

DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHADOR

André Araújo Molina

Resumo: A partir do reconhecimento de que os direitos previstos nos tratados e na Constituição teriam livre tráfego nas relações jurídicas de direito privado (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), entre elas as de trabalho, passou-se a admitir que o patrimônio jurídico dos empregados é integrado tanto pelos direitos previstos na legislação ordinária especializada (direitos específicos), quanto pelos dispostos nos tratados e na Constituição (direitos inespecíficos), em cujo segundo grupo estão o direito ao lazer, à limitação de jornada, às férias, à convivência social e familiar, todos acenando para um princípio geral de desconexão do trabalho, cuja violação instaura diversas relações de responsabilidade civil e trabalhista, não somente para os danos materiais, mas, principalmente, para a recomposição dos danos pessoais, entre os quais os danos existenciais causados ao cidadão-trabalhador.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Eficácia horizontal – Relações de trabalho – Direito à desconexão do trabalho – Danos existenciais

Abstract: Recognizing that the rights provided for in the treaties and the Constitution would have free movement in the legal relations of private law (horizontal effectiveness of fundamental rights), including work, it was assumed that the legal patrimony of the employees is integrated both by the rights provided for in specialized ordinary legislation (specific rights) and by those provided in the treaties and in the Constitution (non-specific rights), whose second group includes the right to leisure, limitation of the journey, vacations, social and family coexistence, all of them waving to a general principle of disconnection from work, the violation of which establishes various relationships of civil and labor liability, not only for material damages, but mainly for the recovery of personal injuries, including the damages caused to the citizen-worker.

Keywords: Fundamental rights - Horizontal effectiveness - Labor relations - Right to disconnect from work - Existential damages



André Araújo Molina

Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT) e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região (Mato Grosso).

1. Introdução

As relações-modelo de trabalho do período da Revolução Industrial eram representadas pelas linhas de produção nas fábricas, com o deslocamento físico dos operários para ativarem-se dentro do estabelecimento industrial, época em que eram submetidos à exaustiva jornada de trabalho, à mingua de regulação legal protetiva, na medida em que os contratos eram regidos pelo direito comum, com a liberdade de contratação e pactuação das condições mais desfavoráveis.

Como reação ao modelo econômico de exploração, nasceu o Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico autônomo, criando diversos limites, principalmente em relação ao tempo em que os operários ficavam à disposição dos empregadores em seus estabelecimentos. O ordenamento jurídico trabalhista, centrado que estava no modelo-padrão, conseguiu delimitar temporalmente 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 prevista em nível constitucional¹.

1 Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; (...) e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas;

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.

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.

2. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho

Ao final da Segunda Guerra Mundial, quase todos os Estados ocidentais promulgaram novas constituições, todas elas com diversas

garantias de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como um catálogo de princípios oponíveis contra o Estado, mas também com a previsão de garantias fundamentais sociais positivas (a uma prestação) e os direitos da coletividade. Desde então, a divisão estanque entre direito público e direito privado perdeu a sua função dogmática, na medida em que os novos direitos fundamentais passaram a incidir tanto nas relações entre os cidadãos e o Estado quanto nas relações entre os particulares, unificando o sistema jurídico contemporâneo e colocando a Constituição no seu centro.

Essas mesmas constituições, como a brasileira de 1988, contém diversas cláusulas de função social da propriedade, de função social das famílias, de defesa do consumidor, de interveniência nas relações de trabalho, entre outras autorizações que justificam a interpenetração dos direitos fundamentais no direito privado. Se na Idade Moderna os códigos civis eram as fontes mais importantes do direito privado, em tempos de pós-modernidade são as próprias constituições os eixos centrais em torno dos quais gravitam todos os ramos do direito, inclusive o civil e o do trabalho.

A preocupação constitucional com os temas de direito comum recebeu o nome de constitucionalização do direito privado, significando que esse ramo não mais fica à margem da regulação constitucional, devendo todas as regras de direito ser interpretadas a partir das garantias constitucionais, ou na feliz síntese de Paulo Ricardo Schier, passar pela filtragem constitucional, quando as normas devem ser interpretadas a partir do paradigma normativo constitucional.²

2 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica.

Avançando a partir da premissa acima, passou a ser preocupação recente nos países ocidentais desvendar em que medida os direitos fundamentais incidem no direito privado. Se os particulares poderiam invocar um direito fundamental para aplicação em suas relações com os outros particulares (eficácia horizontal)? E se a invocação poderia ser diretamente da Constituição ou dependeria de uma prévia atividade de mediação legislativa ordinária?

A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas só ganhou espaço na dogmática constitucional brasileira depois da Constituição de 1988, principalmente a partir da tese de Ingo Wolfgang Sarlet.³

Radica o debate na interpretação do artigo 5º, § 1º, da CF/88, para quem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nada obstante a expressa manifestação de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, não cuidou o poder constituinte de dizer quem são os sujeitos a eles submetidos, em quais relações os direitos aplicar-se-iam imediatamente e em que medida a incidência se daria.

A maioria dos autores enxerga no modelo constitucional autorização para a eficácia direta, como Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais na Constituição de 1988 têm como destinatários os mais diversos sujeitos – Estado, particulares ou ambos –, contudo quando não houver uma vinculação expressa em determinado dispositivo constitucional para um deles em especial, a vinculação será

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

para todos e deve ela atender ao princípio da eficácia direta que decorre do artigo 5º, § 1º, da Constituição.⁴

Também Daniel Sarmento defende a eficácia imediata na generalidade das relações privadas, pois a Constituição atual adotou um modelo intervencionista e social, bem por isso todos os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados às relações privadas. Isso se dá pela opção do constituinte de busca da redução das desigualdades, da distribuição de renda, que para serem conseguidas necessitam de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas e um maior ativismo judicial concretizador, diante da omissão do legislador e do executor.

Defende que as tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos também no campo privado, onde reinam a opressão e a violência. Tal situação desalentadora impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, conclui o autor que “não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”⁵

A partir da mesma premissa sociológica, defende Luiz Eduardo de Toledo Coelho que dentro desse quadro e como mecanismo de acelerar a concretização da Constituição, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, e com o intuito de realizar o disposto no art. 3º

da Constituição, é que os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana devem ser aplicados direta e imediatamente a todas as relações, sejam elas públicas ou privadas.⁶

Advogam os autores referidos que enquanto em países desenvolvidos o nível de atendimento dos direitos sociais mais básicos é satisfatório, demonstrando que o legislador ordinário e o administrador estão atentos e diligentes quanto aos princípios fundamentais, nos países com baixo nível de desenvolvimento social, como é o nosso caso, em que o legislador e o executor não atendem as diretrizes constitucionais mínimas, violando-as por omissão, incumbe ao Judiciário fazê-las efetivas, aplicando-as de forma direta e imediata a partir do texto constitucional.

Especificamente nos limites da doutrina trabalhista, as primeiras reflexões adotam a diferenciação de que nas relações privadas entre iguais deve haver um maior prestígio da liberdade e da autonomia, incidindo os direitos fundamentais de forma mediata, mas nas relações de trabalho, enquanto palco de exercício de poder social, jurídico e econômico, os direitos fundamentais devem ter eficácia direta e aplicabilidade imediata, conclusão que é abraçada por Joselita Nepomuceno Borba⁷ e Andréa Presas Rocha⁸, ressalvando que a segunda reconhece a necessidade de ponderação, respeitando os direitos de que o empregador também é titular, quando do momento da incidência direta dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

4 Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 394/400, *passim*.

5 Sarmento, A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 247/248.

6 Coelho, Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 238.

7 Borba, Direitos fundamentais, p. 80.

8 Rocha, A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego, p. 40/41.

A posição doutrinária majoritária que defende a eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive nas de trabalho, foi adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros nos últimos anos.

Nos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema não houve a preocupação de desenvolver uma teoria mais aprofundada. Restringiu-se a analisar alguns casos concretos, nos quais se adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata, mas mesmo assim sem justificar analiticamente sua tomada de posição, a favor de uma e não de outra visão. Foi somente em outubro de 2005, com o julgamento do RE n. 201.819, que a Corte debruçou com mais cuidado sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e posicionou-se, conforme as circunstâncias daquele caso concreto, expressamente pela recepção da tese da aplicação direta e imediata às relações privadas.

Antes disso, no julgamento do RE 161.243⁹, especificamente quanto ao Direito do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regulamento de empresa da companhia aérea *Air France* não poderia conter cláusula discriminatória em detrimento de trabalhadores não-franceses, no caso do recorrente trabalhador brasileiro, fazendo incidir diretamente o princípio constitucional da igualdade.

Mas foi apenas em julgamento do ano de 2005¹⁰ que o Tribunal adotou expressamente a tese da aplicação direta dos

direitos fundamentais nas relações privadas, fundamentando racionalmente a sua tomada de posição, quando foi levada à Suprema Corte a situação fática da eficácia dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no procedimento interno de exclusão de associados dos quadros das pessoas jurídicas de direito privado.

A hipótese de fato era refinada, visto que os procedimentos previstos no estatuto social foram todos atendidos, com a composição de comissão especial para a apuração das irregularidades que pudessem gerar expulsão, muito embora não prevista no estatuto a garantia de ampla defesa dos associados. A questão a ser definida era se, para além das regras definidas no estatuto, as instituições privadas também são obrigadas a obedecer aos direitos fundamentais, à mingua de cláusula estatutária ou na legislação ordinária que tratasse das associações civis.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou que a associação civil, embora com personalidade jurídica de direito privado, exercia uma atividade essencial de cobrança e distribuição de direitos autorais, logo se afeiçoa a um serviço público por delegação legislativa. Tal particularidade do caso concreto autorizaria a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na relação privada, por conseguinte os direitos fundamentais do devido processual legal, ampla defesa e do contraditório, deveriam ser observados, mesmo que não previstos no estatuto, fazendo-os incidir de forma direta e imediata a partir da Constituição.

O acórdão não manifestou se a solução seria a mesma nas relações entre particulares sem a característica de um deles exercer serviço

9 STF – 2ª Turma – RE 161.243 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19.12.1997.

10 STF – 2ª Turma – RE 201.819 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006.

“quase” público.

O Ministro Joaquim Barbosa disse em seu voto que entende que a Carta Constitucional de 1988 autoriza a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com a ressalva de que a incidência deva verificar-se caso a caso, com parcimônia, para que não se inviabilize a esfera de autonomia privada dos indivíduos, substituindo-se a vontade destes pela coletiva-constitucional.

Alinhando aos dois ministros citados para formar maioria no julgamento, o Ministro Celso de Mello advogou a tese de que a autonomia privada, além de encontrar limitações legislativas expressas (por exemplo, aquelas dos artigos 57 e 1.085 do Código Civil), não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito dos direitos e garantias de terceiros, especialmente os positivados com estatura constitucional. Em palavras outras, não apenas as balizas da legislação ordinária devem ser seguidas, mas principalmente os direitos fundamentais, que têm eficácia imediata e aplicação direta.

A partir da sinalização do Supremo Tribunal, notadamente após a adoção expressa da eficácia direta e imediata no julgado de 2005, o Tribunal Superior do Trabalho também, em diversos acórdãos, valeu-se da mesma conclusão para fazer incidir os direitos fundamentais nas relações de trabalho, de forma direta e sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária, como nos casos de considerar discriminatória a dispensa imediata após o retorno de licença-médica¹¹ ou

11 “Todo o arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico.” (TST – 3ª Turma – RR 105500-32.2008.5.04.0101 – Redª. Desigª.

nos casos das revistas abusivas nos pertences dos trabalhadores¹².

Destaca-se uma decisão do ano de 2013 em que a Corte Trabalhista reconheceu expressamente que nos procedimentos para aplicação de justa causa aos empregados dos conselhos de fiscalização profissional, deveriam incidir de forma direta e imediata os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, razões pelas quais o Tribunal anulou a justa causa aplicada pelo empregador sem a observância das garantias fundamentais.¹³

A partir do inventário das diversas posições doutrinárias, das adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal

Minª. Rosa Weber – DEJT 05.08.2011).

12 TST – 6ª Turma – RR 154700-23.2006.5.09.0009 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 02.12.2011.

13 “Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esse dispositivo é aplicável não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, inclusive aos procedimentos instaurados fora do Poder público. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida pela doutrina moderna, conferindo-lhes aplicabilidade no âmbito privado, de modo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem ser observados tanto nas relações entre o Estado e cidadãos como nas intersubjetivas. Esse entendimento garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal às relações de trabalho, sem prejuízo dos direitos trabalhistas previstos na Carta Magna. No caso dos autos, verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal foram violados no procedimento instaurado para apuração de falta grave do reclamante. Desse modo, constata-se que o Regional, ao manter a nulidade do inquérito administrativo instaurado para apuração de falta grave do reclamante, após o qual o obreiro foi dispensado por justa causa, conferiu aplicabilidade irrepreensível aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, observando, fielmente, sua eficácia nas relações trabalhistas. Recurso de revista não conhecido.” (TST – 2ª Turma – RR 267300-64.2003.5.07.0003 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 24.05.2013)

Superior do Trabalho em favor de uma eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, concluímos o tópico com o reconhecimento de que atualmente os direitos humanos previstos em tratados internacionais e os direitos fundamentais constitucionais são incidentes nas relações de trabalho, de modo que a inserção do empregado e do empregador em uma relação de emprego não lhes retira as condições de sujeitos-de-direitos fundamentais. As relações trabalhistas impõem às duas partes algumas obrigações e restrições especiais, conforme a CLT determinar, mas não afasta a regulação inclusive pelas normas constitucionais que têm os sujeitos particulares também como seus destinatários.

Aprofundando na observação, constatamos que os direitos fundamentais incidentes nas relações de trabalho podem ser divididos em duas categorias: na primeira os direitos específicos dos trabalhadores, aqueles dispostos nos artigos 7º a 11 da Constituição, cujos destinatários são os trabalhadores exclusivamente, e em segundo os direitos inespecíficos, ou seja, todos os demais direitos constitucionais que os cidadãos possuem e, ao inserirem-se em uma relação de trabalho, também os trabalhadores trazem consigo, avolumando-os aos específicos.¹⁴

14 No mesmo sentido é a compreensão de Christiana D’Arc Damasceno Oliveira: “Relembre-se que há direitos fundamentais que incidem nas relações de trabalho, que não são tipicamente trabalhistas. Dirigem-se a qualquer cidadão e, portanto, também ao trabalhador, que não se despede sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labuta, motivo pelo qual, além dos direitos propriamente trabalhistas ou específicos (aqueles que só podem ser exercidos por ele enquanto tal, arts. 7º a 11 da CF), são-lhe direcionados direitos outros, ditos trabalhistas não específicos. De efeito, o ingresso do trabalhador no âmbito laboral, no qual goza de direitos fundamentais trabalhistas típicos, não lhe suprime sua condição de dignidade e, por exemplo, direitos albergados

Metaforicamente, ao contratar uma relação de emprego, o empregado não retira a sua roupa de cidadão ao colocar o uniforme de trabalho, na mesma linha do que defende a doutrina portuguesa de José João Abrantes:

O empregador somente poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua atuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma tutela superior à daquela liberdade. O trabalhador deve lealdade ao contrato, mas só a este, exatamente nos mesmos termos em que também o empregador a deve. De resto, na empresa ele continua a ser cidadão de corpo inteiro, mantendo, em princípio, os direitos de que todos os outros cidadãos também são titulares.¹⁵

Enfim, o ordenamento jurídico trabalhista atual incidente nas relações de trabalho deixou de ter em evidência apenas a legislação ordinária especializada que é a CLT, para admitir que as relações de trabalho também são reguladas inclusive pela Constituição Federal (direitos específicos e inespecíficos dos trabalhadores), pelos tratados internacionais, pela legislação ordinária, pelo Código Civil e

no art. 5º da CF, como o de objeção de consciência (inciso VIII), liberdade de exercício de ofício ou profissão (inciso XIII), liberdade de expressão (inciso IV) e direitos de personalidade (direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, incisos V, X e XII), sendo integrantes do patamar normativo nas relações de labor tanto os direitos propriamente trabalhistas como os direitos trabalhistas não específicos, todos a figurarem como aspectos limitativos do poder do tomador de serviços.” (Direito à desconexão do trabalhador, p. 1181/1182).

15 Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 200/201.

legislação extravagante, pelas normas coletivas, regulamentos de empresa, pelos precedentes judiciais (no contexto do art. 927 do CPC de 2015) e pelas cláusulas individuais dos contratos de trabalho, destacando-se entre os diversos direitos incidentes os da preservação da vida privada, das garantias ao lazer, descanso, à desconexão e a realização dos projetos de vida do cidadão-trabalhador.

3. Direito ao lazer e à desconexão do trabalhador

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.¹⁶

16 Pedro Romano Martinez ensina que: “O direito ao repouso também tem sido justificado por motivos atinentes à proteção da família, ao direito à cultura, ao direito a uma melhor preparação a vários níveis do trabalhador, em que se inclui a sua formação profissional. Daí a tendência da legislação laboral, desde a 2ª metade

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.

Anota Christiana D’Arc Damasceno Oliveira que não bastasse, a par dos direitos fundamentais trabalhistas específicos ou propriamente trabalhistas, “o direito à desconexão também está relacionado a direitos fundamentais trabalhistas não específicos, a exemplo do direito fundamental social ao lazer (art. 6º, *caput*, da CF), e dos direitos à intimidade e à vida privada (art. 5º, incisos V e X, da Lei Maior).”¹⁸

.....
do século passado, no sentido de um aumento significativo do direito ao repouso, não só ao impor o alargamento do descanso semanal, mas também a generalização das férias.” (Direito do Trabalho, p. 561).

17 Nesse particular merece referência destacada o trabalho inaugural de Otávio Amaral Calvet, **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

18 E complementa a autora: “O direito à desconexão pode ser definido como aquele que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período destinado ao descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso

Márcia Vieira Maffra conceitua “o direito a se desconectar do trabalho, como o direito individual do trabalhador de liberar-se das ordens emanadas do seu empregador nos interregnos de descanso legalmente estabelecidos, e também como prerrogativa da própria sociedade e da família.”¹⁹, praticamente a mesma compreensão de Célio Pereira Oliveira Neto, para quem “o direito de desconexão representa sob o viés do direito do trabalho, o desligamento do labor em prol da vida privada, ao livre gozo do tempo, permitindo equilíbrio entre as atividades de labor, lazer e descanso.”²⁰

Diante da sua estatura 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

.....
semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante da existência das novas tecnologias (*blackberry*, *palm*, *pager*, *faz*, celular, e ainda computador ou *notebook* munidos de internet ou de rede).” (Oliveira, Direito à desconexão do trabalhador, p. 1180/1181).

19 Maffra, Direito à desconexão no universo do trabalho, p. 505.

20 Oliveira Neto, Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de trabalho, p. 88.

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.

Amauri Mascaro Nascimento aponta que a conexão tecnológica e flexível com as fontes de trabalho permite aos trabalhadores uma maior independência para a realização dos atos profissionais, proporciona uma produção mais rápida e maior pela empresa, resultando num produto mais barato e com maior qualidade.

Contudo, prossegue o jurista, as vantagens alcançadas são muito tênues em relação às desvantagens que provoca, como o isolamento do trabalhador, a desagregação sindical, a poluição gerada pelo uso da tecnologia, o desemprego estrutural e uma permanente conexão do trabalhador ao seu tomador, afetando a sua saúde, vida pessoal, familiar e social.

Na medida em que o Direito do Trabalho brasileiro ainda não se adaptou completamente a essa nova realidade, trazendo mecanismos de separação entre o trabalho e as atividades pessoais, Amauri Mascaro Nascimento sugere que sejam adotados entre nós mecanismos jurídicos já experimentados com sucesso em outros países, como os direitos da personalidade do Código do Trabalho de Portugal, o trabalho autônomo dependente econômico da Espanha, a tipologia contratual, a reconstrução da subordinação e o desenvolvimento da parassubordinação do Direito italiano e que avancemos no princípio da autonomia privada

coletiva, respeitando a valorização da dignidade humana, como na experiência sindical da França.²¹

Seguindo nessa linha evolutiva, uma das recentes novidades legislativas foi a alteração do artigo 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.

Significa que todos os empregados, inclusive os em domicílio ou mesmo os teletrabalhadores, também são protegidos pelos limites de jornada impostos pelo ordenamento jurídico para o trabalho, de modo a garantir a todos o usufruto da sua vida privada, familiar e social, não socorrendo a antiga alegação de trabalho externo ou em domicílio como argumento para desrespeito do direito ao descanso.

Nessa mesma conclusão chega Márcia Vieira Maffra ao ponderar que é de rigor reconhecer “o direito à jornada ao teletrabalhador, sob pena de negar a este empregado submetido a regime especial e mais gravoso de prestação de serviços os direitos fundamentais básicos garantidos aos demais empregados, dentre eles o direito à

desconexão.”²²

O direito à desconexão garante aos trabalhadores a desvinculação plena do trabalho, inclusive da possibilidade potencial de ser convocado a realizar as suas atividades. Em termos práticos, o direito de não ser chamado pelo telefone, pelo *e-mail* ou aplicativos de comunicadores instantâneos durante os momentos em que estiver fora do horário de trabalho, incluindo-se os períodos de prestação de horas extras, regimes de prontidão ou escalas de sobreaviso.

Com precisão observou Jorge Luiz Souto Maior que fazer sua refeição ou gozar férias com uma linha telefônica direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, contudo, sob a ameaça de sê-lo a qualquer momento, representa negação plena do descanso²³, no que completa Christiana D’Arc Damasceno de Oliveira que ainda que os contatos não cheguem a se efetivar concretamente, também produz efeitos deletérios similares, a exigência de que o trabalhador esteja ininterruptamente disponível para tanto, passível de ser localizado e acionado por meio das modernas tecnologias.²⁴

Nessa linha de ideias, ainda que com censurável atraso, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho evoluiu da posição em que não considerava como tempo à disposição do empregador, em regime de sobreaviso, quando o empregado permanecia em sua residência ou adjacências conectado com aparelhos de BIP ou telefone celular, podendo ser convocado a qualquer momento para o trabalho (OJ 49 da

21 Nascimento, Novas tecnologias, *internet* e relações no trabalho, p. 50/52.

22 Maffra, *op. cit.*, p. 514.

23 Souto Maior, Do direito à desconexão do trabalho, p. 298.

24 Oliveira, *op. cit.*, p. 1181.

SDI1 do TST, de 1995 e cancelada em 2011). Fundamentava o Tribunal que o empregado não estava com a sua liberdade cerceada, na medida em que poderia deslocar-se livremente, descansar e realizar as suas atividades pessoais, ainda que portando o equipamento eletrônico e mantendo certa adstrição geográfica.

Não enxergava o Tribunal Superior, na linha da advertência doutrinária alhures referida, que a mera disponibilidade e a potencial ameaça de sê-lo contatado a qualquer momento, já tolhia a autonomia e o direito de autodeterminação, afetando o direito ao lazer e à desconexão do trabalhador, maculando a qualidade de seu descanso e, no limite, cerceando parcela importante de sua liberdade, visto que não poderia, por exemplo, viajar com os filhos, frequentar um curso de aperfeiçoamento ou mesmo dormir sem maiores preocupações, já que mentalmente conectado.

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 229 do TST, de novembro de 2003), 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, importam em violação dos seus direitos trabalhistas, 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 428, II, do TST²⁵.

Mas mesmo os períodos de regime de sobreaviso, ainda que regamente 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, cujo tema será objeto de preocupação nos próximos tópicos desse artigo.

Nessa mesma linha de atualização jurisprudencial e legislativa em torno do tema do direito à desconexão, as Leis n. 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

25 “(...)II- Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.” (DEJT de 25.09.2012).

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.

Outro ponto que merece destaque é o que mesmo para os empregados que exerçam cargo de gestão empresarial, sendo excluídos do capítulo de jornada da Consolidação (na forma do art. 62), continuam sendo sujeitos-ativo 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 empreendedor necessitar, como se o pagamento de um *plus* salarial pudesse solapar os direitos fundamentais que ostenta todo ser humano.

Na realidade portuguesa, o Código do Trabalho de 2009, com as revisões de 2012 e 2014, também possui algumas categorias de empregados de hierarquia mais elevada que estão isentos de horário de trabalho, mas nem por isso estão a salvo da proteção dos direitos fundamentais, continuando a ter os

direitos de gozo das férias, descansos semanais remunerados, folga em feriados, bem como de ter respeitado o intervalo interjornadas.

Comentando o artigo 219º do Código do Trabalho luso, Pedro Romano Martinez conclui que a não sujeição ao limite máximo do período normal de labor, na hipótese de isenção prevista em lei, tem de ser interpretada criteriosamente, não se admitindo que, por via deste regime especial, o trabalhador seja obrigado a trabalhar ininterruptamente, nem sequer que constitua rotina desempenhar a atividade doze ou catorze horas por dia. Efetivamente, o que caracteriza a isenção de horário não é a falta de sujeição aos limites máximos normais, previstos na Constituição, mas essencialmente a ausência de horas predeterminadas para o início, pausa para descanso e o termo do trabalho. “Deste modo, ainda que vigore a regra da isenção sem sujeição a limites máximos, além de o trabalhador ter direito às férias, aos descansos semanais e feriados, tem de ser respeitado o descanso interjornadas, que por via de regra não poderá ser inferior a onze horas (art. 214º CT).”²⁶

Na realidade brasileira contemporânea, tendo em foco a mesma situação jurídica de incidência dos direitos fundamentais, mesmo os gerentes, os externos sem registro de jornada, os exercentes de cargos de alta envergadura empresarial, têm o direito fundamental de desconectar-se do trabalho, de desligar o telefone, sair para passear com os seus filhos, dormir, consumir bebida alcoólica em eventos ou comemorações, desfrutar de todos os momentos da vida fora do ambiente e local de trabalho, de sorte que constitui ato ilícito a

26 Martinez, Direito do Trabalho, p. 549.

subtração indevida pelo empregador.

Mais recentemente (Lei n. 1.088 de 2016), a França aprovou alteração no Código do Trabalho para garantir aos empregados das empresas com mais de 50 trabalhadores o direito de deixar de acessar as comunicações telemáticas e o *e-mail* profissional durante em períodos destinados ao descanso, como garantia concreta do direito à desconexão²⁷, cuja tendência deverá espalhar-se por outras latitudes.

4. Danos existenciais como decorrência da violação do direito à desconexão

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 repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como 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.

Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as

27 Na exposição de motivos da nova legislação foi dito que: “O desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, se mal gerido ou regulado, pode ter um impacto na saúde dos trabalhadores, entre os quais o peso do trabalho e a sobrecarga informacional, a confusão das fronteiras entre a vida privada e a vida profissional. Riscos associados com o uso da tecnologia digital.” (Tradução livre do original em francês).

alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos patrimoniais (coisas), repercute sobre as vítimas nas esferas patrimonial (perdas e danos) e extrapatrimonial (integridade psicológica – danos morais).

A propósito do tema, o professor Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos ao projeto de vida, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos), como os danos às coisas (danos objetivos), podem ter, indistintamente, consequências patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências.²⁸

Na experiência doutrinária brasileira as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais como danos morais. Essa experiência dogmática foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V²⁹ e X³⁰, e, mais recentemente, no artigo 186 do Código Civil³¹, onde o legislador

28 “Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar em dinero tales consecuencias.” (Sessarego, Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, passim).

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

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

31 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.

utiliza as expressões danos materiais e danos morais. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano (Súmula 387 do STJ).

Recentemente, parte da doutrina civil brasileira, inspirada na experiência dogmática e jurisprudencial italiana – pioneira no trato jurídico da dignidade humana e sua incidência nas relações privadas, visto que a Constituição italiana de 1947 foi a primeira que reconheceu juridicamente a dignidade como fundamento central do sistema –, recolheu a classificação peninsular para divisar o grande gênero das repercussões extrapatrimoniais dos danos em variadas espécies, entre as quais os danos morais, danos biológicos e os danos existenciais.

O Código Civil italiano de 1942 previa originalmente no artigo 2.043 que deveria haver ressarcimento do dano injusto por parte daqueles que cometeram um fato doloso ou culposo. E mais a frente, no artigo 2.059, havia previsão de que os danos não patrimoniais (*danni non patrimoniali*) deveriam ser ressarcidos somente nos casos determinados em lei.³² Da previsão seguiu-se o primeiro entendimento de que quanto aos danos extrapatrimoniais havia um rol taxativo, somente admitindo o ressarcimento civil quando a violação amoldava-se também a uma previsão expressa do Código Penal. Dito de outro modo, constituindo também crime o ato ilícito, estava autorizado o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais,

32 Art. 2059 Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

além das repercussões patrimoniais, nas ações de responsabilidade civil.

A partir de uma leitura do artigo 2º da Constituição italiana de 1947³³ – isto é, interpretando o Código Civil de 1942 à luz dos direitos fundamentais da nova Constituição –, houve uma reação doutrinária à limitação legislativa para reconhecer que, embora os danos não patrimoniais ou danos morais, genericamente falando, precisassem de fato típico criminal, haveria, ao seu lado, diversas outras violações de direitos constitucionais, como o direito a saúde (artigo 32 da Constituição italiana), que geravam também outros danos, então batizados de danos biológicos.

A interpretação evolutiva foi acolhida pela Corte Constitucional.³⁴

Em um segundo momento, a doutrina avançou para concluir que dentro do novel conceito de danos biológicos estavam inseridas situações bastante diversificadas, que não guardavam mais direta relação com o direito constitucional à saúde. Foi quando os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz divisaram os danos biológicos dos danos existenciais (*danno esistenziale*).³⁵ Os últimos

33 Art. 2º. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

34 "Il danno - biologico (o fisiologico) é danno specifico, é un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo é, invece, un genere di danno - conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno - conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità, é il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici." (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza nº 184, del 14 luglio 1986).

35 CENDON, P., ZIVIZ, P., Il danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 2000. CENDON, P., ZIVIZ, P., Il risarcimento del danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 2003.

seriam caracterizados a partir da violação da existência do sujeito, em certos aspectos de sua vida social e familiar; seriam detectáveis nos impedimentos sofridos pela vítima em relação às atividades que contribuem para o seu desenvolvimento pessoal. Enquanto o dano moral era verificável por um sofrimento da vítima, por sua vez os danos existenciais por um “não fazer”, a frustração dos projetos de vida (*perturbamento dell'agenda*”).

Mais uma vez a Corte de Cassação italiana avançou para reconhecer a divisão entre os danos biológicos e os danos existenciais, autonomamente.³⁶

Também em outros países a frustração aos projetos de vida e à vida de relações desencadeia repercussões extrapatrimoniais autônomas, como o *préjudice d'agrément* na França, a *loss of amenities of life* do direito inglês e estadunidense, a *perdre de jouissance de vie* na Província do Quebec-Canadá, a frustração do projeto de vida da pessoa no Peru e os danos existenciais em Portugal, culminando com a adoção pacífica pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se no sistema jurídico italiano reconhecem-se os danos patrimoniais, morais, biológicos e existenciais, em nosso sistema jurídico brasileiro – porque decorrente da vontade constituinte do artigo 5º, V e X, além de todo o rol de direitos e garantias fundamentais que incidem nas relações entre particulares – também há a recepção das três espécies de danos extrapatrimoniais: morais, biológicos (estéticos, aqui em nós, ainda que os danos biológicos italianos conformem um conceito muito mais amplo que os danos estéticos,

36 Corte de Cassação (Decisões n. 6572 de 24.03.2006 e n. 26972 de 11.11.2008).

englobando-os) e existenciais. O próprio artigo 186 do Código Civil brasileiro reconhece que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ou seja, o nosso sistema de responsabilidade civil é aberto, não taxativo, bastando ao lesado comprovar violação de direito, nexo causal e um dano em sentido amplo para obter o ressarcimento ou a reparação.

Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano existencial é espécie de danos extrapatrimoniais, inclusive que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais.”³⁷

Amaro Alves de Almeida Neto conclui o seu estudo sobre o tema dizendo que o ser humano tem um direito fundamental constitucionalmente assegurado de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que, evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida, seja físico, psíquico ou social. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer,

37 Facchini Neto e Wesendonck, Danos existenciais, p. 230.

ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os seus amigos, praticar a sua crença e o seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade, essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.³⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que um cidadão colombiano, injustamente torturado e preso, com posterior absolvição no processo judicial, teria tido os seus projetos de vida violados, na medida em que foi obrigado a deixar o país, sua família foi coagida, teve de mudar de trabalho, assim como outras condutas que impactaram seriamente seu patrimônio familiar. A Corte manifestou no sentido de que os atos ilícitos violaram os direitos humanos, mudaram radicalmente sua vida e causaram ruptura de sua personalidade e seus laços familiares. Ao final, para fixar a condenação em danos imateriais, esclareceu que *“todos han padecido una grave alteración en sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.”*³⁹

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetivista que adotamos⁴⁰ –, há violação de outros direitos, que têm a dignidade como seu antecedente

remoto, como o direito ao lazer (artigo 6º), a limitação de jornada (artigo 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (artigo 7º, XV), gozo de férias anuais (artigo 7º, XVII), acesso à educação fora do horário de trabalho (artigo 205), acesso à cultura em seus momentos de lazer (artigo 215), realização de atividades desportivas (artigo 217) e convivência familiar (artigos 227 e 229), além de que atenta contra o direito de que toda “pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

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 casos de violação dos direitos ao lazer e à desconexão do trabalho.

Recepcionando o dano existencial nas relações de trabalho, Júlio César Bebbler o compreende como toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Fala-se existencial porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida compreenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência a realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com

38 Almeida Neto, Dano existencial, p. 33.

39 CIDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 12 de setembro de 2005, série C, n. 132, Relator Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

40 Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 221 e seg.

o seu futuro é chamado de dano existencial.⁴¹

Sônia Mascaro Nascimento igualmente reconhece que a frustração ao projeto de vida e à vida de relações pela conduta patronal ilegal geram os danos existenciais no trabalhador. “Isto porque, este deixa de conviver com sua família, não tem mais tempo para o lazer e para o estudo, está mais suscetível de ser acometido de doenças ocupacionais, dentre outros incontáveis prejuízos.”⁴² Diante dessa situação, em que o trabalhador não mais consegue autodeterminar-se e planejar sua vida, será configurado o dano existencial. Para a autora, os casos mais comuns nas relações de trabalho são a exigência de jornada excessiva, reiterada e além dos limites legais, e a violação dos períodos de descanso.

No mesmo sentido é a conclusão de Igor Antônio da Silva Tavares, para quem o dano existencial pode ser identificado quando há prestação recorrente de horas extras. Essa imposição do empregador certamente causa danos tanto à vida de relação, visto que impede o adequado convívio social de seu empregado, quanto ao projeto de vida, vez que o tempo de não trabalho, no qual o cidadão desenvolve os seus projetos pessoais, é consumido pelo labor em sobrejornada impositiva.⁴³

O decisivo é verificar, no caso concreto, se está diante de uma violação direta da dignidade humana, quando se configuraria o dano moral objetivo⁴⁴; ou se se está diante de uma

41 Bebber, Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial), p. 28.

42 Nascimento, Dano existencial nas relações de trabalho, *passim*.

43 Tavares, Jornada de trabalho, direito à desconexão e dano existencial, p. 721.

44 “Como decomposição prática do conceito de dignidade humana nas relações de trabalho, tem-se que,

frustração dos projetos de vida do trabalhador, um prejuízo à sua vida de relações pessoais e familiares, pela privação de sua autonomia pessoal, causada pelo desrespeito aos seus direitos fundamentais ao lazer, à limitação de jornada, ao repouso semanal remunerado, ao gozo de férias anuais, ao acesso à educação e cultura fora do horário de trabalho, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar, todos ligados ao direito à desconexão do trabalho, quando configurados os danos existenciais.⁴⁵

No mesmo sentido conclui Célio Pereira Oliveira Neto que “a violação ao direito de desconexão representada pelo descumprimento ordinário das normas que regem jornada de trabalho, descanso e lazer, pode gerar dano existencial ao trabalhador, quando ocasionar lesão ao projeto de vida e à vida de relações.”⁴⁶

.....
quando o magistrado trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade, estar-se-á atendido o requisito para a condenação em indenização por danos morais, individuais ou coletivos.” (André Araújo Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 223).

45 Há vozes minoritárias na doutrina, como a de Luiz Marcelo Góis, que defendem a impossibilidade de cumulação do pagamento das horas extras com a indenização pelos danos pessoais, alegando *bis in idem*. O referido autor avança para propor a criação de um adicional de desconexão, representado pelo pagamento de um valor mensal fixo, calculado percentualmente a partir do salário do empregado, para indenizar-lhe a potencialidade de manter-se conectado ao trabalho (Góis, Adicional de desconexão, *passim*). De nossa parte, a posição inventariada, além de confundir a lesão com as diversas repercussões sobre a vítima, afastando a alegação de *bis in idem*, por sua vez acaba por institucionalizar a máxima exploração do trabalhador, que ao receber um pequeno adicional – segundo o autor de 10% sobre o salário básico - deveria permanecer sempre conectado ao trabalho, quando o sistema jurídico, notadamente o internacional e o constitucional, querem é vedar a intromissão das obrigações profissionais na vida privada do trabalhador, cujos prejuízos alcançam a sua família e toda a sociedade.

46 Oliveira Neto, Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de trabalho, p. 101.

Márcia Vieira Maffra concorda que nas ações individuais, o trabalhador poderá requerer a tutela inibitória para evitar a violação dos direitos ao lazer e à desconexão, os danos materiais concernentes ao pagamento das horas extras já realizadas, além do dano existencial, na medida em que a conduta do empregador o prejudica ou impede de concluir seus projetos de vida e de manter suas relações sociais fora do ambiente de trabalho, quer seja no âmbito familiar, recreativo ou íntimo⁴⁷

Também Christiana D'Arc Damasceno Oliveira admite que a violação do direito à desconexão não se satisfaz apenas com a quitação dos direitos de ordem trabalhista, como as horas extras, o descanso semanal remunerado em dobro etc., mas com a fixação complementar de uma indenização por danos imateriais, que para a autora são os danos morais.⁴⁸

Ao compreendermos que o direito à desconexão representa a confluência de alguns direitos fundamentais, integrantes não apenas do patrimônio jurídico dos trabalhadores, individualmente considerados, mas também

47 Maffra, *op. cit.*, p. 517.

48 “Na hipótese de violação persistente e reiterada do direito à desconexão pelo tomador de serviços, será viável a apresentação judicial de ação munida de pedidos de indenização por danos morais e de tutela inibitória voltada para que o empregador se abstenha de praticar a conduta em detrimento do empregado, sob pena de multa diária e outras sanções de natureza processual. (...) O pagamento de indenização por dano moral nas hipóteses reportadas acima, no entanto, não afasta a incidência, *v. g.*, quando se trata de hipóteses de teletrabalho ocorrente no bojo de uma relação de emprego, de consectários trabalhistas específicos, a exemplo do pagamento de horas extras com o respectivo adicional quando houver efetivo controle da jornada de trabalho do teletrabalhador (aspecto que pode ou não estar presente no teletrabalho prestado por empregado) e sejam ultrapassados os parâmetros legais.” (Oliveira, *Direito à desconexão do trabalhador*, p. 1184/1185).

da sua família e de toda a sociedade, segue que se consideram como titulares do direito os empregados, os trabalhadores em sentido amplo, a família, o Estado e a sociedade, desafiando não somente a atuação processual individual das vítimas diretas, mas também dos entes legitimados coletivos, como o Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos, em ações de natureza coletiva, para a inibição das condutas irregulares e a reparação, individual homogênea, coletiva e difusa, dos danos causados.

Inclusive para Deborah Branquinho Cardoso, a principal ferramenta de combate à prática gerencial de conexão contínua dos empregados é a atuação em âmbito preventivo e coletivo pelo Ministério Público do Trabalho, na medida em que, quanto ao tema dos direitos fundamentais, a atuação repressiva jamais conseguirá recompor o *status quo* anterior, depois de violado o direito. Por isso que as ações de natureza inibitória coletiva são capazes de desmotivar a violação das normas que regulamentam os momentos de descanso e lazer, assim como podem desencorajar a imposição de sobrejornada habitual, de maneira que a ordem judicial assuma um caráter eficaz, essencialmente, preventivo e pedagógico.⁴⁹

Potencializando todas as situações-tipo de danos existenciais, o ponto comum é a verificação de que, no limite, o direito fundamental violado é a liberdade fenomênica do ser humano, é a frustração do seu direito de autodeterminar-se, de poder escolher livremente o que fazer de sua vida pessoal, familiar e social fora do ambiente e horário normal de trabalho.

49 Cardoso, *O dano existencial causado pela não desconexão do trabalho*, p. 296.

Luís Roberto Barroso diz que as ideias de liberdade e autonomia estão vinculadas à dignidade humana. Para ele, a autonomia dos indivíduos é o elemento ético da dignidade. “É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.”⁵⁰

Continua o professor a ensinar que a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.”⁵¹

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que frustrem 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 atingidos, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodeterminar-se devido às influências externas ilícitas. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

50 Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 81.

51 Barroso, *Ibidem*.

Além das consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituírem fatos notórios, dispensando a prova, por outro lado a exigência de prova material também converteria a situação processual da vítima em tarefa impossível de ser atendida, revelando aquilo que a doutrina processual chama de “prova diabólica” ou prova de situação negativa. Se é direito do ser humano ter os seus momentos de reflexão e descanso, imagine-se hipoteticamente – apenas para ilustrar, embora centenas de situações similares possam ser imaginadas –, que um trabalhador tem como projeto de vida dedicar-se à leitura, a prática de esportes, pescarias, cozinhar com a família, namorar, dormir até mais tarde aos finais de semana, brincar com os filhos, degustar vinhos etc., a questão é saber de que forma é possível realizar a prova em uma audiência trabalhista de que a jornada excessiva lhe impediu de realizar tais atividades?

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se, bem como quando subtrair-lhe o direito ao gozo de férias, descanso semanais, intervalos interjornadas, lazer e convivência familiar, social e afetiva.

Decorre que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal para resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no

segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja mais modesta, diante da violação do direito à desconexão.

Jorge Luiz Souto Maior bem apreendeu a distinção entre as repercussões materiais e pessoais da imposição de jornada de trabalho excessiva, violando os direitos fundamentais do empregado ligados ao princípio da desconexão ao trabalho, com o cometimento de ato ilícito empresarial que precisa ser indenizado. O autor também avança para reconhecer que o dano configura-se independentemente de prova material dos reflexos da jornada excessiva em sua vida privada:

Assim, o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras. O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, pois se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho (também questão de ordem pública).⁵²

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo,

52 Souto Maior, Do direito à desconexão do trabalho, p. 311.

configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercitar 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 exercitar 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 é requisito para a sua configuração. 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.

5. Conclusões

As novas tecnologias que se projetaram sobre os contratos de trabalho flexíveis da atualidade, diluíram as antigas fronteiras entre os períodos de trabalho e de descanso, lazer e realização dos projetos de vida do cidadão-trabalhador, como corolário é cada vez maior o número de trabalhadores que estão permanentemente conectados com o trabalho, por via reflexa retirando-lhes a possibilidade de gozo dos direitos fundamentais ligados ao direito geral à desconexão do trabalho.

Contudo, mais recentemente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros reconheceram que

os direitos humanos previstos nos tratados internacionais e os direitos fundamentais constitucionais são incidentes de forma direta e imediata nas relações privadas, entre as quais as de trabalho, decorrendo que o ordenamento jurídico trabalhista atual não é mais coincidente apenas com a CLT, mas com os direitos internacionais, os constitucionais, os gerais do Código Civil e da legislação extravagante, todos eles construindo um arcabouço normativo que deve ser respeitado nos contratos de trabalho.

Se é certo que os direitos constitucionais ao descanso, lazer, convivência afetiva, familiar e social, saúde etc., são incidentes nas relações de trabalho, passou a ser admitido que a violação deles também requer uma reação do sistema jurídico, primeiro na forma da recomposição dos danos materiais – como as horas extras, o pagamento em dobro das férias, as horas de sobreaviso etc. –, mas principalmente deverá haver o reconhecimento das repercussões pessoais do ato ilícito sobre a vítima, cuja reparação ocorrerá por meio da indenização dos danos existenciais.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 12, n. 80, p. 1/36, nov./dez. de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**

contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BEBBER, Júlio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. **Revista LTr**, vol. 73, n. 01, p. 23/28, janeiro de 2009.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Direitos fundamentais. Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Riscos do trabalho e a obrigação de reparar os danos deles decorrentes. In: ALMEIDA, Renato Rua (coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CARDOSO, Deborah Branquinho. O dano existencial causado pela não desconexão do trabalho e pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do meio ambiente laboral. **Revista do TRT da 18ª Região**, Goiânia, ano 14, v. 16, p. 285-299, ano 2014.

CENDON, P., ZIVIZ, P., **Il danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2000.

_____; _____. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 16, n. 62, p. 216/239, jan./mar. 2008.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. O teletrabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho**, São

Paulo, n. 146, p. 171/187, 2012.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

GÓIS, Luiz Marcelo. Adicional de desconexão: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, vol. 39, p. 59-78, ano 2015.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015, v. 2, p. 505-520.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 81, n. 4, p. 107/134, out./dez. 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São

Paulo, ano 17, n. 69, p. 86/109, out./dez. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Novas tecnologias, *internet* e relações no trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 38, 2011, p. 45/52.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 78, n. 08, p. 965/972, agosto 2014.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador. Repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 74, n. 10, p. 1180/1188, outubro 2010.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, vol. 39, p. 79-104, ano 2015.

ROCHA, Andréa Presas. A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SARMENTO, Daniel. Avinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. **Cuadernos de Derecho**, n. 03, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993.

_____. El daño al proyecto de vida. **Derecho PUC**, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima, n. 50, diciembre de 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296/313, jul./dez. 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Igor Antônio da Silva. Jornada de trabalho, direito à desconexão e dano existencial. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 80, n. 06, p. 714/725, junho 2016.

Publicado originalmente na **Revista de Direito do Trabalho - ano 43 - vol 175 - março/2017**.