

Artigos

Dano existencial e a jornada de trabalho



Lorena de Mello Rezende Colnago. Juíza do Trabalho Substituta no Paraná. Mestre em Processo pela UFES. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora universitária.

As longas jornadas de trabalho têm sido apontadas com as grandes vilãs das agressões à saúde dos trabalhadores, contribuindo para o aumento do número de acidentes de trabalho. O presente ensaio pretende levantar algumas das causas e conseqüências a essa prática tão disseminada no país.

Observe-se que o art. 59 e seguintes da CLT permitem o elastecimento da jornada legal em duas horas diárias sempre que houver necessidade de serviço, e em caso de força maior, o parâmetro legal seria majorado para até quatro horas diárias, totalizando uma duração diária de doze horas de labor, se considerado o limite constitucional de oito horas.

Uma jornada de trabalho sem a limitação constitucional (art. 7, XIII, CF) ou especial de determinada profissão pode acarretar grave dano à saúde do trabalhador, observado o triplo aspecto da tutela à saúde prevista pela OMS: físico, social e psíquico¹, vez que um indivíduo submetido a jornada superior a legal trabalha com redução de sua capacidade de concentração, fica sujeito às desatenções que causam acidentes de trabalho, face ao stress corporal e mental a que é submetido.

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

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

serviços.²

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

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

Para André Gambier, não deixa de ser contraditório observar que a percepção desse grupo de entrevistados conflita com a leitura que se fez dos dados da PNAD/IBGE, os quais mostram uma aparente redução da importância do tempo de trabalho na vida cotidiana da população brasileira. Ele disse que parte da explicação pode ser uma “diluição” das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo livre, já que para quase metade dos entrevistados, mesmo quando é alcançado o limite da jornada diária, o trabalho continua a acompanhá-los, até mesmo em suas casas.(...) **O SIPS ouviu 3.796 pessoas residentes em áreas urbanas, das cinco regiões do país.** (grifo nosso)³

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

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

Em outra pesquisa, realizada em 2011 pelo IPEA⁴, das 3.709 pessoas ouvidas, sendo 42, 25% no setor de serviços e 30,82% no setor de comércio, pelo menos 1 (um) a cada 5 (cinco) profissionais já sofreu algum tipo de doença ocasionada pelo trabalho excessivo, chegando a 17,7% o índice de adoentados pelo trabalho.

Entre os entrevistados, 41,6% perceberam que realizavam atividades que antes eram exercidas por mais de uma pessoa (...).O percentual de profissionais que não consegue se desligar totalmente do trabalho durante o período de folga chegou a 45,6%. Desse índice, 26% afirmaram que ficam de prontidão, pois podem ser acionados por alguma atividade, 7,9% planejam ou desenvolvem atividades referentes ao trabalho via celular ou computador, 7,2% procuram aprender coisas sobre o trabalho e 4,2% exercem outra atividade remunerada⁵.

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

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

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

4 BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea*. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.

5 Ibid.

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

Em atenção a esse novo fenômeno, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul manifestou-se favoravelmente à configuração de lesão moral, do tipo existencial, a uma trabalhadora submetida sistematicamente à jornada extraordinária, considerando o prejuízo sofrido em suas relações sociais e afetivas.⁶

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

O chamado dano existencial é aquele que priva o indivíduo de colocar em prática o seu projeto de vida⁷. Contudo, esse projeto de vida precisa ser possível, razoável e concretizável, considerando-se o indivíduo como um ser inserido num contexto social com real possibilidade de coexistência entre as individualidades.⁸

[...] Ao participar do mundo com os outros, o *ser-aí* se liga aos demais *seres-aí* e se torna um *ser-no-mundo-com-os-outros*: está no mundo, morada em que vive em indispensável coexistência e ao qual atribui sentido constantemente. *Ser-no-mundo*, conhece o mundo, nele sabe se movimentar e se orientar, nele encontra a sua morada. *Ser-com-os-outros*, consciente da presença dos demais, a qual lhe é necessária, sem a qual não se completa.⁹

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

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

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

9 Ibid.

O homem é um ser social, já dizia Hobbes¹⁰, por isso parcela de sua dignidade está intrinsecamente relacionada com o tempo potencial de convívio em sociedade – família, amigos e membros da comunidade mais próxima -, ao trabalhar o homem é naturalmente ceifado deste convívio, agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que é outra parcela de sua dignidade humana.

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

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

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

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito

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

anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)¹¹

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

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

"(...) a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial."

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

Nesse mister, a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial.

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

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

Também não se pode confundir o dano estético, que é

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

a proteção concedida aos aspectos físicos da pessoa em sua integralidade (art. 5, V, CF e Súmula 387 do STJ).

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

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

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

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

Em eventual conflito entre esses direitos o núcleo duro de cada um deles, sob a influência do princípio da interpretação *pro homine* deve prevalecer. Assim, eventual violação da jornada de trabalho deve ser combatida sob a égide do Direito do Trabalho, com a dação do adicional de horas extras e da inibição dessa prática no âmbito do Direito do Trabalho Administrativo; do Direito Penal do Trabalho, por meio da tipificação dessa conduta como crime de redução a condição análoga a de escravo, se a jornada for caracterizada como exaustiva;

mas também, no âmbito civil, para que a integridade do obreiro como ser social seja preservada, é o chamada sustentabilidade humana, que uma vez violada gera o dano existencial.

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

REFERÊNCIAS

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

BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004

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

BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75 >. Acesso em: 1 jun.2012.

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

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

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

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

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003

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

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

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

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

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

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

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

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001.

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

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

QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996

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

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

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

Artigo originalmente publicado na Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 48, n. 143, p. 737-740, dez. 2012 com o título "Dano Existencial decorrente de violações à jornada de trabalho."