico, mas principalmente à recomposição das repercussões pessoais, inclusive quanto aos danos existenciais.

Legalmente, o limite de jornada de trabalho de certas categorias de trabalhadores é regulamentado no artigo 62, II, parágrafo único da CLT:

Art. 62 - Não são abrangidas pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) volta ao tema aqui tratado, visando afastar uma possibilidade da existência de equívocos de interpretação da legislação (artigo 62, II, parágrafo único da CLT), expondo trabalhadores a jornada sem limites, a saber:

Este artigo apenas exclui estes empregados do controle de entrada e saída, pois, no caso concreto, é praticamente impossível fazê-lo. Não pode ser utilizado de forma abusiva a ponto de deixar o empregado trabalhar indefinidamente, sem qualquer descanso. Ou seja, este artigo dá abertura para seu uso abusivo que, desta forma, seria um ato ilícito, pois fere o direito ao lazer. Analisando sob o prisma da dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que o art. 62 é constitucional. É um artigo perigoso, mas constitucional.

Porém, compensação poderá ser utilizada apenas nos outros casos, mas não por força do art. 59 da CLT, mas, sim, do Art. 7º, inciso XIII, da Constituição.

Mas o parágrafo anterior apenas reforça que o direito ao lazer é direito de todo ser humano, logo, de todos os trabalhadores, sem exceção.

Neste particular, Otávio Amaral Calvet (2006b, p. 1), visando afastar a possibilidade de entendimento diverso e contraditório do citado artigo 62, ensina:

Referida contradição é apenas aparente, pois além das horas de prorrogação no sistema da compensação de jornadas serem também conceituadas como horas extras - já que prestadas além da jornada ordinária e, caso não compensadas, serão objeto de remuneração - ainda permanecem em vigor, por não contrariarem o texto constitucional, as horas de excesso previstas no mencionado art. 61 da CLT, que constituem as verdadeiras horas extraordinárias ante sua previsão completamente excepcional, ou seja, apenas em caso de necessidade imperiosa para fazer frente a motivo de força maior, para realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa trazer prejuízo manifesto ao empregador e, ainda, por motivo de interrupção empresarial para a recuperação das horas de trabalho, e com as cautelas e requisitos ali mencionados.

Com isso, quer-se dizer que a Constituição de 1988 apenas viabiliza prorrogação de jornada em duas hipóteses: dentro de sistema de compensação e quando a prática do labor além da duração normal seja algo esporádico.

4.1.3.1 Acordo de até duas horas

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), no seu artigo 59, disciplina a acréscimo de “2 (duas)” horas, mediante acordo escrito, a saber:

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.

4.1.3.2 Motivada por causas acidentais ou de força maior, para evitar prejuízo manifesto (serviços inadiáveis): até duas até dez horas

A CLT (nos seus artigos 61, 501 e 59) estabelece as condições para o excesso de jornada por motivo de força maior, causas acidentais, para evitar prejuízos inadiáveis, além de disciplinar o limite de 10 (dez) horas, a remuneração das horas excedentes e a autorização prévia da autoridade competente, a saber:

Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

(...)

§ 2º - Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal.

§ 3º - Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

Art. 59. ...

§ 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 um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

4.1.3.3 Acordo de compensação de horas

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) alerta que a compensação de horas somente poderá ocorrer nos casos previstos na Constituição Federal/1988 e da CLT/1943, utilizando-se das seguintes palavras:

Uma vez definido que "serviço extraordinário" é aquele unicamente previsto no art. 61 da CLT, podendo ter "compensação" (apenas através de acordo ou convenção coletiva, qualquer espécie de prorrogação diferente do previsto não foi mencionada pela Constituição e ofende{?} diretamente o direito fundamental ao lazer.

Porém, compensação poderá ser utilizada apenas nos outros casos, mas não por força do art. 59 da CLT, mas, sim, do Art. 7º, inciso XIII, da Constituição.

4.1.3.4 Excessiva: inobservância do direito ao lazer

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1), embasado nos artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro, define jornada excessiva da seguinte maneira:

Portanto é importante definir que jornada excessiva é aquela que viola o direito ao lazer, portanto, um ato ilícito que causa dano ao trabalhador, conforme já prescreve o Código Civil:

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.

Novamente, Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) agrega conteúdo ao tema, destaca a habitualidade e conclui que o art. 59 da CLT (já reproduzido nesta seção) não foi recepcionado pela Constituição Federal/1988:

A habitualidade é algo ainda mais grave, pois é o extremo oposto de serviço extraordinário. Seria paradoxal admitirmos um serviço extraordinário habitual. Logo, o art. 59 não foi recepcionado pela atual Constituição, pois afronta diretamente o novo ordenamento jurídico instituído em 1988.

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) continua, embasado nos citados artigo 7º, XIII e XVI da CF/1988, no artigo 61 da CLT/1943, combinados com o artigo 62 da mesma CLT/1934 e no artigo 187 do CC/2002, traz á cena a razoabilidade e a fragilidade econômica do trabalhador, para contrastarem com o ilícito que poderá ser cometido pelo empregado, da seguinte forma:

Enfim, havendo prorrogação de jornada que não atende ao art. 7º, XIII e XVI da Constituição e o art. 61 da CLT, o empregador cometerá ato ilícito, pois ferirá o direito ao lazer. Já o art. 187 CC se aplica ao caso do art. 62 da CLT, em outras palavras, apesar deste artigo ser constitucional, não poderá ser aplicado desviando de seus fins, por proibição expressa daquele.

Mesmo que haja acordo do empregado na prorrogação indevida, dependendo do caso concreto e com respeito à razoabilidade, haverá ofensa ao direito ao lazer, afinal é um direito irrenunciável e o empregador não pode ser aproveitar da fragilidade econômica do empregado; este que, normalmente, ganha muito pouco, principalmente cumprindo apenas a jornada normal.

Por fim, o autor ainda em destaque (SANTOS, 2010, p. 1), depois de aprofundar em sua pesquisa, assevera que o acordo entre as partes tem capacidade limitada para legitimar a prorrogação de jornada, como se pode ver a seguir:

Sendo assim, o acordo entre as partes não é capaz de legitimar a prorrogação de jornada, pois o acordo não está, por si só, dando a natureza excepcional do serviço extraordinário.

Para Wyzykowski (2015, p. 211), a redução da jornada de trabalho deve ser vista também sob o prisma do bem estar do trabalhador:

LXV – Defende-se, no tocante a uma possível redução de jornada que esta, embora possa trazer benefícios no tocante ao desemprego que assola a população, deve ser vista sob a perspectiva do bem estar do trabalhador, afinal de nada adianta que a jornada de trabalho seja reduzida se o mesmo terá salários mais baixos ou terá que laborar num ritmo muito acelerado para compensar o horário menor.

Otavio Amaral Calvet (2010, p. 90), centrado no entendimento majoritário da doutrina nacional, ensina que a limitação da jornada de trabalho se aplica apenas ao trabalho subordinado, como segue:

A doutrina nacional majoritária preceitua a defesa de que o instituto da limitação do trabalho previsto constitucionalmente diz respeito apenas à relação de emprego, vez que relega a aplicação de todos os direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, entre eles o objeto deste tópico (inciso XIII), apenas à categoria de trabalho subordinado, buscando na legislação infraconstitucional o conceito de relação de trabalho por ausente tal padrão na própria norma constitucional...

Wyzykowski (2015, p. 212) prossegue com sua participação incisiva no tema, tratando do acordo e convenção coletiva, da autonomia privada e do direito ao lazer, como segue:

LXX – Acordo e convenção coletiva podem atuar no sentido de concretização do direito fundamental social ao lazer. Exemplo disso são convenções e acordos coletivos que trazem em seu bojo disposições sobre a tutela do tempo livre ou mesmo sobre ações relacionadas ao lazer dos trabalhadores.

LXXI – O direito ao lazer não poderia ser considerado disponível face a negociação coletiva. Não é porque se trata de negociação entre entes iguais que o lazer haverá de ser desprezado, afinal o mesmo vincula os particulares nas relações por eles travadas, de sorte que a vontade das partes só funcione se houver uma conformidade da mesma com os ditames do ordenamento.

LXXII – A autonomia privada não é o único instrumento da garantia do direito ao lazer dentro da relação de emprego. Faz-se necessário a união de todos os instrumentos disponíveis para a garantia desse lazer, seja por meio da tutela do tempo livre, seja por meio de ações afirmativas por parte da empresa, seja por meio da autonomia privada.

LXXIII – É necessário que haja uma mudança de pensamento e comportamento dos empregados e empregadores no tocante ao lazer. A conscientização dos empregados acerca do seu direito ao lazer é muito importante na medida em que facilita a concretização do mesmo na relação de emprego. A mudança do pensamento empresarial também faz-se deveras necessário para que o direito ao lazer possa.

4.2 DESCONEXÃO DO TRABALHADOR

A desconexão do trabalhador é condição *sine qua non* para se permitir o lazer e evitar o dano existencial.

A dignidade da condição humana do trabalhador somente poderá ser possível se também ele puder se desligar de seus afazeres trabalhistas pelo período de tempo previsto na legislação.

Adriana Wyzykowski (2015, p. 207) aborda a necessidade de respeito do tempo livre de uma maneira geral:

XXXVII – Em suma, compreende-se que a relação tempo, trabalho e dignidade deve ser vista sob uma perspectiva de consagração da dignidade humana, afinal por meio da dignidade o trabalhador verá seu tempo livre ser respeitado em contrapartida aos momentos de trabalho. Contudo, tempo livre não se relaciona apenas com trabalho, mas também com quesitos outros, com o direito ao lazer.

Adriana Wyzykowski (2015, p. 207) agora destaca a associação do tempo da pessoa com o lazer:

XXXVIII – Defende-se que o conceito de lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo visando o seu pleno desenvolvimento, de sorte a serem excluídos desse mesmo tempo obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

Em seguida, a autora em pauta trata da tutela do tempo livre através da eficácia mediata do direito fundamental:

LIX – Pode-se pensar na tutela do direito ao lazer através da teoria da eficácia mediata, uma vez que esta determina que cláusulas gerais sejam integradas. Configurando a violação ao direito ao lazer abuso de direito, cláusula geral, haveria a possibilidade de utilização da referida teoria. Contudo, esta não é a melhor solução, uma vez que há condicionantes na aplicação desta teoria, quer seja a elaboração por parte do Legislador privado de normas que constituam cláusulas gerais. (WYZYKOWSKI, 2015, p. 210).

A autonomia privada também é abordada pela autora (WYZYKOWSKI, 2015, p. 212):

LXXII – A autonomia privada não é o único instrumento da garantia do direito ao lazer dentro da relação de emprego. Faz-se necessário a união de todos os instrumentos disponíveis para a garantia desse lazer, seja por meio da tutela do tempo livre, seja por meio de ações afirmativas por parte da empresa, seja por meio da autonomia privada.

Wyzykowski (2015, p. 212) ainda alerta para a necessidade da mudança de pensamento dos trabalhadores e empregadores em relação ao lazer::

LXXIII – É necessário que haja uma mudança de pensamento e comportamento dos empregados e empregadores no tocante ao lazer. A conscientização dos empregados acerca do seu direito ao lazer é muito importante na medida em que facilita a concretização do mesmo na relação de emprego. A mudança do pensamento empresarial também faz-se deveras necessário para que o direito ao lazer possa ser consagrado de diversas formas na relação de emprego.

André Araújo Molina (2017, p. 465-477), expandindo seu entendimento a partir de um pensamento filosófico até a prática desconexão do ser humano (trabalhador), enriquece o tema, da seguinte forma:

A filosofia individualista e o modelo de produção capitalista vigente nos últimos séculos incutiu na sociedade a ideia de dignidade pelo trabalho, de sorte a marginalizar aqueles que não trabalhavam e a valorizar aqueles que se dedicavam à atividade produtiva, culminando com um influxo sociológico e psicológico de que o cidadão deveria colocar o trabalho como prioridade de vida. Ocorre que, nas últimas décadas, filosofias humanistas, pesquisas médicas e sociológicas, demonstram um quadro de degradação física e mental pelo trabalho excessivo, indicando que o foco atual deve ser a busca do equilíbrio entre o trabalho e a vida social; o desgaste produtivo e o descanso; a vida comunitária e a intimidade, pessoal, afetiva e familiar, cujo segundo grupo de garantias fundamentais proporcionou a construção recente de um princípio geral de desconexão do trabalho, tutelando o descanso como um bem jurídico humano e fundamental.

Molina (2017, 465-477) enfatiza a limitação de jornada de trabalho e a incidência da eficácia direta e imediata dos direitos humanos e fundamentais:

Do reconhecido no tópico anterior, deriva que as partes integrantes dos contratos de trabalho devem obediência para além das cláusulas contratuais e da legislação ordinária especializada, também aos direitos humanos e fundamentais, os quais incidem nas relações de forma direta e imediata, ficando fácil reconhecer que os trabalhadores ostentam os direitos sociais inespecíficos à educação, à saúde, ao trabalho e ao lazer (arts. 6º, 7º, IV, 217, § 3º, e 227, todos da Constituição Federal de 1988)(17?), que são materializados nos artigos seguintes, com o direito à limitação de jornada (art. 7º, XIII), ao repouso semanal (art. 7º, XV), ao gozo de férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII), à convivência familiar (art. 227), entre outros, todos eles confluindo para um princípio geral de desconexão do trabalho.

Voltando a tratar do direito de desconexão e descanso do trabalhador, *linkando* os modos de produção clássicos (fordista, taylorista) e indo até as relações pós-modernas, Molina (2017, 465-477) coloca:

Diante da sua estrutura constitucional, o direito à desconexão incide nos contratos de trabalho clássicos, ainda relacionados aos modos de produção fordista, taylorista ou toyotista, quando são celebrados os contratos-padrão em que os empregados vinculam-se por um prazo indeterminado e jornada integral, colocando-se à disposição do empregador para a execução de ordens, de modo que, fora dos limites temporais legais, ostentam os trabalhadores o direito ao descanso.

Mas o direito tem maior incidência nas relações pós-modernas flexíveis de trabalho, mormente quando o empregado vincula-se à fonte produtiva por intermédio de instrumentos tecnológicos, diluindo as fronteiras entre os períodos de trabalho e de descanso, como nas diversas modalidades de teletrabalhadores. Não é porque o empregado trabalha fora do estabelecimento ou mesmo apenas por vinculação tecnológica que poderá ser convocado a trabalhar a todo o momento, avançando as suas atividades profissionais sobre os períodos de descanso, em uma mixagem que confunde a sua vida pessoal, familiar e social do ser humano.

Novamente, Molina (2017, 465-477) adentra na questão da legislação trabalhista e do trabalho realizado no estabelecimento e o realizado no domicílio do empregado ou realizado à distância, como segue:

Seguindo nessa linha evolutiva, uma das recentes novidades legislativas foi a alteração do art. 6º da CLT pela Lei n. 12.551/2011, para disciplinar a inexistência de distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento da empresa, o executado no domicílio do empregado ou o realizado à distância, com a utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, quando estar-se-á caracterizada a subordinação jurídica, cuja legislação reconhece que as ferramentas tecnológicas podem ser usadas para manter o empregado dentro das malhas de comando do empregador, afetando o seu direito à desconexão.

Agora, abordando a atuação na seara tribunais e a construção de jurisprudência específica, Molina (2017, 465-477) ressalta a constatação de horas de sobreaviso, as novas tecnologias e o limite de jornada de trabalho, destacando:

Um primeiro passo foi estender as horas de sobreaviso dos ferroviários, com suas consequências de pagamento suplementar e limitação em escalas, para os eletricitários (Súmula n. 229 do TST, de novembro de 2013), tendo em conta que a situação fática entre as categorias era bastante parecida, na medida em que são organizadas equipes de plantão para atender as necessidades empresariais.

Mas, atualmente, a posição do Tribunal é no sentido de que a conexão por meio de aparelhos celulares e demais instrumentos tecnológicos, que deixam os trabalhadores em estado de permanente disposição, gerando direito ao pagamento da disponibilidade, a título de horas de sobreaviso, por aplicação analógica do art. 244 da CLT para todas as categorias de trabalhadores, conforme a atual redação da Súmula n. 428, II do TST.

Mas mesmo os períodos de regime de sobreaviso, ainda que regimento remunerados, devem observar o limite de 24 horas em cada escala, conforme art. 244, § 2º, in fine, da CLT, de modo que a exigência de permanente disposição do trabalhador para ser convocado ao trabalho, avançando para além dos limites da escala de sobreaviso, ofendendo então os intervalos interjornadas ou intersemanais, configura ato ilícito, sujeitando o empregador ao dever de ressarcimento.

O último passo de atualização jurisprudencial, que se encontra em vias de consolidação no Tribunal Superior do Trabalho, é o reconhecimento de que o mero pagamento das horas de sobreaviso ou das horas extras, quando os empregados permanecem na iminência de convocação ou quando são efetivamente convocados, respectivamente, não mais recompõe a ruptura do sistema jurídico, na medida em que as violações aos direitos fundamentais também repercutem sobre aspectos de natureza imaterial ou pessoais do ser humano trabalhador...

Prossegue o doutrinador (MOLINA, 2017, 465-477), ampliando o estudo da desconexão, do repouso semanal remunerado e do tempo de espera, dos intervalos intrajornada e interjornada, do controle do trabalho a distância e de situações específicas de algumas atividades exercidas por certas categorias de trabalhadores, da jurisprudência e da legislação específica, acrescenta:

Nessa mesma linha de atualização jurisprudencial e legislativa em torno do tema do direito à desconexão, as Leis ns. 12.619/2012 e 13.103/2015 retiraram os motoristas profissionais da ausência de limitação de jornada, porque considerados trabalhadores externos (art. 62 da CLT), para inseri-los no paradigma do controle e limitação, com a fixação de jornada máxima, intervalos intrajornada e interjornadas, repouso semanal remunerado e

tempo de espera, conforme os arts. 235-A a 235-G da CLT, tudo como decorrência da possibilidade tecnológica de controle à distância do trabalho dos motoristas que deslocam-se para longe do estabelecimento e que nem por isso ficam à salvo dos direitos fundamentais de descanso e lazer.

André Araújo Molina (2017, 465-477) aprofunda a abordagem do parágrafo imediatamente anterior, ressalta a prontidão observada com a utilização do telefone celular e o reflexo negativo na possibilidade de ser usufruído o direito o direito ao lazer, a saber:

Outro ponto que merece destaque é o que mesmo para empregados que exerçam cargo de gestão empresarial, sendo excluídas do capítulo de jornada da Consolidação (na forma do art. 62), continuam sendo sujeitos-ativos dos direitos fundamentais que radicam na desconexão do trabalho, significando que não é pelo fato de assumir a função de gerente geral de um estabelecimento, estando alheio ao registro de jornada, que os trabalhadores específicos não tenham o direito ao lazer, ao descanso, às férias, à convivência familiar e social, bem como de realizar os seus projetos de vida e exercitar as suas relações. Significa que não justifica a assunção do cargo de gestão a permanente disposição do gerente para portar um aparelho de telefone celular apto a que seja convocado para o trabalho, em todo e qualquer momento que o empregador necessitar, como se o pagamento de um plus salarial pudesse solapar os direitos fundamentais que ostenta todo ser humano.

5 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER NO TRABALHO

Este capítulo será dedicado ao desfecho da pesquisa, largamente amparada nas indispensáveis seções anteriores.

Serão expostos seletos conceitos obtidos na doutrina e na jurisprudência, além de uma seção específica focada essencialmente na formatação de limites, contornos ou fronteiras ou delimitação do conceito de danos existenciais pela inobservância do direito ao lazer no trabalho.

5.1 CONCEITOS DE DANOS EXISTENCIAIS, DANOS MORAIS e DANOS MATERIAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA CAUSADO PELA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER

Os danos existenciais remontam a antiguidade, porém seu conceito vem sendo construído, vem sendo consolidado passo a passo.

Para enveredar mais no universo desta pesquisa, serão selecionadas algumas definições de danos existenciais, visando elevar o conhecimento e viabilizar uma maior contribuição ao estudo do tema: danos existenciais.

Vale salientar que para atingir o objetivo citado, serão também serão definidos os danos morais e, de passagem, os danos materiais.

As mencionadas definições serão colhidas tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

5.1.1 Conceitos de danos existenciais, de danos morais e de danos materiais (patrimoniais) na doutrina

Nesta etapa da pesquisa, serão destacados alguns os doutrinadores que se dedicaram a aperfeiçoar os conhecimentos acerca dos danos existenciais.

Inicialmente, esta pesquisa traz Otávio Amaral Calvet, através de sua participação através de ensinamentos publicados em seus trabalhos, como segue:

Calvet (2006a, p. 166), no primeiro momento, buscando suporte no conceito de lazer, como um bem imaterial, destaca:

Como se viu em sua conceituação, o lazer possui várias perspectivas, sendo antes de mais nada um estado da existência humana, podendo-se concluir, nesse aspecto, que sua esfera de atuação gravita em torno de direitos extrapatrimoniais do ser humano, como um bem imaterial que a ordem constitucional reconhece como valor intrínseco ao próprio ser humano a fim de manter sua dignidade.

Novamente Calvet (2006a, p. 166), agora citando os danos morais, apoiado na Constituição de 1988, agrega a seguinte colocação:

Nessa esteira de raciocínio, eventual lesão ao direito ao lazer finca-se na esfera dos já reconhecidos danos morais, atualmente até mesmo na ordem trabalhista como se vê no art. 114, VI da Constituição Federal com a redação da Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, tendo, portanto, natureza indenizatória.

Hidemberg Alves da Frota (2011, p. 1) agrega relevante contribuição ao estudo da matéria, definindo o que seja dano existencial, como segue:

O Dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal e ou social. Afetando de modo negativo, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, ou a um conjunto de atividades que a vítima do dano, tenha incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou até mesmo suprir de sua rotina.

Frota (2011, p. 1) vai além e alcança a repercussão negativa dos danos existenciais na qualidade de vida do trabalhador:

O Dano Existencial consubstancia, tão somente, na alteração relevante da qualidade de vida da pessoa, valendo-se dizer ainda... repercutindo de forma agressiva no modo e na maneira de viver da pessoa, ou seja, sobre a existência da pessoa, uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, no qual a pessoa sofre em suas atividades cotidianas do trabalhador.

Por último, aparece mais um ensinamento de Hidemberg Alves da Frota (2011, p. 1), que, citando o direito italiano, trata das duas espécies de danos indenizáveis: dano patrimonial e dano extrapatrimonial:

A nova categoria passou a ser estudada em razão de que, no direito italiano, segundo a lei, somente são admitidas duas espécies de dano indenizável praticado contra a pessoa, quais sejam: a) o dano patrimonial, fundado no art. 2.043 do Código Civil; e b) o dano extra patrimonial, previsto no art. 2.059 do mesmo Código, com a ressalva, entretanto, de que a indenização somente é devida nos casos previstos em lei ou se o dano for causado por uma conduta criminosa.

Adriana Wyzykowski agrega conhecimento ao tema objeto desta pesquisa, como nos destaques a seguir:

No primeiro momento destacado, Wyzykowski (2015, p. 211) trata da jornada de trabalho e o tempo livre do empregado:

LXIII – O ordenamento jurídico brasileiro acabou por estipular períodos de intervalos e descansos, além de fixar jornada de trabalho, buscando tutelar o tempo livre do trabalhador. O problema é referente a mudança de interpretação dos institutos por parte dos empregadores. Almeja-se evitar a violação no tocante à tutela do tempo livre, afinal desta maneira o direito fundamental ao lazer poderia ser protegido. No entanto, por diversas vezes, a violação ocorre e só resta ao empregado a via judicial para uma amenização do problema.

Finalmente, na seleção feita neste trabalho, Adriana Wyzykowski (2015, p. 211) alcança os danos existenciais assim:

LXIV – Exemplo disso é o chamado dano moral existencial, tese ainda recente inaugurada nos tribunais trabalhistas no sentido de conferir um valor in pecúnia referente à violação de direitos fundamentais relacionados à própria existência do trabalhador, tal como é o direito ao lazer.

Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 176), no seu brilhante trabalho “O Dano Moral na Relação de Emprego”, bastante seguro e categórico, afirma que foi atribuída “ao juiz a competência para fixar o *quantum* subjetivamente correspondente à reparação/compensação da lesão”.

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) participa dos esforços dos estudiosos da matéria em pauta, inicialmente, abordando a prática de horas extras abusivas e de remuneração, depois, da mensuração da respectiva indenização por dano moral, também valendo-se de um exemplo metafórico, como segue:

À primeira vista, nada acontece com quem não paga o adicional de horas extras. No máximo, pagará o que deixou de pagar.

A reparação não pode ser o pagamento das horas extras, afinal tal pagamento advém da remuneração do trabalho.

Seria como roubar um carro e, no final do processo, o máximo que poderá acontecer será devolver o objeto roubado. Isso se não fizer um acordo para entregar somente o volante e ficar por isso mesmo. Esta metáfora do carro ocorre todos os dias com o adicional das horas extras.

Mas se ficar comprovado que fere o direito ao lazer, esta situação injusta pode e deve ser equilibrada, compensada.

O que se está em jogo é a defesa do direito de ter tempo livre dedicado para si. Em outras palavras, a ofensa ao direito ao lazer não se configura pela falta de pagamento das horas extras. Até porque remuneração se refere à contraprestação ao trabalho realizado. O direito ao lazer é certamente o contrário de trabalho realizado. Como se trata de um direito extrapatrimonial, deve ser reparado pela indenização pelos danos morais.

Santos (2010, p. 1) cita o artigo 927 do Código Civil, aplicável à situação sob análise:

Uma vez estabelecido que comete ato ilícito quem ofende direito ao lazer, cabe citar o Código Civil para tratar das consequências: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 185 a 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Rodrigo Maia Santos (2010, p. 1) prossegue, fazendo uma separação entre a reparação material (pagamento das horas extras) e a reparação imaterial pelo dano causado pela sobrejornada:

Dessa forma, pode-se concluir que no exemplo da prática de horas extras habituais, torna-se viável - além do óbvio pagamento da energia de trabalho pela remuneração das horas de trabalho com o adicional mínimo de 50% - a reparação pela lesão correlata sofrida quanto ao direito ao lazer, mensurando-se o valor dessa indenização, de cunho moral, pelas circunstâncias que envolverem cada caso concreto."

Portanto, não há dúvidas que cabe indenização pelos danos morais causados pela ofensa ao direito humano fundamental ao lazer. Tal valor deve ser mensurado de acordo com o caso concreto, como qualquer outra indenização envolvendo direito extrapatrimonial.

André Araújo Molina (2017, p. 1), como fizeram outros autores apresentados nesta etapa da pesquisa, apresenta um exemplo para ilustrar a questão em foco (danos materiais e danos extrapatrimoniais), a saber:

Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos patrimoniais (coisas), repercute sobre as vítimas nas esferas patrimoniais (perdas e danos) e extrapatrimoniais (integridade psicológica - danos morais).

Molina (2017, p. 1) insere, no estudo, a experiência doutrinária e uma atividade conceitual do jurista:

Na experiência doutrinária brasileira as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais como danos morais.

Em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse jurídico protegido. A violação repercute sobre a vítima atingindo seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado, seguindo que há violação de uma coisa, mas com pode haver violação do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que não se define o gênero dos danos em função de quem é atingido pela violação - coisa ou pessoa -, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito experimentado.

Molina (2017, p. 1) agora utiliza a expressão danos existenciais:

A violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, de modo a afetar a vida de relações e os projetos de vida dos trabalhadores, causariam os danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho,

muitíssimo comum nos caos de violação dos direitos ao lazer e à desconexão do trabalho.

André Araújo Molina (2017, p. 1), de maneira bastante enfática, posiciona-se no sentido de não ser necessária a apresentação de provas para configuração da presença de danos existenciais, decorrentes de ofensa da vida do empregado fora do ambiente de trabalho, como se pode ver a seguir:

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que ajustem os seus projetos de vida, por esta perspectiva epistemológica, ajuda a aclarar a desnecessidade de prova de quais projetos de vida ou relações familiares, sociais ou afetivas foram atingidas, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodeterminar-se devido às influências externas atuais. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo, configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercer livremente a sua liberdade pessoal. Dito de outro modo, quando o empregador retira do trabalhador, pela imposição de jornada excessiva (limites horizontais e verticais), o direito de escolha de como exercer sua liberdade pessoal enquanto ser humano, configurar-se-ão os danos existenciais. O prejuízo pessoal, familiar ou social específico, poderá agravar a indenização, mas não pelo requisito para a sua configuração.

Molina (2017, p. 1), fechando sua contribuição, envolvendo tanto a causa da violação do direito do trabalhador com a desnecessidade da apresentação de prova do respectivo dano existencial, assim escreveu:

Disso segue que, tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos, quanto o solteiro sem filhos, sofrem danos existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada. O fato em si de retirar-lhe a liberdade de optar entre constituir ou não família, de relacionar-se ou não fora do ambiente de trabalho, já configura violação dos seus direitos fundamentais (dano) e, por conseguinte, direito à indenização.

Flaviana Rampazzo Soares (2013, p. 44) especifica o reflexo do dano existencial no modo de agir do trabalhador:

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

5.1.2 Conceitos de danos existenciais, de danos morais e de danos materiais (patrimoniais) na jurisprudência

Nesta etapa da pesquisa, será agregado ao estudo um conjunto de decisões judiciais que foi considerado representativo do pensamento das mais variados tribunais, nas quais aparecem diversas visões do Judiciário a respeito do que se vem entendendo por danos existenciais, visões que, em sua ampla maioria, vão se completando, mas que, não raro, divergem entre si.

Inclusive, serão contemplados, de passagem, danos materiais e danos morais como um todo.

A ideia ou a premissa que foi levada em conta é voltada para a contribuição feita pelas ementas, para o que elas acrescentam ou o que, pelo menos, cada ementa de julgamento reforça o conhecimento consolidado na matéria em foco: os danos existenciais.

A partir de julgamentos feitos pelos tribunais brasileiros, é possível fazer-se a seguinte explanação:

5.1.2.1 TRT 1 – Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro, no TRT 1, na primeira ementa selecionada consta que o dano existencial é uma espécie de dano moral, necessitando de comprovação dos prejuízos da vida do trabalhador fora do trabalho, atingindo um projeto de vida do trabalhador e de sua família.

TRT 1 - RO 00100005520155010301

Data de publicação: 23/11/2017

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. O dano existencial espécie do gênero dano moral, caracteriza-se quando o trabalhador sofre prejuízo na sua vida fora do trabalho, atingindo um projeto de vida do empregado ou sua convivência familiar e social causando-lhe prejuízo pessoal ou ao desenvolvimento profissional, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador. Não comprovada a lesão existencial alegada, mas apenas lesões de ordem material, é indevido o pagamento da indenização postulada. Recurso não provido.

Novamente no Rio de Janeiro, no TRT 1, a segunda ementa selecionada ressalta que a ofensa existencial não dispensa a respectiva prova da lesão à vida do empregado. O dano moral pode ser presumido, por ser do tipo “in re ipsa”. Com característica contrária ao dano moral, o dano existencial exige demonstração da lesão à qualidade de vida do trabalhador.

TRT 1 - RO 00034225220145010482

Data de publicação: 24/08/2017

Ementa: DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. No caso, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é "in re ipsa", de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito.

5.1.2.2 TRT 2 – São Paulo

Em São Paulo, no TRT 2, a primeira ementa selecionada destaca que o dano ao projeto de vida deve ser provada, amparando-se no art. 818, combinado com o art. 333, inciso I do CPC/2002.

TRT 2 - RO 00007352720145020013

Data de publicação: 03/08/2015

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. INDEVIDA. A indenização por dano existencial exige que os fatos imputados ao empregador causem efetivo dano ao projeto de vida ou convívio social e familiar do empregado, cuja prova deve ser sobejantemente demonstrada pela parte, aplicando-se a regra dos arts. 818, consolidado e o art. 333, I do CPC. No caso vertente, não provou a demandante tivesse sofrido efetiva lesão a seu projeto de vida ou mesmo ao seu convívio social e familiar por ato perpetrado pelo empregador, tampouco nexos causal, de forma a ensejar reparação. Apelo patronal provido no particular.

Também em São Paulo, no TRT 2, a segunda ementa enriquece ainda mais o conhecimento na seara dos danos existenciais. Recorre às contribuições da moderna doutrina. Mais especificamente, cita o doutrinador Hidemberg Alves Frota.

TRT 2 - RO 00001627120145020018

Data de publicação: 20/06/2015

Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO SISTEMÁTICA AO DESCANSO E LAZER. OFENSA A DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. DANO MORAL. Desponta na moderna doutrina uma nova abordagem segundo a qual a imposição de jornadas exaustivas no curso do contrato de trabalho possui aptidão para gerar dano extrapatrimonial, na modalidade de "dano existencial". Isto porque a ampliação do tempo de alienação com redução das pausas intervalares e prorrogação sistemática de jornada, implica em contraponto, a subtração de parcela substantiva do tempo que o empregado deve ter para si, ocasionando dano à própria existência do trabalhador, vez que importa confisco irreversível de tempo que poderia destinar ao descanso, convívio familiar, lazer, política de classe em geral, estudos, reciclagem profissional, práticas esportivas, música, e tantas outras oportunidades de enriquecimento do corpo e do espírito. Neste sentido conceitua Hidemberg Alves Frota: "O dano existencial constitui espécie de dano imaterial que acarreta às vítimas, 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). Subdivide-se no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações. Em outras palavras, o dano existencial se alicerça em 2 (dois) eixos: de um

lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e idéias que dão sentido à sua existência, e, de outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, os mais diversos ambientes e contextos.

5.1.2.3 TRT 3 – Minas Gerais

Em Minas Gerais, no TRT 3, a primeira ementa selecionada cita o art. 483 da CLT. Recorre tanto à doutrina quanto à jurisprudência para firmar posição pela indenização ao trabalhador, cuja vida pessoal, familiar e social como um todo tenha sido prejudicada por atitude caracterizadora de danos existenciais já abordados nesta pesquisa.

TRT 3 - RO 00105012520165030137

Data de publicação: 04/08/2017

Ementa: DANOS EXISTENCIAIS. CONFIGURAÇÃO. A pluralidade das dimensões do ser humano conduz à pluralidade dos danos que a ele podem ser impostos e, com isto, à pluralidade dos danos reparáveis. Aliás, a CLT, embora de forma acanhada, deixa transparecer a preocupação com o trabalhador para além da sua situação contratual, quando prevê, no art. 483, e, a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho no caso de dano à pessoa do trabalhador. A pessoa do trabalhador possui várias dimensões. É neste contexto que a doutrina e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras, aludem a uma nova categoria de dano reparável, qual seja, o dano existencial. A possibilidade de reparação do dano existencial decorre do reconhecimento de serem a qualidade da existência e a liberdade de bens em si mesmos, possíveis de dano e, com isto, de reparação autônoma. Destarte, na definição dos danos reparáveis, à dimensão patrimonial, moral e biológica da pessoa se soma a sua dimensão existencial, como exigência da tutela das diversas formas de expressão e manifestação da pessoa humana. As duas principais posturas doutrinárias e respeito dos danos existenciais focam o futuro - dano existencial como dano à liberdade de estabelecimento de realização de um projeto de vida - e no presente - dano existencial é o dano à qualidade da existência. Estas duas posturas podem, no entanto, ser compatibilizadas. O dano existencial é o dano à qualidade da existência e/ou à liberdade da pessoa humana, na perspectiva da manutenção das suas condições de vida e da eleição e execução de um projeto de vida, restando afetada, nas duas perspectivas, o direito de a pessoa desenvolver livremente a sua personalidade.

Novamente em Minas Gerais, no TRT 3, a segunda ementa, acrescentando ao que já foi tratado em diversas outras ementas, afirma textualmente que o dano existencial é uma espécie de dano moral. Traz à tona a necessidade de se enquadrar a situação em julgamento nas características próprias do dano à vida fora do emprego, provocado pelo ato ilícito do empregador, o nexo causal e o dano.

TRT 3 - RO 00106122720155030013

Data de publicação: 12/05/2017

Ementa: DANO EXISTENCIAL. O dano existencial, que vem a ser uma espécie de dano moral, caracteriza-se quando o trabalhador sofre prejuízo

na sua vida fora do trabalho, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, especialmente em virtude de imposição, por parte do empregador, de volume excessivo de trabalho ao empregado. Tal volume acaba por impossibilitá-lo de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Todavia, da mesma forma que ocorre com os demais tipos de dano moral, o deferimento da pretensão depende de efetiva comprovação da infração à dignidade do ser humano ou honra do trabalhador. Assim, para a caracterização desta responsabilidade civil, é indispensável a concretização dos requisitos em torno da conduta culposa ou dolosa do empregador (ato ilícito), o nexo causal e o dano.

5.1.2.4 TRT 4 – Rio Grande do Sul

No Rio Grande do Sul, no TRT 4, a primeira ementa selecionada descarta a hipótese da existência de jornada excessiva.

TRT 4 - RO 00202590720175040641

Data de publicação: 06/04/2018

Ementa: DANO EXISTENCIAL. Hipótese na qual não foi comprovado o trabalho em jornada excessiva, não restando caracterizado o dano existencial.

Novamente no Rio Grande do Sul, no TRT 4, a segunda ementa afirma que jornada excessiva dano existencial, além de fixar um valor para a respectiva indenização.

TRT 4 - RO 00001691320135040028

Data de publicação: 23/08/2016

Ementa: INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DANO EXISTENCIAL. EXTENSA JORNADA DE TRABALHO. A prática de extensa jornada de trabalho acarreta dano existencial, na medida em que impede o trabalhador de usufruir dos outros direitos sociais que lhe são garantidos constitucionalmente, como a saúde e o lazer, assim como o convívio familiar e social. Recurso do reclamado parcialmente provido para reduzir o valor arbitrado.

Encontrado em: a título de indenização por danos existenciais, para o importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ainda no Rio Grande do Sul, no TRT 4, a terceira ementa reforça o que caracteriza a presença de dano existencial, além de também fixar um valor para a respectiva indenização.

TRT 4 - RO 00011331620115040015

Data de publicação: 18/04/2013

Ementa: DANO EXISTENCIAL. Há dano existencial quando a prática da jornada exaustiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicado estilo de vida... com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer... Prática reiterada... que deve ser coibida... dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Encontrado em: o pagamento de indenização por dano existencial, arbitrado em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

5.1.2.5 TRT 5 – Bahia

Na Bahia, no TRT 5, a ementa obtida também reforça a tese de que trabalho aos domingos, sem direito ao gozo de folga semanal, pode gerar danos existenciais.

TRT 5 - RO 00008777120145050102

Data de publicação: 26/01/2016

Ementa: TRABALHO AOS DOMINGOS. DANOS EXISTENCIAIS. Em tese, o labor aos domingos, sem direito a gozo de folga semanal neste dia, de forma integral, pode gerar danos existenciais, que seria a lesão "ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total 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". Consiste na impossibilidade ou na dificuldade de a pessoa lesada, em face do dano, reinserir-se nas relações sociais ou de mantê-la no nível normal.

5.1.2.6 TRT 6 – Pernambuco

Em Pernambuco, no TRT 6, a primeira ementa selecionada procura amparo nas considerações da doutrina, na necessidade de que as provas da lesão sejam trazidas ao processo, além de se embasar na CLT e no CPC.

TRT 6 - RO 00016782820145060144

Data de publicação: 04/07/2016

Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que o trabalhador elaborou para a sua realização como ser humano. Esse tipo de lesão gera um vazio existencial, porquanto a pessoa perde a fonte de gratificação vital: o destino escolhido; o que o indivíduo decidiu fazer com a sua vida. A doutrina considera a realização habitual de horas extraordinárias, totalizando jornada acima de dez horas/dia, como uma das causas geradoras de dano existencial. No entanto, o referido dano deve ser aferido objetivamente, sendo imprescindível a prova da lesão propriamente dita. No caso concreto, o reclamante deixou de trazer ao feito provas que demonstrassem objetivamente o suposto dano existencial, encargo que lhe competia, a teor do disposto no artigo 818 da CLT, e 333, I, do CPC, subsidiário. Não faz jus, portanto, o acionante, à indenização almejada. Recurso ordinário provido. (Processo: RO - 0001678-28.2014.5.06.0144, Relator: Valdir Jose Silva de Carvalho, Data de julgamento: 04/07/2016, Terceira Turma, Data da assinatura: 05/07/2016)

Novamente em Pernambuco, no TRT 6, a segunda ementa se volta para a Constituição Federal de 1988 para fundamentar o decidido, negando a indenização.

TRT 6 - RO 00013107920155060145

Data de publicação: 04/04/2016

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. O autor não se desvencilhou do ônus que lhe incumbia, consoante dispõem os artigos 818,

da CLT, considerando que **não demonstrou** a existência do dano existencial denunciado, tampouco o nexo de causalidade, não se visualizando a existência de ofensa à honra, à imagem ou à dignidade profissional do empregado (artigo 5º, V e X da Constituição Federal), capaz de justificar a condenação do empregador nos moldes como deferidos na sentença recorrida. **Recurso empresarial provido.** (Processo RO - 0001310-79.2015.5.06.0145, Relator: Andrea Keust Bandeira de Melo, Data de julgamento: 04/04/2016, Terceira Turma, Data da assinatura: 04/04/2016)

5.1.2.7 TRT 7 – Ceará

No Ceará, no TRT 7, a ementa obtida passa pelo conjunto fático-probatório e pela aferição da ocorrência do dano moral “in re ipsa”, concluindo que o trabalhador faz jus à indenização, chegando a fixar o respectivo valor.

TRT 7 - RO 00009857820175070025

Data de publicação: 06/04/2018

Ementa: DANO EXISTENCIAL. TRABALHO EXTENUANTE. INDENIZAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE.** No âmbito do contrato de trabalho, o dano moral, do qual o existencial é espécie, pressupõe um ato ilícito, consubstanciado em erro de conduta ou abuso de direito praticado pelo empregador que ofende a própria existência do empregado; um nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro; e o dano experimentado pelo último. No caso, o que emerge do conjunto fático-probatório é que restou configurada jornada extenuante inerente a todo indivíduo. Assim, neste caso particular, é aferida a ocorrência do dano moral “in re ipsa”, fazendo jus o trabalhador a indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), atendendo-se aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, no qual deve ser mantida a decisão de origem.

5.1.2.8 TRT 10 – Distrito Federal

No Distrito Federal, no TRT 10, a primeira ementa selecionada traz uma emblemática situação e uma marcante decisão, fortemente fundada em provas geradas por laudos médicos-psicológicos atestando a existência de doença causada pela jornada de trabalho abusiva. Cita ainda a CLT e o CC/2002.

TRT 10 - RO 06742320145100021

Data de publicação: 00/03/2017

Ementa: DOENÇA MENTAL. DEPRESSÃO. DANOS EXISTENCIAIS E MORAIS. PROVA. Conforme artigo 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A necessidade de estabelecer o liame causal como requisito da indenização funda-se na conclusão lógico de que ninguém deve responder por dano a que não tenha dada causa. No que tange ao acidente de trabalho, insta salientar a responsabilidade objetiva do empregador que, na qualidade de gerenciador das atividades laborais, assume os riscos do empreendimento e tem o dever de zelar pelo ambiente de trabalho, de modo a torná-lo seguro a seus empregados, inclusive com o fornecimento de equipamentos de proteção individual (artigo 166/CLT). No que alude às doenças mentais, a proteção idiosincrasia ditará as respostas psicofisiológicas do indivíduo

diante da realidade que o cerca e nas diversas relações intersubjetivas, inexistindo parâmetros exatos para valorar os sentimentos ou reações de cada pessoa. Portanto, a análise técnica realizada por médico, psicólogo ou profissional habilitado na área. No caso em tela, a perícia aponta de modo enfático as angústias psicológicas debilitantes da saúde mental da autora decorrentes das relações intersubjetivas no âmbito laboral.

Novamente no Distrito Federal, no TRT 10, a segunda ementa, em contraponto com a primeira selecionada, descarta a possibilidade de se indenizar o trabalhador, apenas por ele ter feito horas extras.

TRT 10 - RO 02659201210210009

Data de publicação: 07/02/2014

Ementa: DANOS MORAIS EXISTENCIAIS. CONFIGURAÇÃO. JORNADAS DE TRABALHO EXTENUANTES. INOCORRÊNCIA. "O dano existencial está diretamente ligado à impossibilidade de o trabalhador usufruir o convívio social e familiar ou de algum projeto de vida específico, em razão do ato ilícito do empregador. Como bem entendido pela decisão recorrida, a existência de horas extras, **por si só**, não constitui autorização para deferimento de dano existencial, quando não foi apontado nenhum fato concreto na inicial que o possa indicar". Assim, não configurado o alegado dano existencial, não há falar na indenização compensatória correspondente. Ressalvado entendimento do Relator.

5.1.2.9 TRT 12 – Santa Catarina

Em Santa Catarina, no TRT 12, a primeira ementa selecionada parte da origem do conceito de dano existencial, isto é, afirma que o conceito de dano existencial é oriundo do Direito Civil italiano. Conclui pela improcedência do pedido, mesmo acatando a prática habitual de sobrejornada, não ficou provado que a citada jornada excessiva tenha causado dano de existência no empregado.

TRT 12 - RO 00017830620145120025

Data de publicação: 19/12/2016

Ementa: HORAS EXTRAS HABITUAIS. DANO EXISTENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Oriundo do Direito Civil italiano, o conceito de dano existencial tem sido absorvido para o contexto das relações laborais como representativo de sistemáticas infrações às normas trabalhistas que implicam danos ao projeto de vida ou à chamada "vida de relações" do trabalhador. Todavia, para que seja reconhecido o dever de repará-lo, é insuficiente a prova de realização pelo obreiro de horas extras habituais, sendo imprescindível a demonstração do efetivo prejuízo ao seu projeto de vida, às suas relações sociais. No caso sub judice, em que pese a prova revele a execução de sobrejornada habitual pelo autor, não há elementos aptos a demonstrar o dano existencial alegado na petição inicial, ônus que lhe competia.

Novamente em Santa Catarina, no TRT 12, a segunda ementa ressalta os tempos de duração das jornadas de trabalho, se embasa na CF/1988, na CLT e no CC/2002 e conclui pela procedência indenização pelos danos existenciais ocorridos.

TRT 12 - RO 00000461320145120010

Data de publicação: 26/08/2016

Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. Considerando que nosso poder constituinte determinou que a jornada diária do trabalhador seja de oito horas e que a semanal não ultrapasse as 44 (quarenta e quatro) horas (art. 7º, inciso XIII, da CRFB), bem como o fato de que a legislação trabalhista proíbe o labor extraordinário além de duas horas diárias, nos termos do art. 59 da CLT, fica clarividente ter sido suprimido do autor o seu direito ao lazer (art. 6º da DRFB), visto que a jornada cumprida extrapola em muito as dez horas diárias, o que afronta o disposto na CRFB e na CLT, dano existencial que deve ser indenizado nos termos dos arts. 5º, X, da CF e 186 do Código Civil.

Ainda em Santa Catarina, no TRT 12, a terceira ementa, também focando no excesso de horas trabalhadas pelo empregado, conclui que tal fato, por si só, caracteriza o desrespeito à dignidade do trabalhador e o consequente dano existencial.

TRT 12 - RO 00030980320145120047

Data de publicação: 16/09/2015

Ementa: DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. A compensação de que o trabalhador cumpre jornadas de trabalho, extremamente elásticas, de **17, 18, 20 horas de labor...** caracteriza o direito à reparação pelo dano existencial, pois é suficiente a demonstrar, por si só, o desrespeito à dignidade do trabalhador e a violação à sua saúde e ao seu convívio familiar e social.

5.1.2.10 TRT 15 – São Paulo

No TRT 15, também de São Paulo, a primeira ementa selecionada parte da premissa de, mesmo entendendo que não é qualquer quantidade de horas extras que possa implicar em danos à dignidade do trabalhador, mas, diante da ocorrência da prestação de horas extras extravagantes, sem direito às folgas e aos intervalos de intrajornadas, ficou configurada a ocorrência de dano existencial no trabalhador.

TRT 15 - RO 00103457120165150050

Data de publicação: 12/04/2018

Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA SEM RESPEITO ÀS PAUSAS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A mera prestação de horas extras não confere ao trabalhador o direito a reparação moral, por não configurado dano existencial. No caso em tela é possível concluir que os horários de trabalho praticados prejudicaram a vida normal do reclamante, que além de labutar mais de 11 horas por dia, não usufruiu corretamente o intervalo intrajornada e as folgas. Entendo que a situação dos autos configurou dano existencial, porquanto violou direitos fundamentais além de dificultar ao autor gerir vida familiar e social.

Novamente em São Paulo, no TRT 15, a segunda ementa se volta para a doutrina e para a jurisprudência recentes, cita o Código Civil/2002 e ressalta a jornada

excessiva comprovada não foi suficiente para caracterizar os danos imateriais resultantes, não cabendo a indenização pretendida.

TRT 15 - RO 00103823120155150019

Data de publicação: 12/12/2016

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. HORAS EXTRAS EXCESSIVAS NÃO COMPROVADAS. DANO EXISTENCIAL DESCABIDO. Em regra, a prestação de horas extras não gera direito à indenização compensatória. Contudo, a doutrina e a jurisprudência recentes tem entendido que a submissão à jornada excessiva, extenuante, ocasiona dano existencial, modalidade de dano imaterial, em que o empregado sofre limitações em sua vida pessoal, por força de conduta ilícita praticada pelo empregador. Não é, contudo, o caso em tela, porque a jornada de trabalho comprovada nos autos não era excessiva, não podendo se falar em comprometimento da sua vida familiar, religiosa, social. Não estando presentes quaisquer dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, na forma do art. 186, C. Civil, não há que se falar em indenização por dano moral.

Ainda em São Paulo, no TRT 15, a terceira ementa se volta para a limitação da jornada de trabalho duramente conquistada pelos movimentos operários realizados há séculos e conclui que a duração e o tipo de trabalho executado pelo empregado (motorista carreteiro) caracterizou a ocorrência de danos existenciais, cabendo a consequente indenização.

TRT 15 - RO 00112626920145150015

Data de publicação: 23/06/2016

Ementa: DANO EXISTENCIAL. MOTORISTA. JORNADA EXAUSTIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. A limitação da jornada de trabalho, duramente conquistada pelos movimentos operários dos séculos XVIII e XIX -e que, inclusive, impulsionaram a própria criação de regimentos trabalhistas por todo o mundo-, tem como objetivo precípua preservar a saúde do trabalhador, cumprindo inegável função social. 2. No presente caso, dada a função realizada pelo autor (motorista carreteiro), a limitação de jornada também se direciona à proteção dos cidadãos genericamente considerados, pois por estafa e fadiga, sujeitam-se naturalmente a um maior risco de sofrer acidentes. Certamente que, numa escala de vulnerabilidade, os caminhões (veículo dirigido pelo reclamante) apresentam-se como poderosas armas contra os veículos de pequeno porte, motociclistas, bicicletas e pedestres. 3. Não se pode admitir, sob qualquer hipótese ou fundamento, que em pleno o século XXI trabalhadores sejam submetidos a uma jornada desgastante, mormente por se tratar de atividade de extremo risco. 4. A jornada excessiva afasta o trabalhador do convívio social, desestrutura sua família, acarreta doenças e, por outro lado, presa-se a um aumento desproporcionado de lucro que raramente é repassado ao empregado. 5. Indenização devida. Recurso a que nega provimento.

5.1.2.11 TRT 17 – ES

No Espírito Santo, no TRT 17, a primeira ementa selecionada parte da premissa de que horas extras praticadas dentro dos limites legais não implicam em danos existências e conclui pela improcedência do pedido de indenização.

TRT 17 - RO 00001141620145170012

Data de publicação: 08/06/2016

Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRAORDINÁRIA. Não há dano existencial pela simples realização de trabalho em regime de horas extras, uma vez que a legislação trabalhista pátria permite a realização de até duas horas extras diárias. Assim, comprovado que a jornada laboral do reclamante não ultrapassava dez horas diárias, não se pode falar em indenização por dano existencial em favor do reclamante.

Novamente no Espírito Santo, no TRT 17, a segunda ementa traz uma situação pouco comum, na qual ficou configurada a ausência de atividade agroeconômica em propriedade rural e a não caracterização do seu proprietário como empregador rural, na forma da lei. Conclui pela negativa da indenização por danos existenciais.

TRT 17 - RO 00014913720145170007

Data de publicação: 16/10/2015

Ementa: EMPREGADOR RURAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE AGROECONÔMICA EM PROPRIEDADE RURAL. LEI 5.888/73. Se não há exploração de atividade agropecuária em propriedade rural, não se considera o reclamado empregador rural, nos termos do art. 3º da Lei 5.889/73. DANO EXISTENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. Por não se evidenciar circunstância impeditiva provocada pelo empregador, do pleno exercício do convívio familiar e das atividades alheiras ao ambiente de trabalho, não se cogita a reparação reivindicada a título de danos existenciais. (TRT 17ª R, RO 0001491-37.2014.5.17.0007, Rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 16/10/2015).

5.1.2.12 TRT 18 – Goiás

Em Goiás, no TRT 18, a ementa selecionada mostra o entendimento de que a jornada excessiva ocorreu em período reduzido, não ficando suficientemente provado nem houve indício de que tal sobrejornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador e o seu projeto de vida. Conclui pela negativa do pedido de indenização.

TRT 18 - RO 00100419220165180081

Data de publicação: 14/12/2016

Ementa: DANO EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE PROVA DE SUA CONFIGURAÇÃO. Para o reconhecimento do dano existencial, é necessária a prova de sua configuração. Embora exista prova da sobrejornada, ela foi por período reduzido, sendo que não houve na instrução processual demonstração ou indício de que tal jornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito da parte autora. Não comprovado o dano, o indeferimento do pedido de pagamento de indenização é a medida que se impõe. (TRT18, RO-0010041-92.2016.5.18.0081, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, 1ª TURMA, 14/12/2016)

5.1.2.13 TRT 20 – Sergipe

Em Sergipe, no TRT 20, a ementa selecionada afasta a comprovação de que tivesse havido jornada desgastante em situações constrangedoras e humilhantes (plantão médico), concluindo pela manutenção da improcedência do pedido de indenização.

TRT 20 - RO 00007664320145200014

Data de publicação: 29/01/2016

Ementa: DANOS EXISTENCIAIS E MORAIS - JORANDA EXCESSIVA - PLANTÃO MÉDICO - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE OFENSA À HONRA E À DIGNIDADE DO TRABALHADOR - NÃO CONFIGURAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Não comprovada nos autos a conduta imputada à empregadora que teria exposto o empregado a jornada desgastante e excessiva, em situações constrangedoras ou humilhantes, ofendendo sua honra ou dignidade, é de se manter o *decisum* que indeferiu o pedido de indenização por danos existenciais e morais. Sentença que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

5.1.2.14 TRT 23 – Mato Grosso

No Mato Grosso, no TRT 23, a primeira ementa selecionada reforça a tese de que além de comprovar a jornada excessiva sem a fruição e férias, o trabalhador deve demonstrar a ofensa consequente na sua vida em sociedade e em seus projetos de vida e conclui pela negativa do pedido de indenização.

TRT 23 - RO 00005244820165230041

Data de publicação: 10/05/2017

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. Para a configuração do dano existencial faz-se mister que o trabalhador tenha suportado frustração concreta de projetos de vida. Não basta, pois a simples existência de jornada de trabalho em regime suplementar, ou mesmo longos períodos sem a fruição de férias, por exemplo, para a sua caracterização, sendo imprescindível que, a partir de tais circunstâncias, o trabalhador fique impossibilitado de praticar atividades de lazer, dar seguimento aos estudos, usufruir o convívio familiar ou de interagir socialmente, forçado a abandonar os objetivos e ideais que dão sentido a sua existência. Dessa forma, ainda que se reconheça que a realização de extensas jornadas possa acarretar dissabores e exaustão ao obreiro, é indispensável que este demonstre prejuízo concreto ao meio de existência. Na espécie, verifico que o autor nem mesmo apontou eventual existência de dano concreto aos seus projetos de vida, ou vida em sociedade limitando-se a arguir genericamente que a exigência, por parte da Reclamada, de uma doação de tempo que ultrapassa os limites da razoabilidade "acaba com a saúde física e mental de qualquer trabalhador, que se vê ainda privado do convívio familiar, social", razão pela qual não há dano dessa natureza a ser indenizado. Recurso não provido, no particular.

Novamente no Mato Grosso, no TRT 23, a segunda ementa reitera que a jornada suplementar não configura, por si só, a ocorrência de danos existenciais, além de citar o embasamento na “Súmula n. 23 do egrégio Regional.”

TRT 23 - RO 00009116020155230021

Data de publicação: 05/02/2016

Ementa: DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. COMPROVAÇÃO OBJETIVA DO DANO... a simples existência de trabalho em jornada suplementar não corresponde, por si só, à figura jurídica acima descrita. Exegese da Súmula n. 23 deste egrégio Regional.

5.1.2.15 TRT 24 – Mato Grosso do Sul

No Mato Grosso do Sul, no TRT 24, a primeira ementa selecionada, partindo da imprescindível comprovação dos elementos próprios dos sofrimentos extrapatrimoniais aos projetos de vida do trabalhador (dano, culpa e nexos de causalidade), conclui pela negativa do pedido de indenização.

TRT 24 - RO 00241093020175240086

Data de publicação: 19/10/2017

Ementa: DANO EXISTENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Para configuração do dano existencial, ESPÉCIE DE DANO extrapatrimonial, é imprescindível a comprovação, além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano (dano, culpa e nexos de causalidade), de prejuízo à realização do projeto de vida ou à vida de relações. 2. Mantém-se a sentença que não reconheceu a sua ocorrência.

Ainda no Mato Grosso do Sul, no TRT 24, a segunda ementa, partindo do entendimento de que o prejuízo social pode ser presumido e de que, nessa espécie de dano, sua configuração não se apresenta como *in re ipsa*. Confirma que a realização e horas extras não é suficiente para causar prejuízo no projeto de vida do empregado.

Mesmo assim, conclui pela manutenção do valor arbitrado da indenização, “a fim de evitar o reformado *in pejus*”.

TRT 24 - RO 00243129020155240076

Data de publicação: 08/04/2016

Ementa: HORAS EXTRAS. DANO EXISTENCIAL. O prejuízo social pode ser presumido. Tratando-se de consequências restritas à intimidade do trabalhador, não basta afirmar que laborar em horas extras lhe causou prejuízo em sua vida pessoal, faz-se necessária a comprovação de situações em que tenham ocorrido efetivamente os efeitos danosos. Nessa espécie de dano, sua existência não se apresenta como dano *in re ipsa*. A realização de horas extras não se afigura como fato injusto capaz de frustrar ou impedir a realização do projeto de vida do trabalhador por renúncias diárias e consecutivas. Porém, a fim de se evitar o reformado *in pejus*, mantém-se o valor da condenação arbitrado na origem. Recurso do reclamante não provido. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DECORRENTE DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. No incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0024142-55.2015.5.24, julgado na sessão do dia 29.06.2015, firmou-se o entendimento de que na Justiça do Trabalho, a questão pertinente aos honorários...

5.1.2.16 Tribunal Superior do Trabalho - TST

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), a primeira ementa selecionada, na decisão proferida em Agravo de Instrumento, fundamentada na convicção de que, mesmo trabalhando em sobrejornada, por não se tratar de acusação para a qual não se aplica a premissa *in re ipsa*, necessitada de comprovação do prejuízo na vida pessoal do trabalhador, nas suas relações sociais e na família.

Cita o Código Civil/2002 e conclui pela negativa da indenização por danos existenciais.

TST - RR 106647120165150104

Data de publicação: 10/11/2017

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Diante da violação dos artigos 186 e 927 do Código civil, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Na hipótese dos autos, a indenização foi deferida pelo excesso de jornada de trabalho. Apesar de constar no acórdão regional que o autor laborava em média 10 horas por dia, não ficou demonstrado que ele tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador. No caso destes autos, não se pode afirmar genericamente que o dano moral seja *in re ipsa*, isto é, independe de prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem do empregado. Não houve demonstração cabal do prejuízo, tampouco foi comprovada a prática de ato ilícito por parte da empregadora. Logo, não é devida a indenização. Recurso de Revista conhecido e provido.

Novamente no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a segunda ementa de decisão proferida em Agravo de Instrumento, fundamentada na convicção de que o trabalho em horas extras além do permitida pela legislação, por si só, não foi suficiente para provar que o convívio familiar e social fora impossibilitado e, por conseguinte, que ocorreram danos existenciais no trabalhador.

Cita a CLT e conclui pela negativa da indenização por danos existenciais.

TST - RR 102456020155150080

Data de publicação: 29/09/2017

Ementa: A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Em face da configuração de possível violação do art. 818 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA... a prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização perseguida quando não for demonstrada a efetiva impossibilidade de convívio familiar e social... embora se possa inferir do quadro fático delineado pelo Regional que houve sobrejornada além do

permissivo legal, não restou consignada, por outro lado, prova de que tal jornada tenha de fato comprometido as relações sociais do reclamante...
Recurso de revista conhecido e provido.

Ainda no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a terceira ementa de decisão proferida em Recurso de Revista (interposto sob a égide da Lei 13.015/2014 e do NCPC/2002), fundamentada na convicção de que o trabalho em horas extras, por si só, não configura conduta ilícita do empregador. Afirma que os tópicos não comprovam exame por preclusão, de acordo com a Instrução Normativa nº 40 do próprio TST.

Conclui pela negativa da indenização por danos existenciais.

TST - RR 2096220145200012

Data de publicação: 01/09/2017

Ementa: RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXTENUANTE. A exigência de trabalho extraordinário, por si só, não configura conduta ilícita a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Julgados. NULIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRECLUSÃO. Os tópicos não comprovam exame, exame por preclusão, a teor do art. 1º da Instrução Normativa nº 40 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

Outra vez no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a quarta ementa de decisão proferida em Recurso de Revista (interposto sob a égide da Lei 13.015/2014), fundamentada na convicção de que não ficou demonstrada pelo trabalhador a ocorrência de pelo menos uma das hipóteses previstas na CLT para viabilizar a indenização por danos existenciais.

Conclui pela improcedência do pedido formulado pelo empregado.

TST - RR 103075720145180014

Data de publicação: 18/12/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. CARGO DE CONFIANÇA. Não merece ser admitido o Recurso de Revista quando a Recorrente não demonstrar a configuração de pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

Mais uma vez no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a quinta ementa de decisão proferida em Recurso de Revista, partiu do entendimento de que o dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial, caracterizado pela frustração do projeto de vida do trabalhador fora do ambiente de empresa.

Prossegue no relato, afirmando que, apesar de a subjornada de até 14 horas diárias, por si só, não ser suficiente para se afirmar a ocorrência do dano em pauta,

mas tendo em vista ter sido uma prática corriqueira (inclusive aos domingos) e sem as folgas compensatórias, ficou configurada afronta aos direitos fundamentais do trabalhador.

Conclui pela indenização a título de danos existenciais.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 10347420145150002 (TST)

Data de publicação: 13/11/2015

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo dispensada a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido.

Finalmente, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a sexta e última ementa selecionada resulta de decisão proferida em Recurso de Revista, partindo do entendimento de que o dano existencial é uma espécie de dano imaterial, caracterizado pelo sofrimento ou pelas limitações impostas pelo empregador ao empregado de forma continuada na sua vida fora do ambiente de trabalho.

Mesmo admitindo que a jornada de trabalho tenha chegado a mais de 15 horas diárias, tal fato não implica, por si só, em dano existencial.

Assevera que o Regional não observara o disposto no art. 818 da CLT.

Discorda do julgamento do respectivo TRT e conclui pela negativa da indenização por danos existenciais.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 14439420125150010 (TST)

Data de publicação: 17/04/2015

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

5.2 NÚCLEO DA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DANOS EXISTENCIAIS PELA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER

A delimitação do conceito de danos existenciais pela inobservância do direito ao lazer se mostra cada vez mais relevante para que as demandas tenham um norte, por meio do qual as partes interessadas possam atuar, evitando-se tanto os atos nocivos por parte dos empregadores quanto as petições infundadas dos trabalhadores e os recursos protelatórios de ambas as partes, ou mesmo a ausência dessas demandas nas situações absolutamente cabíveis e justas.

Inicialmente, cabe definir o que seja delimitar, do latim *delimitare*..

De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira): “Delimitar. Fixar os limites; estremar; demarcar.”

Isto posto, embasado nos notáveis conceitos e nos entendimentos de danos existenciais aqui apresentados (tanto na doutrina como na jurisprudência), *data venia*, esta pesquisa está apresentando uma delimitação do conceito de danos

existenciais pela inobservância do direito ao lazer, formatando uma espécie de limite, de contorno no seu conceito.

Inicialmente, uma condição *sine qua non* para que fique configurado um dano existencial é a ocorrência de ato lesivo por parte do empregador, ato esse capaz de impossibilitar o empregado de usufruir de sua vida fora da empresa, seus projetos de vida (familiares, sociais, educativos, educacionais, suas metas, suas ideias, suas relações interpessoais etc.), especialmente inviabilizando o seu direito ao lazer.

Uma vez presente o ato lesivo do empregador, uma parte atualmente minoritária da doutrina e da jurisprudência entende que tal ato não precisa ser provado, não precisa ser demonstrado. Estes estudiosos entendem que se aplica à presente situação a premissa *in re ipsa*, isto é, que por si só explica, que por si só justifica a ocorrência do dano.

Outra parte da doutrina e da jurisprudência entende que tal ato lesivo deva ser provado, deva ser demonstrado. Exigem que sejam trazidos aos processos quais os projetos de vida do empregado fora da empresa foram impedidos pelo empregador. Este conjunto de pessoas especializadas nesta seara do Direito representa a parte majoritária, com preponderância significativa.

Diante de situações clássicas como nas sobrejornadas de trabalho, nas horas extras excessivas, nas atividades reconhecidamente desgastantes física e psicologicamente (atividades comprovadamente insalubres, muito perigosas e estafantes, como de motoristas de carretas, de coleta de lixo, de carvoaria, em ambientes hospitalares vulneráveis etc.), as duas correntes divergem a todo o momento.

A produção de provas deve ocorrer de maneira irrefutável, a exemplo daquelas obtidas através de laudos e perícias médicas e psicológicas.

Há situações de sobrejornadas, cujo tempo inadmissível e desumano de duração não deixa maiores margens de manobras por parte das empresas, para se negarem à indenização pelos danos extrapatrimoniais provocados. Apesar disso precisam ser comprovadas. Um exemplo que pode se encaixar nesta hipótese, é o trabalho exercido em jornadas exorbitantes próximas de 20 horas diárias, sem intervalos interjornadas e sem o suficiente repouso.

Outra ocorrência que poderá dar margem ao seu enquadramento na premissa *in re ipsa* é aquela nas quais as excessivas jornadas de trabalho são agravadas pela ausência de intervalos, de descansos, de desconexão do trabalhador.

Por último, fica registrado o posicionamento desta pesquisa, isto é, o dano existencial precisa ser comprovado. Há situações nas quais ele está visivelmente presente, a exemplo daquela inconcebível citada no parágrafo anterior, nas atividades insalubres, bem como naquelas em que há danos psicológicos provocados pelo labor.

CONCLUSÃO

Os danos aos direitos dos seres humanos aconteceram ao longo dos tempos e continuam a acontecer com muita frequência.

O percurso percorrido desde os primórdios até hoje no universo da conscientização do direito ao lazer é muito longo e deverá ser continuado.

No princípio, muitos povos foram submetidos a trabalhos em regime de escravidão. A Bíblia sagrada é farta em passagens nas quais o dano existencial se fez sentir; o livro Gênesis, do Antigo ou Primeiro Testamento, por exemplo, traz a epopeia de Moisés na fuga do povo hebreu da escravidão imposta pelos egípcios.

Numa viagem ao longo da história, pôde-se perceber claramente que o que se conhece hoje como dano existencial prejudicou a qualidade de vida das pessoas gerações após gerações.

A história do Brasil, por exemplo, está grandemente manchada pela fase triste da escravidão dos negros e dos índios.

Até época não muito distante, era comum se confundir lazer com ócio, com perda de tempo, com preguiça e outros equívocos.

O ser humano necessita de tempo livre, para utilizá-lo da maneira que lhe aprouver.

A prática do lazer faz parte cada vez mais das condições indispensáveis para que se tenha uma vida saudável em qualquer lugar do planeta.

Caminhadas, passeios, baladas, encontros de jovens e de adultos, cursos escolares, encontros e cultos religiosos, romances, além de reuniões sociais como um todo ocorriam de forma espontânea, sem que houvesse uma preocupação ou uma intenção de rotulá-los como sendo formas de lazer.

Ao longo desta pesquisa, foram mostradas as mais diversas formas de lazer; do lazer ativo, do lazer passivo e do antilazer.

No mundo afora, houve e ainda se tem notícias da manutenção de inúmeros casos de trabalho escravo, disfarçados ou não.

A visão que se tem hoje do lazer, evidentemente, não é a mesma daquela nas épocas remotas.

Nos dias atuais, não faltam casos de trabalho excessivo tanto em atividades de mineração, de transportes pesados, em fábricas, em ambientes culturais, hospitalares etc.

As famílias se situam no centro das maiores vítimas pela ocupação excessiva dos trabalhadores, em detrimento do tempo livre, do lazer.

A legislação que rege o direito ao lazer vem de forma crescente e aperfeiçoada, fornecendo as bases necessárias para que todas as forças envolvidas na matéria e nas inúmeras lides trabalhistas e judiciais possam cada vez mais saber quais seus direitos e obrigações, além de como deverão se portar diante dos casos concretos.

O direito ao lazer vem cada vez mais sendo objeto de interesse e da orientação do Direito. É crescente a consolidação do direito ao lazer no universo dos direitos fundamentais, abrigado e protegido pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

Verificou-se uma convergência preponderante da eficácia horizontal e imediata do direito fundamental ao lazer nas relações privadas, em especial no âmbito trabalhista, mesmo sabendo-se que há controvérsias neste sentido, pois alguns doutrinadores entendem que a eficácia deva ser mediata, indireta;

O tempo em que o trabalhador permanece à disposição da empresa é normatizado, as jornadas de trabalho são definidas.

A desconexão do trabalhador, o repouso e o descanso tem merecido a atenção dos legisladores. Sabe-se que as jornadas excessivas e habituais, o excesso de obrigações sem os descansos e as desconexões previstas na legislação, poderão levar ao indesejável dano existencial.

Há uma crescente conscientização da necessidade de uma mudança de mentalidade tanto por parte dos empregadores quanto por parte dos empregados na matéria em foco, o que poderá levar a uma melhor condução do assunto.

A doutrina aprofunda o conhecimento, organiza os debates, sugere aperfeiçoamentos, acompanha a obediência ou não às normas estabelecidas, oferece suporte visando o atendimento dos seus mais variados pleitos.

No Judiciário, as decisões são proferidas e, quando reiteradas, podem orientar a formalização de súmulas, que são muito importantes na orientação das partes (trabalhadores, empresas, advogados, professores, estudantes e da comunidade em

geral). Isto pode evitar que abusos sejam perpetrados pelo empregador na ideia da impunidade, bem como que haja um volume elevado de processos inconsistentes.

Após o exposto e numa espécie de síntese da pesquisa, pode-se perceber que a caminhada por ela realizada:

a) pôde afirmar que o dano existencial nasce do descumprimento ou abuso do irrenunciável direito ao lazer, indispensável para uma qualidade de vida saudável, para o bem estar do trabalhador;

b) entende que o abuso não deve ser eventual, pelo contrário, deve ser reiterado;

c) sabe que há uma tendência voltada para a padronização e uniformização dos julgamentos, garantindo que os atos patronais ilícitos praticados contra os trabalhadores (que se entende como a parte mais vulnerável na lide) sejam punidos com a indenização pelos danos imateriais, como também que pedidos infundados dos empregados sejam desestimulados e negados.

Pôde-se ainda entender que:

d) de acordo com as ementas dos acórdãos reproduzidos ao longo desta seção, mesmo sabendo-se que há divergências não pacificadas nos julgamentos, pode ou não ser exigido que o trabalhador comprove que o dano existencial de fato ocorreu;

e) o entendimento preponderante é de que o dano imaterial deva ser provado;

f) o dano existencial difere do dano moral propriamente dito (como o “bullying”, por exemplo);

g) o dano extrapatrimonial difere do dano material (dano patrimonial), a exemplo do pagamento das horas extras trabalhadas;

h) o dano existencial trabalhista, obviamente, deve ser consequência da atividade laboral;

i) os posicionamentos das partes, longe de serem estáticos, precisam ser dinâmicos, a fim de acompanharem as evoluções da lide, especialmente em função do desequilíbrio das forças litigantes, como também motivado pelo desenvolvimento da sociedade, das comunicações, dos meios produtivos e da tecnologia como um todo;

j) a jurisprudência especializada deverá servir como um guia na conscientização de trabalhadores, empregadores, advogados, doutrinadores e da própria justiça.

Em suma, esta pesquisa está sendo direcionada para o oferecimento de uma contribuição, voltada para a modulação ou formatação de uma consciente delimitação do conceito de dano existencial causado pela inobservância do direito ao lazer.

Uma vez presente o ato lesivo do empregador, uma parte atualmente minoritária da doutrina e da jurisprudência entende que tal ato não precisa ser provado, não precisa ser demonstrado. Estes estudiosos entendem que se aplica à presente situação a premissa *in re ipsa*, isto é, que por si só explica, que por si só justifica a ocorrência do dano.

Assim, pode-se reafirmar que o trabalho excessivo em detrimento do indispensável direito ao lazer, sem direito à desconexão, sem direito aos intervalos interjornadas, sem os descansos previstos na legislação, que são condições *sine qua non* para uma vida saudável, provoca danos existências passíveis de punições na forma da legislação e da jurisprudência em vigor.

Fica registrado o posicionamento desta pesquisa, que é o seguinte: o dano existencial precisa ser comprovado. Há situações nas quais o dano em pauta está visivelmente presente, a exemplo daquelas em que o empregado, absurdamente, trabalha quase 20 horas diárias sem intervalo ou repouso, nas atividades insalubres ou estressantes e naquelas em que há danos psicológicos provocados pelo labor.

Finalizando, fica reiterado que esta pesquisa se dedicou especialmente a formular uma delimitação do conceito do dano existencial provocado pela inobservância do direito ao lazer no trabalho, sendo tratados contornos para que uma situação, na qual um ilícito trabalhista extrapatrimonial reclamado e comprovado possa se caracterizar ou não como dano existencial.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. **A Condição Humana**. 11.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense. Universitária, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito da Dignidade, Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas. Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais**. 2.ed. Salvador: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código Civil do Brasil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10406.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **Lei do Desporto (Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998)**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03 10.741, de 1º de outubro de 2003)**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10741.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943)**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/DL5452.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **Vade Mecum Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966** (ratificado pelo Brasil). Disponível em: <https://www.oas.org/.../1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos>. Acesso em: 12.12.2017.

_____. **Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)**, ratificado pelo Brasil e com vigência interna a partir de 16 de novembro de 1999, nos termos do Decreto 3.321/99. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif.htm. Acesso em: 12.12.2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. TST - RR 106647120165150104.** Data de publicação: 10/11/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. B) RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA...TST - RR 102456020155150080.** Data de publicação: 29/09/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - DANO EXISTENCIAL - JORNADA EXTENUANTE. TST - RR 2096220145200012.** Data de publicação: 01/09/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. CARGO DE CONFIANÇA. TST - RR 103075720145180014.** Data de publicação: 18/12/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. TST - RECURSO DE REVISTA. RR 10347420145150002 (TST).** Data de publicação: 13/11/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Ementa: RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. TST - RECURSO DE REVISTA RR 14439420125150010.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Data de publicação: 17/04/2015. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-1. **Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. TRT 1 - RO 00100005520155010301.** Data de publicação: 23/11/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-1. **Ementa: DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. TRT 1 - RO 00034225220145010482.** Data de publicação: 24/08/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-2. **Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. INDEVIDA. TRT 2 - RO 00007352720145020013.** Data de publicação: 03/08/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-2. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO SISTEMÁTICA AO DESCANSO E LAZER. OFENSA A DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. DANO MORAL. TRT 2 - RO 00001627120145020018.** Data de publicação: 20/06/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-3. **Ementa: DANOS EXISTENCIAIS. CONFIGURAÇÃO. TRT 3 - RO 00105012520165030137.** Data de publicação: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-3. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. TRT 3 - RO 00106122720155030013.** Data de publicação: 12/05/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-4. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. TRT 4 - RO 00202590720175040641.** Data de publicação: 06/04/2018. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-4. **Ementa: INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DANO EXISTENCIAL. EXTENSA JORNADA DE TRABALHO.**

TRT 4 - RO 00001691320135040028. Data de publicação: 23/08/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-4. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. TRT 4 - RO 00011331620115040015.** Data de publicação: 18/04/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-5. **Ementa: TRABALHO AOS DOMINGOS. DANOS EXISTENCIAIS TRT 5 - RO 00008777120145050102.** Data de publicação: 26/01/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-6. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. TRT 6 - RO 00016782820145060144.** Data de publicação: 04/07/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-6. **Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. TRT 6 - RO 00013107920155060145.** Data de publicação: 04/04/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-7. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. TRABALHO EXTENUANTE. INDENIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE TRT 7 - RO 00009857820175070025.** Data de publicação: 06/04/2018. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-10. **Ementa: DOENÇA MENTAL. DEPRESSÃO. DANOS EXISTENCIAIS E MORAIS. PROVA. TRT 10 - RO 006742320145100021.** Data de publicação: 00/03/2017. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-10. **Ementa: DANOS MORAIS EXISTENCIAIS. CONFIGURAÇÃO. JORNADAS DE TRABALHO EXTENUANTES. INOCORRÊNCIA. TRT 10 - RO 02659201210210009.** Data de publicação: 07/02/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-12. **Ementa: HORAS EXTRAS HABITUAIS. DANO EXISTENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. TRT 12 - RO 00017830620145120025.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-12. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. TRT 12 - RO 00000461320145120010.** Data de publicação: 26/08/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-12. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. TRT 12 - RO 00030980320145120047.** Data de publicação: 16/09/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-15. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA SEM RESPEITO ÀS PAUSAS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. TRT 15 - RO 00103457120165150050.** Data de publicação: 12/04/2018. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-15. **Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. HORAS EXTRAS EXCESSIVAS NÃO COMPROVADAS. DANO EXISTENCIAL DESCABIDO. TRT 15 - RO 00103823120155150019.** Data de publicação: 12/12/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-15. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. MOTORISTA. JORNADA EXAUSTIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. TRT 15 - RO 00112626920145150015.** Data de publicação: 23/06/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-17. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRAORDINÁRIA. TRT 17 - RO 00001141620145170012.** Data de publicação: 08/06/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-17. **Ementa: EMPREGADOR RURAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE AGROECONÔMICA EM PROPRIEDADE RURAL. LEI 5.888/73. TRT 17 - RO 00014913720145170007.** Data de publicação: 16/10/2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-18. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE PROVA DE SUA CONFIGURAÇÃO. TRT 18 - RO 00100419220165180081.** Data de publicação: 14/12/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-20. **Ementa: DANOS EXISTENCIAIS E MORAIS - JORANDA EXCESSIVA - PLANTÃO MÉDICO - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE OFENSA À HONRA E À DIGNIDADE DO TRABALHADOR - NÃO CONFIGURAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA TRT 20 - RO 00007664320145200014.** Data de publicação: 29/01/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-23. **Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. TRT 23 - RO 00005244820165230041.** Data de publicação: 10/05/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-23. **Ementa: DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. COMPROVAÇÃO OBJETIVA DO DANO. TRT 23 - RO 00009116020155230021.** Data de publicação: 05/02/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-24. **Ementa: DANO EXISTENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. TRT 24 - RO 00241093020175240086.** Data de publicação: 19/10/2017. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-24. **Ementa: HORAS EXTRAS. DANO EXISTENCIAL. TRT 24 - RO 00243129020155240076.** Data de publicação: 08/04/2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12/12/2017.

CALVET, Otavio Amaral. **O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTR, 2006a.

CALVET, Otavio Amaral. **Discriminação na Admissão: Direito à Integração.** 2006b. Disponível em: www.unifacs.br/convidados/con4. Acesso em: 12.12.2017.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao Lazer.** Rio de Janeiro: Labor, 2010.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais,** 2010. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/21469670/teoria-geral-dos-direitos-fundamentais---joao-trindade>. Acesso em: 12/12/2017.

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira). Disponível em: <http://www.amazon.com.br/Dicionário-Aurélio-Língua-Portuguesa-Eletrônico...> Acesso em: 12.12.2017.

DIMOULIS, Dimitri e Leonardo Martins. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais & Positivismo Jurídico**. São Paulo: RT, 2007.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre dano existencial**. Teresina: Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em 12.12.2017.

KUNRATH, Yasmine Coelho. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2016. Disponível em: www.fcr.edu.br/revista/index.php/saberesamazonia/article/view/28. Acesso em: 12/12/2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito da Dignidade, Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas. Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais**. 2.ed. Salvador: Saraiva, 2007.

LDH - Declaração dos Direitos do Homem (Elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão - LDH em 1936). Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12.12.2017.

MARCELINO et al. **Políticas Públicas de Lazer – Formação e Desenvolvimento de Pessoal: Os Casos de Campinas e Piracicaba-SP**. Curitiba: OPUS, 2007.

MOLINA, André Araújo. **Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e a desconexão do trabalhador**. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105563>. Acesso em: 12/12/2017

ONU (Organização das Nações Unidas), através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/...](https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/) Acesso em: 12.12.2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Marcela Andresa Semeghini. **Direito ao Lazer e Legislação Vigente no Brasil**. 2009. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/7030/4248>. Acesso em: 12.12.2017

RAQUEL et al. **Breve Histórico do Lazer – Origem**. 2011. Disponível em: <http://edfisicanoturno.blogspot.com.br/2011/03/breve-historico-do-lazer-origem.html>. Acesso em 12.12.2017.

SANTANA, Ana Lucia. **Lazer**. 2007. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociologia/lazer/>. Acesso em 12.12.2017.

SANTOS, Rodrigo Maia. **O Excesso de Jornada como Ofensa do Direito ao Lazer**. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55440>. Acesso em: 12/12/2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WYZYKOWSKI, Adriana. **A Concretização do Direito Fundamental ao Lazer nas Relações de Emprego**. Salvador: Editora JusPODIUM, 2015.

ZENNI, Alexandre Severino Vállér; Rafael, Márcia Cristina. **Remuneração e jornada de trabalho - Temas Atuais**. Curitiba: Juruá, 2006.