

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

LUCAS FREITAS DOS SANTOS

DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO

MARÍLIA
2021

LUCAS FREITAS DOS SANTOS

DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, sob orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA

2021

Santos, Lucas Freitas dos

Direito do Empregado à Desconexão do Ambiente de Trabalho/ Lucas
Freitas dos Santos – Marília: UNIMAR, 2021.
108f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Relações Empresariais, Desen-
volvimento e Demandas Sociais) – Universidade de Marília, Marília,
2021.

Orientação: Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

1. Ambiente de Trabalho 2. Direito à Desconexão 3. Tecnologia
Aplicada às Relações de Trabalho I. Santos, Lucas Freitas dos

CDD – 341.6

LUCAS FREITAS DOS SANTOS

DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Dedico este trabalho à minha esposa Deise e a meus filhos Álvaro e Aurora que me ajudaram a descobrir que a alegria também está presente na superação das dificuldades, momento em que me descobri mais forte e muito abençoado.

Agradeço à UNIVERSIDADE DE MARÍLIA pela rica experiência que vivenciei no curso de mestrado em Direito.

Agradeço, ainda, a todos os professores e colegas de curso, com os quais pude experimentar sentimentos de amadurecimento, alegria, angústia e vibração.

Agradeço, por fim, ao meu orientador Dr. Lourival José de Oliveira, por todos os ensinamentos e paciência e, sobretudo, por ter me ajudado a sair do automático e perceber que tudo é sempre um grande início, pois o que se tem certeza que se sabe em um momento, percebe-se logo em seguida que se trata de uma ideia inacabada.

O SENHOR é o meu pastor, nada me faltará.
Deitar-me faz em verdes pastos, guia-me mansamente a águas tranquilas.
Refrigera a minha alma; guia-me pelas veredas da justiça, por amor do seu nome.
Ainda que eu andasse pelo vale da sombra da morte, não temeria mal algum, porque tu estás comigo; a tua vara e o teu cajado me consolam.
Preparas uma mesa perante mim na presença dos meus inimigos, unges a minha cabeça com óleo, o meu cálice transborda.
Certamente que a bondade e a misericórdia me seguirão todos os dias da minha vida; e habitarei na casa do Senhor por longos dias (Salmo 23, Bíblia Sagrada).

DIREITO DO EMPREGADO À DESCONEXÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Resumo: A relação de trabalho como um todo, independente do viés analisado, sempre fez parte do mundo em sociedade. Seja visando regular a relação entre empregados, entre estes com seus empregadores ou de todos perante o Poder Público se mostra tema essencial e sempre atual. Para tanto, se faz necessária a abordagem dos direitos humanos, direitos fundamentais, sua correlação e distinções. Avançando-se no tema, a abordagem destes em face ao Direito do Trabalho e sua inserção como direito social, cabendo também o estudo dos princípios norteadores e específicos que regem a relação entre empregados e empregadores no ordenamento jurídico pátrio, bem como sua eficácia perante terceiros. É inegável que as regras atinentes à limitação da jornada visam assegurar um convívio em sociedade, atrelado ao restabelecimento da força de trabalho e capacidade mental. Dessa forma, faz-se uma análise de todos os institutos jurídicos que asseguram o afastamento do trabalhador de seu emprego. Com base na atual conjuntura, com o avanço das ferramentas tecnológicas disponíveis, ocorre o impacto diretamente nas novas rotinas de trabalho, mas o respeito às limitações deve sempre prevalecer. No caso do descumprimento das referidas regras, que extrapolam aquelas de convívio social e repercutem no contrato de trabalho, deve ser analisada a responsabilidade patronal, para fins de definição da obrigação de indenizar, seus limites, requisitos e extensões. Como resultado, em que pese as dificuldades e trâmites legislativos, a necessidade da regulamentação do tema para fins de preservar a segurança jurídica nas relações de emprego, bem como a análise crítica do Projeto de Lei 4.044/2020 se faz necessária, a fim de assegurar a estabilidade jurídica das relações, com a preservação do poder diretivo patronal, mas também a limitação do horário de trabalho e consequentemente da jornada, assegurando ao trabalhador o direito ao ócio mediante a desconexão de suas atividades. A metodologia adotada na investigação torna possível estabelecer uma classificação desta pesquisa como sendo do tipo jurídico-sociológica, que faz uso de levantamento bibliográfico para a coleta de dados, do tipo qualitativa, com análise dos dados do tipo crítica de conteúdo.

Palavras-chave: Ambiente de trabalho. Direito à desconexão. Tecnologia aplicada às relações de trabalho.

EMPLOYEE'S RIGHT TO DISCONNECT FROM THE WORK ENVIRONMENT

Abstract: The work relationship as a whole, regardless of the bias analyzed, has always been part of the world in society. Whether aiming to regulate the relationship between employees, between them with their employers or everyone before the Public Power, it is an essential and always up-to-date theme. Therefore, it is necessary to approach human rights, fundamental rights, their correlation and distinctions. Moving forward on the subject, their approach to labor law and its insertion as a social right, and the study of the guiding and specific principles that govern the relationship between employees and employers in the national legal system, as well as their effectiveness with third parties. It is undeniable that the rules related to the limitation of the workday aim to ensure a coexistence in society, linked to the reestablishment of the workforce and mental capacity. In this way, an analysis is made of all legal institutes that ensure the removal of the worker from his job. Based on the current situation, with the advancement of available technological tools, it has a direct impact on new work routines, but respect for limitations must always prevail. In the case of noncompliance with the aforementioned rules, which go beyond those of social coexistence and have an impact on the employment contract, employers' responsibility must be analyzed, in order to define the obligation to indemnify, its limits, requirements and extensions. Finally, despite the difficulties and legislative procedures, the need to regulate the topic in order to ensure legal security in employment relations, as well as the critical analysis of Bill 4,044 / 2020 is necessary, in order to ensure the legal stability of the relations, with the preservation of the employer's directive power, but also the limitation of the working hours and consequently of the day, assuring the worker the right to leisure through the disconnection of their activities. The methodology adopted in the investigation makes it possible to establish a classification of this research as being of the legal-sociological type, which makes use of a bibliographic survey for data collection, of the qualitative type, with analysis of the data of the critical type of content.

Keywords: Labor Law. Right to Disconnect. Technology applied to labor relations

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS	13
1.1 DIREITOS HUMANOS.....	13
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.3 DIFERENÇAS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
1.4 OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2 A DIGNIDADE HUMANA E O TRABALHO	41
2.1 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	41
2.2 PRINCÍPIOS EM QUE SE FUNDAM A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHO.....	55
2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELAÇÃO COM A JORNADA DE TRABALHO.....	63
3 DANOS DECORRENTES DA NÃO DESCONEXÃO	69
3.1 A DEPENDÊNCIA DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS E A MUDANÇA NO MODO DE VIDA.....	69
3.2 AS NOVAS ROTINAS DE TRABALHO EM CONFLITO COM OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS SOCIAIS.....	71
3.3 A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO SURGIMENTO DO DANO EXISTENCIAL.....	75
3.4 NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO QUE GARANTA O DIREITO AO ÓCIO - ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 4044/2020.....	86
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é defender a aplicação de forma efetiva a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito às suas garantias, às relações de trabalho, mais propriamente ao ambiente de trabalho, em face dos novos métodos de trabalho, novas formas de gerenciamento empresarial, proporcionados em parte pelos avanços tecnológicos, capazes de manter, diga-se impor, ao trabalhador empregado a conexão permanentemente com o seu ambiente de trabalho, seja ele físico ou virtual, o que significa de imediato a necessidade de construir limites a tal imposição.

Isso significa um estudo que levará em conta não somente a necessidade de limitação do poder diretivo do empregador como também uma construção crítica às novas formas de gerenciamento e de organização empresarial principalmente, que requer atualmente um “modelo” de trabalhador que esteja à disposição para cumprimento de tarefas e ou atividades, de forma permanente, repita-se, sem qualquer limite temporal ou espacial.

Em síntese, a proposta aqui é o estudo do direito à desconexão. A pertinência do tema está marcada pelo próprio fato de que ao falar em desconexão, faz-se um paralelo entre as tecnologias presentes e a sua aplicação nas relações de trabalho, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, de forma metafórica, o direito a se “desconectar” do trabalho. Um direito não só de quem trabalha, mas da sociedade como um todo, pois, quem não se desconecta do trabalho, não abre chance para aquele que quer laborar, bem como, fragiliza a relação com seus familiares que lhe suplicam a presença, pressupondo o permanente cometimento do chamado dano existencial.

Atualmente fala-se muito nos meios de comunicação que o avanço tecnológico está tirando o trabalho do homem, entretanto, a tecnologia tem tido poder de escravizar o homem ao trabalho. Ora, se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade de se informar e de estar atualizado em tempo real, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, mantém o homem dependente aos meios de informação, vez que a informação rápida e disponível a qualquer momento (às vezes na palma da mão) transforma-se em uma necessidade quase que insaciável de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

Nesses termos, examinar os direitos trabalhistas como direitos humanos natos é dar eficácia e efetividade aos direitos de segunda dimensão, dentro de uma ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, específicos e inespecíficos, do trabalhador.

Ainda em tempo o presente instrumento de estudo contará com uma breve reflexão sobre a nítida relação entre o princípio da dignidade humana e o trabalho, análise primordial especialmente em um momento em que reformas podem relativizar a dignidade humana em razão das novas regras que poderão em breve ser sancionadas.

Em decorrência da análise da relação íntima entre a dignidade humana e o trabalho, também será abordado a questão da limitação do tempo de trabalho e o direito ao lazer do trabalhador, denominado pela doutrina e jurisprudência como “direito à desconexão do trabalho”.

Filosoficamente, e com base em vários ordenamentos jurídicos, é dito que o trabalho dignifica o homem. Porém, este mesmo trabalho pode lhe retirar a dignidade, quando impõe limites à pessoa, violando a vida privada e a intimidade, direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Não menos importante, é de suma necessidade o estudo das influências das novas tecnologias no direito à desconexão do trabalho, haja vista que, nos dias de hoje, tais tecnologias facilitam e até induzem o trabalhador a executar tarefas, ou mesmo aguardar ordens, fora de seu horário de trabalho.

Assim, como compatibilizar os avanços tecnológicos com os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, já consagrados nacional e internacionalmente? Como a doutrina e a jurisprudência tem enfrentado o tema?

Com a metodologia adotada na investigação é possível estabelecer uma classificação deste estudo, como sendo do tipo jurídico-sociológica, que faz uso de levantamento bibliográfico para a coleta de dados, com abordagem do problema de maneira qualitativa.

Estando enquadrada na Linha 02 do Programa de Mestrado da Universidade de Marília, que tem como área de concentração empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Essas, e outras questões, serão enfrentadas nesta obra.

1 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS

A relação existente entre o capital e o trabalho remonta aos primórdios da humanidade, desde sua organização em sociedade. A exploração do homem pelo homem não se mostrava necessária para o desenvolvimento, mas uma realidade decorrente do capitalismo.

Para tanto, a regulamentação e estabelecimento de limites se mostrou uma verdadeira necessidade para otimização da prestação da atividade visando atingir não só o lucro e produtividade, mas também sua finalidade social.

Ainda que as Legislações espalhadas pelo mundo estabeleçam critérios mais ou menos rígidos, assegurem uma gama maior ou menor de direitos, existe um consenso que visa assegurar garantias mínimas vinculadas ao direito do próprio ser humano, havendo sua regulamentação ou não no ordenamento jurídico.

Sua existência se faz necessária diante da própria evolução social e globalização, demonstrando que modelos meramente de exploração da mão de obra não se sustentam a longo prazo e se mostram tóxicos ao ser humano.

1. 1 DIREITOS HUMANOS

Para efeitos didáticos e compreensão do tema, é necessária a digressão acerca do conceito de direitos humanos, sua história e importância na vida em sociedade.

O início dos direitos humanos no quesito histórico se mostra controverso. Alguns autores entendem que referidos direitos remontam a épocas do início do convívio do ser humano como sociedade organizada. É o caso, por exemplo, de Herkenhoff (2011, p. 39) quando informa que a sociedade antiga não detinha o necessário instrumento da Limitação do Poder do Estado.

Contudo, não por esse motivo deixava de dar privilégio à pessoa humana na criação da ideia de direitos humanos, pois, segundo o mesmo autor, a simples técnica de estabelecer limites através de constituições e leis não garantem que elas sejam respeitadas.

Assim, de acordo com o entendimento do mesmo, os direitos humanos podem ser reconhecidos na Antiguidade pelos seguintes códigos:

Código de Hamurabi (Babilônia. século XVIII antes de Cristo), no pensamento de Amenófis IV (Egito. século XIV a. C). na filosofia de

Mêncio (China. século IV a. C), na República. de Platão (Grécia. século IV a. C.), no Direito Romano e em inúmeras civilizações e culturas ancestrais [...] (HERKENHOFF, 2011, p. 39).

Historicamente analisado, tem-se que o primeiro instrumento de limitação do Poder do Estado advém da Inglaterra, onde o Rei João Sem Terra se viu obrigado a acatar uma Carta Magna, espécie de *Bill of Rights*, que foi imposto por bispos e barões da época visando assegurar garantias do indivíduo em face as condutas do Estado, bem como as sanções no caso do seu descumprimento.

Neste sentido, Ferreira Filho (2000, p. 11) afirma que "[...] esta, é peça básica para a Constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo".

Afirma, ainda, Comparato (1999, p. 65), que:

[...] no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da Magna Carta. Quando editada em 1215, ela foi um malogro. Seu objetivo era assegurar a paz, ela provocou a guerra. Visava consolidar em leito o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a serem executadas.

Neste andar cabe mencionar a advertência de Trentin (2003, p. 12):

A Magna Carta, embora não se possa dizer que suas normas se constituíram numa afirmação de caráter universal, é considerada como antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos, cuja consagração como direitos fundamentais, demorou ainda alguns séculos.

No âmbito da evolução dos direitos humanos, cabe mencionar a *Petition of Right* de 07 de junho de 1628, que é uma das tantas declarações de direito do século XVII, firmada por Carlos I.

Tratando desse assunto, Sarlet (2002, p. 43):

[...] há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552 - 1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Right* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de fundamental rights dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês.

Dentre as declarações de direitos, cabe mencionar uma das mais importantes a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, surgida em agosto de 1789.

Na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 22), visa essa Declaração: "[...] proteger os Direitos do Homem contra os atos do Governo e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo e o objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais".

Dessa forma, a Declaração Francesa pretende impor limites na esfera governamental em relação aos cidadãos, indivíduos portadores de direitos e obrigações por parte do Estado. Para Sarlet (2002, p. 48) no tocante às declarações:

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não de uma casta ou estamento.

Avançando no tempo, o início do século XX trouxe vários documentos constitucionais tratando das preocupações sociais, a saber: Convenção de Genebra de 1864; Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890; Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917; Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918; Constituição de Alemã de Weimar de 1919; Convenção de Genebra Sobre a Escravatura de 1926; Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra (Genebra) de 1929 e a Carta das Nações Unidas surgiu em 1942, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos países em prol da paz mundial.

Jacques Maritain (2001, p. 69) ressalta que “a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã”.

Robert Alexy (2005, p. 32) lembra também, a propósito, a declaração de igualdade em São Paulo (Gálatas, 3,28): “Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”.

Após uma breve exposição histórica e evolução do instituto, pode-se dizer que os direitos humanos são um conjunto abstrato de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana, visando assegurar uma existência digna ao indivíduo. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2018, p. 28) entende que:

Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2019, p. 21), ao tratarem do conceito, obtemperam da seguinte maneira:

[...] a expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

Dessa forma, tem-se que os direitos humanos são aqueles ligados ao próprio direito natural do ser humano, positivado em instrumentos internacionais.

A Organização das Nações Unidas, fundada em 24 de outubro de 1945, conhecida pela sigla ONU, é formada por países que, voluntariamente, se uniram para trabalhar em prol do desenvolvimento mundial e da paz, sendo considerada uma organização internacional e intergovernamental. Quando elucida o tema de Direitos Humanos, conforme Castilho (2018, p. 15) assim dispõe:

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. Os direitos humanos são garantidos legalmente pela lei de direitos humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. Estão expressos em tratados, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. A legislação de direitos humanos obriga os Estados a agir de uma determinada maneira e proíbe os Estados de se envolverem em atividades específicas. No entanto, a legislação não estabelece os direitos humanos. Os direitos humanos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano. Tratados e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos. Algumas das características mais importantes dos direitos humanos são: Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa; Os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; Os direitos humanos são

inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; Os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa [...]

De forma geral, devem ser assegurados a qualquer pessoa, em qualquer lugar e não especificamente ao cidadão de um determinado Estado. No entanto, não são realmente válidos em todos os lugares, porque os direitos positivados em tratados ou pactos internacionais de direitos humanos aplicam-se apenas aos Estados signatários.

No aspecto histórico, de acordo com Ramos (2018, p. 32), pode-se dizer que:

[...] a evolução histórica dos direitos humanos passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar o conceito e o regime jurídico desses direitos essenciais. A contar dos primeiros escritos das comunidades humanas ainda no século VIII a.C. até o século XX d.C., são mais de vinte e oito séculos rumo à afirmação universal dos direitos humanos, que tem como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Sua evolução passa de esfera meramente filosófica para a positivação pelos legisladores, ganhando concretude e exigibilidade jurídica. Entendem Mendes e Branco (2019, p. 24) que:

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade.

Via de regra, os direitos humanos possuem um viés garantista e obrigacional, com a possibilidade de exigir de terceiro, seja ele o Estado ou o particular, determinada obrigação. Há também possibilidade de exigência em face de ambos, a exemplo do ambiente de trabalho, assegurado na Constituição Brasileira no artigo 225.

Sob este aspecto, um esforço de sistematização e classificação das funções dos direitos fundamentais, merecendo destaque aqui a teoria dos quatro status de Jellinek, ocorrida no final do século XIX.

Branco e Mendes (2019, p. 27) bem conceituam referidos status:

O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em status subjectionis, ou em status passivo. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado 'é exercida sobre homens livres'. Nesse caso, cogita-se do status negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu status é, assim, positivo (status civitatis). Jellinek cogita, ainda, de um quarto status, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos.

Existem ainda sob uma perspectiva tanto subjetiva quanto objetiva. Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2019, p. 243), ao tratarem da dimensão subjetiva:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expresse no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

Por outro viés, a perspectiva objetiva pode ser conceituada da seguinte maneira pelos mesmos autores (2019, p. 243):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influem sobre todo o

ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Após essa breve explanação acerca dos direitos humanos, faz-se necessária a análise quanto aos direitos fundamentais.

1. 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sua importância advém desde a leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” (BRASIL, 1988).

Sob o viés histórico, o cristianismo marca um impulso relevante para o acolhimento da ideia de dignidade única do homem a ensejar proteção especial.

Para Ricardo Castilho (2013, p. 24), o Cristianismo: “Trouxe a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, o que veio a influenciar diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana”.

E uma das formas de conceituar os direitos fundamentais advém de Alexy (1985, p. 407), em tradução livre, ao estabelecer que:

[...] os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário (*Grundrechte des Grundgesetzes sind Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus, so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann*) (grifo original).

Neste sentido, Alexandre de Moraes (2011, p. 2-3):

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. [...] Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

No entendimento de José Afonso da Silva (1992, p. 137):

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais do que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividiu entre proprietários e não proprietários.

No que tange a finalidade desses direitos tidos como fundamentais, Canotilho (*Apud* MORAES, 2011, p. 3) aponta uma dupla perspectiva:

Constituem num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual [...]. Implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Miguel Ángel Ekmekdjian, citado por Moraes (2011, p. 4), sintetiza da seguinte forma:

[...] o homem, para viver em companhia de outros homens, deve ceder parte de sua liberdade primitiva que possibilitará a vida em sociedade. Essas parcelas de liberdades individuais cedidas por seus membros, ao ingressar em uma sociedade, se unificam, transformando-se em poder, o qual é exercido por representantes do grupo.

Como objetivo geral, a afirmação dos direitos fundamentais deve ser realizada na Constituição, por se tratar de norma suprema diante da importância do tema visando atribuir força vinculativa máxima, cuja alteração pressupõe via de regra processo mais dificultoso e menos suscetível a movimentos políticos sazonais.

Referida segurança jurídica se faz imprescindível para garantir que movimentos sociais ou políticos oportunistas e momentâneos não possam cingir referidas conquistas sociais, que decorreram de uma inegável evolução visando o bem estar geral, e justamente por essa razão merecem ser protegidas.

Sob outra perspectiva, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, inicialmente subdivididos em três.

Segundo Bonavides (2010, p. 563-564):

[...] os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que

é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

O fato histórico que inspira os direitos fundamentais de 2ª Dimensão é a Revolução Industrial, decorrente das condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores.

Pedro Lenza (2020, p. 758), ao tratar do assunto destaca que:

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal), mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT); no Brasil, a Constituição de 1934.

Em se tratando da 3ª Dimensão, o ser humano é inserido dentro de uma coletividade, e segundo Lenza (2020, p. 758) “são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

Recentemente alguns autores apontam a existência de outras dimensões dos Direitos Humanos:

[...] com o passar dos tempos, as aspirações sociais e culturais continuam a evoluir, assim como continuam em constante e vertiginosa ascensão os conflitos e obstáculos que se apresentam ao ser humano em seu caminhar pela face da Terra (BARRETO, 2012, p. 187).

Avançando doutrinariamente acerca do tema, como 4ª Dimensão, Norberto Bobbio entende que se trata dos avanços no campo da engenharia genética. Ingo Sarlet (2005, p. 51) afirma que:

[...] a proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

De acordo com Bonavides (2010, p. 593), como 5ª Dimensão, em caráter autônomo e dissociado da 3ª Dimensão, está “o direito à paz deva ser tratado em

dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade”.

Ainda se tratando em direitos fundamentais, mais recentemente o direito à desconexão laboral tem se tornado amplamente discutido, provavelmente porque hoje em dia é pouco provável que alguém esteja desconectado do mundo virtual.

O excesso e a velocidade com que as informações chegam a todo momento, unido com a facilidade em possuir um aparelho eletrônico, fazem com que seja pouco provável que o trabalhador não esteja a todo instante conectado.

Fato é que além dos benefícios ao capital e nas relações pessoais há também as consequências laborais, ameaçando um dos direitos que levou muitos anos para que os trabalhadores conquistassem: a limitação da jornada de trabalho.

Mesmo que acionado por poucos minutos pelo empregador, a falta de limites claros, prejudicam a vida do trabalhador, violando inúmeras normas de saúde, higiene e meio ambiente de todo trabalhador. Ou seja, afeta diretamente o direito fundamental do empregado ao trabalho digno.

Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2014) esclarecem:

No que diz respeito aos direitos à limitação da jornada e à desconexão do trabalho o projeto é claro: o trabalho é direito fundamental social contido no art. 6.º da constituição. O direito a trabalhar não exclui, porém, o direito ao descanso, ao lazer, ao convívio familiar e social — enfim, o direito ao não trabalho. É preciso pontuar: não estamos aqui tratando do lazer como um fim em si mesmo.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2012, p. 660), o direito a desconectar significa:

O trabalhador tem direito à 'desconexão', isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

Em alguns países já vigoram leis que tratam do assunto, como é o caso da França que estabeleceu regra clara e expressa que possibilita os empregados a negarem-se de responder mensagens a seus empregadores sem que haja prejuízo em seu trabalho.

Neste contexto, na França há um amplo debate em relação às condições laborais pactuadas nos contratos de trabalho, principalmente no que diz respeito à jornada de trabalho.

Em alguns aspectos ela se assemelha a norma em vigor no Brasil, visto que em ambos os países os trabalhadores gozam de direito ao intervalo interjornada.

O *Code du Travail* em seu artigo L. 3131-1 destaca que: *"Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3131-2 et L. 3131-3 ou en cas d'urgence, dans des conditions déterminées par décret."*¹

Neste sentido, ambas as legislações possuem o mesmo tempo para o descanso interjornada de 11 horas.

O artigo L. 3121-1 do *Code du Travail* esclarece que o: *"La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles"*².

De maneira semelhante, ambos os países adotam o período de sobreaviso em suas legislações, na CLT tal modalidade é prevista no artigo 244, §2º:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada. (Restaurado pelo Decreto-lei n.º 5, de 4.4.1966)

§ 2º Considera-se de 'sobre-aviso' o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de 'sobre-aviso' será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de 'sobre-aviso', para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal. (Restaurado pelo Decreto-lei n.º 5, de 4.4.1966)

Na legislação Francesa o artigo L. 3121-9 do *Code du Travail* versa a respeito do assunto:

Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.

La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif.

La période d'astreinte fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos.

*Les salariés concernés par des périodes d'astreinte sont informés de leur programmation individuelle dans un délai raisonnable*³.

¹ Em tradução livre: "Todos os colaboradores beneficiam de um descanso diário mínimo de onze horas consecutivas, salvo nos casos previstos nos artigos L. 3131-2 e L. 3131-3 ou em caso de emergência, nas condições determinadas por decreto".

Ou seja, em se tratando de sobreaviso ambas as legislações abordam o tema e pontuam de forma clara quais são os trabalhadores que se beneficiam pelo pagamento de horas extras em caso de acionamento.

No que diz respeito efetivamente ao direito à desconexão, o Capítulo II do *Code du Travail*, prevê o direito do empregado ao desligamento no uso das ferramentas tecnológicas/digitais, para garantir o descanso e folga do trabalhador.

O objetivo da inclusão desta questão na Lei em vigor no país foi garantir aos trabalhadores uma legislação mais condizente com a situação das relações de trabalho e emprego que hoje são impostas pela sociedade global, capitalista e imediatista. Visando assegurar o direito fundamental ao ócio e ao lazer.

No Brasil, há de se destacar que no âmbito dos direitos fundamentais existe uma gama de regras atinentes ao tema da jornada de trabalho e repousos, assegurando a desconexão do trabalhador.

A Constituição Federal do Brasil prevê, em seu artigo 7º, o seguinte: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”.

Do caput do referido artigo tem-se a exata noção de que o rol de direitos ali expostos não é exaustivo, cabendo ampla regulamentação infraconstitucional visando sempre a melhoria da condição social, tanto de empregados quanto empregadores.

Mesmo assim se considerando, cabe aqui destacar os incisos IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXIII:

- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

² Em tradução livre: “Tempo de trabalho efetivo é o tempo durante o qual o trabalhador está à disposição do empregador e obedece às suas instruções sem poder participar livremente nos seus assuntos pessoais”.

³ Por período de permanência entende-se o período durante o qual o trabalhador, sem estar no seu local de trabalho e sem estar à disposição permanente e imediata do empregador, deve poder intervir para a realização de trabalhos a serviço da empresa. A duração desta intervenção é considerada como tempo efetivo de trabalho. O período de permanência está sujeito a indenização, quer sob a forma financeira, quer sob a forma de descanso. Os funcionários afetados por períodos de plantão são informados de sua programação individual em um prazo razoável.

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Especificamente, os incisos IX, XVI e XXIII tratam de uma compensação financeira pelo trabalho elastecido ou em condições mais desgastantes. Assim, apesar de haver o descumprimento do limite estabelecido com o prejuízo ao descanso, há uma compensação monetária previamente fixada.

Os incisos XIII, XIV, XV, XVII visam assegurar um mínimo de desconexão ao trabalho mediante o pré-estabelecimento de jornada de trabalho normal e especial, além do descanso semanal e anual necessários ao restabelecimento da força de trabalho.

Não menos importante, cabe aqui também destacar os incisos XVIII e XIX, ao preverem a licença maternidade e paternidade, assegurando o afastamento do trabalho para fins de convívio social e inclusão no seio familiar do recém nascido.

Tem-se a evidente preocupação da Constituinte de 1988 em estabelecer o direito à desconexão como um direito fundamental do trabalhador, ao assegurar uma série de garantias visando uma composição monetária pelo descumprimento, o efetivo descanso em si e até mesmo a preocupação com a família para cuidado do recém nascido.

Aliás, como já referido anteriormente, referido rol não é exaustivo, e sempre deve pautar o legislador a buscar, não somente na relação de emprego em si mas nas demais modalidades de prestação de serviço - como o avulso, a melhoria da condição social.

A dignidade da pessoa humana possui como pressuposto básico o reconhecimento de direitos e garantias individuais do ser humano para assegurar seu bem estar e inserção como ser social.

Sua importância é tamanha que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

Não se pode imaginar a plenitude da dignidade da pessoa humana sem regras claras que visem assegurar limitações de jornada e o descanso do trabalhador.

Estabelece o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O trabalho é expressamente reconhecido como uma das espécies de Direito Social. Contudo, seu exercício pressupõe o cumprimento das regras atinentes a sua limitação, sob pena de se configurar a mera exploração da mão de obra do homem pelo homem e o retrocesso social.

Cabe aqui obtemperar que no mesmo artigo em que se eleva o trabalho a um direito social, é igualmente reconhecido o direito ao lazer e a maternidade, ambos que pressupõem necessariamente a desconexão da atividade laboral para fins de aperfeiçoamento pessoal e familiar.

Nessa mesma esteira de raciocínio, cabe destacar o artigo 226 da Constituição Federal, que prevê: “[...] a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Não há possibilidade de se assegurar a proteção da família por parte do Estado sem garantir a permanência daqueles que provém o lar no seio familiar em seus momentos de descanso.

O Brasil neste sentido mesmo após a reforma da CLT, não foi incluído nenhuma menção direta ao direito à desconexão, deixando de tratar assunto imensamente relevante nos dias de hoje.

Uma evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial no cenário nacional se mostra imprescindível visando garantir a segurança jurídica, estabilização das relações e evolução dos direitos sociais.

Haja vista que o direito à desconexão está diretamente ligado à preservação dos direitos fundamentais.

1.3 DIFERENÇAS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tem-se que os direitos humanos remontam aos primórdios da humanidade, desde sua organização como sociedade. A evolução que inegavelmente se fez

necessária para o bem estar geral acarretou na Constitucionalização dos direitos humanos, passando a adotar a terminologia de direitos fundamentais.

Apesar de difundida, utiliza-se a expressão direitos humanos para aqueles inseridos em documentos de direito internacional, com caráter universal e supra nacional, visando o respeito e proteção da pessoa humana.

Fábio Konder Comparato (2003, p. 224): “A vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.

Para Norberto Bobbio (2014, p.16) “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos”.

Segundo Kriele (1973, p. 188), em tradução livre, a terminologia de direitos humanos pode ser equiparada à de direitos naturais.

Por conseguinte, a terminologia de direitos fundamentais é destinada aos direitos de proposição básica das pessoas inseridas em diplomas normativos de cada Estado (MENDES; BRANCO, 2018).

Parece, dessa forma, correto afirmar, na esteira de Pedro Cruz (1989), que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições.

Seguindo-se com a visão de João Baptista Herkenhoff (1994, p. 30):

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir.

E a base dos direitos humanos é essencialmente a preservação da dignidade da pessoa humana, conforme ensina Moraes (2011, p. 2):

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

E não há como se garantir a dignidade da pessoa humana sem assegurar mecanismos de proteção em face ao Estado. O mesmo autor (2011, p. 21) continua:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Como se verifica, tornou-se comum a utilização da terminologia “direitos humanos fundamentais”, citados por autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na obra *Direitos Humanos Fundamentais*, e também Alexandre de Moraes, na doutrina *Direitos humanos e fundamentais*.

Segundo referidos autores, a vantagem reside na unidade essencial e inseparável entre direitos humanos e fundamentais, diante do consenso entre a comunidade internacional na proteção de certos valores e reivindicações.

Silvio Beltramelli (2014, p. 29) entende igualmente como o cerne dos direitos humanos a dignidade da pessoa humana, seja sob o prisma teleológico, por possuir um objetivo a ser atingido; seja sob o prisma hermenêutico, por ensejar a utilização de um critério ensejador de interpretação e de aplicação conforme as normas incidentes; seja ainda sob o prisma axiológico, que consiste no domínio dos valores que direcionam as normas enunciadas e a sua aplicação.

E continua:

A salvaguarda da dignidade da pessoa humana, a despeito de ser o viés mediato de toda a prescrição normativa de comportamentos, passou a inspirar e embasar, de modo direto, explícito e enfático, um conjunto de normas jurídicas que se enunciam exclusivamente em função dessa mesma salvaguarda.

Quanto à diferença entre ambos, Enoque Ribeiro dos Santos (2008) ensina:

Direitos humanos são aqueles direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição ‘humana’, configurando-se como gênero, enquanto direitos humanos fundamentais, ou simplesmente ‘direitos fundamentais’ seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal.

Marcos Amorim (1999) os distingue da seguinte forma:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos internacionais por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem internacional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 36) entende da seguinte forma:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) [...]

Seguindo-se o raciocínio da positivação dos direitos humanos, reconhecidos em tratados internacionais na norma constitucional nacional, passando a serem conceituados como direitos fundamentais, Silvio Beltrami Neto (2014, p. 42) esclarece:

Em sendo a finalidade dos direitos humanos a salvaguarda jurídica do valor maior da dignidade da pessoa humana e dos demais valores que condicionam a sua preservação (liberdade, igualdade etc.), sua enunciação normativa dá-se, prioritariamente, na forma de princípios que são consagrados pelas constituições democráticas contemporâneas sob a alcunha de direitos fundamentais.

Conforme ensina o mesmo autor, a constitucionalização dos direitos humanos pressupõe a existência de instrumentos básicos essenciais em qualquer regime democrático, a saber: o Estado Democrático de Direito vinculando o poder estatal; a rigidez constitucional visando evitar o retrocesso social e o controle de constitucionalidade para desconstituir atentados contra as normas vigentes.

Christiana D'arc Damasceno Oliveira (2010, p. 65) argumenta que os direitos humanos reportam a categorias normativas destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana, com reconhecimento em âmbito internacional – independentemente

de vinculação a uma ordem jurídica interna específica – e que os direitos fundamentais se referem a categorias normativas, tomando em conta os direitos humanos acolhidos, expressa ou implicitamente, na ordem jurídica de determinado Estado.

Seguindo referida lógica, Luño (*Apud* PEREIRA, 2006, p. 76) escreve:

O termo direitos humanos tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positivação, ou seja, como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

No âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), merece destaque o §3º do artigo 5º, ao estabelecer que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Verifica-se o dispositivo constitucional que a própria Constituição Brasileira incorpora em seu catálogo os direitos decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil for parte, indicando uma convergência em sentido material da absorção dos temas inerentes aos direitos humanos.

Ainda que em determinados temas seja necessário um processo legislativo interno visando dar eficácia, em se tratando de direitos humanos o status do tratado é equivalente a Emenda Constitucional, quando aprovado mediante o quorum qualificado ali estabelecido.

Ferreira Filho (1999, pp. 98-99) ao tratar do assunto, esclarece que a linha de entendimento do STF tem o aval dos autores mais restritivos que atribuem status de lei ordinária a qualquer tratado internacional, seja relativo a direitos humanos ou não.

Nesse sentido, é o entendimento do Min. Moreira Alves:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)' (RHC 79785 / RJ, DJ 29.03.2000).

Mas através do Poder Constituinte derivado, qualquer discussão acerca do *status* Constitucional do tratado quando aprovado pelo *quorum* qualificado foi encerrada com a inclusão do citado parágrafo junto ao artigo 5º.

Nesse particular, há de se destacar que não há possibilidade de se assegurar uma sociedade justa sem a garantia de um trabalho digno.

A professora Delgado (2006) ensina:

Não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno. Da mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna.

No âmbito da Constituição Federal, o artigo 6º é explícito nesse sentido: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O conteúdo material dos direitos humanos e fundamentais se mostra similar, já que o objetivo é comum e visa precipuamente assegurar direitos e liberdades individuais em face do Estado ou até mesmo perante particulares.

O mestre Ingo Sarlet (2010, p. 29) faz esta ressalva com bastante clareza: “Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos”.

A grande diferenciação diz respeito ao aspecto formal. Verifica-se que os direitos humanos advêm de regras Internacionais e até mesmo do jusnaturalismo, cujo conteúdo desconhece fronteiras nacionais ou comunidades étnicas.

Por outro lado, os direitos fundamentais advêm das regras Constitucionais positivadas por um determinado Estado.

A conclusão lógica é que o direito ao trabalho digno é um requisito para assegurar a Dignidade da Pessoa Humana, o que deve ser garantido seja sob o viés

dos direitos humanos ou mesmo fundamentais, já que no âmbito da Constituição brasileira, o mesmo foi devidamente positivado.

Não há como se falar em trabalho digno sem princípios e regras atinentes à limitação da jornada, intervalos, hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho para que o empregado recomponha as forças de trabalho, tanto física quanto mental.

Quando observado sob outro ângulo a diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, pode-se perceber que em essência ambos possuem a mesma finalidade, ou seja resguardar o conjunto de direitos que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Todavia com pequeno cuidado nota-se que em suma algo se difere em ambos, principalmente ao que se refere a norma. Ou seja, no Brasil, os direitos humanos são salvaguardados pela Carta Magna de 1988, elegendo-a como parte central de toda a ordem jurídica.

Exemplo clássico desse cuidado podem ser citados a garantindo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, defendendo igualdade entre gêneros; erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, gênero, idade ou cor; racismo como crime imprescritível; propôs direito de acesso à saúde, à previdência, à assistência social, à educação, à cultura e ao desporto; reconhecimento de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento; estabelecimento da política de proteção ao idoso, ao portador de deficiência e aos diversos agrupamentos familiar e ainda a orientação de preservação da cultura indígena.

Por fim, muito embora algumas doutrinas abordam o tema diferenciando ambos, o que em sua maioria é consenso é que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais se fundem e se confundem entre si.

1.4 OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a análise relativa aos Direitos Humanos e Fundamentais, bem como suas características e diferenciações, é importante a análise do Direito ao Trabalho como espécie de Direito Fundamental, inserido dentro do Capítulo dos Direitos Sociais.

A concepção de trabalho remonta aos tempos bíblicos. Na primeira sentença que se tem notícia na história, temos que Adão foi punido pelo descumprimento de leis divinas, o que nos trouxe sérias consequências até os dias de hoje, e resultou na seguinte ementa: “Do suor do teu rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, porque dela foste tomado; porquanto és pó, e ao pó tornarás [...]”

Ou seja, a ideia bíblica de trabalho está intimamente ligada à penalidade e ao sofrimento.

A professora Aldacy Rachid Coutinho (1999) define sob o aspecto etimológico a concepção originária da palavra “trabalho”:

Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor. De um lado, o português trabalho, o francês travail e o espanhol trabajo, remontam à sua origem latina no vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura de três paus ferrados ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados. Por denotação, do seu emprego na forma verbal – *tripaliare* –, passa a representar qualquer ato que represente dor e sofrimento. [...]. De outro lado, a expressão italiana lavoro e a inglesa labour derivam de labor, que em latim significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente grego era *ponos*, que deu origem à palavra pena.

Nesse cenário e tendo em vista todos os fatos históricos ocorridos, a questão social surgida dentro da Revolução Industrial é o pressuposto histórico da ideia do trabalho subordinado, e segundo Jobson (1987, p. 8), é “[...] a culminância de um processo secular, com suas raízes fundidas na crise do sistema feudal, que consolida o modo de produção capitalista, instaurando um sistema econômico-social e uma ideologia específica.”

Para Sombart, segundo Iglésias (1981, p.12), a ferramenta facilita o trabalho humano, enquanto a máquina é o meio que a substitui. Com a Revolução Industrial ocorre a inversão dos papéis, passando a predominância da máquina.

Para Arnold Toynbee, de acordo com Iglésias (1981, p. 13), a Revolução Industrial consistiu na transformação da pequena indústria produtiva para o consumo local numa produção em larga escala para consumo em todos os locais, substituindo-se o sistema corporativo pela competição entre os trabalhadores, sem a qual nenhum progresso poderia ser atingido.

No ponto de vista de Hobsbawrn, segundo informa Iglésias (1981, p. 62), a Revolução Industrial tem advém das necessidades da indústria algodoeira; já para Phyllis Deane, nos diz Iglésias (1981, p. 67), o principal feito da Revolução Industrial

foi a conversão da economia britânica, que até então se baseava na madeira e na água para o carvão e no ferro.

Esclarece Arruda (1984, p. 10) que:

Entre os séculos XVI e XVII acelera-se o processo de transformação do feudalismo para o capitalismo. Tal processo já tivera início nos fins do século XI, quando ocorreram os primeiros sintomas da crise do sistema, e só se completaria com a Revolução Industrial Inglesa nos finais do século XVIII. Esta fase de transição é marcada pela presença de resquícios do sistema feudal e emergência de elementos constitutivos do modo de produção capitalista. É a fase de acumulação originária de capitais; a fase de preponderância do capital mercantil, elemento integrador das atividades econômicas.”

Na Revolução Industrial nem todos eram livres para contratar e, com isso, o trabalho era uma mercadoria livremente negociada, com salários baixíssimos e jornadas extenuantes, em condições degradantes e com alto índice de acidentes de trabalho e extrema miséria da população, bem como o desenfreado uso das “meias forças dóceis”, ou seja, mulheres e crianças.

A questão social veio a iniciar o reconhecimento de que a igualdade no direito do trabalho era apenas formal, e de que seria preciso proteger os trabalhadores contra os abusos do mercado (igualdade material). Na Revolução Industrial destacam-se os seguintes acontecimentos:

- a) Organização dos trabalhadores: 1833, *Trade Union*, 1º Sindicato na Inglaterra;
- b) Avanço do comunismo: 1848, Marx e Engels, publicam o livro “Manifesto Comunista”, que iniciava os movimentos sindicais;
- c) Ação da igreja ou surgimento da doutrina social cristã: em 1891 o Papa João XIII edita a Encíclica *Rerum Novarum*, que traz conceitos como “salário justo” e “descanso semanal remunerado”.
- d) Conferência de Berlim: Foi a conferência em que 14 Estados europeus reconheceram a necessidade de criar direitos trabalhistas.

A declaração de direitos sociais dos trabalhadores em textos constitucionais teve seu marco inicial com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, tendo sido fomentado ao longo de todo o século XX.

Sabe-se da existência da Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) e a posterior Lei Fundamental Soviética (10/07/1918) tratando-se sobre o tema. Entretanto, sob o pretexto de realizar avanços no âmbito do direito social, objetivam a supressão de direitos de liberdade.

No sentido da efetiva exclusão de referidos diplomas internacionais, Comparato (2001, p. 184-186) escreve:

Entre a Constituição mexicana e a Weimarer Verfassung, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunidos em Moscou, adotou, em 4 de janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas conseqüências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político [...].

Mas aí, como se vê, já se está fora do quadro dos direitos humanos, fundados no princípio da igualdade essencial entre todos, de qualquer grupo ou classe social. Desde o seu ensaio juvenil sobre a Questão Judiciária, publicado em 1843, Marx criticou a concepção francesa de Direitos dos Homens, separados dos direitos do cidadão, como consagradora da grande separação burguesa entre sociedade política e sociedade civil, dicotomia essa fundada na propriedade privada. Os direitos do homem não passariam de barreiras ou marcos divisórios entre os indivíduos, em tudo e por tudo semelhante aos limites da propriedade territorial. E os direitos do cidadão, sobretudo numa época de sufrágio censitário, nada mais seriam do que autênticos privilégios dos burgueses, em exclusão da classe operária. Na sociedade comunista, cujas linhas-mestras foram esboçadas no Manifesto do Partido Comunista, cinco anos mais tarde, só os trabalhadores têm direitos e só eles constituem o povo, titular da soberania política.

Sem dúvida, na Constituição Mexicana de 1917 não se fazem as exclusões sociais próprias do marxismo: o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora [...].

No âmbito do Direito do Trabalho, a Constituição Mexicana estabeleceu em seu artigo 123 a obrigação do Estado criar empregos assegurando a limitação de jornada, diária e noturna, descanso semanal, limitação das horas extras diárias, questões diretamente ligadas ao direito à desconexão aqui tratado.

Em se tratando da Constituição de Weimar, no âmbito do livro II (que compreende os artigos 109 a 165), no capítulo II são assegurados direitos inclusive ao trabalho (artigos 157 e 162).

Sob um aspecto geral, a Constituição Mexicana desempenhou papel de vital importância e maior destaque no avanço dos direitos sociais, pois, não apenas os reconheceu, mas, também, conferiu-lhes colocação constitucional, tudo visando proteger seus titulares.

Destaca-se o ensinamento de Loewenstein (1970, p. 401):

Como postulados expressamente formulados, os Direitos Fundamentais socioeconômicos não são absolutamente novos: alguns deles, como o direito ao trabalho, foram inscritos nas Constituições Francesas de 1793 e 1848. Mas foi apenas em nosso século, depois da primeira e, em maior grau ainda, depois da segunda guerra mundial, que se converteram no equipamento-padrão do constitucionalismo. Foram proclamados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917, que, com um salto, se poupou todo o caminho para realizá-los: todas as riquezas naturais foram nacionalizadas e o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos.

É inegável que, nos dias de hoje, o trabalho passa a ser um direito, ao mesmo tempo humano e fundamental. Trata-se de um direito humano, pois reconhecido como tal em tratados e documentos internacionais, a partir do Tratado de Versalhes, em 1919.

O art. 23, n. 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 assim prevê: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Por sua vez, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil (Decreto legislativo 226, 12/12/1991 e Decreto 591, de 06/07/1992) preconiza em seu art. 6º, itens 1 e 2, *in verbis*:

1. Os estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.
2. As medidas que cada um dos estados-partes no presente Pacto tomará com vista a assegurar o pleno exercício deste direito devem incluir programas de orientação técnica e profissional, a elaboração de políticas e de técnicas capazes de garantir um desenvolvimento econômico, sócio e cultural constante e um pleno emprego produtivo em condições que garantam o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais de cada indivíduo

Sobretudo no sistema jurídico Brasileiro, o direito ao trabalho é também fundamental, uma vez que está positivado em nossa Carta Política de 1988, ora como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, III e IV) ora como direito social (arts. 6º e 7º).

Ainda, a Lei maior prevê o direito ao trabalho como valor fundante da ordem econômica, e esta tem por finalidade a garantia de existência digna, conforme os

parâmetros da justiça social, observando, entre outros, o princípio da busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII, CF).

Não é demais lembrar que não é todo trabalho que deve ser considerado um direito humano e fundamental. Não podemos conceber que as formas cruéis e degradantes de trabalho sejam elevadas à condição de direito humano e fundamental, mas apenas as formas de trabalho que dignifiquem a pessoa humana.

Como visto, a história do direito do trabalho se confunde com a origem dos direitos sociais dos trabalhadores.

Os direitos sociais, juntamente com os direitos econômicos compõem o que T.H. Marshall (1967, p. 88), denomina de cidadania social e econômica, que poderia ser compreendido como uma nova dimensão da cidadania no que tange ao trabalho.

Para Ingo Sarlet (2005, p. 35), os direitos humanos seriam os atributos reconhecidos, em documentos internacionais, ao ser humano como tal, independentemente do direito constitucional do Estado, aspirando assim à validade universal, para todos os povos e tempos e ostentando inequívoco caráter supranacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado.

Arion Sayão Romita (2007, p. 49) ensina que:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.

No que diz respeito ao conceito e à operacionalidade dos direitos sociais, o tema ainda é questão tormentosa para a doutrina.

Como bem leciona Norberto Bobbio (1992, p. 24):

[...] o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.

Ainda, o saudoso constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 258) eleva os direitos sociais à dimensão de direitos fundamentais, afirmando que:

[...] são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Dando destaque ao princípio da igualdade, isonomia ou paridade de armas, Vicente Ráo (1952, p. 155) sublinha que “o direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos [...]”.

Importante a distinção trazida à baila por Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 259), delimitando diferenças entre direitos sociais e direitos dos trabalhadores:

Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquista-lo pelo seu trabalho. Pelos direitos sociais tornam-se deveres do Estado o assistir à velhice, aos desempregados, à infância, aos doentes, aos deficientes de toda sorte, etc. Não se devem confundir tais direitos com o dos trabalhadores, porque esses dizem respeito tão somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego.

Ressalvados os entendimentos doutrinários de vulto em sentido contrário, não se partilha do entendimento acima explanado com fundamento no próprio art. 6º da Constituição Federal, que prevê que os direitos trabalhistas integram, ao lado do direito à educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, moradia, transporte (EC 90/2017), o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, os direitos sociais.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 50), em sua obra sobre direito material do trabalho, preleciona:

Em outra obra que escrevemos sobre o tema, invocamos o art. 6º da Constituição Brasileira de 1988 para dissentir desta última posição doutrinária, uma vez que ali está dito, explicitamente, que os direitos trabalhistas também integram, ao lado da educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e moradia, o elenco dos direitos sociais. De outra parte, não se pode ignorar que o ‘valor social do trabalho’, na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da

própria cidadania (CF, art. 1º, II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que irá evitar, em última análise, que a pessoa humana venha a necessitar daquelas prestações estatais positivas [...].

Ademais, os direitos sociais trabalhistas não são aplicáveis apenas aos que mantêm vínculo de emprego, mas também, em certa medida, são destinados a outras espécies de trabalhadores como, por exemplo, empregados domésticos (art. 7º, parágrafo único CF, regulamentado pela LC 150/2015), trabalhadores avulsos, temporários, servidores públicos, etc.

Pois bem, há ainda dissenso doutrinário sobre se os direitos sociais dos trabalhadores são direitos fundamentais.

Indubitável a Carta Magna de 1988, ao contrário das Constituições anteriores, inseriu os direitos sociais dos trabalhadores no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme podemos constatar dos arts. 6º, 7º a 11, bem como arts. 170 a 232 do texto constitucional. Dessa ideia podemos extrair a expressão direitos constitucionais fundamentais.

Flávia Piovesan (2017, p. 55) assinala que:

O texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver Capítulo II do título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, o qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

Ainda, o doutor ministro de nossa suprema corte e constitucionalista Luís Roberto Barroso (2009, p. 106):

Modernamente, já não cabe indagar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e racionalidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama

ser o país um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

O preclaro Maurício Godinho Delgado (2016, p. 85-86) nos ensina que:

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força ou habilidade isolada não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho.

Nesse cenário, a Constituição cidadã de 1988 bem enumera os direitos sociais dos trabalhadores como legítimos direitos fundamentais, cabendo ao aplicador do Direito dar aos mesmos a máxima efetividade, dentro de um pensamento de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cujo foco nas relações de trabalho e o conflito entre os mesmos será tratado no momento oportuno.

2 A DIGNIDADE HUMANA E O TRABALHO

O trabalho é um dos direitos sociais mais importantes. É um pressuposto essencial para que se possa falar em dignidade humana, visto que em um mundo capitalista só é possível a ascensão social e econômica com melhores condições de vida através com um trabalho remunerado de forma justa.

Referida política reflete diretamente nas relações sociais e de desenvolvimento pessoal, econômico e também social, com a redução de desigualdades e melhoria inclusive de índices de violência urbana.

Para que as relações entre o capital e o trabalhador não se tornem de servidão absoluta, foi necessária a criação de normas e princípios que norteassem e organizassem toda a sociedade, respeitando os preceitos jurídicos da proteção da dignidade humana.

Mesmo que se adote uma política de intervenção estatal mínima nas relações entre particulares, o estabelecimento de diretrizes básicas e direitos essenciais mostra-se necessário para a evolução social.

Sob esse enfoque, se faz necessário alinhar os princípios que baseiam a dignidade humana, sua relação com o trabalho como um direito fundamental e os preceitos de uma sociedade mais justa e igualitária, visando a melhoria da condição social.

2.1 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios como um todo exercem uma função constitutiva da ordem jurídica. Muito embora a Carta Magna não mencione os princípios do Direito do Trabalho, é unânime entre os doutrinadores e juristas a existência no texto constitucional de princípios de forma explícita ou induzida, que são aplicados no âmbito do direito do trabalho.

Desta forma, no ramo do direito do trabalho os princípios ganham especial destaque e vinculação tanto na esfera interpretativa quanto da aplicação da legislação do caso concreto.

O princípio da proteção constitui a gênese do direito do trabalho. Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre qual a real dimensão do princípio da

proteção, a primeira corrente sustenta que se trata de princípio “mãe” ou “princípio dos princípios”.

Delgado (2001, p. 23) muito bem conceitua:

[...] o princípio tutelar influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Susseking (2000, p. 32) entende de forma similar:

[...] O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho [...]

Todos os demais princípios derivam direta ou indiretamente do princípio da proteção.

Por outro lado, a segunda corrente diz que é um dos princípios mais importantes, mas com um viés mais restritivo e deve ser estudado em 3 âmbitos: *In dubio pro operário*, norma mais favorável ao trabalhador e condição mais benéfica.

Essa linha de entendimento (segunda corrente) é pautada nos ensinamentos do saudoso jurista uruguaio Américo Plá Rodrigues (1993) “historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração”.

O princípio da proteção parte de uma premissa básica: o trabalhador é a parte mais fraca da relação jurídica (hipossuficiente). Há uma desigualdade no mundo dos fatos. O objetivo do Direito do Trabalho é assegurar superioridade jurídica ao trabalhador, através de normas estatais trabalhistas, cogentes, imperativas ou de ordem pública (princípio da imperatividade das normas trabalhistas/dirigismo estatal básico/intervencionismo básico do Estado).

A intervenção estatal assegura aos trabalhadores direitos trabalhistas mínimos (patamar civilizatório mínimo/patamar mínimo de civilidade/piso vital mínimo/contrato mínimo legal).

O *In dubio pro operário* ou *in dubio pro misero*, tem origem no Direito Penal (*in dubio pro reo*). Na hipótese de existência de uma norma trabalhista dúbia que comporte mais de uma interpretação possível, o operador do direito deverá adotar aquela mais favorável ao trabalhador.

Quando dois ou mais ordenamentos jurídicos entram em conflitos, o magistrado deve levar em conta a norma mais favorável ao empregado.

Nesse sentido, explana Henrique Correia (2015, p. 60):

Quando houver várias interpretações sobre a mesma norma, o intérprete utilizará a interpretação mais favorável ao trabalhador. Ressalta-se que esse princípio foi superado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Ademais, não se aplica o princípio *in dubio pro operário* na área processual [...].

Um exemplo disso pode ser visto nas discordâncias de interpretação em relação ao aviso prévio do empregado. A Súmula nº 441 do TST descreve que:

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

Todavia a Lei Complementar 150/2015, entra em discordância com a Súmula nº 441 do TST.

Art. 23. Não havendo prazo estipulado no contrato, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindi-lo deverá avisar a outra de sua intenção.

§ 1º O aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias ao empregado que conte com até 1 (um) ano de serviço para o mesmo empregador.

§ 2º Ao aviso prévio previsto neste artigo, devido ao empregado, serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado para o mesmo empregador, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

§ 3º A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período ao seu tempo de serviço.

§ 4º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

§ 5º O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado

Art. 24. O horário normal de trabalho do empregado durante o aviso prévio, quando a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. Parágrafo único. É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas no caput deste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 7 (sete) dias corridos, na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 23.

Neste contexto de dúvida prevalece o entendimento mais favorável, que o acréscimo de 03 dias incide a partir do 1º ano completo, por representar interpretação mais favorável ao trabalhador.

Na hipótese da existência de mais de uma norma trabalhista igualmente aplicável ao mesmo caso concreto, o operador do direito deverá aplicar aquela mais favorável, independentemente de sua posição na escala hierárquica.

Pode-se observar claramente o conceito quando no art. 7º, caput, da CF – cláusula geral trabalhista “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

É possível afirmar que o princípio da norma mais favorável tem guarida constitucional. Ainda, o art. 7º, inciso XVI, Constituição Federal, prevê o adicional de hora extra em 50%. Porém, temos no art. 20, §2º, do Estatuto da OAB prevê adicional de hora extra em 100%.

Existem casos em que dois diplomas normativos apresentam regras mais favoráveis. No art. 620, CLT, dispõe-se que, quando há conflito entre CCT e ACT, aplica-se o diploma normativo mais favorável. Porém, a CLT não resolve o conflito se houverem regras mais favoráveis em ambos os diplomas, o que gerou grande dissenso doutrinário e jurisprudencial, surgindo três correntes:

Primeira corrente, é a teoria do conglobamento/conglobamento puro em que Maurício Godinho Delgado (2016) é o grande precursor desta teoria. No confronto entre dois diplomas normativos, o operador do direito deverá aplicar aquele mais favorável considerado em seu conjunto. A grande vantagem desta teoria é o respeito das regras básicas de hermenêutica (última decisão do TST, em novembro de 2016, aplicou este entendimento).

Maurício Godinho (2007, p. 199) leciona acerca da observância desse princípio:

[...] no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das

regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

A segunda corrente diz respeito à teoria da acumulação ou atomização: no confronto entre dois diplomas normativos, o operador do direito deverá criar um terceiro diploma com as regras mais favoráveis isoladamente consideradas. Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 85) ensina que:

Como o próprio nome está a indicar, por essa teoria devem ser acumuladas as vantagens outorgadas ao empregado previstas nos diplomas legais e instrumentos normativos (sentença normativa, convenção coletiva e acordo coletivo). O contrato de trabalho seria, assim, uma espécie de ‘colcha de retalhos’, na medida em que se vão acumulando, entre as diversas normas existentes, os dispositivos, nela contidos, considerados mais vantajosos ao empregado.

E ainda a terceira corrente, defendida por Alice Monteiro de Barros (2009, 186) é a Teoria do Conglobamento Mitigado, Orgânico, por Instituição, Intermediária ou da Incindibilidade dos Institutos, no confronto entre dois diplomas normativos, o operador do direito deverá criar um terceiro diploma com as regras mais favoráveis, respeitada a unidade da matéria ou do instituto. A semelhança com a teoria da acumulação é a criação do terceiro diploma.

Em se tratando do Princípio da condição mais benéfica e vantajosa, este possui vantagens oriundas do regulamento empresarial ou do próprio contrato individual de trabalho serão incorporadas definitivamente ao patrimônio jurídico do empregado, não podendo ser suprimidas ou reduzidas ao longo do vínculo empregatício. As fontes das vantagens são o regulamento empresarial e o contrato individual de trabalho.

Tal princípio constitui manifestação da Teoria do Direito Adquirido, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI da CF (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), art. 6º da LINDB (“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”) e Súmulas 51, I e 288, I, do TST, abaixo colacionadas:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999) (grifo nosso) (TST, SÚMULA 51).

COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (nova redação para o item I e acrescidos os itens III e IV em decorrência do julgamento do processo TST-E-ED-RR-235-20.2010.5.20.0006 pelo Tribunal Pleno em 12.04.2016) - Res. 207/2016, DEJT divulgado em 18, 19 e 20.04.2016

I - A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT) (TST, SÚMULA 288).

E se as vantagens estiverem previstas em Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho, para solucionar o conflito são utilizadas três correntes majoritárias.

A primeira corrente defende a teoria da aderência ilimitada, defendendo o direito adquirido, ou seja, a ideia da incorporação definitiva da vantagem. É uma posição minoritária.

A segunda corrente a tratar do tema define a teoria da aderência limitada pelo prazo. Seu fundamento é a não incorporação definitiva e as vantagens vigoram durante o prazo de vigência do respectivo instrumento de negociação coletiva. No Brasil, o prazo máximo de vigência de uma CCT ou ACT é de 2 anos, nos termos do art. 614, §3º da CLT.

Por último, a terceira corrente que trata acerca do tema e é atualmente adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho é a aderência limitada por revogação, prevista na Súmula 277. Segundo esta, as vantagens vigorarão até a edição do novo diploma normativo, que poderá mantê-las ou revogá-las. Também prevista no PN 120 do TST.

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012) As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho (TST, SÚMULA 277).

PRECEDENTE NORMATIVO Nº 120 SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) - (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011) A sentença normativa vigora,

desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência (TST, SÚMULA 120).

Nesse particular, destaca-se que, apesar da edição da súmula 277 pelo Egrégio TST, em 2016 o eminente Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da JT que discutem a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas no âmbito da ADPF 323.

Há uma clara tendência no âmbito do Egrégio STF de valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas.

Nesse sentido, o RE 590.415-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, no qual foi confirmada a validade de plano de dispensa incentivada devidamente cancelada por acordo coletivo:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provisamento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de

todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado [...] (RE 590.415-RG, DJ 30.04.15).

Outro princípio muito importante no Direito do Trabalho é a primazia da realidade, que no confronto entre a verdade real e a verdade formal, deverá prevalecer a primeira.

Para Américo Plá Rodriguez (2015, p. 339): “O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.”

Segundo Barros (2008, p. 185):

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídicas co-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberto por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego.

O estudo do presente princípio implica no exame de alguns reflexos como na Importância das provas orais na Justiça do Trabalho.

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - **Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.** (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003) (grifo nosso) (TST, SÚMULA 338).

A Pejotização ou peiotismo, percebe o trabalhador como “P.J.”. Prevalece o entendimento de que há fraude com base nos arts. 9º e 444 da CLT. Nesse caso, ainda, poderá haver reflexos no direito previdenciário e na questão fiscal do empregado, também em nome da primazia da realidade.

Outro termo utilizado recentemente é a “Uberização” e conforme decisão de 14 de fevereiro de 2017, ficam reconhecidos os vínculos de emprego do UBER com o TOMADOR. Levando em contas das decisões judiciais as novas formas de relação de trabalho.

A Súmula 386, TST, trata como legítimo o reconhecimento de vínculo de emprego do Policial Militar em relação à empresa privada, desde que presentes os requisitos da relação de emprego, ainda que o Estatuto do PM traga o cabimento de eventual penalidade disciplinar. Atualmente, a doutrina e jurisprudência debatem a possibilidade da aplicação da referida súmula de forma analógica a outros policiais:

POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 167 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar. (ex-OJ nº 167 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999) (TST, SÚMULA 386).

Referida tendência em desvirtuar a existência do vínculo empregatício visa o não cumprimento das obrigações atinentes ao contrato de emprego, dentre elas o direito à desconexão assegurada ao trabalhador.

Inegavelmente a jornada de trabalho desempenhada pelo trabalhador autônomo não detém as limitações legais previstas no ordenamento jurídico, visando o aumento de ganho de ambos os lados, com o claro sacrifício de regras atinentes à saúde e segurança do trabalho e o direito ao descanso, tanto físico quanto mental.

Os prejuízos daí advindos superam a esfera individual dos envolvidos. Os danos atingem o convívio social e familiar do trabalhador; a esfera econômica com a sonegação de tributos atinentes ao vínculo e diminuição da arrecadação estatal.

Outro princípio que deve ser levado em conta no direito do trabalho é o da continuidade da relação de emprego.

Bezerra Leite (2019, pp. 150-151) entende:

O contrato de trabalho, em regra, deve ter a maior duração possível, pois, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito ao trabalho digno é um direito humano e fundamental. Esse princípio constituiu base para o instituto tradicional da estabilidade. Atualmente, ele sofreu um processo de constitucionalização, na medida em que se encontra agora previsto expressamente no art. 7º, I, da CF, que consagra o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, como já vimos em linhas transatas. Há diversas situações em que o princípio em tela pode ser aplicado, como na hipótese de dúvida acerca da manifestação das partes quanto à duração do contrato. Aplicando-se o princípio em questão, há de se interpretar que o contrato fora firmado por tempo indeterminado. No caso de alegação patronal de abandono do emprego, cabe ao empregador o ônus de provar o *animus abandonandi* do empregado. No plano internacional, o princípio da proteção da relação empregatícia contra as despedidas arbitrárias ou injustas está consagrado na Convenção 158 da OIT.

Em suma, tal princípio aborda o fato que as relações de emprego em sua maioria não possuem um prazo para acabar. No âmbito jurisprudencial, referido Tal princípio possui alguns reflexos.

Com a Súmula 212 do TST presume-se que o contrato de trabalho foi celebrado por prazo indeterminado. Além disso, presume-se que o empregado foi despedido sem justa causa, de forma que o pedido de demissão ou a despedida por justa causa constituem ônus da prova do empregador (art. 818 da CLT c.c. art. 373, II, NCPD).

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (TST, SÚMULA 212).

Em tese, os direitos trabalhistas são indisponíveis, não sendo suscetíveis de renúncia ou transação (arts. 9º e 444 da CLT e Súmula 276, TST).

Para tanto, o princípio da indisponibilidade/irrenunciabilidade ou inderrogabilidade dos direitos trabalhistas demonstra que a renúncia é o ato unilateral envolvendo um direito certo, por meio do qual se abre mão de um direito certo e de titularidade indubitosa. Transação nada mais é que ato bilateral, envolve concessões recíprocas (arts. 840 e seguintes do CC) sobre um direito duvidoso – *res dubia*.

O jurista Sérgio Pinto Martins (1999, p. 44), comentando o princípio da irrenunciabilidade de direitos, é categórico ao afirmar que o "trabalhador poderá, contudo, transigir, fazendo concessões recíprocas em juízo. O que não poderá fazer

é transigir ou renunciar a direitos quando da constância da relação de emprego, pois poderá ser induzido em erro pelo empregador".

Alice Monteiro de Barros (2006, p. 174) esclarece que:

Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.

Todavia, excepcionalmente, serão admitidas a renúncia e a transação de direitos trabalhistas, desde que a lei ou a jurisprudência consolidada assim autorizem.

O art. 500 da CLT (pedido de demissão de empregado estável): Tal dispositivo traz como requisito para validade do pedido de demissão a assistência do Sindicato, do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho, o que pode ser analisado como uma renúncia do direito:

O pedido de demissão do empregado estável **só será válido** quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho. (grifo nosso).

Com a Súmula 51, item II do TST: se a empresa possui 2 regulamentos, a opção do empregado por um deles implica na renúncia das regras do outro regulamento.

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999 (TST, SÚMULA 51).

Nos arts. 764 ("Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação"), 846 ("Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação") e 850 da CLT ("Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez)

minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão”), as tentativas judiciais de conciliação são consideradas um dos modelos de transação.

No mesmo sentido, cabe destacar a possibilidade de Adesão ao PDV (Programa de Demissão Voluntária): previsto na OJ 270 da SDI-1 do TST:

OJ 270. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002)

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação **exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.**

OJ 207. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005

A indenização paga em virtude de adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda.

OJ 356. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS EM JUÍZO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008)

Os créditos tipicamente trabalhistas reconhecidos em juízo não são suscetíveis de compensação com a indenização paga em decorrência de adesão do trabalhador a Programa de Incentivo à Demissão Voluntária (PDV) (grifo nosso).

Em abril de 2015, o STF, através do RE 590.415, decidiu que a adesão ao PDV, desde que previsto em instrumento de Negociação Coletiva, implica na quitação geral ao extinto contrato de trabalho, ou seja, terá eficácia liberatória geral, sob o fundamento de que: 01 – o empregado não está desprotegido, tendo em vista a interveniência de seu sindicato; 02 - adesão constitui presunção de higidez na manifestação de vontade.

A dignidade da pessoa humana como supedâneo dos princípios específicos do Direito do Trabalho, nessa toada, dentro da singela e sumária análise dos princípios específicos do Direito do Trabalho e, não somente a seara justralhista, mas todo o ordenamento jurídico, tem como epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 32) conceitua a dignidade da pessoa humana como uma:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Pode-se observar sem maior esforço de inteligência que o conceito de dignidade da pessoa humana adequa-se com justeza aos princípios específicos do direito do trabalho aqui estudados em sinopse. Ademais, podemos verificar a compatibilidade de tal princípio em qualquer relação de trabalho e, de maneira mais destacada, na relação empregatícia, uma vez que é nesta que o poder diretivo do empregador, bem como a subordinação, despontam de maneira mais acentuada e, por conseguinte, onde a dignidade do trabalhador acaba por estar mais vulnerável, merecendo a proteção do Estado.

Para Gabriela Neves Delgado (2006, p. 241-242):

[...] o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais.

Inúmeros exemplos de casuística poderiam ser citados em que a dignidade humana do trabalhador está em jogo diante de condutas violadoras do empregador. O C. Tribunal Superior do Trabalho – TST, tem reconhecido a violação da dignidade da pessoa humana nos casos de abuso das tão conhecidas revistas íntimas no ambiente de trabalho, conforme arestos a seguir:

EMPRESA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E MEDICAMENTOS - REVISTA DIÁRIA - RISCO EMPRESARIAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE - CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe, ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, correto o entendimento de que configura dano moral a revista que exige do Obreiro ficar de roupa íntima na frente de outras pessoas, sendo devida a indenização. 2)

VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FUNÇÃO PEDAGÓGICA DA PENA - ARESTOS INESPECÍFICOS. Tendo o Regional se convencido de que o valor da condenação era equitativo, prudente, razoável e não-abusivo, asseverando ainda que a indenização arbitrada cumpria a função pedagógica da pena, não seria possível para esta Corte, em sede de recurso de revista, concluir em sentido oposto sem adentrar na análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado, a teor da Súmula 126 do TST. Ademais, nos termos da Súmula 296, I, do TST, mostram-se inespecíficos os arestos colacionados, pois versam sobre elementos fáticos diversos da hipótese dos presentes autos, em que se discute o arbitramento da indenização por dano moral decorrente de revista íntima. Recurso de revista conhecido em parte e desprovido. (RR 265200-73.2003.5.02.0069, DJ 20/04/2007).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. CONTATO FÍSICO. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. VALOR ARBITRADO (R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS)). 3.1. O entendimento da relatora é no sentido de que bolsas, sacolas e mochilas dos empregados constituem extensão de sua intimidade, sendo que a sua revista, em si, ainda que apenas visual, é abusiva, pois o expõe, de forma habitual, a uma situação constrangedora, configurando prática passível de reparação civil (arts. 1.º, III, e 5.º, V e X, da Constituição Federal). 3.2. Entretanto, o entendimento prevalecente nesta Corte é de que a revista visual de bolsas e demais pertences, de forma impessoal e indiscriminada, não constitui ato ilícito do empregador. Precedentes da SBDI-1. No caso concreto, o acórdão do Tribunal Regional consignou que além da revista visual em bolsa e sacolas, houve também contato corporal, o que torna devida a indenização. 3.3. Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, o Tribunal Regional fixou a indenização em tela em R\$ 10.000,00, valor que não se mostra desproporcional a título de reparação, mormente se considerarmos a gravidade do dano (revista íntima abusiva), bem como as condições da vítima e do ofensor, o caráter pedagógico da indenização e a sua dupla função: reparatória e penalizante. Recurso de revista não conhecido. (RR 1687200-51.2009.5.09.0013, DJ 16/06/2017).

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTAS ÍNTIMAS. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. 1. Em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para julgar "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho" (artigo 114, VI, da CF) e do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Conflito de Competência 7204- MG, a SDI-I desta Corte passou a adotar entendimento no sentido de que a data da promulgação da referida Emenda Constitucional seria adotada como marco para verificação da prescrição incidente às causas relativas à reparação por dano moral ou material, fossem decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional ou da relação de emprego, concluindo que à pretensão de reparação civil decorrente de fatos ocorridos antes da promulgação da referida Emenda a prescrição seria a do Código Civil, sendo a do artigo 7º, XXIX, da CF na hipótese de lesões posteriores. Precedentes. 2. No caso, o reclamante ajuizou reclamação trabalhista na vigência do contrato de trabalho, tendo postulado o pagamento de indenização por danos morais em decorrência de revistas íntimas realizadas de

27.05.2004 até o final do ano de 2005. 3. Aplica-se, assim, a prescrição quinquenal prevista no art. 7º, XXIX, da CF, restando ilesos os arts. 189 e 206, § 3º, V, do CC. 4. Inviável o exame dos paradigmas formalmente válidos trazidos a cotejo, por óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. DANOS MORAIS. REVISTAS ÍNTIMAS. CONTATO CORPORAL. 1. No que tange à configuração do dano moral, consta no acórdão que "restou demonstrado que o recorrido efetuava revistas tanto corporais quanto nos pertences dos seus empregados". 2. O entendimento firmado na SDI-1 deste Tribunal é o de que as revistas fiscalizatórias em bolsas e sacolas dos trabalhadores, realizadas de forma apenas visual e sem o contato físico do vistor com o empregado, não configura violação a direito da personalidade passível de ensejar indenização. 3. Não obstante, a hipótese dos autos distancia-se do cenário acima descrito, porquanto registrado no acórdão que a empresa, além de proceder às revistas visuais ordinárias, efetuava revistas corporais. 4. Nesse contexto, conclui-se por configurada a conduta abusiva do empregador, passível de ensejar o direito a indenização, não havendo falar em ofensa aos artigos 186 e 927 do CCB. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Com base nas circunstâncias da espécie e levando em consideração o valor fixado (R\$ 5.000,00 - cinco mil reais) para compensar o abalo sofrido pelo empregado pela prática abusiva da empresa (revista íntima), não se divisa a notória desproporcionalidade passível de ensejar a redução do quantum. 2. Incólume, pois, o artigo 5º, V e X, XXII, da Lei Maior. Súmula 296/TST que se aplica. Recurso de revista integralmente não conhecido. (RR 79200-67.2009.5.19.0008, DJ 19/06/2017).

Referidas decisões são necessárias para garantir a tão cara segurança jurídica visando a pacificação dos conflitos sociais. Nesse sentido, tem-se a clara natureza social que possui o trabalho, ou seja, a proteção constitucionalmente atribuída ao trabalho, enquanto um dos valores que fundamentam a República.

2.2 PRINCÍPIOS EM QUE SE FUNDAM A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHO

Parece-nos ser íntima a relação entre os direitos humanos e alguns princípios específicos do Direito do Trabalho, razão pela qual tais princípios merecem destaque.

Delgado (2006, p. 207) faz um vínculo entre o direito do trabalho e os Direitos Humanos:

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força ou habilidade isolada não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana

não mais podem se restringir à sua liberdade intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho.

Princípios são verdades fundantes, mandamentos de otimização, estruturas mestras segundo os quais devem servir de base e espeque para qualquer instituto jurídico. E mais, são vetores, alicerces ou regramentos básicos que fundamentam todo o ordenamento jurídico, um determinado ramo do direito ou certo instituto jurídico.

Para Ana Paula Lemes de Souza (2015, p.22):

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos).

Segundo Miguel Reale (1986, p. 60):

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (1999, p. 147):

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

A doutrina de Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 74):

[...] No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais –, ‘postos no ponto

mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.

A doutrina e a jurisprudência adotam a teoria tridimensional, ou da tríplice função dos princípios. A função informativa ou inspiradora que o legislador utiliza na elaboração da norma.

Desta maneira o princípio da isonomia/igualdade/paridade de armas, inspirou o parágrafo único do art. 7º da CF (EC 72/2013) e LC 150/2015 para a melhoria das condições sociais dos empregados domésticos.

Art. 7º [...]

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 72, de 02.04.2013, DOU de 03.04.2013).

Em se tratando da função integrativa ou normativa, esta tem íntima relação com hermenêutica e exegese. Os princípios servem para o suprimento de lacunas do ordenamento jurídico vigente.

Maria Helena Diniz (1999, p. 23) afirma que no Brasil temos um sistema de incompletude das normas jurídicas a exemplo disso pode-se observar os artigos de inúmeros ordenamentos jurídicos.

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Por outro prisma, Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1973, p. 69-70):

Perfeição' é a qualidade daquilo que está concluído, ou, mais propriamente, acabado de fazer. O perfeito é aquilo que está feito, plena e completamente, ou seja, o que não possuía, mas passou a possuir tudo o que precisa, dentro de um determinado limite. O perfeito é algo que ocorre dentro de um limite. Logo, a imperfeição é um não-acabado, é aquilo que não foi concluído dentro de um limite. No caso de 'lacuna' essa imperfeição é, ainda, insatisfatória. O termo 'insatisfatório' é negação do satisfatório, que é o suficientemente feito. Porém, nem tudo o que é imperfeito é insatisfatório; há imperfeições satisfatórias. Um exemplo disso é a noção de 'obra aberta' de Umberto Eco. A obra aberta é um tipo de obra, um quadro, por exemplo, que não está acabado. Ser ele imperfeito, mas não insatisfatório, porque o artista ou aquele que o observar tem a possibilidade de completá-lo. A obra aberta é, portanto, aquela que torna disponíveis a várias integrações complementares 'complementos produtivos concretos'; é a obra que possui uma vitalidade estrutural e que, não sendo completa, é válida, tendo-se em vista diversos resultados. Assim sendo, a 'lacuna', enquanto 'imperfeição insatisfatória', exprime uma falta ou uma insuficiência que não deveria ocorrer dentro de um certo limite. A lacuna pode ocorrer, porém não deve ocorrer. O vocábulo 'limite' conduz ao segundo elemento da definição de Engisch, a 'totalidade jurídica', na qual não deve, mas pode, ocorrer uma imperfeição insatisfatória; é algo feito, que tem um início definido e um fim previsível, dotado de uma certa permanência. Tendo limites temporais definíveis, ela aponta para limites espaciais, representados pela qualificação jurídica. Percebe-se que se trata de uma totalidade entre totalidades, na qual se pode separar o que pertence e o que não pertence a ela, o que está dentro e o que está fora, o que pode entrar e o que não pode, o que deve e o que não deve, sendo, portanto, um sistema. Há lacuna no sistema de normas se há um dado que não pode ser regulado por ele, não se podendo dizer, portanto, se pertence ou não ao sistema, ou mesmo se deve ou não pertencer a ele. De forma que o sistema é uma ordem, capaz de uma perfeição (satisfatória) que de repente pode apresentar uma desordem (imperfeição insatisfatória) pela intersecção do sistema com qualquer outro com o qual tenha limites.

A função interpretativa que atua como um critério direcionador para o magistrado quando da subsunção da Lei ao caso concreto.

Assim, na lição de Carlos Ari Sanfeld (1992, p. 183):

[...] a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.' Agora, quanto à integração jurídica, diz: 'Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios. [...]

De certa forma o princípio da dignidade humana, é elemento essencial para as estruturas do Estado, norteando-o todo o seu funcionamento, passando em alguns momentos a norma protetiva do cidadão para princípio norteador.

Para Luis Roberto Barroso (2010, p. 12):

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance.

Quando traçado um paralelo entre os princípios do Direito do Trabalho e a dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de mencionar o artigo 5, XIII da Carta Magna (1988), pois ele deixa claro a liberdade no trabalho e a própria condição do exercício da cidadania:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Verifica-se pelo inciso acima identificado que o livre exercício da profissão é um fundamento do direito da personalidade do indivíduo, que integra um complexo de direitos que sustentam a própria inserção social.

Neste contexto, pode-se dizer que a dignidade humana é um valor moral inerente à pessoa humana, manifestada de várias formas, seja ela demonstrada na consciência coletiva ou mesmo na tomada de controle de suas próprias vidas.

No Direito do Trabalho, a passagem de Gaspar Bayón Chacóm (2000, p. 48) ensina sobre os princípios ensina:

[...] são simples postulados que, primeiro sociologicamente e, segundo, juridicamente depois, foram convertidos, por disposições legais ou por resoluções judiciais, em critérios de orientação do legislador e do juiz na defesa da parte julgada mais fraca na relação do trabalho, para restabelecer, com um privilégio jurídico em

desigualdade social. São mandatos morais que têm sido imposto pelas vias indicadas a serviço de um ideal de justiça social. Alguns têm conseguido um reconhecimento legal; outros são apenas critérios de orientação do juiz ou do legislador. Em nenhum caso tem vigência como fontes do direito como uma forma direta, mas por meio de uma norma; mas, em compensação, sempre se revestem de um sentido moral derivado do fundamento de equidade de que provêm [...]

E no âmbito do Direito do Trabalho, nenhum princípio retrata melhor essa garantia que o princípio da proteção.

Referido elemento se revela já na constituição da OIT em 1919, ao ser celebrado o Tratado de Versalhes, sendo que no seu artigo 427 consagrou mundialmente os fundamentos do Direito do Trabalho, conforme Barros (1993, p. 74):

- 1º- O princípio diretivo antes enunciado de que o trabalho não deve ser considerado como mercadoria;
- 2º - O direito de associação visando a alcançar qualquer objetivo não contrário às leis, tanto para os patrões como para os assalariados
- 3º - O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente, em relação com sua época e seu país.
- 4º - A adoção da jornada de oito horas ou as quarenta e oito horas semanais, como objetivo a alcançar-se onde ainda não se haja logrado
- 5º - A adoção de um descanso semanal remunerado de vinte e quatro horas, sempre que possível aos domingos.
- 6º - A supressão do trabalho das crianças e a obrigação de impor aos trabalhos dos menores de ambos os sexos as limitações necessárias para permitir-lhes continuar sua instrução e assegurar seu desenvolvimento físico.
- 7º - O princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor.
- 8º - As leis promulgadas em cada país, relativas às condições de trabalho deverão assegurar um tratamento econômico eqüitativo a todos os trabalhadores que residem legalmente no país.
- 9º- Cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção que inclua mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores.

Para Maurício Godinho Delgado (2006, p.197-198) o princípio protetor do empregado nada mais é que:

[...] o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Ainda a respeito do princípio da proteção Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 192):

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Para tanto tal princípio, possui estrutura de norma, pois ele é usado para fundamento da ordem jurídica.

Delgado (2006, pp. 197-198) afirma que o princípio da proteção:

[...] não vai se aplicar sempre, em qualquer situação ou contexto. Há relações, situações ou circunstâncias que afastam sua incidência e força direcional, em respeito a princípios externos ao Direito do Trabalho que tendencialmente ou circunstancialmente tenham preponderância. É o que repetidas vezes tem feito a jurisprudência, a propósito, no tocante ao contraponto entre o princípio tutelar (e outros trabalhistas) e o princípio geral do não enriquecimento sem causa ou o princípio constitucional (e também geral) da proporcionalidade e seu corolário (ou equivalente, se for o caso), da razoabilidade.

Entretanto Arnaldo Sussekind (2003, p. 144) discorre:

O princípio da proteção ao trabalhador resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes.

Sua vertente possui três distinções de aplicação, conforme Rodrigues (2015):

1. a regra *in dubio pro operario*, critério que deve ser utilizado pelo juiz ou interprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
2. a regra da norma mais favorável determina que em caso de mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela favorável ao trabalhador, ainda que rompa com os critérios clássicos de hierarquia;
3. e a regra da condição mais benéfica, determina que a aplicação de uma norma trabalhista não pode reduzir condições favoráveis ao trabalhador.

O princípio da proteção em suma visa assegurar uma limitação à autonomia da vontade que comumente rege os contratos em geral pela legislação civil, tendo em

vista a hipossuficiência de uma das partes na relação jurídica, geralmente causada pela dependência econômica, visando justamente a limitação do direito do mais forte.

O direito do mais forte é bem delimitado por Rousseau (2000, p. 20):

O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência, e realmente estabelecido em princípio. Obteremos, porventura, uma explicação dessa palavra? A força é uma potência física, não vejo qual moralidade poderá resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?

Essa é justamente a nova concepção de direito social, bem delimitada por Bobbio (1992, p. 32):

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado absolutista

Por fim os princípios do Direito do Trabalho, não vinculam e não definem direitos, eles apenas auxiliam e norteiam a norma quando esta entra em conflito.

Muito embora sua enorme importância no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em se tratando de assunto da ordem da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção, não deveria ser restrito sem motivo justo, o que poderia acarretar em um prejuízo enorme da justiça e dignidade de uma sociedade.

Verifica-se, dessa forma, que a maior expressão dos princípios em que se fundam a dignidade humana do trabalho reside no princípio da proteção, sem o qual não há como assegurar um trabalho digno, aí entendida a necessária limitação de jornada e consequentemente o direito ao descanso.

2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELAÇÃO COM A JORNADA DE TRABALHO

O tema atinente aos direitos humanos e direitos fundamentais foi amplamente discutido previamente. Entretanto, seu foco era da relação do indivíduo com o Estado.

Ao optar a norma constitucional pela previsão de direitos e garantias sociais, mostra-se necessária a sua análise na relação entre os particulares.

Um ponto a ser esclarecido é a aplicação dos direitos e garantias fundamentais perante não somente o Estado, mas entre os particulares. Neste viés cabe a diferenciação entre a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2016, p. 212) diferencia:

A eficácia vertical dos direitos fundamentais impõe limites à atuação dos governantes em favor dos governados, pois, entre estes, há uma relação vertical, ou seja, entre Estado e indivíduo. A eficácia vertical, portanto, está vinculada à concepção liberal do Estado, a quem cabe apenas o dever de proteger as liberdades individuais, especialmente o direito à vida, à propriedade, à liberdade e à segurança (direitos fundamentais de primeira dimensão). Noutro falar, a eficácia vertical dos direitos fundamentais tem por objetivo impedir interferência estatal na vida privada. Por isso, a doutrina tradicional sustenta que os direitos de primeira dimensão são direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Nesse sentido, a eficácia vertical dos direitos fundamentais guarda relação com a teoria do status negativo, de Jellinek, pois o Estado atua apenas no aspecto negativo, ou seja, limitando-se a respeitar (e assegurar) as liberdades individuais, especialmente o direito à vida e à propriedade.

No Estado Liberal, a intervenção estatal na relação entre particulares é mínima ou inexistente, prevalecendo-se a autonomia da vontade e regras de natureza contratual para sua fixação, em especial o Direito Civil.

Carla Maia dos Santos (2012) muito bem coloca:

No Estado liberal a Constituição regulava apenas as relações entre o Estado e os particulares, enquanto o Código Civil disciplinava as relações privadas. Os direitos fundamentais funcionavam como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, tratava-se de direitos públicos subjetivos, oponíveis em face do Estado. No Direito Privado o princípio fundamental era o da autonomia privada, ou seja, a liberdade de atuação dos particulares, que deveriam pautar suas condutas apenas nas leis civis.

Com o advento do Estado social, a intervenção passa a ocorrer precipuamente com a inserção de direitos sociais nas Constituições, passando a existir um status positivo, atuando o Estado nas relações entre particulares visando assegurar referida gama de direitos e garantias.

Daí advém a ideia de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 382-383), que diz ser:

[...] possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em um sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais também o são [...] Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, decorre que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

Por outro lado, a ideia central que trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais decorre do reconhecimento de desigualdades estruturantes entre as relações mantidas pelos próprios particulares.

No âmbito do Direito do Trabalho sua aplicação detém especial importância, tendo em vista a hipossuficiência que é reconhecida ao trabalhador, atrelado ao poder disciplinar, diretivo e até mesmo regulamentar que é assegurado ao empregador.

Para Bezerra Leite (2016, p. 215):

No âmbito das relações de trabalho, especificamente nos sítios da relação empregatícia, não há dúvida a respeito da importância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, mormente em razão do poder empregatício (disciplinar, diretivo e regulamentar) reconhecido ao empregador (CLT, art. 2º), o qual, por força dessa relação assimétrica, passa a ter deveres fundamentais. Afinal, a Constituição da República consagra, no Título II, Capítulo I, um catálogo não apenas de 'Direitos', como também de 'Deveres' individuais e coletivos, a cargo não apenas do Estado, como também dos particulares, sobretudo quando estes desfrutam de posições econômicas, políticas e sociais superiores em relação a outros particulares.

Podem ser especificadas duas teorias que se ocupam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: indireta ou mediata, e a direta ou imediata.

O mesmo autor segue esclarecendo:

Para a teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais são analisados na perspectiva de duas dimensões: a) dimensão negativa ou proibitiva, que veda ao legislador editar lei que viole direitos fundamentais; b) dimensão positiva, impondo um dever para o legislador implementar direitos fundamentais, ponderando, porém, quais deles devam se aplicar às relações privadas. Nos termos da proposta da teoria da eficácia direta ou imediata, como o próprio nome sugere, alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, ou seja, sem a necessidade da intervenção legislativa (LEITE, 2016, p. 216).

No âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal já houve o reconhecimento e aplicação da referida teoria:

Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. entidade que integra espaço público, ainda que não estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro

social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (CF/88, art. 5º, LIV e LV). IV. Recurso extraordinário desprovido (STF-RE 201.819/RJ, DJ 27/10/2006, p. 64).

Ainda:

Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – R.E. conhecido e provido (STF-RE 161.243/DF, DJ 19/12/1997, p. 57).

Nesse aspecto, o estabelecimento de regras atinentes aos direitos sociais e sua aplicação direta nas relações entre particulares se mostra essencial.

No âmbito da Constituição Federal, o artigo 7º foi claro ao estabelecer limitações na jornada de trabalho dos empregados.

É a redação do artigo e seus respectivos incisos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei [...].

Em sendo reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inegável a aplicação das limitações relativas a jornada de trabalho no âmbito das relações privadas.

Dessa forma, o direito a limitação da jornada e sua aplicação nas relações privadas se mostra importante tanto como política pública a ser perseguida pelo Estado, como de aplicação na relação entre os particulares.

Bezerra Leite (2016, p. 231) entende:

Como síntese das ideias lançadas neste tópico, pensamos que sob o prisma da eficácia vertical cabe ao Estado promover a defesa (segurança pública) e a proteção do direito à segurança aos trabalhadores em todas as suas dimensões. Mas, na perspectiva da eficácia horizontal a promoção do direito à segurança é também responsabilidade dos particulares, especialmente quando estes atuam, nas relações jurídicas que estabelecem com outros particulares, com supremacia de poder (econômico, político ou social). Quanto maior o poder do empregador na relação empregatícia, maior será a sua responsabilidade no tocante às lesões aos direitos fundamentais dos seus empregados em decorrência direta ou indireta da relação empregatícia. É preciso, pois, interpretar e aplicar os direitos sociais dos trabalhadores com suporte não apenas na eficácia vertical como também na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois a relação empregatícia é um dos sítios naturais de sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico.

Ocorre no âmbito das relações de trabalho com certa frequência até mesmo a colisão entre direitos fundamentais assegurados a partes contrárias do litígio. Ambos possuem mesma hierarquia legal, e a solução de seu conflito não se mostra pacífica.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2019, p. 269) muito bem explicam:

Os princípios 'são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas'. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a

conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

A finalidade de se buscar uma harmonização entre o conflito de princípios se mostra acertada, na medida em que ao mesmo tempo se assegura a proteção do núcleo do direito perseguido por cada um dos opositores, fazendo-se um juízo de ponderação.

Continuam os autores (2019, p. 270):

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro. Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro. Na última hipótese, por exemplo, o legislador define quais as atividades que devem ser consideradas essenciais e, por isso, insuscetíveis de greve, realizando uma ponderação entre o próprio direito de greve e valores outros, como a saúde ou a segurança pública.

Dessa forma, ainda que se tenha constitucionalmente assegurada a autonomia da vontade e livre pactuação, houve a previsão expressa de limites estabelecidos para fins de proteção do trabalhador ao se insculpir no regramento constitucional questões atinentes à limitação da jornada, ainda que em conflito, devem prevalecer.

Isso porque pode ser utilizada tanto a técnica da ponderação, equacionando-se os interesses em conflito a autonomia da vontade assegura as parte a pactuação das condições de trabalho, preestabelecido as limitações constitucionais atinentes ao tema.

3 DANOS DECORRENTES DA NÃO DESCONEXÃO

Do exposto até o presente momento, tem-se de fundamental importância para a construção de uma sociedade livre e justa a incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, transformando-os em direitos fundamentais. No âmbito da Constituição Federal, evoluindo-se nessa tendência, regras atinentes à limitação da jornada foram erigidas a esse patamar.

Dessa forma, toda Legislação Infraconstitucional passa pelo crivo da recepção pela Carta Magna, bem como as novas Leis que tratam do assunto devem igualmente respeito aos princípios e regras Constitucionais atinentes ao tema, sob pena de questionamento mediante o controle de constitucionalidade.

O direito à desconexão observa os crescentes avanços tecnológicos e as mudanças das formas de viver, impactando ainda mais na relação empregatícia, no convívio familiar e social.

Assim, ao se criar uma gama de regramentos atinentes ao tema, o seu desrespeito gera consequências diretas no âmbito administrativo, legal, social e econômico, a serem explorados individualmente a seguir.

3.1 A DEPENDÊNCIA DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS E A MUDANÇA NO MODO DE VIDA

Não é à toa que a duração do trabalho é um dos assuntos que mais aparecem nas pautas de reivindicações dos trabalhadores desde o surgimento do Direito do Trabalho até os dias de hoje. De um lado, encontram-se os empregadores, os patrões, objetivando manter ao máximo possível a produtividade e, por conseguinte, a lucratividade. De outro, os empregados, os trabalhadores, galgando melhores condições de vida, o que inclui o direito a jornadas de trabalho dignas.

A manifestação dos operários era – e ainda é – no sentido da divisão ponderada das horas de trabalho, a fim de lhes permitir, não somente o merecido descanso, mas o sadio convívio social, familiar e ao lazer.

Como bem observa Luciano Martinez (2016, p. 355):

É possível perceber o anseio pela organização social do trabalho numa cantiga entoada pelos operários ingleses que pugnavam pelo estabelecimento de uma jornada equilibrada: oito horas para o

trabalho, oito horas para o lazer e oito horas para o descanso, sem esquecer a ideia da justa retribuição: *'Eight hours to work; eight hours to play; eight hours to sleep; eight shillings a day'* (grifo original).

A constante demanda dos trabalhadores visando à conquista da redução da jornada de trabalho teve importantes marcos históricos. Em 1º de maio de 1886, mais de meio milhão de trabalhadores da indústria protestaram na cidade de Chicago, Estados Unidos, reivindicando jornada de trabalho de oito horas diárias. Dezenas de trabalhadores ficaram feridos e alguns até mesmo morreram. O fato passou a ser considerado um símbolo da luta da classe laboriosa. Três anos depois, em 1889, agora em Paris, foi decretado o dia 1º de maio, pelo Congresso Operário Internacional, como o Dia Internacional dos Trabalhadores. Tal foi o efeito da luta dos trabalhadores por uma jornada de trabalho dignamente reduzida que, em 1890, por incrível coincidência, justamente o governo dos Estados Unidos foi o primeiro a declarar a jornada com a limitação de oito horas diárias.

Verifica-se, portanto, que a redução e limitação da jornada de trabalho de modo a equilibrar trabalho e descanso possui três vieses: a) o viés biológico, uma vez que o descanso é necessário à recuperação física e mental do trabalhador, o que evita o surgimento de doenças ocupacionais; b) viés social, uma vez que permite ao trabalhador o convívio com sua família, bem como lhe permite gozar dos inúmeros entretenimentos disponíveis; c) viés econômico, já que permite uma adequada divisão do trabalho, o que enseja a contratação de um número maior de trabalhadores, de acordo com a necessidade que o empregador tem de manter a sua “máquina” funcionando.

Importante observação acerca do viés biológico da limitação de jornada é a trazida por Maurício Godinho Delgado (2016, p. 954):

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.

Em se tratando do viés social diz respeito ao tempo em que o empregado vai dispor de convívio em família e em atividade de lazer.

Relacionando ainda o viés econômico demonstra a importância da distribuição da renda de maneira que quanto menor as taxas de desemprego mais desenvolvimento da população.

As ferramentas tecnológicas estão cada vez mudando e modernizando-se de maneira acelerada e para manter-se no mercado as empresas estão investindo pesado em inovação acarretando numa nova forma de se enxergar e distribuir a jornada de trabalho.

Modelos antigos de negócios e empreendedorismo precisam atualizar-se para manter-se relevantes haja vista a velocidade que as novas tecnologias vêm surgindo. Tal processo vem para solucionar problemas e criar soluções para as necessidades do mercado.

Diante disto, o empregado precisa também de uma mudança de comportamento profissional, adaptando seu modo de vida e trabalho e atualizando-se nas novas ferramentas tecnológicas.

As inovações tecnológicas mais relevantes no cenário atual são a robotização e a automação, ambas aumentam a produção em um menor espaço de tempo e ainda melhoram a qualidade e padronização dos produtos. Gerando ao empregador uma maior lucratividade.

Muitas são as correntes contrárias à automação, pois questionam qual seria o papel do homem no processo, e justificam o medo com o aumento do desemprego.

Todavia as tecnologias não vieram para roubar o papel do ser humano somente fazer com que as atividades repetitivas e cognitivas passem a ser feitas pelas máquinas dando espaço para que os trabalhadores possam realizar atividades mais prazerosas e menos rotineiras.

Desta forma os profissionais devem desenvolver novas habilidades para se manter no mercado de trabalho, melhorando e treinando os aspectos mais humanos e emocionais, aprimorando a criatividade e o senso crítico. Aumentando as habilidades na resolução de conflitos.

3.2 AS NOVAS ROTINAS DE TRABALHO EM CONFLITO COM OS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS SOCIAIS

As novas tecnologias permitem que o trabalhador, mesmo longe da sede das empresas, esteja conectado e monitorado pelo empregador, bem como acionado em seu momento de lazer.

Com a decretação da pandemia da COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde, a dinâmica dos novos e modernos mecanismos tecnológicos, foi essencialmente importante, tendo em vista que inúmeras medidas de urgência precisaram ser tomadas para a continuidade da economia mundial e brasileira.

A principal ferramenta utilizada foi adoção de medidas de distanciamento social, o que fez com que muitas empresas adotassem o teletrabalho.

Cassar (2012, p. 660) entende que o:

[...] teletrabalho também pode ser denominado trabalho periférico, trabalho a distância, trabalho remoto, e quer dizer prestação de serviço destinado a outrem sob a subordinação deste, exercida preferencialmente por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com suporte de modernos instrumentos e tecnológicas relacionada às telecomunicações e informativa.

Para Barbosa (2006, p. 619), o teletrabalho além de reduzir os custos com manutenção de acervo e redução dos gastos fixos com aluguel e demais despesas além da comprovação que o teletrabalho aumenta a produtividade dos empregados e para o empregado a diminuição do tempo perdido em deslocamento e o aumento do convívio familiar e tempo de lazer já seriam subsídios suficientes para justificar o aumento do número de pessoas laborando neste tipo de modalidade.

Belmonte (2007, p. 27) exemplifica em rol não taxativo alguns aspectos importantes a serem tratados em possível lei específica regulamentadora das relações teletrabalhistas:

É preciso regulamentar minimamente o teletrabalho e fortalecer a representação sindical, buscando o estabelecimento autônomo e heterônomo:

- de critérios de avaliação do vínculo; de normas de higiene e segurança no ambiente do trabalho prestado à distância;
- de critérios para inspeção do local de trabalho pelo empregador e pela DRT;
- da obrigação de fornecimento do equipamento e de condições de reembolso das despesas;
- de métodos de avaliação da produtividade e de escolha da lei aplicável à regência do contrato; de critérios de mensuração do tempo à disposição e períodos de descanso;
- de preferência no preenchimento de funções correlatas no quadro interno da empresa;

- de critérios para o monitoramento do uso dos aparatos eletrônicos; de direitos e restrições relativos ao uso do equipamento corporativo;
- de promoção da interação periódica entre trabalhadores e objetivos globais empresariais: com quem trabalha, com quem compete e para quem trabalha?
- de estabelecimento de equipes de revezamento, com horários e fusos definidos na prestação on line de trabalho internacional, como SAC.

Em contrapartida a desvantagem do modelo se dá pelo aumento do isolamento social e também na a dificuldade de demarcar o tempo de desconexão da atividade, visto que os limites entre a casa e o trabalho são difíceis de ser delimitados.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua meio ambiente do trabalho como sendo, *in verbis*:

[...] aquele em que os trabalhadores e os gestores colaboram para o uso de um processo de melhoria contínua da proteção e promoção da segurança, saúde e bem-estar de todos os trabalhadores e para a sustentabilidade do ambiente de trabalho tendo em conta as seguintes considerações estabelecidas sobre as bases das necessidades previamente determinadas: - questões de segurança e saúde no ambiente físico de trabalho; - questões de segurança, saúde e bem-estar no ambiente psicossocial de trabalho, incluindo a organização do trabalho e cultura da organização; - recursos para a saúde pessoal no ambiente de trabalho; e envolvimento da empresa na comunidade para melhorar a saúde dos trabalhadores, de suas famílias e outros membros da comunidade.

A CLT, em seus Arts.75-B e 75-C, descreve:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual [...]

Muito embora a legislação trabalhista disponha que deva constar a modalidade teletrabalho no contrato de trabalho, tratando-se a pandemia como uma situação emergencial, tais formalidades contratuais foram relativizadas.

O grande impacto na reforma legislativa atinente ao teletrabalho diz respeito inserção do inciso III junto ao artigo 62 da CLT, que passou a prever: Não são

abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: III - os empregados em regime de teletrabalho.

Ao se excluir o trabalhador em regime de teletrabalho das regras atinentes à limitação da jornada, inegavelmente ocorrem prejuízos ao direito a desconexão.

Histórica e sistematicamente interpretando-se o artigo 62 da CLT, é prevista a exclusão da limitação da jornada e do seu efetivo controle dos trabalhadores que detêm cargo gerencial (inciso II), para o qual a fidúcia atinente a função faz as vezes do próprio empregador, bem como dos trabalhadores que exercem atividade externa (inciso I), quando ocorre a impossibilidade do controle.

Sussekind (2005, p. 137) explica que:

[...] ter a Constituição de 1988 limitado a 'duração do trabalho normal' 'a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais' (art. 7º, XIII) não se atrita com essas disposições de caráter excepcional, como não vulnerou a redação anterior do art. 62. Primeiro, porque [...], o adjetivo 'normal' concerne a 'trabalho' e não a 'duração'. Depois, porque os empregados a que alude o inciso I do dispositivo em foco prestam serviços sem submissão a horário e fora do controle do empregador, enquanto os gerentes [...] desfrutam de posição singular [...] exercendo o poder de comando (diretivo e disciplinar).

Dessa forma, a simples inserção do inciso III não deve acarretar no afastamento de todo o trabalhador em teletrabalho da modalidade de controle de horário e jornada. Deve ser analisada no caso em concreto a efetiva possibilidade do controle da jornada, já que no direito do trabalho impera a primazia da realidade, o que afasta a aplicação das regras atinentes à limitação da jornada.

Essa análise se faz necessária do ponto de vista prático, jurídico e legal, uma vez que ao se interpretar que todo trabalhador em regime de teletrabalho está afastado do controle de jornada o direito a desconexão será diretamente afetado, possibilitando-se um acionamento sem prévio aviso, prejudicando diretamente o convívio familiar, em sociedade e recuperação física e mental do trabalhador.

Cairo Júnior (2013, p. 340) expressa:

Os meios fornecidos pelas novas tecnologias, que facilitam a produção da informação e a comunicação entre o empregador e o empregado, seriam, dentre outros, a microeletrônica informática (microcomputador), telefone fixo ou móvel, faz, videoterminal, videoconferência, etc.

Aliás, a própria CLT prevê no artigo 6º o seguinte:

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Dessa forma, em sendo possível o controle da jornada pelo empregador no caso em concreto, e não se distinguindo o trabalho realizado na sede da empresa ao realizado à distância na residência do empregado, a mera previsão do afastamento das regras atinentes ao controle de jornada não deverá subsistir.

Não se desconsidera que a modalidade teletrabalho é uma realidade que acompanhará cada vez mais a humanidade. Contudo, mesmo nessa modalidade de prestação de labor, o controle de jornada deve ser assegurado como medida a garantir a higidez física e mental do empregado.

Pretende-se com essa premissa assegurar o direito à desconexão, visando o restabelecimento das forças de trabalho ao empregado ainda que em regime de teletrabalho, posto que o trabalho é um pressuposto da dignidade da pessoa humana, mas sempre respeitadas as regras atinentes a sua limitação, assegurando-se também o direito ao lazer, elevado ao status de direito social.

3.3 A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO SURGIMENTO DO DANO EXISTENCIAL

A discussão sobre o conceito de responsabilidade civil é complexo e pertinente, conforme ressaltado por Oliveira (2001, p. 225):

O instituto da responsabilidade civil, apesar de suas raízes longínquas, continua desafiando os estudiosos e ocupando espaço considerável na literatura jurídica, pelas inúmeras discussões que ainda suscita. Antigas ideias são invocadas a todo momento para solucionar novas ocorrências, mantendo a efervescência saudável do debate jurídico.

A base nuclear legislativa da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é previsto nos artigos 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.”), 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e 927 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Verifica-se, portanto, que o pressuposto para a responsabilidade é a existência de um ato, seja ele comissivo ou omissivo, um dano, e a relação direta ou indireta entre o ato e o dano causado.

Stoco (2004, p. 127) ensina:

Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

Nasce, assim, então, a teoria da responsabilidade, que se espraia por dois campos distintos, consoante os bens jurídicos ofendidos e o respectivo vulto na escala de valores do direito posto: o civil e o penal.

Sob o enfoque civil, é necessária a análise das espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade.

Oliveira (2007, p. 94) entende a responsabilidade subjetiva como:

Pela concepção clássica da responsabilidade civil subjetiva, só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima. A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura do seguro de acidente do trabalho, conforme as normas da Previdência social.

Como requisitos, segue o mesmo autor:

[...] na responsabilidade subjetiva só caberá a indenização se estiverem presentes o dano (acidente ou doença), o nexo de causalidade do evento com o trabalho e a culpa do empregador. Esses pressupostos e são indicados no art. 186 do Código Civil e a indenização correspondente no art. 927 do mesmo diploma legal, com apoio maior no artigo 7., inciso XXVIII, da Constituição da República. Se não resta comprovada a presença simultânea dos pressupostos mencionados, não vinga a pretensão indenizatória, valendo registrar que, nesse caso, o ônus da prova é atribuído ao autor.”

Dessa forma, o cerne da responsabilidade civil subjetiva, também chamada de aquiliana, é a presença do elemento culpa, em qualquer de suas modalidades.

Godinho (2007, p. 620) afirma:

O terceiro requisito é finalmente, a culpa empresarial. De maneira geral, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes desde o momento a afirmação jurídica de tais tipos de indenização, a contar da Constituição de 1988, é necessária a configuração da culpa do empregador ou de suas chefias pelo ato ou situação que provocou o dano no empregado.

No âmbito da responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa é dispensado da existência, bastando para tanto o nexo e o dano decorrente.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2003, p. 43):

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio da equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes [...]. Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde, ou a outros bens, criando risco de danos para terceiros.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2002, p. 47) a define como

[...] uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente.

Em prosseguimento, cabe aqui a necessidade da demonstração do nexo causal entre a conduta perpetrada e o dano decorrente.

Rui Stoco (2004, p. 1216) entende da seguinte forma:

É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras: é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.

Cavalieri (1996, p. 48) lembra que “o conceito de nexa causal não é jurídico; decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Tem-se pelo nexa causal a relação direta de causa e efeito entre a conduta e o dano decorrente.

Por último e não menos importante cabe a análise do dano.

Maurício Godinho Delgado (2007, p. 619-620) explica que:

No tocante ao dano alegado, é necessária a evidenciação de sua existência. Ainda que se saiba não ser essa evidência necessariamente material, ela tem de ser aferida, no caso concreto, com consistente segurança. É claro que no dano material resultante de lesão acidentária podem ser mensurados ou estimados com certa precisão os danos emergentes e os lucros cessantes, uma vez que vinculados a despesas já feitas ou a se fazer em virtude da lesão, vinculando-se ainda à perda patrimonial efetiva ou estimada em decorrência da restrição ou inviabilização laborativas. No dano à imagem também é possível, muitas vezes, estima com maior precisão o valor econômico do prejuízo causado.

Nessa esteira de pensamento, cabe destacar que o direito ao lazer foi erigido a categoria de direito social, conforme se infere do artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito ao lazer encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, que traz em seu artigo 24 a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”.

Segundo Afonso da Silva (2001, p. 318):

Lazer e recreação são funções urbanísticas, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de constituírem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Lazer é a entrega à ociosidade repousante. Recreação é entrega ao divertimento, ao

esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos num, repletos de folguedos e alegrias em outro.

Não se pode assegurar o direito social ao lazer sem regras claras atinentes a limitação da jornada e descanso.

E sequer há de se cogitar um conflito deste direito social com a garantia da livre iniciativa insculpida no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal, que vem acompanhado dos valores sociais do trabalho.

Com base nessa premissa, a Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista passou a prever expressamente como bem jurídico tutelável o lazer, no artigo 223-C: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Dessa forma, o desrespeito ao direito ao lazer acarreta diretamente na ocorrência de um dano, no caso chamado dano existencial, uma nova categoria que corresponde ao dano à vida de relação.

Almeida Neto (2012, p. 18) esclarece:

Como foi idealizado, o dano à vida de relação, na sua essência, consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente, de desfrutar os prazeres propiciados por atividades recreativas, extra-laborativas as mais variadas, como praticar esportes, fazer turismo, pescar, frequentar cinema, teatro ou clubes etc..., interferindo decisivamente no seu estado de ânimo e, conseqüentemente, no seu relacionamento social e profissional, diminuindo suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, trazendo como consequência um reflexo patrimonial negativo.

Para entender a responsabilidade do empregador pelo surgimento do dano existencial, primeiramente faz-se a necessidade da compreensão do conceito de dano existencial.

Desta forma pode-se dizer que o dano existencial é considerado pela espécie imaterial, visto que se pode caracterizar por prejuízos que as condições exaustivas de trabalho bem como a falta de tempo no convívio social e familiar acarretam na vida do trabalhador.

Neste sentido Murilo Rosário (2016) descreve:

Doutrinariamente, o 'dano existencial' decorre da conduta patronal que viola qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa humana, causando uma alteração do empregado em executar o projeto de vida pessoal ou um impedimento do empregado em usufruir das diversas formas de relações pessoais e sociais fora do ambiente laboral.

O Tribunal Superior do Trabalho conceitua o instituto e sua aplicação nas relações de trabalho da seguinte maneira:

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais (TST-RR-1443-94.2012.5.15.0010, DJ 17.04.2015).

O dano ocorre quando o empregador deixa de cumprir com seus deveres contratuais, não concedendo férias no período descrito na CLT, violando direitos do trabalhador como por exemplo a pausa para alimentação e criando principalmente jornadas exaustivas e superiores às autorizadas pela CLT, resultando em um abalo psicológico, físico e também na diminuição do tempo de lazer e em família do empregado.

Para que o empregado tenha seus direitos assegurados, cabe ao Estado a tutela jurisdicional neste sentido Rafael Silveira de Souza (2015) argumenta:

[...] o dano à saúde também entendido como dano à vida ou dano biológico, desenvolveu-se rapidamente, desdobrando-se em outras espécies de direitos imateriais que necessitavam de proteção através da tutela jurisdicional do Estado, contudo não se enquadravam nos preceitos preexistentes. Tal celeuma descortinou-se no posicionamento jurisprudencial que entendeu, na ocasião, que o direito à saúde deve ser tido como direito fundamental, sendo, portanto, qualquer infringência a esse direito suficiente para a responsabilização do agente causador.

A jurisprudência tem decidido desta forma:

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE

VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013, DJ 11.10.2013).

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado

o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (RR – 727-76.2011.5.24.0002, DJ 19/06/2013).

Sua caracterização pressupõe elementos específicos, seja o dano ao projeto de vida e à vida de relações.

Frota (2013, p. 64) esclarece:

O dano ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre sua liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.

Dessa forma, a lesão tem consequência na alteração negativa ou supressão de possibilidades das quais o ofendido se utilizava para alcançar seus objetivos de vida.

Calgaro (2014, p. 37) esclarece:

Por mais individual que seja a essência do projeto de vida, este está cercado de múltiplos fatores externos que influenciam a escolha pessoal, resultando assim, na construção do projeto de vida motivado pela vivência simultânea dos demais indivíduos em determinado momento histórico. É vivendo com as pessoas de seu meio social que o sujeito constrói sua personalidade e amadurece enquanto ser humano, incorporando experiências e assegurando sentido à sua existência.

Ao contrário do prejuízo de vida, o dano causado a vida de relações advém das alterações substanciais de sua rotina que o privem, ainda que parcialmente, de exercer suas atividades do cotidiano.

Frota e Biãm (2010, p. 02) esclarecem:

[...] a existência humana digna [...] se vincula não apenas à incolumidade física, à sobrevivência biológica, à automanutenção financeira e ao exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais como também à integridade psíquica e ao bem-estar psicológico da pessoa natural, bem assim ao direito do indivíduo de escolher e realizar atividades (inclusive de concretizar metas) que dão sentido à sua vida e, ao mesmo tempo, não atentam contra o ordenamento jurídico.

No plano jurídico cabe ao empregador o ressarcimento pelo dano imaterial conforme é possível verificar na Carta Magna em seus artigos 1º, III e 5º, V e X. e também no Código Civil em seus artigos 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”), 927 (“Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) e 949.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

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; [...]

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

De acordo com tais artigos e com a comprovação do dano é possível que o empregador seja responsabilizado pelo dano causado.

E sua ocorrência possui relação direta com o direito à desconexão, na medida em que justamente ao ser o empregado tolhido do convívio familiar ou social com o desrespeito aos intervalos para repouso e recuperação da capacidade de trabalho, há dano direto no projeto de vida e na vida em sociedade.

Cabe aqui destacar que o dano existencial se difere do dano moral ou mesmo da perda de uma chance. Apesar de serem espécies de dano extrapatrimonial, estes não se confundem.

O dano existencial frustra um projeto de vida do indivíduo, distinguindo-se do dano moral, conforme Colnago (2013, p. 57): “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”.

Em se tratando da perda de uma chance, deve pressupor a probabilidade de um resultado aguardado, que se tornou inexecutável em virtude da lesão sofrida, conforme Venosa (2012, pp. 309-310):

[...] a chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir [...], mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.

E diante da conceituação dos institutos, sua distinção é feita por Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 47):

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado.

E no que tange à quantificação, a Lei 13.467/17 trouxe elementos a serem considerados, conforme artigo 223-G:

Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

Diante disto pode-se perceber que as novas tecnologias vêm trazendo ao mercado uma nova forma de atuação. Entretanto, isso não quer dizer que as

jurisprudências e as ferramentas jurídicas disponíveis vão em desencontro com a proteção do trabalho justo e humano.

Pode-se cogitar ainda que o dano existencial foge à esfera do direito individual heterogêneo, e atinge um grupo de trabalhadores, uma classe ou até mesmo a sociedade em si.

Isso porque os danos decorrentes do excesso de jornada de trabalho e consequentemente a exaustão do trabalhador pode ocasionar seu afastamento previdenciário, inclusive sob a espécie acidentária - o que acarreta no acionamento da Seguridade Social, para a qual há a contribuição de toda a sociedade no financiamento, sendo este um dos exemplos.

Aliás, ocorre nessa situação a violação também ao direito fundamental à saúde, conforme Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 41) esclarecem:

O direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores no ambiente de trabalho e visa promover a sua incolumidade física e psíquica durante o desenvolvimento da sua atividade profissional, de modo que o trabalho possa ser executado de forma saudável e equilibrada e que o trabalhador possa de lá sair em condições de desenvolver outras atividades, desfrutando assim dos prazeres de sua existência enquanto ser humano.

Embora possa parecer contraditório quando se fala em Direito do Trabalho, falar-se em direito ao não trabalho, todavia quando analisado o direito à desconexão, isto não se refere ao não trabalho integral, mais sim a quantidade de tempo suficiente para que trabalhador possa ter sua vida privada preservada e sua saúde física e mental em dia.

[...] o não trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela definição do mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo (SOUTO MAIOR, 2011, p. 54).

Neste sentido Souto Maior (2003, p. 03) enumera alguns assuntos para refletir: em primeiro plano a preocupação com o não trabalho em um mundo em que a inquietação com o desemprego é um traço marcante.

Em segundo, destaca que embora seja dito que os avanços tecnológicos estão roubando o trabalho do homem, o que se observa é o oposto, pois a tecnologia é quem está escravizando o homem.

Por fim, Souto Maior descreve que as novas tecnologias possibilitam ao homem fontes quase que infinitas de informação.

Segundo Alvarenga e Boucinhas Filho (2013, p. 33) quando o direito à desconexão é violado e o dano existencial ao trabalhador é comprovado, deixando de usufruir os prazeres da sua própria existência, deixando de executar seus projetos de vida, devido ao excesso de trabalho, pode-se ver o dano existencial.

Para Almeida Neto (2005, p. 62):

O dano existencial, em suma, causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade - no aspecto de felicidade e bem-estar- comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela reiterado, anulado, uma aspiração legítima [...]

A flexibilização do trabalho possibilitada pelos avanços tecnológicos, acarreta em muitas hipóteses de abuso de direito, principalmente ao que se diz respeito ao direito à desconexão.

A Carta Magna por sua vez positivou o não trabalho, que deve ser preservado e assegurado ao trabalhador, a fim de evitar as explorações laborais e garantir os direitos fundamentais.

Ao haver seu descumprimento, inegavelmente acarretará a responsabilização do empregador pelo dano existencial causado, seja pelo desrespeito ao projeto de vida ou vida em sociedade do empregado.

3.4 NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO QUE GARANTA O DIREITO AO ÓCIO-ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 4044/2020

A Legislação infraconstitucional há muito tempo vem evoluindo no sentido de garantir, gradativamente, direitos visando a desconexão do trabalho.

E o início de todo direito e garantia inicia-se com a duração do trabalho em si, que deve ser diferenciado dos conceitos de Jornada de Trabalho e Horário de Trabalho.

Duração do trabalho pode ser conceituada como o tempo de trabalho legalmente outorgado ou oferecido contratualmente ao empregado. É a noção mais ampla entre as três anteriormente citadas.

A CLT regulamenta a duração do trabalho dedicando Capítulo próprio, composto pelos artigos 57 a 75, que tratam da jornada, sua duração semanal e os intervalos.

A jornada de trabalho possui um significado mais restrito, e trata-se do tempo diário em que o empregado coloca-se à disposição de seu empregador, durante um dia. Daí dizer-se que a expressão comumente usada “jornada diária”, em verdade, é uma redundância, pois, toda a jornada é, necessariamente, diária. A palavra tem origem na noção de dia, por exemplo, no italiano, giornata (giorno – giornata).

Neste sentido, o artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) “Art. 4º Considera-se como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Horário de trabalho, por fim, trata-se da duração efetiva de trabalho, com seu início e fim detalhadamente especificado, inclusive com a observância dos intervalos intra e interjornada.

Segundo Arnaldo Süssekind (2000) horário de trabalho é “a fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho e, se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição [...]”.

A Constituição Federal prevê em seu art. 7º, em seus incisos XIII, XIV e XV, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

Ainda, o inciso XXII do mesmo art. 7º da Constituição Federal prevê como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Ou seja, é inegável que o constituinte de 1988 elevou

as normas de limitação da jornada de trabalho ao caráter de norma de segurança e medicina do trabalho.

O saudoso mestre José Afonso da Silva (2001, p. 298) preleciona que:

O repouso do trabalhador é outro elemento que se inclui entre as condições dignas de trabalho. Fora desumano o sistema de submeter os trabalhadores a trabalho contínuo em todos os dias da semana e do ano, sem previsão de repouso semanal remunerado, sem férias e outras formas de descanso. Atenta a isso é que a Constituição, seguindo evolução que vem de cartas magnas anteriores, assegura: (a) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (b) gozo de férias anuais, remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, que devem ser pagas antes de seu início, pois se visa, com o terço a mais, possibilitar ao trabalhador efetivo período de descanso; não se especifica, no nível constitucional, quantos dias, mas a lei reconhece o direito a trinta dias, por princípio; (c) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias [...]

No âmbito infraconstitucional, a limitação da jornada é tratada no artigo 58 da CLT, ao estabelecer o seguinte: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

Visando adequar juridicamente uma realidade prática, houve a inclusão do artigo 58-A na Consolidação das Leis do Trabalho, para regulamentar o trabalho em tempo parcial, prevendo novamente uma limitação da jornada de trabalho:

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

Existem ainda exceções a limitação da jornada diária, tais como a modalidade de compensação de jornada e banco de horas, ambas visando uma flexibilização das normas trabalhistas. Tal realidade é visualizada no artigo 59 da CLT, ao estabelecer:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

[...]

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das

jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

[...]

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Sem adentrar ao controvertido tema da constitucionalidade das alterações realizadas pela Lei 13.467/17, a intenção na presente descrição é de que há efetiva preocupação legislativa quanto ao instituto da limitação da jornada de trabalho, ainda que diante de regras visando a flexibilização da jornada de trabalho, tais como o banco de horas e compensação de jornada.

Aliás, Navarro e Padilha (2007, p. 14) ponderam:

Neste cenário, podemos observar uma contradição marcante: enquanto parte significativa da classe trabalhadora é penalizada com a falta de trabalho, outros sofrem com seu excesso. Além da precarização das condições de trabalho, da informalização do emprego, do recuo da ação sindical crescem, em variadas atividades, os problemas de saúde, tanto físicos quanto psíquicos, relacionados ao trabalho. A busca da compreensão desta questão nos remete à discussão acerca das mudanças do processo de trabalho no capitalismo que expressam a necessidade constante de reprodução ampliada do capital ao longo de sua história.

A questão se mostra tão controvertida e atual no âmbito dos Tribunais que no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho existe a Súmula 85, que estabelece:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá

ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Referidos institutos jurídicos intentam assegurar ao trabalhador um período de inatividade, adentrando justamente no direito à desconexão do trabalho nos horários de inatividade. E justamente visando tratar do tema atinente ao não acionamento durante um intervalo de tempo advém o conceito de intervalos.

Vólia Bonfim Cassar (2012, p. 735), ao tratar do tema conceitua os intervalos concedidos aos empregados da seguinte maneira:

Os intervalos ou períodos de descanso são lapsos temporais, remunerados ou não dentro ou fora da jornada, que têm a finalidade de permitir a reposição das energias gastas durante o trabalho, proporcionando maior convívio familiar, social e em alguns casos, para outros fins específicos determinados pela lei, tais como alimentação, amamentação, etc.

Quanto à natureza jurídica, a mesma doutrinadora (2012, p. 735) destaca que:

A natureza jurídica do intervalo é de direito, algumas vezes caracterizado em interrupção contratual, quando computado na jornada ou no contrato, outras vezes como suspensão. Enquanto empregado é um direito, para o patrão é um dever, porque este tem a obrigação de concedê-lo.

Inicialmente, cabe obtemperar a disposição do artigo 71 da CLT:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos

empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

§ 5º O intervalo expresso no caput poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem.

Referido dispositivo legal trata do intervalo para repouso e alimentação, comumente chamado de intervalo intrajornada para o trabalhador urbano.

No dito período de inatividade, é assegurado ao trabalhador o afastamento durante a jornada de trabalho de suas atribuições visando restabelecer a força produtiva, período em que não pode ser acionado ou permanecer à disposição do empregador para atendimento de intercorrências, sob pena de desvirtuamento do instituto e desrespeito justamente ao direito de desconexão.

Há de se destacar que outras categorias igualmente detêm referido benefício, conforme bem destaca Cassar (2012, p. 736):

[...] 10 minutos de descanso a cada 90 minutos de trabalho - mecanografia - artigo 72 da CLT - computa no tempo de serviço (NR 17 da Portaria N. 3.214/78; 10 minutos de descanso a cada 90 minutos de trabalho - médico - artigo 8º, §1º da Lei 3.999/61 - computa tempo de serviço; 15 minutos de descanso a cada 3 horas consecutivas de trabalho - minas de subsolo - artigo 298 da CLT - computa; 15 minutos para repouso e alimentação - regra geral para o trabalho superior a 4 horas, limitado a 6 horas por dia - artigo 71, §1º da CLT - não computa; - 20 minutos de descanso a cada 3 horas de trabalho 0 telefonista - artigo 229 da CLT - computa; 20 minutos de descanso a cada 1h40min - frigorífico - artigo 253 da CLT c/c Súmula 438 do TST - computa 30 minutos de descanso duas vezes ao dia 0 amamentação - artigo 396 da CLT - computa; uma hora de descanso entre o turno diurno e noturno extra - operadores cinematográficos - artigo 235 - não computa; uma a duas horas para repouso e alimentação para jornadas superiores a seis horas - regra geral - artigo 71 da CLT - não computa; descanso de cinco ou mais horas para o rural em atividade intermitente - artigo 10, parágrafo único, do Decreto 73.626/74 - não computa.

Aliás, o desrespeito ao dito intervalo possui sanção própria prevista na Legislação acima descrita, com o pagamento de maneira indenizada do período de descumprimento do intervalo.

Neste tópico se faz necessário destacar que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento em sentido contrário, consubstanciado na súmula 437, ao estabelecer o seguinte:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO.
APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

Há de se destacar a contradição existente entre o entendimento sumular e o texto legal indicado, na medida em que a súmula data do ano de 2012, enquanto a alteração legislativa decorreu da reforma trabalhista do ano de 2017, que deverá acarretar na alteração do entendimento jurisprudencial.

Avançando acerca do tema, destaca-se também a previsão do artigo 66 da CLT que estabelece o seguinte: “Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”.

Referido dispositivo legal trata do instituto do intervalo entrejornadas, visando assegurar um período de inatividade ao trabalhador de no mínimo 11 horas entre duas jornadas de trabalho.

No âmbito jurisprudencial, o tema é igualmente tratado pela súmula 110 do Tribunal Superior do Trabalho:

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

Os efeitos decorrentes do descumprimento dos intervalos aqui tratados, sob o aspecto econômico, acarreta no adimplemento de maneira indenizada no período suprimido, acrescido do adicional de 50%, conforme dispositivo previsto no §4º do já citado artigo 71 da CLT.

Sob o aspecto administrativo, o empregador está sujeito a aplicação de multa administrativa pela Secretaria do Trabalho e Emprego, conforme previsto no artigo 75 da CLT.

Outras modalidades de não acionamento do empregado merecem destaque e serão a seguir tratados.

A todo trabalhador é assegurado um repouso semanal remunerado de, no mínimo 24 horas consecutivas, que deverá preferencialmente coincidir com o domingo.

Sob o aspecto histórico, Bezerra Leite (2019) destaca:

O repouso semanal ou hebdomadário tem origem religiosa e seu escopo é propiciar ao trabalhador o refazimento das energias despendidas durante uma semana de trabalho. O repouso semanal remunerado é estendido aos dias considerados feriados civis ou religiosos.

Sua regulamentação é tratada pela Lei 605/49, que estabelece o acréscimo de um sexto na remuneração do trabalhador (artigo 3º) e sob o aspecto monetário, o desrespeito acarreta no pagamento em dobro do dia trabalhado, salvo quando o empregador determinar outro dia de folga (artigo 9º).

Na hipótese de concessão do intervalo após o sétimo dia, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial 410, que estabelece:

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CONCESSÃO APÓS O SÉTIMO DIA CONSECUTIVO DE TRABALHO. ART. 7º, XV, DA CF. VIOLAÇÃO. (DEJT divulgado em 22, 25 e 26.10.2010) Viola o art. 7º,

XV, da CF a concessão de repouso semanal remunerado após o sétimo dia consecutivo de trabalho, importando no seu pagamento em dobro.

O maior período de inatividade do empregado diz respeito às férias.

No que tange ao histórico, Cassar (2012, p. 747) descreve:

O Brasil foi o terceiro país do mundo a conceder férias anuais remuneradas de 15 dias consecutivos a empregados. Inicialmente, o direito estava previsto no Aviso Ministerial datado de 18 de dezembro de 1889, expedido pelo então Ministro da Agricultura. [...] todavia, a eficácia desta lei só foi atingida com o Decreto n. 23.103/33. Aos poucos, outras categorias foram atingidas pelas alterações legais para gozarem, também, do direito às férias até que a CLT (1943), em seus arts. 129 a 153, incluiu todos os empregados no benefício.

O objetivo de sua concessão é assegurar que o trabalhador elimine as toxinas decorrentes da fadiga, assegurando um restabelecimento das condições físicas e mentais do trabalhador.

Russomano (2005, p. 333) aponta seis fundamentos para as férias, a saber: a) fisiológico; b) econômico; c) psicológico; d) cultural; e) político e f) social.

- fisiológico: o excesso de trabalho traz a fadiga, O repouso contínuo por 30 dias repõe as energias.
- econômico: o empregado descansado produz mais e com maior satisfação;
- psicológico: o afastamento do trabalho propicia momentos de relaxamento, diversão viagens ou descanso. Este necessário repouso ajuda no equilíbrio mental do trabalhador;
- cultural: de acordo com Russomano, no período de férias o empregado abre seu espírito para coisas alheias ao terra a terra, abrindo-se para outras culturas;
- político: se traduz na utilidade das férias como mecanismo de equilíbrio da relação trabalhador x empresário;
- social: porque aproxima o trabalhador da família, dos amigos e da sociedade neste período de descanso.

Sua natureza jurídica é híbrida, conforme Bezerra Leite (2019):

As férias possuem natureza jurídica híbrida em relação ao empregado, visto que se evidencia como um direito fundamental do trabalhador ao descanso, cuja gênese se assemelha à dos demais descansos concedidos ao obreiro (proteção à saúde física e psíquica, aumento da produtividade, diminuição dos acidentes do trabalho, intensificação da circulação de riquezas etc.) e como um dever fundamental do trabalhador, na medida que este deve se abster de prestar serviços ao mesmo ou a outro empregador durante suas férias, salvo em caso de vínculo empregatício previamente existente com outro empregador (art. 138 da CLT). No que se refere ao empregador, as férias têm

natureza jurídica de dever de não exigir ou dar serviço do trabalhador durante o período de férias.

Salvo na questão relativa ao trabalho em tempo parcial, as férias são de 30 dias, via de regra concedidas de forma contínua, sendo excepcional a concessão de forma fracionada.

É a redação do artigo 134 da CLT:

Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

[...]

§ 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Visando assegurar a possibilidade de convívio familiar e social, tendo como objetivo a proteção à família: Art. 226: A família base da sociedade tem especial proteção do Estado, o Legislador de maneira perspicaz assegurou que membros de uma mesma família possuem a prerrogativa de gozarem de férias no mesmo período.

É a redação do artigo 136, §1º da CLT:

Art. 136 - A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador.

§ 1º - Os membros de uma família, que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não resultar prejuízo para o serviço.

Avançando no tema proposto no trabalho, na perspectiva do empregado, o desrespeito aos intervalos de não acionamento acarretam em efeitos nefastos para a recuperação da força de trabalho e descanso tanto físico quanto mental, afetando diretamente na desconexão.

Vólia Bomfim Cassar (2012, p. 660), descreve que o direito a desconectar significa:

O trabalhador tem direito à 'desconexão', isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

Avançando no tema, o inciso XXII do mesmo art. 7º da Constituição Federal prevê como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Segundo Bezerra Leite (2019, p. 1084), a geração de meio ambiente do trabalho:

[...] está relacionada com os direitos humanos, notadamente o direito à vida, à segurança e à saúde. Esses direitos, na verdade, constituem corolários dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Supera-se, assim, a concepção tradicional da doutrina juslaboralista pátria, calcada apenas nas normas técnicas da CLT e das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, que preconizam o meio ambiente do trabalho tão somente sob a perspectiva da medicina, higiene e segurança do trabalho.

A Constituição Federal neste sentido tratou de fundamentar em seu artigo 200, inciso VIII que o SUS (Sistema Único de Saúde) tem competência para assegurar um ambiente de trabalho salubre e seguro.

No mesmo dispositivo legal ainda descreve acerca do Meio ambiente do Trabalho os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Art. 7º [...]
 XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
 XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou, na forma da lei;
 XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A CLT, em seu art. 157 regulamenta os deveres dos empregadores com relação ao meio ambiente de trabalho: “Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; [...]”.

Outras vertentes de segurança e medicina do trabalho foram igualmente tratadas em normas reguladoras do Ministério do Trabalho e na Lei 6.514/77.

Segundo Vólia Bomfim (2012, p. 964): “o desenvolvimento da atividade laborativa naturalmente expõe o trabalhador a inúmeros fatores de risco e agressões à saúde e a higiene física, clamando por urgente proteção”.

Com objetivo de reduzir os riscos que o empregado se expõe diariamente em seu ambiente de trabalho é necessário a aplicação e fiscalização das normas criadas para a segurança dos empregados.

Entretanto, o ambiente de trabalho nem sempre consegue ser eficientemente controlado, é o caso do trabalho remoto, teletrabalho, trabalho domiciliar, trabalhadores externos.

Quando tratado o direito à desconexão, o:

[...] teletrabalho também pode ser denominado trabalho periférico, trabalho a distância, trabalho remoto, e quer dizer prestação de serviço destinado a outrem sob a subordinação deste, exercida preferencialmente por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com suporte de modernos instrumentos e tecnológicas relacionada às telecomunicações e informativa (CASSAR, 2012, p. 91).

A CLT em seu Art.75-B descreve:

“Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Em se tratando da ciência jurídica, Barbosa (2006, p. 618) engrossa a corrente doutrinária predominante, relativa ao teletrabalho, considerando a natureza contratual ligada principalmente ao objeto do contrato, podendo este ser civil, comercial ou trabalhista.

Tal natureza jurídica do contrato demonstra nos dias atuais inúmeras vantagens tanto em âmbito econômico e financeiro para os empregadores como no caráter pessoal do empregado, sem valor falar no aspecto social, com a redução de pessoas circulando pelas ruas.

Desta maneira pode-se perceber que o direito à desconexão é inerente ao direito primário à saúde e lazer do trabalhador bem como ao ócio.

Tem-se a consciência do direito do empregado resistir ao cumprimento de ordens ilegais, que visam afetar o direito à desconexão, já que os poderes diretivo e disciplinar possuem seus limites bailados pela lei e pelo contrato de trabalho.

Martinez (2012, pp.04-05) esclarece:

[...] o poder patronal, que não é ilimitado, encontra no direito de resistência operária um contraponto. Esse direito de oposição a excessos patronais é caracterizado pela desobediência legitimada em

nome da proteção de bens jurídicos mais elevados do que o próprio emprego [...]. Nestes moldes, o *ius resistentie* começará quando o *ius variandi* tiver extrapolado o seu limite. Assim, na forma indicada no adágio popular segundo o qual “um direito começa quando o outro termina”, a atuação patronal encontrará sua fronteira na própria lei ou na proporcionalidade.

Entretanto, durante a execução do contrato de emprego referido poder de resistência se mostra mitigado, sendo necessário assegurar ao trabalhador uma legislação específica sobre o assunto.

O projeto de Lei 4.044/2020 proposto pelo senador Fabiano Contarato (REDE-ES), traz a abordagem em que o empregador não deve considerar o funcionário a sua disposição a qualquer tempo.

Como visto, as novas tecnologias facilitaram os excessos por parte dos empregadores, contatando o empregado a todo momento mesmo em períodos de férias ou em seu momento de lazer e descanso.

A principal mudança com a aprovação PL 4044/2020, justamente diz respeito ao direito à incomunicabilidade por parte do patrão a seus funcionários nos horários de folga ou férias.

A importância do respeito aos intervalos, interrupções e suspensões do contrato de trabalho já foram explorados e são assegurados inclusive na Constituição Federal, citando-se por exemplo as férias e limitações da jornada de trabalho. Entretanto, mostra-se de suma importância a regulamentação do tema no âmbito infraconstitucional, tendo em vista as novidades sociais e tecnológicas.

A pandemia da COVID-19 teve um aumento significativo no número de pessoas trabalhando em teletrabalho por consequência também no aumento das reclamações trabalhistas que tratam do assunto.

Tais mudanças implicaram também na mudança e adaptação da Justiça do Trabalho, trazendo como resultado uma maior segurança para ambas as partes.

O PL 4044/2020 prevê penalizar de forma mais assertiva tais excessos, como o pagamento de horas extras por parte do empregador ao trabalhador quando solicitado fora do horário de expediente, mesmo que este seja chamado de forma eletrônica pelos dispositivos tecnológicos modernos.

A principal preocupação do Projeto de Lei é definitivamente com a saúde mental do trabalhador que em muitos momentos trabalha de forma ininterrupta, sem o devido descanso.

Os TRT-1 e TRT-3 têm julgado da seguinte maneira:

INTERVALO INTRAJORNADA. DIREITO À DESCONEXÃO. O artigo 71 da CLT contém norma de ordem pública, e o direito ao intervalo para refeição e descanso é medida de higiene e segurança do trabalho, do qual não se pode dispor sem prejuízo dos princípios protetivos do direito do trabalho. No caso dos autos, o demandante não usufruiu verdadeiramente o direito à desconexão, com liberdade para decidir o que fazer ou não fazer, ou até mesmo o local onde gostaria de dormir durante o seu período de descanso diário, hipótese análoga ao disposto no inciso II, da Súmula nº 428, do C. TST, já que a qualquer momento poderia ser chamado para o serviço durante o seu horário de repouso. Recurso patronal a que se nega provimento. (RO 01008595320195010471 RJ, DJ 30/09/2020).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: 'A responsabilidade civil disciplinada nos artigos 186 e 187 do Código Civil decorre da comprovação de um dano patrimonial ou extrapatrimonial e do nexo de causalidade entre a conduta ilícita do ofensor e do dano efetivamente sofrido pela vítima. Em relação aos danos extrapatrimoniais, a responsabilidade por danos morais decorre da proteção constitucional dos direitos da personalidade reconhecida pelo art. 5º incisos V e X, exigindo-se para a compensação da ofensa a comprovação do fato suficiente a repercutir na honra objetiva ou subjetiva do ofendido, bem como a existência de conduta ilícita do ofensor e do nexo de causalidade entre a conduta e a lesão. Instruído o feito, a testemunha do autor afirmou que'...18. O depoente se recorda quando o autor chegou a trabalhar com o braço quebrado; 19. A empresa não aceitava atestados médicos E se o funcionário não trabalhasse, simplesmente não recebia o salário. ". Na espécie, em que comprovada a recusa patronal ao recebimento de atestado firmado por esculápio, em flagrante desrespeito ao direito legal e com prejuízo ao autor, que se viu obrigado à prestação de serviços mesmo sem aptidão para tanto, conclusiva a violação aos direitos da personalidade e o direito à reparação respectiva." (Fragmento sentencial de lavra da MMª. Juíza do Trabalho Karla Santuchi) (RO 00104670520165030152 MG, DJ 25/06/2019).

Em que pese as dificuldades legislativas enfrentadas para a regulamentação de todas as matérias em geral, tendo em vista o processo legislativo brasileiro, a necessidade de se enfrentar a questão atinente ao direito ao ócio pelo Parlamento se mostra premente, especialmente no atual contexto social.

A cada momento o trabalhador se mostra mais vulnerável diante do acionamento para a prestação de serviços, independente do horário do dia ou mesmo da noite, causando um desgaste físico e mental indescritíveis.

Referidos males não se restringem ao âmbito pessoal. Há prejuízo direto no âmbito social afetando diretamente o convívio com terceiros, já que o ser humano é

considerado social e depende necessariamente do convívio com outras pessoas para alcançar sua plenitude.

Reflexos diretos também ocorrem perante o Poder Público, com a possibilidade de afastamentos previdenciários, cujo sistema atual é conceituado como universal e custeado por todos os envolvidos - Governo, empregado, empregador e sociedade.

Sem a fixação de limites claros ao poder diretivo do empregador, diante da clara submissão do empregado durante a execução do contrato de trabalho, não se mostra viável alcançar a melhoria da condição social exigida pelo *caput* do artigo 7º da Constituição Federal.

Sob o viés patronal a necessidade de regulamentação do tema é igualmente essencial para se garantir a segurança jurídica indispensável a toda relação interpessoal, fixando-se claramente quais os direitos e obrigações dele decorrentes.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico é composto de regras, princípios, leis, doutrinas, jurisprudência, usos e costumes e demais instrumentos jurídicos, os quais servem de base para a organização de toda a vida em sociedade.

A ideia central é sempre garantir a segurança jurídica e estabilização das relações e conflitos, visando tanto a melhoria da condição de vida quanto o progresso social.

Com base nessas premissas, o Direito do Trabalho possui especial destaque e se mostra de suma importância, tendo em vista que se trata de uma relação via de regra mais pessoal, com envolvimento direto entre as partes.

Com base na análise dos direitos humanos, que ao serem positivados na Constituição alcançam status de direitos fundamentais, a inserção dos direitos sociais dentro do rol de direitos e garantias constante do Título II da Constituição Federal desponta em especial destaque.

Sua oposição supera a relação entre Estado e indivíduo, sendo oponível nas relações entre terceiros, ainda que sobreposta a autonomia da vontade, uma vez que se utilizando da ponderação, regras de natureza trabalhista visam assegurar especialmente a saúde e segurança do trabalhador, preocupações prementes perante a sociedade.

Dessa forma, a limitação da jornada aliada às regras de suspensão e interrupção do trabalho visam assegurar o direito do trabalhador se desconectar do ambiente laboral, proporcionando o restabelecimento das condições físicas e mentais do empregado.

Como amplamente destacado, o interesse em assegurar referida desconexão ultrapassa o interesse individual dos envolvidos, tratando-se de matéria de interesse social e econômico, ocasionando reflexos tanto positivos quanto negativos na vida em sociedade.

Ao ser tolhido referido direito do empregado, o excesso de trabalho e falta de convívio social ocasiona até mesmo a responsabilização do empregador, que pode ser condenado ao pagamento de indenização correspondente.

Sob o viés social, igualmente pode ser demandado ainda que em ação regressiva pelo Órgão Previdenciário, no caso deste ser o responsável pelo adimplemento de auxílio doença acidentário.

Diante das novas tecnologias surgidas e alteração da dinâmica social, a presença física do empregado torna-se cada vez mais dispensável para a execução do serviço contratado.

Justamente por esse fato, a regulamentação visando assegurar a limitação do horário de trabalho merece destaque e preferência, sob pena da submissão do empregado ao poder hierárquico do empregador acarretar no desrespeito a limitação da jornada de trabalho e afetar diretamente o direito à desconexão.

Nesse sentido, o PL 4044 merece especial destaque por prever a proibição do empregador acionar o empregado durante o período de descanso, utilizando-se de qualquer meio telemático, salvo as hipóteses de necessidade imperiosa causada por caso fortuito ou força maior, quando ainda se tratar de serviço inadiável ou possibilidade de prejuízo manifesto.

Visando ainda assegurar o direito ao não acionamento, referido projeto prevê ainda uma vedação ao poder disciplinar do empregador, ao estabelecer que a ausência de resposta por parte do empregado não é considerada falta funcional.

De acordo com as novas dinâmicas sociais, há previsão expressa da exclusão do trabalhador de grupos de mensagens e do número privado do trabalhador para seu acionamento durante as férias, podendo ainda o empregador reter o aparelho exclusivo do trabalho.

Cabe ainda destacar a necessidade de atualização do conceito de sobreaviso previsto no artigo 244 da CLT, inserindo no conceito o controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, que até então não existem literalmente no texto da Lei.

Por último e não menos importante, referido projeto prevê a exclusão do inciso III do artigo 62 da CLT, incluído com a Reforma Trabalhista de 2017 e conforme tratado, em descompasso com a realidade, já que a execução da atividade de forma remota por si não exclui o trabalhador do controle de jornada. Não se trata de desestimular o teletrabalho em si, mas sim de garantir que essa modalidade de prestação de labor seja acompanhada dos instrumentos de controle de jornada como medidas a garantir a desconexão, o pleno lazer e vida de relações.

Dessa forma, é necessário garantir a segurança jurídica atinente às relações mantidas entre os particulares, sem nunca deixar de se pensar na necessária proteção das regras relativas à limitação da jornada e direito ao descanso, tão necessários aos empregados, visando assegurar uma ponderação dos interesses.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994 (1. Aufl., 1985).
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial**: A tutela da dignidade da pessoa humana. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALMEIDA NETO. Amaro Alves de. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o Direito do Trabalho. **Revista de Direito Trabalhista**, v. 19, n. 3, mar. 2013.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Revolução Industrial e Capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Inglesa**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BARBOSA, Robison Luís Duarte. O teletrabalho dentro de uma visão mais ampla da subordinação jurídica. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 3 n. 2, p. 607-628, set. 2006. Acesso em: 01 fev. 2021.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho no Brasil. **Anuario de la Facultad de Derecho**, vol. XXVI, 2008
- BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Reflexões sobre os gritos de guerra adotados pelas empresas e as demandas indenizatórias neles baseadas.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20651/reflexoes-sobre-os-gritos-de-guerra-adotados-pelas-empresas-e-as-demandas-indenizatorias-neles-baseadas/2>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BONAVIDES, P. Bonavides. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 9. ed. São Paulo: Campos, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-lei no 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALGARO, Angélica Diane. **Dano Existencial nas Relações de Trabalho.** Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2522>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial decorrente de violações à jornada de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr.** São Paulo, v. 48, n. 143, dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho para os concursos de Analista e Técnico do TRT E MPU.** 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** Curitiba, v. 32, 1999.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno - Trabalho e Movimentos Sociais**. São Paulo: LTr, 2006. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, v. 24, n. 284, fev. 2013.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 106, n. 411, set./out. 2010

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**: gênese dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARSHALL, T.H., **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MURILO, R. **Dano existencial no Direito do Trabalho**. 2016. Disponível em <https://murilorosario.jusbrasil.com.br/artigos/113028683/do-dano-existencial-no-direito-do-trabalho>. Acesso em: 20 abr. 2021.

NAVARRO, V.L.; PADILHA, V. Dilemas do Trabalho no Capitalismo Contemporâneo. 19. ed. **Psicologia & Sociedade**; Especial 1, 2007.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **O Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e discurso sobre a economia política**. São Paulo: Hemus, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais?**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **Direito, arte e literatura**: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Malheiros, São Paulo, 1992

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima, **Instituições do Direito do Trabalho**. 19. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**, ano 8, n. 8, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições do direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, n. 25, p. 41-42, jan./abril 1989.