

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DANIELE PARMEGIANE

**DANO EXISTENCIAL: ANÁLISE DA JORNADA EXCESSIVA DE
TRABALHO E O TELETRABALHO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

MARÍLIA
2020

DANIELE PARMEGIANE

DANO EXISTENCIAL: ANÁLISE DA JORNADA EXCESSIVA DE TRABALHO E O
TELETRABALHO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

MARÍLIA
2020

PARMEGIANE, Daniele.

Dano existencial: análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana / Daniele Parmegiane; orientador: José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília, SP: [s.n], 2020.

156 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2020.

1. Dano Existencial. 2. Dignidade Humana. 3. Direitos Fundamentais. 4. Jornada de Trabalho. 5 Teletrabalho.

CDD: 341.6



CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Daniele Parmegiane

Título: “DANO EXISTENCIAL: ANÁLISE DA JORNADA EXCESSIVA DE TRABALHO E O TELETRABALHO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Em 28 de fevereiro de 2020, com início às 11:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Profª. Drª. Vanessa Vieira Pessanha (Universidade do Estado da Bahia - UNEB), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA. Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Orientador)
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Vanessa Vieira Pessanha
(Universidade do Estado da Bahia - UNEB)

Mestranda: Daniele Parmegiane

Marília, 28 de fevereiro de 2020.

Profª. Drª. Raquel Cristina Ferraroni Sanches
Pró-reitora Acadêmica
UNIVEM

Dedico este trabalho aos meus pais, Alécio Parmegiane e Leonice Dorta Parmegiane, pessoas a quem devo toda a minha gratidão pela vida e que amo infinitamente. Também, dedico a meu irmão Daniel; ao meu namorado Lucas e a todos meus familiares e amigos que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos bons ou ruins.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade de chegar até aqui, por sempre ter estado ao meu lado, sendo minha fortaleza. A caminhada da vida pode ser dura, mas com Deus nenhum sofrimento é para sempre!

Agradeço aos meus pais, Alécio Parmegiane e Leonice Dorta Parmegiane, que me proporcionaram tudo até hoje e sempre me proporcionarão, pois estão eternizados em minha vida, com todo amor e carinho. Os valores que me concederam durante toda a trajetória de nossas vidas guiaram, guiam e guiarão sempre minhas escolhas e atitudes. Eu sou imensamente grata por ser filha de vocês.

Agradeço a meu irmão, Daniel, pessoa que esteve comigo em momentos muito felizes, mas também que passou comigo por momentos difíceis, nos quais sempre estivemos juntos e fortes. Quero que saiba que te admiro e tenho muito orgulho do homem que se tornou. O agradecimento também é dedicado à sua esposa, Denise, e a meus sobrinhos, Antônia, Daniel e Clarice.

Agradeço ao meu namorado, Lucas, pessoa de coração bom que me conquistou e sempre está comigo em todos os momentos, apoiando-me e compreendendo-me; saiba que te admiro muito.

Agradeço, ainda, a toda minha família e amigos, pessoas essenciais em minha vida, que sempre estão comigo e ajudaram-me a compreender, assim como todos os outros já citados, que a vida se faz de momentos felizes ao lado de pessoas que amamos e que nos querem bem.

Meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador, Professor Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos, que me orientou da melhor forma, pessoa de extrema competência e conhecimentos, e que, a cada conversa, soube incentivar-me, de modo crescente, ao estudo e à satisfação de aprender. Meu muito obrigada.

Da mesma forma, agradeço aos demais professores e funcionários do UNIVEM, visto que todos sempre foram muito prestativos e, principalmente, pelas contribuições educacionais e profissionais.

*“Ainda que minha mente e meu corpo
enfraqueçam, Deus é a minha força, Ele
é tudo o que sempre preciso”
(Salmos 73:26).*

PARMEGIANE, Daniele. **Dano existencial: análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2020. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2020.

RESUMO

O dano existencial se caracteriza pelos elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, o nexos causal e o dano, sendo que possui, ainda, dois elementos específicos, o dano ao projeto de vida e a vida de relações. O primeiro se trata da frustração pela não realização de um planejamento pessoal, enquanto o dano à vida de relações é o impedimento da convivência familiar e social. Nas relações de trabalho, o dano existencial pode ocorrer quando o empregador viola os direitos fundamentais do trabalhador, provocando a frustração pela não realização de um projeto pessoal ou o impedimento de conviver e interagir com os demais em atividades extralaborativas, causando prejuízos a qualidade de vida da pessoa humana. O presente estudo foi desenvolvido por meio do método dedutivo, com a utilização de técnicas bibliográficas, legislativas, documentais, digitais, jurisprudenciais, entre outras, e busca apresentar uma análise do dano existencial nas relações de trabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana, especialmente quando o trabalhador é submetido a uma jornada de trabalho excessiva, buscando-se, ainda, verificar o dano existencial a partir do teletrabalho, regulamentado pela Lei 13.467/2017, quando o empregador, mediante o controle virtual excede o poder diretivo e viola os direitos fundamentais do trabalhador. A linha de pesquisa utilizada foi a construção do saber jurídico com Área de concentração em Teoria do Direito e do Estado. Nesse sentido, aborda-se a dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao seu conceito, fundamentos e origem, tratando ainda da relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, fazendo-se breves considerações sobre cada dimensão dos direitos fundamentais. Em seguida, trata-se do direito do trabalho como direito fundamental, construindo sua origem em âmbito internacional, bem como na esfera do direito brasileiro, além de tratar dos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, ao meio ambiente de trabalho sadio, ao lazer e à desconexão; princípios basilares do direito do trabalho e advento da flexibilização das normas trabalhistas. E, por fim, analisa-se o próprio dano existencial, no que tange ao conceito e aos elementos caracterizadores, aprofundando-se no caso de dano existencial por jornada excessiva, fazendo-se, ainda, uma análise jurisprudencial. Conclui-se que a violação de direitos fundamentais dos trabalhadores provoca o dano existencial, atingindo diversos fatores da vida do trabalhador, razão pela qual é importante o equilíbrio entre tempo de trabalho e tempo livre.

Palavras-chave: Dano Existencial. Dignidade Humana. Direitos Fundamentais. Jornada de Trabalho. Teletrabalho.

PARMEGIANE, Daniele. **Dano existencial: análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2020. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2020.

ABSTRACT

Existential damage is characterized by the elements of liability, which are the illicit act, the causal link and the damage, and who has two elements used, the damage to the life project and relationship life. The first is frustration at not carrying out personal planning. While damage to the life of relationships is an impediment to family and social life. In labor relations, the existing damage can occur when the employer violates the fundamental rights of the worker, causes frustration for the accomplishment of a personal project or impedes the coexistence and interaction with others in extralaborative activities, damage to the quality of life of the employee. Human person. This study was developed through the deductive method, using bibliographic, legislative, documentary, digital, jurisprudential techniques, among others, and seeks to present an analysis of existential damage in labor relations from the perspective of the dignity of a human person. , especially when the worker is subjected to excessive working hours, seeking also to verify the existing damage from teleworking, regulated by Law 13.467 / 2017, when the employer, using the virtual control exceeds the directive power and violates the fundamental rights of the worker. The line of research used was the construction of legal knowledge with the Area of Concentration in Theory of Law and State. In this sense, addressing the dignity of the human person with regard to its concept, foundations and origin, addressing the relationship of dignity of the human person with fundamental rights, make considerations on each of the legal limits. Secondly, it deals with the right to work as a fundamental right, building its origin in the international sphere, as well as in the sphere of Brazilian law. and disconnection, basic principles of labor law and the advent of flexible labor standards. For example, analyze whether the existential damage itself, any kind of concept and characteristic elements, deepening in the case of existential damage by excessive working hours, making it also a jurisprudential analysis. It was concluded that the violation of workers' fundamental rights causes or causes damage, affecting several factors of the workers' life, which is why the balance between working time and free time is important.

Keywords: Existential Damage. Human Dignity. Fundamental Rights. Workday. Telecommuting.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CC – Código Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

CIPAs – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição República Federativa do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	15
1.1 Noções de dignidade da pessoa humana na perspectiva filosófica	15
1.2 Noções de dignidade humana na perspectiva jurídico-constitucional.....	19
1.2.1 Dignidade da pessoa humana como norma-valor na ordem-jurídica-constitucional	26
1.3 Direitos fundamentais e suas dimensões: breves considerações.....	32
1.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão	38
1.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	39
1.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	41
1.3.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão.....	42
1.4 Direitos fundamentais e princípio da proibição ao retrocesso	42
1.5 Princípio da proporcionalidade.....	48
2 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ASPECTOS HISTÓRICOS	54
2.1 Evolução histórica do direito do trabalho em âmbito internacional	54
2.2 O papel da Organização Internacional do Trabalho na efetivação do direito do trabalho nas constituições nacionais	60
2.3 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil.....	64
2.4 O valor social do trabalho como promoção da dignidade da pessoa humana e fundamento da ordem econômica e social na Constituição Federal de 1988	69
2.5 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador	72
2.6 Direito fundamental ao lazer e a desconexão do trabalho	79
2.7 Direito fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio.....	82
2.8 Princípios trabalhistas de maior importância: proteção ampla e indisponibilidade dos direitos	85
2.9 Advento da flexibilização das normas trabalhistas e seus limites	89

3 ANÁLISE DO DANO EXISTENCIAL TENDO EM VISTA A JORNADA EXCESSIVA DE TRABALHO, O TELETRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	96
3.1 O dano existencial no meio ambiente de trabalho: conceito e elementos.....	96
3.2 Dano existencial por jornada excessiva de trabalho.....	104
3.2.1 Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração	112
3.2.2 Requisito do dano: configuração, prova material e extensão	116
3.3 O dano existencial no teletrabalho a partir da lei 13.467/2017	123
3.4 Análise Jurisprudencial do dano existencial.....	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	140
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

Com a valorização do trabalho humano, passou-se a reconhecer que a pessoa, enquanto trabalhadora, é portadora de direitos fundamentais e merece ser tratada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O trabalho passou a ser visto como condição humana, sendo essencial para ser digno.

Com o passar do tempo, o trabalhador conquistou vários direitos, dentre eles, à limitação da jornada de trabalho, ao lazer, ao descanso, à saúde, ao meio ambiente de trabalho sadio, às férias, ao adicional noturno e, inclusive, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, amparado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos personalíssimos.

Assim, o excesso de jornada de trabalho, caracterizado pelo desrespeito dos limites legais, pode caracterizar ofensa aos direitos fundamentais do trabalhador, tendo em vista que viola as normas de duração do trabalho, causando prejuízos à qualidade de vida pela retirada do tempo livre para descanso e para convívio familiar e social, além do impedimento de realização do projeto de vida, dando origem ao dano existencial.

Nesse sentido, surge o dano existencial como um dano extrapatrimonial advindo da Itália que visa a proteção integral da pessoa humana, garantindo o direito à escolha, à liberdade e à autodeterminação sem interferência de terceiros, caracterizando-se por elementos específicos, quais sejam, o dano ao projeto de vida e/ou à vida de relações. Dessa forma, além dos requisitos da responsabilidade civil, conduta ilícita, nexos de causalidade e dano, é preciso que haja a frustração ao projeto de vida e à vida de relações.

Os fundamentos do dano existencial estão na Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º, inciso III, em que a dignidade da pessoa humana é instituída como fundamento do Estado Democrático de Direito, e artigo 5º, incisos V e X, nos quais está previsto o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, assim como estão no Código Civil, nos artigos 12, caput, 186, 187, 927, 944, que preveem a reclamação por perdas e danos em casos de lesão ao direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções.

Nas relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o empregador viola os direitos fundamentais do trabalhador, causando frustração na realização de um projeto de vida pessoal ou pelo impedimento de interação com outras pessoas em atividades fora do ambiente de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 223-B, acrescido pela

Lei 13.467/2017, a lei da reforma trabalhista, previu expressamente a reparação por dano existencial.

Contudo, algumas mudanças na legislação trabalhista, com o advento da reforma, favorecem a flexibilização das normas trabalhistas e a mitigação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, o que, conseqüentemente, leva a ocorrência de danos existenciais. Além disso, a tecnologia também tem incentivado a flexibilização das relações trabalhistas e intensificado a vinculação da pessoa ao trabalho, uma vez que a conexão laboral muitas vezes é mantida mesmo nos momentos de descanso, prejudicando a qualidade de vida.

Cumprir evidenciar que as novas ferramentas de trabalho, como aplicativos de mensagens instantâneas, redes sociais, dentre outras, quando utilizadas de maneira abusiva pelo empregador, podem significar ameaças aos direitos fundamentais como o lazer e o descanso, pois as pessoas estão cada vez mais conectadas ao mundo virtual, muitas vezes fora do horário de trabalho, mas em favor deste, confundindo o tempo de trabalho com o tempo livre.

Diante dessas transformações sociais, é importante a instrumentalização do Direito do Trabalho para solucionar os diversos conflitos originados da relação entre empregado e empregador, de modo a evitar que os direitos fundamentais sejam violados em benefício do poder econômico. Ademais, é necessária a reflexão sobre o impacto do excesso de trabalho sobre a qualidade de vida do trabalhador, a fim de promover a conscientização da amplitude e gravidade dos problemas que podem ser gerados.

Para melhor contextualização, é válido mencionar que a tecnologia deu origem à modalidade de teletrabalho, caracterizada pela prestação de serviços fora do estabelecimento do empregador, utilizando-se dos meios telemáticos. Com a reforma trabalhista, tal modalidade de trabalho foi regulamentada, entretanto, previu-se a exclusão do teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, uma vez que o legislador compreendeu que nesse caso não era possível o controle de jornada. No entanto, compreende-se como temerária tal previsão legislativa, posto que os recursos tecnológicos permitem a fiscalização e o controle da prestação de serviços, sendo assim, é possível, também, que haja o controle virtual do trabalho, fato que invalida a justificativa para exclusão do teletrabalhador.

Dado o exposto, é preciso ressaltar que o trabalho é primordial à subsistência do ser humano, mas é primordial que os demais direitos fundamentais e a dignidade humana também sejam respeitados para que, assim, haja o pleno desenvolvimento da pessoa enquanto ser social. É nesse contexto que o direito à desconexão, fundamentado no direito ao lazer, à limitação da jornada de trabalho e ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecido como um direito ao não trabalho, ou seja, um direito do trabalhador de utilizar do seu tempo livre da

forma como desejar, dedicando-se às atividades relacionadas à sua vida pessoal e que lhe tragam bem-estar e felicidade.

Em termos de validação, utilizando-se do método dedutivo, com a utilização de técnicas bibliográficas, legislativas, documentais, digitais, jurisprudenciais, entre outras, pretende-se analisar o dano existencial sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando decorrente da submissão do trabalhador a uma jornada de trabalho excessiva. De maneira mais específica, pretende-se analisar os impactos da tecnologia sobre as relações de trabalho, especialmente, no que diz respeito ao teletrabalhador quando submetido a uma jornada extenuante de trabalho em razão do excesso de controle por parte do empregador, propiciado pela utilização exacerbada das novas tecnologias e dos meios de comunicação.

Sendo assim, o estudo inicia-se com a abordagem da dignidade da pessoa humana, sua origem, conceito e fundamentos histórico-filosóficos, além das dimensões dos direitos fundamentais, objetivando-se demonstrar a relação entre eles e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em continuação, trata-se da evolução histórica do direito fundamental ao trabalho, mediante a construção do direito do trabalho no âmbito internacional, bem como no cenário jurídico brasileiro, por meio da análise dos textos constitucionais, com o propósito de verificar a conquista do direito social ao trabalho, reconhecido na Constituição Federal de 1988, no qual a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho e a ordem social possui como base o primado do trabalho. Ademais, trata-se dos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, ao meio ambiente de trabalho sadio, ao lazer e à desconexão, bem como dos princípios basilares do direito do trabalho e advento da flexibilização das normas trabalhistas.

Por fim, propõe-se analisar o próprio dano existencial, estudando sua origem, seu conceito e seus elementos caracterizadores, aprofundando-se no caso de dano existencial por jornada excessiva, de modo a verificar os critérios objetivos de sua configuração e a necessidade de prova de interferência na vida da vítima. Ainda, no capítulo, dispor-se-á sobre o dano existencial a partir do teletrabalho na Lei 13.467/2017, examinando como o uso da tecnologia, de forma abusiva pelo empregador para controlar a jornada de trabalho, pode caracterizar o dano existencial. A título de confirmação, encerra-se com análises jurisprudenciais, verificando como os tribunais brasileiros vêm reconhecendo o dano existencial e fundamentando suas decisões.

Tais reflexões são importantes para compreender como a violação dos direitos fundamentais do trabalhador e a conexão excessiva com o trabalho podem refletir sobre a vida

da pessoa humana, impedindo-a de realizar os seus projetos de vida e de ter convivência social e familiar em decorrência da jornada extenuante. Logo, para que a dignidade da pessoa humana seja assegurada, é de extrema importância a reflexão sobre a necessidade de desconexão do trabalho e o equilíbrio entre o tempo de labor e o tempo livre.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor compreender o âmbito de proteção tutelado pelo dano existencial, é necessário que o estudo deste trabalho, inicialmente, trate da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, inicia-se com a abordagem dos fundamentos filosóficos e jurídicos da dignidade da pessoa humana, a fim de demonstrar e compreender sua origem e conceito. Eis que também é importante verificar a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque constituído como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Ainda neste capítulo, assenta-se a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, fazendo-se breves considerações sobre cada uma de suas dimensões. Em adição, é analisado o princípio de vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, para demonstrar a importância da proteção do núcleo mínimo dos direitos fundamentais por meio da garantia da segurança jurídica, bem como é tratado o princípio da proporcionalidade, pois, por meio deste, busca-se fornecer um critério para analisar a constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais.

1.1 Noções de dignidade da pessoa humana na perspectiva filosófica

Buscar a ideia de dignidade da pessoa humana na atualidade é uma tarefa complexa, tendo em vista que são inúmeras as divergências doutrinárias e concepções espalhadas pelo mundo, todavia, cumpre ressaltar que, de início, a noção de dignidade como valor intrínseco ao ser humano nasceu no pensamento clássico e no cristianismo. Dessa forma, faz-se necessária uma análise da perspectiva histórica e filosófica da dignidade da pessoa humana para, então, adentrar-se no seu conceito.

Para Martins (2011a, p. 21), a filosofia grega contribuiu para o pensamento ocidental culminando num novo modo de pensar, mais racional, o qual fez superar a mitologia e criou a ideia de que o homem possui racionalidade, sendo capaz de decidir suas próprias condutas conforme as leis naturais ou natureza humana.

Vale ressaltar que, no pensamento da antiguidade clássica, a dignidade humana era constatada, a princípio, por meio da posição social ocupada pelo cidadão e o nível de seu reconhecimento pelos demais membros da sociedade, de modo que havia pessoas mais e menos dignas (SARLET, 2012b, p. 34-35).

Por sua vez, no pensamento estoico, a dignidade era considerada uma qualidade inerente a todo ser humano, o que o fez diferente dos demais seres, sendo todos os seres humanos dotados da mesma dignidade, que se encontra vinculada à consciência de liberdade pessoal de cada indivíduo (SARLET, 2012b, p. 35).

Nesse íterim, o filósofo romano Marco Túlio Cícero desenvolveu uma teoria de que os homens, pela sua própria natureza humana, estão sujeitos às mesmas leis naturais, nas quais é proibido que se prejudique um ao outro. Assim, nota-se que a noção de dignidade se vincula com a exigência de respeito que faz jus cada ser humano (SARLET, 2012b, p. 35).

A partir das formulações de Cícero, no sentido de compreensão de dignidade desassociada da posição social, desenvolveu-se, em Roma, um duplo significado no que diz respeito à noção de dignidade da pessoa humana. De um lado, o homem possui dignidade em razão da sua própria natureza humana, sendo o único ser racional; por outro, com cunho relativo, a dignidade está relacionada à sua posição social, que pode ser alterada no decorrer de sua existência (SARLET, 2012b, p. 35-36).

Como bem ressalta Ruotolo (2010, p. 125-126), no pensamento de Cícero, no grego romano e até mesmo no pensamento cristão, a dignidade adquire um duplo significado, sendo “dádiva” e “conquista”, isso porque, observa-se a existência de uma dignidade inata, que advém da condição do ser humano de ser feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial, ou melhor, adquirida, que diz respeito a viver conforme os ditames cristãos.

No que tange ao ideário cristão, verifica-se que se agregou dignidade ao homem em razão deste ter sido feito à imagem e semelhança de Deus. Nesse sentido, Martins (2011a, p. 22) ressalta que “esse pensamento significa uma grande mudança na reflexão filosófica, visto que representa a ideia de uma igualdade inerente a todos os homens e não somente aos escolhidos: Deus não faz distinções, todos merecem o mesmo respeito e consideração”.

Visto isso, observa-se que os ditames cristãos impõem a noção de igualdade perante todos os homens e, conseqüentemente, impõem também que todos são dotados da mesma dignidade.

Durante a Idade Média, as concepções cristãs foram fortemente sustentadas por São Tomás de Aquino, um dos primeiros filósofos a se referir expressamente ao termo dignidade humana, que para ele possui vínculo com conceito de pessoa, que, por sua vez, significa uma substância individual de natureza racional, da qual sobressai a qualidade única e inerente a todos os seres humanos, a racionalidade, fazendo com que todos os seres humanos sejam iguais em dignidade, porque são todos portadores da mesma racionalidade e, também, porque são todos criados à imagem e semelhança de Deus (MARTINS, 2011a, p. 24).

Com o início dos séculos XVII e XVIII, o pensamento jusnaturalista influenciou no desencadeamento de um processo de racionalização e laicização do conceito de dignidade humana, contudo, ainda assim, foi mantida a ideia de igualdade entre os homens no que refere à dignidade, com o fundamento de que o homem é um ser racional e moral, distinguindo-se dos demais (SARLET, 2012b, p. 38).

Entretanto, foi com a concepção de Immanuel Kant que se afastou os ideais cristãos e firmou-se a noção de que a dignidade decorre da autonomia ética do ser humano. De acordo com Sarlet (2012b, p. 40), “Kant assinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação das leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana”.

Posto assim, Kant (1980, p. 134-135) afirma:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Na visão de Kant, compreende-se que todo o ser humano é portador de um atributo peculiar e insubstituível, que é a capacidade de raciocinar e agir de acordo com a sua própria autodeterminação, não podendo ser objeto de disposição da vontade de outrem. Nesse contexto, Kant (2000, p. 140) assinala que:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Sob a perspectiva da visão kantiana, Rocha (1999, p. 26) ressalta:

O que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

Dessa forma, as noções de Kant atribuem à dignidade uma condição acima de qualquer apreciação, ou seja, é dada a ela uma qualidade peculiar. Barroso (2011, p. 18-19) sintetiza as ideias de Kant da seguinte forma:

[...] a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade (BARROSO, 2011, p. 18-19).

Contudo, a concepção de Kant sofreu algumas críticas, como a desenvolvida por Hegel, que sustentou que a dignidade não é uma qualidade inerente ao ser humano, mas sim deve ser conquistada pelo homem ao passo em que é reconhecido como portador de direitos (SARLET, 2012b, p. 45).

De acordo com Sarlet (2012b, p. 45-46), a teoria desenvolvida por Hegel se distingue das demais, porque não condiciona a qualidade humana à racionalidade, mas propõe que, para que um cidadão tenha dignidade, devem-lhe ser reconhecidos direitos, ou melhor deve ser dada proteção a estes direitos, bem como deve ser protegido o desenvolvimento da individualidade e enquadramento do cidadão no seio social.

Feitas algumas ponderações sobre a evolução da concepção filosófica da dignidade da pessoa humana, vale registrar que, há muito tempo e até os dias atuais, ela ocupa posição central no pensamento filosófico, político e jurídico, sendo compreendida como valor fundamental da ordem jurídica na maioria dos Estados Democráticos de Direito (SARLET, 2012b, p. 47-48).

Nesse sentido, conforme Sarlet (2012b, p. 48):

Da concepção jusnaturalista – que vivenciava seu apogeu justamente no século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia de dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente da sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Dessa forma, como bem observa Sarlet (2012b, p. 48-49), foi admitida, sobretudo, por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica para dignidade da pessoa humana, o que pode causar algumas críticas no sentido de que não se trata de um

conceito intercultural, o que dificultaria, inclusive, a sua universalização, servindo como fator impeditivo para a globalização da dignidade num contexto multicultural, o que será tratado no próximo tópico.

1.2 Noções de dignidade humana na perspectiva jurídico-constitucional

Após as considerações feitas, é possível extrair algum significado do que se entende por dignidade da pessoa humana, porém, uma definição clara e objetiva ainda está distante de ser alcançada, inclusive, quando se pretende obter um significado no âmbito de proteção jurídica.

Para Sachs (2000, p. 173), a dificuldade enfrentada para compreender o sentido de dignidade humana reside principalmente no fato de que diversamente das demais normas jusfundamentais, ela não trata de questões específicas da existência humana como integridade física, intimidade, vida ou propriedade, por exemplo, mas, na verdade, refere-se a uma qualidade considerada inerente a todo o ser humano.

Embora tenha-se construído alguns contornos do conceito e conteúdo jurídico de dignidade, ainda inexiste uma concepção pacificamente aceita, pois a elaboração de uma definição concreta diverge do ideal de pluralismo e da diversidade de valores das sociedades contemporâneas. Assim, a dignidade humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, também requer uma constante limitação por meio das práxis jurídicas (SARLET, 2012b, p. 52).

Ocorre que não se pode desistir de buscar o conceito e a fundamentação da dignidade humana para que sirva de instrumento de concretização da mesma, pois, caso contrário, será transformada em um tabu ou numa ferramenta com aplicação arbitrária no caso concreto (SARLET, 2012b, p. 52).

De modo complementar, Barroso (2011, p. 19) ressalta que a dignidade da pessoa enquanto categoria jurídica deve ser dotada de conteúdos mínimos que deem objetividade a sua aplicação e interpretação, pois, caso contrário, pode ser transformada em embalagem para qualquer produto, tornando-se um mero instrumento retórico.

Ademais, cumpre ressaltar que a ideia de dignidade como qualidade intrínseca e irrenunciável da pessoa humana deve, também, ser reconhecida, protegida, promovida e respeitada, não podendo ser retirada, ainda que seja possível a sua violação (SARLET, 2012b, p. 52-53).

Dado o exposto, é necessário que o direito, com a finalidade de promover e proteger a dignidade humana, elabore uma definição jurídica para ela, uma vez que se trata de um valor peculiar da natureza humana (SARLET, 2012b, p. 53).

Nesse passo, Sarlet (2012b, p. 54) ressalta:

[...] não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parecer ser a opinião largamente majoritária – independentemente das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com os seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Nas palavras supracitadas, observa-se a dignidade humana como um atributo intrínseco da pessoa humana e, portanto, não pode ser desconsiderada em nenhuma hipótese, nem mesmo para aqueles que cometem as atitudes mais bárbaras. No mesmo sentido, registra-se, ainda, as palavras de Barroso (2011, p. 23):

É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.

Convém ressaltar que a Declaração Universal da ONU (Organização das Nações Unidas) reconheceu que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade” (DECLARAÇÃO, 1948).

Dessa forma, sob o que dispõe a Declaração Universal da ONU e a doutrina majoritária, observa-se que o elemento central da noção de dignidade humana continua sendo a teoria de Kant, no sentido de que deve prevalecer a autonomia e o direito de autodeterminação de cada pessoa (SARLET, 2012b, p. 56).

Sarlet (2012b, p. 56) ressalta que, a autonomia defendida se refere, em verdade, à liberdade em abstrato, sendo a capacidade que cada ser humano possui de autodeterminar suas ações, não dependendo da efetiva realização. Dessa maneira, o autor acentua a ligação entre dignidade e liberdade, sendo a garantia dos direitos de liberdade, assim como a proteção dos demais direitos fundamentais uma das mais importantes exigências da dignidade da pessoa humana.

Em acréscimo, é importante consignar que não se pode considerar a dignidade humana única e exclusivamente como um atributo inerente ao ser humano, uma vez que também possui um sentido cultural e é fruto das lutas de toda a humanidade e de diversas gerações, por isso as dimensões da dignidade se complementam e interagem (SARLET, 2012b, p. 57).

Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana não possui um significado universal e imutável, pois não é possível dizer que seu conteúdo representa uma determinada e única visão de mundo, devendo ser constantemente objeto de reconstrução. A par disso, vale frisar a lição de Ernest Benda (1984, p. 23), segundo o qual, para que a noção de dignidade não dissolva como um mero apelo ético, é necessário que seu conceito seja estabelecido na situação do caso concreto da ação estatal e no comportamento de cada pessoa.

Nesse sentido, Sarlet (2012b, p. 58) salienta que a dignidade atua como limite e tarefa dos poderes estatais, assim como da população de um modo geral, o que acaba remetendo para uma dimensão dúplice, na qual está de um lado a dimensão defensiva e do outro a prestacional da dignidade humana.

Em análise a essa perspectiva da dignidade como limite e tarefa, vale assinalar que há quem defenda que a dimensão dúplice da dignidade se manifesta simultaneamente com a autonomia da pessoa humana e a necessidade de assistência por parte do Estado e da comunidade, principalmente, quando a pessoa é fragilizada ou tem a capacidade de autodeterminação reduzida ou ausente. Assim, segundo Sarlet (2012b, p. 61), a dignidade na sua perspectiva assistencial poderá prevalecer sobre a dimensão autonômica, visto que, faltando condições de decidir de forma responsável, poderá perder a capacidade de autodeterminação, mas ainda resta o direito de ser tratado com dignidade.

Tal conceito está embasado na visão de Dworkin (1998), que busca demonstrar a dificuldade de explicar como se dá o direito ao tratamento com dignidade àqueles que, em certas ocasiões, perderam a capacidade de autodeterminação. Dworkin (1998, p. 307-309) entende que a dignidade possui voz ativa e passiva, sendo elas conectadas de modo que, no valor intrínseco de todo o ser humano, está a explicação para o fato de que todos, inclusive aqueles que já perderam a consciência, merecem ter a dignidade promovida e respeitada.

Para defender seus argumentos, Dworkin (1998, p. 310) reporta-se a Kant (1980, p. 134-135), ao mencionar que o ser humano nunca poderá ser tratado como objeto, ou seja, como mero instrumento para realização de fins de outrem.

Assim, observa-se que a dignidade atua, também, como uma vedação à instrumentalização humana, ou seja, proíbe a disponibilização do outro com o fim de alcançar certo objetivo.

Ainda, na perspectiva da dignidade humana como limite à ação estatal, contra ações públicas que violem a dignidade e como tarefa à qual tem a meta de proteção e promoção da mesma, merece ser destacada que não apenas os órgãos estatais estão vinculados à dignidade, mas, também, os particulares, como lembra Sarlet (2012b, p. 132):

[...], não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias a dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer inclusive contra agressões de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados. Assim, percebe-se desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivas e proteger a dignidade dos indivíduos.

Assim, percebe-se que, para além dessa vinculação tanto na dimensão positiva quanto negativa em relação ao Estado, também há vinculação a todos os particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2012b, p. 133-134) ressalta também que esse dever de respeito e proteção se faz ainda mais importante quando há opressão socioeconômica exercida pelos poderes sociais, a qual é das maiores inimigas dos direitos fundamentais e das liberdades. Nesse contexto, atualmente, em razão da globalização econômica e das privatizações, tem-se observado o aumento dos níveis de exclusão social e a elevação do acúmulo de poder econômico das grandes corporações, fato que requer atenção e análise.

Um ponto interessante que também é pauta para Sarlet (2012b, p. 134-135), diz respeito à dignidade enquanto proteção, focalizando a questão de que o poder público também está obrigado a intervir nos atos pessoais, ainda que voluntários, que atentem contra a dignidade, uma vez que esta é irrenunciável em termos de uma eficácia vinculante. Assim, é necessária a análise da dignidade da pessoa concretamente considerada e uma ponderação de interesses, respeitando a autonomia da vontade, porém, avaliando o peso da dignidade.

Sobre esse aspecto, Sarlet (2012b, p. 136) expõe:

Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de uma dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito, por parte

de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.

Dessa forma, no caso de conflitos entre princípios ou direitos constitucionais, é necessário o uso da ponderação e hierarquização dos bens, com rigor a proteção à dignidade humana que, por sinal, é base e fundamentação para todos os demais bens fundamentais.

Enfim, outro aspecto relevante anteriormente abordado é a contextualização histórico-cultural da dignidade humana, pois, sob essa questão, surge a indagação se a dignidade não está acima das peculiaridades culturais, eis que, em certos locais e circunstâncias, determinada conduta é atentatória à dignidade enquanto em outras não o é, sendo práticas enraizadas no seio social de algumas comunidades, como exemplo, cite-se a pena de morte, que é praticada em diversos estados norte-americanos, mas que em outros países não é permitida por ser considerada um ato contra a dignidade humana. Assim, mesmo que seja possível elaborar um conceito universal, não há como evitar conflitos quanto a seu conteúdo e sua aplicação, principalmente, quando se avalia determinada conduta (SARLET, 2012b, p. 68).

Nessa postura, vale retomar o entendimento de Dworkin (1998, p. 305) que firma o posicionamento de existir o direito de todos de não serem tratados de forma indigna. Dessa forma, qualquer sociedade civilizada possui seus próprios parâmetros do que constitui dignidade, padrões que variam conforme a época e o lugar.

Portanto, não é possível aferir um conceito universal e satisfatório de dignidade da pessoa humana diante desse plano multicultural, mas isso não significa que não se possa buscar uma conceituação que acabe fazendo sentido no caso concreto (SARLET, 2012b, p. 70).

Sarlet (2012b, p. 71) faz uma reflexão importante:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Desse modo, percebe-se que para a ordem-jurídica-constitucional a concepção de dignidade da pessoa humana assume noções que não se podem restringir apenas ao conceito de homem-objeto, em outras palavras, homem-instrumento, visto que não pode ser considerada exclusivamente no sentido de exclusão de atos degradantes e desumanos, pois, assim, estar-se-

ia conferindo um âmbito de proteção da dignidade excessivamente restrito (SARLET, 2012b, p. 71-72).

Contudo, diante de todo o exposto, pode-se dizer que a dignidade ganha um caráter multidimensional, seja no sentido ontológico, histórico-cultural e sua dupla dimensão negativa e prestacional, em que pode ser incluída as dimensões objetiva e subjetiva, seja na condição de princípio ou norma embasadora dos direitos fundamentais (SARLET, 2012b, p. 72). Sarlet (2012b, p. 73) se propõe a construir um conceito jurídico de dignidade humana, reunindo todas as suas dimensões, conforme segue:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que o integram a rede da vida.

Para Sarlet (2012b, p. 73), tal conceito deve ser analisado sob a luz da relação existente entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, pois para ele ambas as noções somente são concretizadas e produzem efeitos quando relacionadas.

A partir das considerações feitas, observa-se, mais uma vez, que não é possível traçar de forma exata e definitiva a noção de dignidade da pessoa humana, visto seu caráter multidimensional, sendo, portanto, necessária, em certas ocasiões, uma análise do caso em concreto. Todavia, o que não pode ocorrer é a atribuição de uma noção vaga e retórica à dignidade humana sob o risco de ser banalizada.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi a primeira Constituição pátria da história que dispôs em um título próprio sobre os princípios fundamentais, com a finalidade de lhe conferir a qualidade de norma embasadora e informativa de todo o ordenamento jurídico, principalmente, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012b, p. 75).

Todavia, a primeira a fazer referência à dignidade humana, ainda que timidamente, foi a Constituição de 1934, na qual se expressou a necessidade de que a ordem econômica fosse estruturada de maneira que possibilitasse a todos uma existência digna (MARTINS, 2011a, p. 47).

A Constituição de 1937 não fez qualquer menção à dignidade humana, inclusive, por seu contexto de características autoritárias (MARTINS, 2011a, p. 47). Já a Constituição de 1946 retomou os ideais da Constituição de 1934, citando a garantia ao trabalho como meio de garantir a existência digna; entretanto, foi apenas com a Constituição de 1967, que se mencionou, pela primeira vez, a dignidade humana num formato principiológico, estabelecendo que a ordem econômica teria por fim realizar a justiça social (MARTINS, 2011a, p. 48).

Seguindo a linha do tempo, convém salientar que a Constituição Federal de 1988 evoluiu significativamente quanto à normatização do princípio da dignidade humana, pois a transformou num valor fundamental da ordem jurídica, decretando-o, em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Assim, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico para a ordem jurídica, pois superou todos os modelos até então vigentes, no que diz respeito à promoção da dignidade humana, instituindo-a como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Inclusive, outros trechos da Carta Magna de 1988 também mencionam de forma direta e indireta a dignidade humana como vemos ao prever um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, preocupando-se não somente com a instituição, mas também com a efetivação desses direitos, conferindo ao Estado e ao cidadão uma função ativa.

Para Rocha (1999, p. 27), a introdução do princípio da dignidade humana nos textos constitucionais foi algo que acentuou o homem como valor supremo e que rompeu com os padrões jurídicos até então vigentes, conforme se vê no trecho a seguir:

A entronização do princípio da dignidade da pessoa humana nos sistemas constitucionais positivos, com o sentido em que agora é ele concebido, é, pois, recente e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico (ROCHA, 1999, p. 27).

Portanto, percebe-se que são várias as funções do princípio da dignidade no ordenamento jurídico-constitucional que podem ser incitadas.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana como norma-valor na ordem-jurídica-constitucional

Ao prever a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inc. III, da CF, a maioria dos doutrinadores entendem que o legislador a inseriu na condição de princípio jurídico-constitucional, servindo como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Sarmiento (2016, p. 78-79) afirma que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito desdobra-se em dois planos: o da legitimidade moral e o hermenêutico. No caso da legitimidade moral, justifica-se, porque defende que o Estado e a ordem jurídica existem em razão da pessoa humana, cabendo a eles o respeito aos direitos humanos e à democracia. Quanto ao papel hermenêutico, como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana deve guiar os processos de interpretação, integração e aplicação do direito.

Para Silva (1998, p. 92), a CF-88, ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito, atribuiu a ela um valor supremo do País, da República, da Democracia e do Direito, tornando-se não apenas um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica e cultural, e, por esse motivo, possui natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Nesse sentido, Martins (2011a, p. 73) afirma:

[...], sublimar a dignidade da pessoa humana como fundamento implica agregar à própria noção de República e de Estado Democrático de Direito um valor histórico e concretamente condicionado, ou se preferirmos, um dado empírico, já que o valor dignidade da pessoa humana só se pode aferir a partir de uma perspectiva concreta que contemple a pessoa humana como ser dotado de uma dignidade própria; não enquanto categoria jurídica meramente ideal e abstrata, mas enquanto pessoa real. Isto significa que no constitucionalismo brasileiro contemporâneo os conceitos de Estado, República e Democracia são funcionalizados a um objetivo, a uma finalidade, qual seja, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. De tal modo que privar a pessoa humana de sua dignidade quer por ação quer por omissão, constitui afronta ao Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira.

Para Sarlet (2012b, p. 82), o reconhecimento da dignidade humana pela ordem jurídico-positiva não significa que a dignidade na condição de valor ou atributo exista apenas se reconhecida pelo Direito, mas em verdade, acredita-se que o nível de reconhecimento e

proteção da dignidade outorgada pela ordem jurídica depende da dimensão jurídica da dignidade no âmbito constitucional como norma fundamental.

Além disso, vale frisar que, a partir da concepção já consagrada no sentido de que o dispositivo não se confunde com a norma nele contida, nem com os direitos por ele consagrados, verifica-se que o dispositivo constitucional que dispõe sobre a dignidade humana contém mais de uma norma e serve como fundamento de normas definidoras de direitos e garantias, assim como deveres fundamentais (SARLET, 2012b, p. 83).

Sarlet (2012b, p. 83-84) se posiciona no sentido de que, embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento na dignidade humana, não é possível reconhecer que exista um direito fundamental à dignidade.

Nessa linha de pensamento, Sarlet (2012b, p. 84) elucida que:

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

Destarte, Sarmento (2016, p. 88-89) complementa:

De todo modo, por uma razão lógica, é preferível afirmar-se que a dignidade é uma fonte de direitos não enumerados, e não propriamente um direito fundamental em si. Afinal, ela é o fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais, fica contraditório concebê-la também como um direito fundamental autônomo.

Convém ressaltar que qualificar a dignidade humana como um princípio fundamental significa dizer que o conteúdo do art. 1º, inciso III, da CF-88, não traz apenas um conteúdo moral e ético, mas sim uma norma jurídico-positiva que comporta um *status* constitucional formal e material, com eficácia, sendo, portanto, um valor jurídico fundamental (SARLET, 2012b, p. 84-85).

Todavia, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de norma jurídica, também pode assumir, além da sua função principiológica, a condição como regra jurídica, como bem demonstrou a teoria de Alexy (2006, p. 90-91), pois, para o autor, a dignidade da pessoa humana, na sua perspectiva principiológica, atua também como um

mandado de otimização, decretando algo que deve ser feito dentro dos parâmetros fáticos e jurídicos, ao passo que as regras impõem prescrições de conduta.

Assim, para Alexy (2006, p. 113), as normas possuem uma dupla estrutura, isto é, são compostas por princípios ou regras, no caso, a dignidade humana é formada por uma regra e um princípio, em que o conteúdo da regra é definido a partir da preferência do princípio da dignidade humana em face a outros princípios, assim, não é o princípio que é absoluto, mas sim a regra.

No entanto, há de se dizer que embora Alexy não considere o princípio da dignidade da pessoa humana absoluto, ele não sustenta que possa ser violada. Sarlet (2012b, p. 89) ressalta que ainda que a dignidade prevaleça sobre os demais princípios, ela pode ser relativizada, em virtude de igual dignidade a todos os seres humanos.

Frente ao que foi relatado, o que não se pode perder de vista é que a dignidade humana possui caráter normativo e vinculante, decorrendo, pois, consequências relacionadas à sua efetividade e eficácia, principalmente, no que diz respeito às suas funções como normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012b, p. 90).

Nessa linha, vale ressaltar a ideia de Martins (2011a, p. 54), no sentido de que a CF-88 atua como uma ordem objetiva de valores, visto que traz e dispõe sobre valores enraizados à comunidade em certo momento histórico. Sendo assim, o texto constitucional expressa um conjunto de valores construídos ao longo do tempo e que transmitem os fins de uma comunidade.

Diante disso, ainda que o sistema jurídico seja formado por regras e princípios, não pode ser negado que os valores são fontes de solução jurídica, como pontua Martins (2011a, p. 56-58) ao lembrar que os valores constitucionais atuam como conjunto axiológico fundamental para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, servindo como base para a hermenêutica e aplicação das demais normas.

Perez Luño (1999, p. 292) faz distinção entre valores e princípios, afirmando que estes possuem maior grau de concentração e especificação do que os valores em circunstâncias, pois podem ser aplicados e representam significado hermenêutico, bem como são fontes de valor, ao passo que os valores são metanormas em relação aos princípios e, portanto, normas de terceiro grau em relação às regras específicas.

Por sua vez, Martins (2011a, p. 60) destaca que ao se admitir que os princípios e valores compõem o sistema constitucional, a distinção entre eles perde a importância, haja vista que formam uma unidade normativa, estando no mesmo patamar hierárquico.

Todavia, ao pensar numa perspectiva de valor como fonte, observa-se a ideia de valor que possuiu proeminência axiológica sobre os demais, sem afastar outros valores essenciais como justiça social, liberdade, entre outros (MARTINS, 2011a, p. 60-61).

Assim, vale transcrever as palavras de Martins (2011a, p. 61):

A rigor, considerar a Constituição como ordem objetiva de valores implica admitir também que sempre haverá valores, que, historicamente e objetivamente, em face da sua relevância para a comunidade, são dotados de primazia axiológica sobre os demais. E quando analisamos a Constituição brasileira percebemos que o valor fonte do nosso sistema constitucional radica na dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa enquanto valor-fonte do sistema constitucional possui primazia sobre os demais valores, pois confere unidade axiológica-normativa aos demais dispositivos constitucionais e serve como parâmetro de interpretação a todo o ordenamento jurídico. Por isso, é possível dizer que a dignidade é um valor acima dos demais, razão pela qual deve ser preservada, sempre, diante de outros temas, ainda que jurídicos, pois possui preponderância axiológica, de maneira que os demais devem ser harmonizados e condicionados à sua conservação.

Sarlet (2012b, p. 91) leciona que “dentre as funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma ordem constitucional [...]”. Sob esta perspectiva da dignidade da pessoa humana como unidade axiológica, Martins (2011, p. 65) ressalta que, quando a Constituição previu um amplo rol de direitos fundamentais, fê-lo buscando efetivar o princípio da dignidade, tendo em vista que a mera menção ao princípio da dignidade humana, ainda que no texto constitucional, não seria eficaz sem a previsão de um núcleo básico de direitos aos cidadãos.

Dessa forma, vê-se que há uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, conforme enfatiza Sarlet (2012b, p. 101-102):

[...] o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde

houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade.

Nesse sentido, o pensamento de Rocha (1999, p. 28) corrobora o “valor fundante” do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que figura:

[...] como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Mormente, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a dignidade humana como um dos objetivos da República Federativa do Brasil e ao prever um amplo rol de direitos fundamentais, buscou efetivá-la de maneira concreta, de modo que o Estado passou a ter o dever de prover aos cidadãos condições materiais para uma vida digna por meio de políticas públicas ativas.

Ainda, acentua Rocha (1999, p. 29):

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como super princípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

Dessarte, é possível verificar que a dignidade da pessoa humana serve como parâmetro para a interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico. Para tanto, vincula o intérprete que deve observar seu conteúdo valorativo, lembrando que também existem outros valores constitucionais, os quais devem ser compatibilizados e harmonizados na interpretação à luz do caso concreto, ponderando que a dignidade da pessoa humana possui primazia sobre os demais, visto que é um fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para Sarmiento (2016, p. 92), o princípio da dignidade da pessoa humana tem sentido quando conexo com a compreensão de pessoa humana, vista como um fim em si mesma, e não como mero instrumento do Estado, da comunidade ou de terceiros, sendo merecedora de respeito e consideração pelos demais, como um ser autônomo e racional que também tem sentimentos, necessidades materiais e psíquicas, como ser social absorvido pelas relações intersubjetivas para a sua identidade e não como indivíduo desenraizado.

Sarmiento (2016, p. 92), ainda, propõe:

Dessa compreensão, emergem, *prima facie*, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o *valor intrínseco da pessoa humana*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

O autor, por fim, compreende que a igualdade não deve estar inclusa nos elementos do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que já é integrada por outro princípio constitucional expressamente positivado, o princípio da igualdade. Ademais, o autor comenta que os elementos se complementam e não são isolados uns dos outros, tendo em vista que todos direcionam-se à proteção integral da pessoa (SARMENTO, 2016, p. 93).

Para Rocha (1999, p. 32), a função do Estado, após a positivação da dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil, tornou-se concentrada no homem e na promoção e garantia de condições dignas de vida, por isso também atua como um impeditivo de mercantilização do homem, conforme segue:

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, conforme já anotado, porque com ele o sistema de Direito absorve um conteúdo ético axiomático, que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos (ROCHA, 1999, p. 32).

Dessa forma, as ações estatais, após o acolhimento do princípio da dignidade, devem ser inclusivas, isto é, devem adotar medidas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os façam integrantes do processo socioeconômico e político do país.

Rocha (1999, p. 33) ainda ressalta que o Direito atua como garantidor dos interesses sociais, ou seja, serve como impeditivo de prevalência dos interesses individuais e econômicos do mercado:

O Estado Social alterou esse quadro, passando a intervir no domínio econômico e ampliando o domínio jurídico exatamente para evitar que a lei de mercado, que é a lei do não-humano, a lei do preço, a lei do que é sujeito à avaliação e que avilta o homem transformando-o em objeto ou coisa mensurável, dominasse as relações econômicas, políticas e sociais (ROCHA, 1999, p. 33).

Ainda, de acordo com Rocha (1999, p. 34), a exclusão social é causada pelo liberalismo defendido pelo mercado econômico, conforme esclarece:

O liberalismo atual não quer o Direito, não pode com ele, não sobrevive se o homem puder ter a sua dignidade insculpida no sistema normativo fundamental e assegurada pela estrutura institucional. Daí por que se chega ao início de um novo século e de um novo milênio sob o signo da luta pelo primado da garantia da humanidade como elemento de respeito absoluto para que a dignidade do homem seja assegurada e seja ele o valor maior de todas as formas de convivência justa.

Assim, o modelo de Estado que busca o lucro a qualquer preço, é um Estado de exclusão e não de inclusão, em que o princípio da dignidade da pessoa humana não é praticado, pois representa apenas aquele que detém o poder econômico, fazendo do homem uma mercadoria social. Portanto, vê-se que a dignidade da pessoa humana atua, ainda, com o objetivo de impedir que o homem seja tratado como mercadoria e para que ele permaneça como valor supremo da ordem jurídica-constitucional.

1.3 Direitos fundamentais e suas dimensões: breves considerações

Antes de adentrar nas considerações sobre direitos fundamentais, vale esclarecer que existe a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Isto porque os direitos humanos são, em verdade, fonte de inspiração para os direitos fundamentais e, por isso, acabam sendo confundidos.

Os direitos humanos possuem caráter internacional, pois reconhecem o ser humano como tal, independente de certa vinculação à ordem constitucional, aspirando a validade universal para todos os povos, tendo como fonte tratados internacionais (SARLET, 2012a, p. 29).

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles positivados em cada ordenamento jurídico nacional e, portanto, variam conforme o contexto histórico de cada país, tratando-se, como bem acentua Silva (2017a, p. 181), de “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Para Sarlet (2012a, p.101-102):

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos),

muito embora – importa salientar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

É possível verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como base e fundamento do sistema de direitos fundamentais, uma vez que confere unidade de sentido para a prática e proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que serve de parâmetro para a interpretação e integração das normas de direitos fundamentais e das demais normas do ordenamento jurídico.

No que diz respeito à historicidade dos direitos fundamentais, vale dizer que, de acordo com Brega Filho (2002, p. 3), eles surgiram mediante a união de várias fontes, sendo elas o cristianismo, o direito natural, o constitucionalismo e o socialismo, sendo o ponto comum à luta pela limitação e pelo controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas.

Os direitos fundamentais também são revestidos de irrenunciabilidade e imprescritibilidade, eis que não podem ser objeto de renúncia e tampouco se desfazem no tempo. Também são inalienáveis, porque não são transferíveis e negociáveis (SILVA, 2017a, p. 183).

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais decorrem do processo histórico da sociedade, estando doutrinariamente divididos entre gerações ou dimensões de direitos fundamentais, especificamente de primeira, segunda, terceira, e alguns doutrinadores reconhecem os de quarta e quinta geração.

Nesse cenário, há de se destacar as críticas quanto ao termo geração dos direitos fundamentais, de modo que alguns autores preferem o termo dimensão, isto porque a expressão geração pode ensejar o entendimento de que há a substituição gradativa de uma geração por outra, enquanto que possuem o caráter de complementação, de um processo cumulativo (SARLET, 2012b, p. 45).

Os direitos fundamentais se classificam conforme o ordenamento jurídico particular ao qual se referem. Alguns doutrinadores como Silva (2017a, p. 184) consideram que existem três fontes de direitos e garantias, sendo elas (a) as expressas; (b) as decorrentes dos princípios e regimes adotados pela Constituição; (c) as decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.

Nessa feita, há a possibilidade de incorporação de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, dependendo do referendo congressual e da ratificação governamental, ou seja, as normas internacionais de direitos humanos dependem da

aprovação nas condições do processo de formação de emenda constitucional, previstas no artigo 60 da CF-88.

É importante dizer que a primeira Constituição no mundo que positivou de maneira clara os direitos do homem foi a brasileira, em 1824. Nela foram reconhecidos alguns direitos individuais de primeira dimensão, como direito à legalidade, à igualdade, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio, entre outros, porém, não previu meios para protegê-los (BREGA FILHO, 2002, p. 31-32).

Já a Constituição de 1891 abriu a seção II, do Título IV, com uma Declaração de Direitos, instituindo outros direitos e prevendo meios de garanti-los, assegurando aos brasileiros natos e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Houve ainda a previsão, no artigo 78, que as garantias previstas na Constituição não excluíam outras reconhecidas por meio dos princípios (BREGA FILHO, 2002, p. 32-33).

Seguindo na linha temporal, segundo Brega Filho (2002, p. 34-35), a Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social Brasileiro, pois, além dos direitos individuais, estabeleceu vários direitos sociais e relativizou o conceito de propriedade, prevendo um título denominado de “Da ordem econômica e social”. Entretanto, sucedeu a Constituição de 1934, a Carta ditatorial de 1937, fruto do totalitarismo imposto por Getúlio Vargas, que restringiu diversos direitos e garantias individuais (BREGA FILHO, 2002, p. 36).

Passada quase uma década, com a Constituição de 1946, ressurgiu os direitos fundamentais do homem, reconhecidos na Constituição de 1934, e inovando na instituição do capítulo dos direitos individuais, declarando que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, determinando um Estado de Direito e harmonia entre os poderes (BREGA FILHO, 2002, p. 37-38). Posteriormente, em 1967, foi promulgada uma Constituição que previa direitos individuais (art. 150) e direitos sociais dos trabalhadores (art. 158), sem muitas inovações (BREGA FILHO, 2002, p. 38-39).

Por fim, para a determinante ampliação e consolidação dos direitos fundamentais, tem-se a Constituição de 1988, que ampliou os direitos fundamentais e reconheceu os direitos de solidariedade, bem como reconheceu a existência de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais (BREGA FILHO, 2002, p. 39).

Nesse sentido, constam no Título II, da Carta Magna, os direitos e garantias fundamentais, divididos em cinco capítulos, em que, no primeiro, estão os direitos individuais e coletivos, os quais tratam do direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade, todos positivados no artigo 5º.

No segundo capítulo, estão os direitos sociais, econômicos e culturais, cujo conteúdo são os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, ao lazer, à proteção a maternidade, à assistência à infância e aos desamparados, todos positivados no art. 6º, estando no próximo artigo dispostos aos direitos dos trabalhadores.

No terceiro capítulo, a iniciar pelo art. 12, estão os direitos da nacionalidade, e, por fim, no quarto capítulo, estão os direitos políticos, positivados a partir do art. 17 da Carta Magna.

Vale tratar, ainda, a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, principalmente quando se aborda os direitos sociais no âmbito do direito do trabalho e suas relações entre particulares. Inicialmente, cumpre dizer que a Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a vinculação dos poderes públicos e privados aos direitos fundamentais, eis que se contentou em apenas proclamar a aplicabilidade imediata por meio da previsão no art. 5º, parágrafo 1º. Contudo, de acordo com Sarlet (2012a, p. 374), isso não significa que os poderes públicos, assim como os privados, não estejam vinculados, tendo em vista que o referido artigo é portador de um mandado de otimização, conferindo aos direitos fundamentais a maior eficácia possível.

De acordo com Leite (2011, p 34), compreende-se por eficácia vertical dos direitos fundamentais o estabelecimento de limites às ações estatais em detrimento dos governados, pois existe uma relação vertical em que de um lado está o Estado, que detém o poder, e do outro o indivíduo. Portanto, a eficácia vertical surge na transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, no qual este deve respeitar os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, civis e políticos.

É possível dizer que há um duplo conteúdo de eficácia vinculante dos direitos fundamentais, pois, em virtude de um critério formal e institucional, os portadores do poder estatal, como o legislativo, executivo e judiciário estão vinculados aos direitos fundamentais, mas, também, o estão em caráter funcional e material, estando todos os órgãos estatais, no exercício das suas funções, obrigados a respeitarem e assegurarem os direitos fundamentais, inclusive, devem renunciar a interferências na autonomia pessoal que não estejam em conformidade com estes direitos (SARLET, 2012a, p. 374-375).

Com o início do Estado Social, o ordenamento jurídico permite não apenas a exigência de abstenção do Estado, mas também uma atuação positiva, no sentido de promover os direitos de segunda dimensão (SOARES, 2012, p. 40).

Além da eficácia vertical, possui destaque a eficácia horizontal, em que o Estado passa a ser protetor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De acordo com Leite

(2011, p. 36), tal eficácia surge em decorrência do reconhecimento da desigualdade não somente nas relações entre Estado e particulares, mas também entre os próprios particulares. No caso das relações de trabalho, o autor assevera que, em virtude do poder de direção conferido ao empregador, esse possui deveres fundamentais quanto a seus empregados.

Nesse sentido, Sarlet (2012a, p. 386) esclarece que:

[...] no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas cresce de proteção contra os Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores. Em tais domínios, manifestam-se, com particular agudez (como de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas e grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesmo na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e sua vinculação às normas constitucionais, tanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos.

Diante disso, é que a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais ganha destaque, pois defende que o Estado não deve apenas proteger, mas também promover e zelar o respeito aos direitos fundamentais por meio de uma conduta ativa, inclusive, protegendo os particulares contra possíveis atos atentatórios aos direitos fundamentais provenientes de outro sujeito ou entidades particulares (SARLET, 2012a, p. 386-387).

A partir de algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, cabe mencionar a existência de algumas controvérsias a respeito da forma como se dá a sua vinculação, eis que parte da doutrina advoga que vincula os particulares de forma direta e imediata, e outros sustentam que vincula de forma indireta e mediata.

A teoria da eficácia indireta e mediata foi desenvolvida originariamente na doutrina por Günter Dürig. Para a referida teoria, os direitos fundamentais não ingressam no âmbito privado como direitos subjetivos, de modo que possam ser invocados por meio da Constituição, por isso certos atos contrários aos direitos fundamentais são válidos quando praticados nas relações privadas, uma vez que, segundo os adeptos de tal teoria, a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais acabaria exterminando a autonomia da vontade (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 66-67).

Nessa perspectiva, a teoria da eficácia indireta e mediata defende que os direitos fundamentais somente podem ser aplicados às relações privadas após um processo de

integração dos preceitos privados aos direitos fundamentais (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 68).

A propósito da teoria da eficácia direta e imediata, resta dizer que foi primeiramente desenvolvida na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey. Tal teoria sustenta que os direitos fundamentais, por sua natureza, vinculam os particulares, independentemente de mediação legislativa, pois, para o autor, os perigos que ameaçam os direitos fundamentais não advêm apenas do Estado, mas provêm de poderes sociais e de terceiros em geral, e a formação de um Estado Social significa o reconhecimento dessa realidade, com a extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 71).

Dentro da temática, Sarlet (2012a, p. 389) faz algumas observações a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ressaltando que, quando se trata de relações desiguais, em que de um lado tem-se o indivíduo e do outro poder social, a doutrina majoritária entende que a vinculação aos direitos fundamentais será a equivalente ao que se dá nos casos dos órgãos estatais, visto a similaridade às relações entre particulares e Poder Público.

De acordo com Sarlet (2012a, p. 390), ainda:

Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores desta concepção) prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.

No que concerne às demais relações privadas, ou seja, as que não vinculam entidades de poder social ou hipóteses excepcionais, Sarlet (2012a, p. 390) propõe a aplicação da eficácia mediata dos direitos fundamentais, análoga a que os alemães denominaram de eficácia irradiante, que significa a imposição da interpretação das normas privadas em consonância com os parâmetros contidos nas normas de direitos fundamentais, fazendo com que tais direitos atuem como princípios conformadores de toda a ordem jurídica.

Em suma, conclui-se que todos, seja Estado ou particulares, estão vinculados ao dever de respeitar os direitos fundamentais.

Contudo, é necessário atentar-se sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente, porque nos casos de conflito entre tais direitos e o princípio da autonomia pessoal, acaba restando ao Poder Judiciário o dever de decidir qual prevalece, sendo necessário o uso da ponderação dos valores do caso concreto para que não haja sacrifício

total dos direitos fundamentais e ocorra a preservação da essência de cada um (SARLET, 2012a, p. 392).

1.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão, denominados de direitos civis e políticos, apresentam-se como direitos negativos, ou seja, como direitos de liberdade, uma vez que surgiram por meio do movimento burguês em busca da abstenção dos poderes públicos, ou seja, do poder absoluto exercido pelo monarca à época, com o objetivo de alavancar o desenvolvimento econômico durante o século XVIII (SOARES, 2012, p. 41-42).

Para Sarlet (2012a, p. 47), os direitos da primeira dimensão, por possuírem forte inspiração jusnaturalista, referem-se ao direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei e foram complementados por algumas liberdades, como a liberdade de expressão e pelos direitos de participação política.

De acordo com Bonavides (2011, p. 563):

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade tem 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.

É possível verificar que os direitos de primeira dimensão surgiram visando a não interferência do Estado na vida privada, de modo que a liberdade era o valor supremo do indivíduo; entretanto, o regime da época assegurava a liberdade apenas àqueles que tivessem poder econômico, o que gerou uma extrema desigualdade. Assim, restou o impasse: dar prioridade à liberdade, sabendo que isso causaria desigualdade social, ou garantir a igualdade de todos por meio de uma organização rígida, renunciando à liberdade (SOARES, 2012, p. 42-43).

Soares (2012, p. 43) ressalta que a liberdade não foi concedida ao homem isoladamente, mas trata-se de uma liberdade social, isto porque foi concebida considerando o relacionamento de cada indivíduo para com o outro, o que acarreta responsabilidades e deveres.

Em adição, Dallari (2006, p. 303-310) afirma que a problemática entre igualdade e liberdade se refere à qualidade da liberdade, eis que a visão individualista da sociedade, em que o homem é ignorado como ser social, fez crescer a exploração do homem pelo homem. Sendo assim, percebeu-se que esses direitos individuais, de liberdades públicas, não eram suficientes

para a garantia e gozo de tais direitos, pois havia a demanda por meio de movimentos sociais para que promovessem seu exercício. Assim, advieram os direitos de segunda dimensão.

1.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais exigem do Estado uma ação positiva, no sentido de concretizar os direitos conquistados de forma abstrata.

Tais direitos são produtos da revolução industrial, ou melhor, do impacto industrial e dos problemas sociais que vieram junto dela, uma vez que, diante da ausência de normas regulamentadoras das condições de trabalho e da miserabilidade instalada na época, vários movimentos reivindicatórios ocorreram a fim de requerer do Estado um movimento ativo na realização da justiça social.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Sarlet (2012a, p. 48):

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de maior ou menor grau de poder econômico.

Assim, os direitos de segunda dimensão são aqueles de cunho positivo, que demandam prestações estatais para que sejam promovidos, como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, entre outros.

Bonavides (2004, p. 564) ressalta que, inicialmente, os direitos sociais passaram por uma baixa normatividade em razão da sua própria natureza de direitos que demandam do Estado prestações materiais, tendo em vista a limitação de recursos. Tiveram, também, a juridicidade questionada e foram direcionados à esfera programática, e, em seguida, passaram por uma crise de observância e execução; porém, em virtude das recentes Constituições, como a brasileira, que previram a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, isso parece estar perto do fim.

Ocorre ainda que alguns doutrinadores entendem que os direitos sociais não são apenas aqueles que demandam prestações estatais, isto é, compreendem que nem todos os direitos sociais exercem a função de direitos prestacionais, podendo ser deslocados ao grupo dos direitos

de defesa, como no caso do direito de greve; da liberdade de associação sindical e da proibição contra discriminações nas relações trabalhistas.

Segundo Sarlet (2012a, p. 48):

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também direito as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Vale observar que, rotineiramente, no mundo jurídico, é feita a distinção entre direitos negativos e positivos, em que os primeiros são classificados como aqueles cuja única função é garantir a não interferência na liberdade do cidadão, protegendo-o contra atos arbitrários do Estado; enquanto os direitos positivos exigem prestações estatais, devendo o Estado intervir ativamente para promover a igualdade. De acordo com Holmes e Sunstein (2019, p. 28), o argumento mais incisivo utilizado para defender essa categorização assenta-se na narrativa de que os direitos de bem-estar somente podem ser exercidos por meio de recursos distribuídos pelo governo, e que os direitos liberais, por outro lado, são alcançados autonomamente.

Ocorre que a fundamentação de distinção entre esses direitos para alguns teóricos demonstra-se frágil, como para Holmes e Sunstein (2019, p. 30) que advoga alegando que todos os direitos são passíveis de imposição jurídica:

Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme, e os direitos jurídicos não tem significado algum quando não são garantidos coercitivamente. Para dizê-lo de outra maneira, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recursos à fazenda pública. Na ausência de deveres legalmente impositivos não há direitos legalmente exigíveis, e é por isso que um sistema jurídico só pode ser permissivo, ou seja, só pode permitir liberdades aos indivíduos, na medida em que é simultaneamente coercitivo. Isto é, liberdade pessoal não pode ser assegurada pela mera limitação da ingerência do Estado mediante as liberdades de ação e associação. Não há direito algum que se resuma ao direito de ser deixado em paz pelos agentes públicos; todos os direitos implicam pretensão a uma resposta afirmativa por parte do Estado. Do ponto de vista descritivo, os direitos se reduzem a pretensões definitivas e salvaguardadas pela lei (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 30-31).

Um exemplo de direito negativo que exige intervenção do Estado para seu exercício é o direito de propriedade, eis que é preciso a ação no sentido de proteção contra pessoas que tentem invadir o que não as pertence. Desse modo, implica dizer que não é adequado classificar os direitos sociais somente como direitos positivos e os direitos de propriedade, por exemplo, como negativos.

Ressalta-se também que, de acordo com alguns autores, os direitos de segunda dimensão continuam sendo direitos que possuem como titular os indivíduos, assim como para Sarlet (2012a, p. 48) que salienta que os direitos sociais não podem ser confundidos com os direitos coletivos ou difusos da terceira dimensão.

Em adição, conforme Bonavides (2004, p. 567), os direitos de segunda dimensão estão vinculados a uma liberdade “objetivada”, unida a aspectos normativos e institucionais e a valores sociais que exigem do Estado ações concretas com a finalidade de promover estes direitos fundamentais; sendo assim, o Estado passa a ser um agente de suma importância para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Bonavides (2004, p. 568) afirma que:

Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento de garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração, tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Dessa forma, os direitos de segunda dimensão atuam, também, como conjunto de valores para as ações estatais.

1.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Por sua vez, os direitos de terceira dimensão são frutos do impacto tecnológico que causou profundas mudanças na esfera dos direitos fundamentais. Tais direitos são denominados como direitos da solidariedade e fraternidade, e possuem como ponto distintivo a questão de não mais considerar o homem-indivíduo, mas destina-se a um grupo, isto é, a titularidade é difusa e coletiva. Dentre os referidos direitos estão o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida e o direito à comunicação (SARLET, 2012a, p. 48).

Nos dizeres de Bonavides (2011, p. 569), “tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

1.3.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão

Há, ainda, uma tendência ao reconhecimento de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. A respeito, o doutrinador Bonavides (2011, p. 570-571) se posiciona favoravelmente ao reconhecimento desta, alegando que se trata do resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no campo institucional, sendo os direitos de quarta dimensão: o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo.

De acordo com Bonavides (2011, p. 571):

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimidade sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder.

Bonavides (2011, p. 582-583) ainda defende a existência de uma quinta dimensão, isto é, o direito à paz, uma vez que, segundo o autor, é preciso resgatar sua importância no contexto multidimensional que demarca a trajetória dos direitos fundamentais. Todavia, alguns doutrinadores criticam essa postura por entenderem que o direito à paz está incluso nos direitos de terceira dimensão.

Dessa forma, vê-se que os direitos fundamentais evoluem e sempre evoluirão, posto que o ser humano vive em constante transformação, fato gerador do surgimento de novos direitos. Em consonância, de acordo com Brega Filho (2002, p. 25), “o progresso tecnológico é cada vez mais rápido e seus limites parecem não existir. Não é difícil imaginar que novos momentos históricos permitam o surgimento de outras categorias de direitos fundamentais”.

1.4 Direitos fundamentais e princípio da proibição ao retrocesso

Mediante o estudo feito sobre as dimensões dos direitos fundamentais, é possível concluir que são frutos de lutas sociais em busca do atendimento das necessidades do momento vivenciado. Para tanto, uma dimensão complementa a outra, guardando todas as dimensões

intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que cada direito fundamental possui um conteúdo relacionado à dignidade humana.

De tal sorte, é evidente que a proteção dos direitos fundamentais, no que diz respeito ao seu núcleo essencial e ao seu conteúdo de dignidade, somente será realizada se estiver garantido um mínimo de segurança jurídica.

A segurança jurídica é considerada elemento essencial de um Estado de Direito, uma vez que, além de constituir um direito fundamental da pessoa humana, trata-se de um princípio fundamental da ordem jurídica estatal, no sentido de atuação por meio de prestações normativas e materiais contra atos dos poderes públicos e privados que violem direitos fundamentais (SARLET, 2012a, p. 442-443).

De acordo com Mello (2003, p. 113), a segurança jurídica coincide com umas das maiores aspirações humanas, pois possibilita, por meio de uma garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica, a elaboração de um projeto de vida e sua realização, estando vinculada à noção de dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Sarlet (2012a, p. 443) elucida que:

Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

É de verificar-se que a dignidade da pessoa humana não exige somente uma proteção em face de condutas de cunho retroativo, ou seja, que violem efetivamente a dignidade, mas, também, age contra medidas retrocessivas que, de certa forma, não atingem direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada, por exemplo, a possibilidade de o legislador, por meio de reformas legislativas ou emendas constitucionais, suprir conteúdo da Constituição ou revogar normas relacionadas a dispositivos constitucionais, especialmente em matéria de direitos sociais (SARLET, 2012a, p. 444).

A respeito do princípio da vedação ao retrocesso social, Canotilho (1993, p. 468-469) assevera:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema «fáctico» da

irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural (cfr. infra, Parte IV, Padrão II).

Observa-se a existência de um impasse no que tange ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais, sob o fundamento de que o conteúdo desses direitos não está definido na Constituição, bem como são indetermináveis sem intermediação legislativa, o que possibilita autonomia do legislador para voltar atrás nas decisões (SARLET, 2012a, p. 452). Sarlet (2012a, p. 453) defende que não é possível admitir que o legislador tenha esse poder de dispor do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, pois, sendo assim, fraudaria a Constituição, conforme segue:

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de protecção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição (SARLET, 2012a, p. 453).

Além disso, Sarlet (2012a, p. 453-454) ressalta que a supressão do núcleo essencial do direito social, concretizado legislativamente, afetaria a própria dignidade da pessoa humana.

No que tange a argumentação favorável ao reconhecimento do princípio do retrocesso na ordem jurídica constitucional brasileira, vale iniciar transcrevendo a lição de Barroso (2001), pois representa o entendimento majoritário em nosso cenário jurídico. Para o constitucionalista:

Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido (BARROSO, 2001, p. 158).

A partir dessa perspectiva, verifica-se que o princípio da proibição ao retrocesso decorre implicitamente do sistema constitucional. E, para Sarlet (2012a, p. 455-457), principalmente em decorrência dos seguintes argumentos e princípios: a) princípio do Estado Democrático de Direito, que impõe um mínimo de segurança jurídica; b) princípio da dignidade da pessoa humana, impondo a satisfação por meio de prestações positivas; c) princípio da

máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, parágrafo 1º, da CF-88; d) manifestações expressas e específicas na Constituição, quanto à proteção contra medidas retroativas, como a proteção dos direitos adquiridos; da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; e) princípio da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito; f) os órgãos estatais estão vinculados às imposições constitucionais não apenas em plano infraconstitucional, como também estão sujeitos a uma determinada autovinculação em relação a atos anteriores; g) negar o reconhecimento do princípio da proibição ao retrocesso significaria admitir que os órgãos legislativos dispõem de livre poder para tomar decisões, mesmo que em flagrante desrespeito à vontade da Constituição; h) o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação da efetiva proteção social por parte do Estado.

Além dos fatores supracitados, Sarlet (2012a, p. 457) ainda acrescenta que a proibição do retrocesso também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais. Por derradeiro, o art. 5º, parágrafo 1º, da CF-88, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais, não somente contra a atuação do poder reformador constitucional, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais.

Destarte, o princípio da vedação ao retrocesso social atua em prol da garantia de um mínimo de continuidade e estabilidade do ordenamento jurídico. De acordo com Reis (2011, p. 595), o princípio da vedação ao retrocesso social expressa que os níveis sociais já alcançados e assegurados pela legislação não podem passar por rebaixamentos, nem por meio de normas supervenientes, tampouco por meio de interpretação restritiva.

Embora se tenha um vasto rol de argumentos favoráveis ao reconhecimento do princípio da proibição ao retrocesso social, existem controvérsias a respeito da amplitude da proteção outorgada a esse princípio, no sentido de que tal proteção não pode assumir caráter absoluto, principalmente, no que tange aos direitos sociais a prestações. Os argumentos utilizados para defender o princípio da proibição ao retrocesso social sem feições absolutas, em síntese, tratam da possibilidade de o legislativo exercer a sua função de revisão, bem como a possibilidade do Estado de reavaliar suas metas, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais (SARLET, 2012a, p. 458).

Andrade (1987, p. 307-309) adota a posição no sentido de que não se pode ter como regra a proibição do retrocesso social, uma vez que se coloca em risco a autonomia da função legiferante, que não pode ser considerada uma mera execução das decisões constitucionais. Além disso, para o autor, conceder caráter absoluto à proibição do retrocesso social, acabaria por admitir casos aos direitos fundamentais sociais concretizados pela via legislativa uma

eficácia maior do que a conferida aos direitos de defesa, uma vez que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado o núcleo essencial.

Nesse contexto, Sarlet (2012a, p. 459) faz uma importante observação:

[...], a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes a segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, entende-se que a proibição ao retrocesso se trata de um princípio e não de uma regra, razão pela qual não lhe pode ser aplicada a solução baseada no tudo ou nada, encontrando-se vedada sua supressão pura e simples, aceitando-se somente certas reduções no campo de direitos sociais em nível infraconstitucional (SARLET, 2012a, p. 459).

Posto tudo isso, importante traçar alguns critérios materiais que promovem a resolução adequada quanto ao limite da aplicação do princípio da proibição ao retrocesso. O primeiro critério é o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo matéria de alguma medida retrocessiva, eis que o legislador, assim como o poder público de modo geral, não pode suprir ou relativizar direito social já assegurado e concretizado constitucionalmente (SARLET, 2012a, p. 461).

O núcleo essencial dos direitos fundamentais está vinculado, em regra, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e especialmente ao conjunto de prestações materiais essenciais para uma vida digna, designado como mínimo existencial. Assim, nota-se que a dignidade da pessoa humana atua como uma diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial como para determinação de mínimo existencial (SARLET, 2012a, p. 462).

Imperativo ressaltar que o núcleo dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, nem sempre equivalem ao conteúdo da dignidade humana, mas podem estar relacionados a momentos históricos, geográficos, sociais, econômicos e culturais de cada lugar e momento em que se estiver. Enfim, além dos critérios de dignidade da pessoa humana e noção de mínimo existencial a serem considerados na aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, é importante destacar as noções de segurança jurídica e o princípio da proteção, anteriormente mencionados (SARLET, 2012a, p. 465).

No caso de eventual intervenção restritiva em matéria de direitos sociais, exige-se certa ponderação entre a violação provocada pela lei à confiança individual e a importância do bem, objeto de restrição (SARLET, 2012a, p. 465). Assim, o princípio da proporcionalidade também assume papel de destaque no que tange ao princípio da proibição ao retrocesso, vez que opera tanto como vedação de excesso, quanto como vinculação ao dever de proteção. O princípio da proporcionalidade proíbe uma proteção insuficiente, impondo uma proteção social em consonância com a dignidade da pessoa humana e um Estado Democrático e Social de Direito (SARLET, 2012a, p. 466).

Em acréscimo, Sarlet (2012a, p. 467) ressalta que um dos principais desafios enfrentados pelo princípio da proibição ao retrocesso é o de ajustar a hierarquização entre direito à segurança jurídica e à fundamental necessidade de realizar mudanças que sejam indispensáveis às necessidades da sociedade como um todo.

Por derradeiro, o impasse vivenciado atualmente, entre Estado Social e a tentativa de implantar um Estado sob o modelo econômico e de ideologia neoliberal, requer o devido uso da proibição ao retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais, podendo ser um importante instrumento jurídico para a afirmação do Estado que deve prevalecer.

Nesse ínterim, de acordo com Sarlet (2012a, p. 467):

[...] não restam dúvidas de que necessário será justamente o Estado apto a assegurar – de modo eficiente – nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

O cenário jurídico brasileiro vem passando por grandes transformações, inclusive, em razão das atuais reformas legislativas, as quais, muitas vezes, são justificadas pelas crises econômicas e políticas do país, reformas estas que dizem respeito, principalmente, aos direitos sociais, por isso, é preciso muita atenção para tais mudanças, uma vez que podem significar modificações em núcleos essenciais dos direitos fundamentais, com implicações na promoção da dignidade humana.

Diante disso, é que o princípio da proporcionalidade também assume relevância frente aos direitos fundamentais, pois serve como instrumento de solução para os casos de colisão entre esses direitos, sendo fonte de ponderação entre bens jurídicos de relevância para a humanidade, inclusive, quando tais bens são discutidos em âmbito judicial.

1.5 Princípio da proporcionalidade

Antes de adentrar especificamente no conteúdo do princípio da proporcionalidade, mostra-se oportuno traçar alguns pontos relevantes para o seu estudo, eis que para a teoria dos direitos fundamentais é importante a distinção entre regras e princípios, o que consequentemente servirá para compreender o princípio da proporcionalidade.

Tratando-se do da distinção entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais, Dworkin (2002, p. 28) explica que as regras são aquelas que obrigam o indivíduo ou o abstém de fazer alguma coisa. Portanto, regras são aquelas que determinam uma “obrigação jurídica”, por conseguinte, não havendo uma regra jurídica, não existe obrigação jurídica.

Em relação ao princípio, Dworkin (2002, p. 36) denomina-o de um padrão que deve ser observado, pois trata-se de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Além disso, o autor ainda considera como princípio o sentido da expressão de objetivo social, ou seja, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito.

A respeito, Alexy (2006, p. 87) pondera que tanto as regras quanto os princípios são normas, uma vez que ambos dizem respeito ao dever ser, por isso a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre normas. A par disso, o importante filósofo do Direito alemão ressalta que existem alguns critérios para diferenciar as regras e os princípios, e o mais utilizado é o da generalidade, pois de acordo com esse critério os princípios são normas com alto grau de generalidade, enquanto o das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2006, p. 87).

Porém, ainda de acordo com Alexy (2006, p. 90-91), o ponto principal de distinção entre regras e princípios reside no fato de que as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas, assim, se uma regra é válida, então, deve-se fazer aquilo que ela exatamente exige. Quanto aos princípios, estes são mandamentos de otimização, caracterizando-se por poderem ser satisfeitos em níveis variados e, também, pela questão de que a medida de sua satisfação depende tanto das possibilidades jurídicas quanto das fáticas existentes.

E, é justamente por Alexy (2006, p. 90) considerar os princípios como mandados de otimização que sua concepção sobre princípios se diferencia do conceito apresentado por Dworkin, pois princípios, enquanto mandados de otimização, podem ser satisfeitos em variados graus, não dependendo sua satisfação apenas das possibilidades fáticas, mas também jurídicas.

Registra-se, ainda, a ponderação feita por Humberto Ávila (2005, p. 30-31), pois este demonstra que são quatro critérios empregados para a distinção entre regras e princípios, sendo

eles: o caráter hipotético-condicional; modo final de aplicação; relacionamento normativo e fundamento axiológico.

No caráter hipotético-condicional, pontua-se que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam uma decisão, enquanto os princípios indicam um fundamento a ser utilizado pelo aplicar para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto (AVILA, 2005, p. 31).

No segundo critério apontado por Ávila (2005, p. 35), relacionado ao modo final de aplicação, ressalta-se que as regras são aplicadas de modo absoluto, tudo ou nada, na medida em que em que os princípios são aplicados de modo gradual.

No que diz respeito ao terceiro critério, o relacionamento normativo fundamenta-se na ideia de antinomia entre as regras significar verdadeiro conflito, o qual é solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento que é resolvido mediante a ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles (AVILA, 2005, p. 42-43).

E, por fim, o último critério demonstrado é o fundamento axiológico, que considera os princípios como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, ao inverso das regras (AVILA, 2005, p. 31).

Vale lembrar que, atualmente, vivenciamos um pluralismo de valores, especialmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Por esta razão, por diversas vezes, tais direitos entram em colisão, sendo necessária algumas ponderações a respeito do tema para encontrar soluções às problemáticas apresentadas. Nessa perspectiva, alguns doutrinadores criaram teorias visando sanar dúvidas a respeito da colisão entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais.

De acordo com Dworkin (2002, p. 42-43), quando os princípios se colidem, o que se deve levar em consideração é a dimensão do peso ou importância. Dessa forma, quando os princípios se cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Ademais, no que diz respeito ao conflito entre regras, uma delas não deve ser considerada válida. Assim, Dworkin (2002, p. 43) propõe que “um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”.

Como se pode notar, quando duas regras entram em conflito, uma delas será declarada inválida, em razão dos critérios tradicionais de hierarquia, cronológico e especialidade.

Quanto à teoria desenvolvida por Alexy (2006, p. 92) sobre a colisão entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais, o autor explica que o conflito entre regras pode ser solucionado por uma cláusula de exceção ou, quando não possível, uma das regras deve ser declarada inválida. Alexy (2006, p. 93) salienta que quando não é possível aplicar a cláusula de exceção, uma das regras tem que ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico. Nesse caso, para solucionar qual regra será considerada inválida, o autor propõe um acordo de importância de cada regra em conflito.

No caso de colisão entre princípios, Alexy (2006, p. 93) explica que um princípio tem precedência em face do outro em determinadas situações, uma vez que os princípios possuem pesos diferentes, podendo algum ter maior peso e precedente sobre o outro em determinado caso concreto.

Nesse sentido, Alexy (2006, p. 96) dispõe:

[...] se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios em com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Percebe-se que, na teoria das relações de precedências condicionadas, é evidente a menção, na verdade, de condições sob as quais se verifica a violação a um direito fundamental, condições essas que constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Assim, constitui-se a chamada “Lei da Colisão”, defendida por Alexy (2006, p. 98-99).

Nos casos das normas de dignidade da pessoa humana, é notável que há uma certa tendência em atribuí-la um caráter absoluto. Segundo Alexy (2006, p. 111-112), isso ocorre porque a dignidade humana é tratada em parte como regra, e em parte como princípio, e também por existir um amplo grupo de condições de precedência que lhe confere altíssimo grau de certeza de que prevalecerá contra princípios colidentes.

Alexy (2006, p. 112) dispõe que nos casos em que a norma da dignidade humana é importante, sua natureza de regra pode ser notada por meio da verificação de que não se

questiona se ela prevalece sobre as demais normas, mas somente se ela foi violada ou não. Com essa prerrogativa, o autor propõe: “se no nível dos princípios a dignidade *tem precedência*, então, ela foi *violada* no nível de regras”. Portanto, para o filósofo, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas de dignidade humana, uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana, de modo que a relação de precedência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana (ALEXY, 2006, p. 113).

Visando solucionar a colisão entre princípios, Alexy (2006, p. 116-117) apresenta a “máxima da proporcionalidade” ou mais conhecida como princípio da proporcionalidade, que é utilizada predominantemente no ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da proporcionalidade, de acordo com a visão do autor, implica na sua incidência com suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm caráter de princípio (ALEXY, 2006, p. 116-117).

Nesse sentido, explica Trindade e Neto (2017, p. 1061):

Assim, quando dois ou mais comandos de otimização entram em choque, eles devem ser harmonizados a fim de possibilitar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A adequação e a necessidade passam pelo crivo do faticamente possível (exame fático). Já a proporcionalidade em sentido estrito envolve a análise do juridicamente possível (exame normativo).

É justamente quando os princípios entram em conflito que o princípio da proporcionalidade é relevante, pois, por meio dele, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito e entre meio e fim.

Em relação às máximas apontadas por Alexy, é possível abordar, primeiramente, a adequação, esta que corresponde a harmonização entre os princípios em conflitos, ou seja, corresponde à idoneidade do meio para atingir o fim. Aplicada a adequação e ainda restando dois princípios adequados, avança-se para a fase da necessidade, em que se busca privilegiar o princípio mais adequado e necessário, e que seja menos lesivo ao outro, fazendo com que seja feita a melhor escolha, ou seja, a menos onerosa entre as possibilidades fáticas do caso concreto (TRINDADE; NETO, 2017, p. 1061).

De acordo com Ávila (2005, p. 122):

[...] o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Todavia, superada as fases da adequação e da necessidade, e ainda existentes lesões inevitáveis, passe-se para a fase da aplicação do princípio da proporcionalidade, em que se utiliza da ponderação. De acordo Alexy (2006, p. 117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para chegar a essa decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Ainda, nos termos do que defende Alexy (2006, p. 118):

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Considerando os elementos postos, vê-se que a proposta de Alexy é a da fundamentação da máxima da proporcionalidade, a partir das normas de direitos fundamentais, ao passo que tenham caráter de princípio. É possível verificar que essa denominada fundamentação, a partir dos direitos fundamentais, trata-se de uma teoria complexa que busca fornecer, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entram em conflito com outros direitos também fundamentais, formando juízos de ponderação, os quais devem contribuir para o crescimento do grau de racionalidade das decisões judiciais, na medida em que há justificação do objeto e dos critérios aplicados para o sopesamento, em vez de dar margem ao aumento da discricionariedade dos juízos.

De acordo com Bonavides (2004, p. 398), o princípio da proporcionalidade, na sua condição de princípio constitucional, somente se compreende ao considerar o advento de duas concepções do Estado de Direito, uma relacionada ao princípio da legalidade, que teve seu apogeu com a positivação da Constituição de Weimar, e outro ligado ao princípio da constitucionalidade que se concentrou no respeito aos direitos fundamentais.

Na segunda concepção de Estado de Direito, o juiz passa a atuar de forma mais livre em matéria de justiça constitucional, por meio das noções de conformidade e compatibilidade, inserindo, assim, como método interpretativo de apoio, o princípio da proporcionalidade (BONAVIDES, 2004, p. 400).

Nessa compreensão, é que o princípio da proporcionalidade atua com maior importância, tendo em vista que a supremacia constitucional, vinculada à liberdade, somente pode atuar se em conjunto com a contenção dos poderes do Estado e a proteção dos direitos fundamentais, pois atua como barreira ao arbítrio, isto é, à liberdade que, a primeira vista, poderia supor o titular das funções estatais (BONAVIDES, 2004, p. 400).

2 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ASPECTOS HISTÓRICOS

Neste momento, será realizada uma abordagem histórica do direito fundamental ao trabalho, em que se trata desde a origem do direito do trabalho em âmbito internacional até a sua construção no direito brasileiro, por meio do estudo dos textos constitucionais. Objetiva-se conferir a conquista do direito social ao trabalho, assegurado pela Constituição Federal de 1988, que também instituiu a valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica e social.

Ainda nesta seção, passa-se ao estudo de alguns direitos assegurados ao trabalhador, que são de extrema importância para a realização do trabalho em condições dignas, com a preservação dos fatores psicológicos, físicos e sociais. Por derradeiro, aborda-se os princípios basilares do direito do trabalho e também como surgiu a flexibilização das normas trabalhistas.

Os aspectos abordados demonstram como se deu a origem do direito do trabalho e principalmente como este foi construído no direito brasileiro e vem sendo regido nos dias atuais.

2.1 Evolução histórica do direito do trabalho em âmbito internacional

A consolidação do direito do trabalho decorre de uma construção histórica paulatina, razão pela qual é importante traçar alguns pontos históricos em âmbito internacional e nacional, principalmente, quanto ao progresso nos textos constitucionais, como será feito mais adiante.

Segundo Süsskind e Teixeira Filho (1999, p. 29), o homem sempre trabalhou, inicialmente, para conseguir alimentos durante a fase de primitivismo. Em seguida, quando sentiu necessidade de defender-se dos animais ferozes e de outros homens, fazendo armas e ferramentas de defesa.

No período pré-industrial vigorava a escravidão, não havendo qualquer norma protetora ao trabalhador. De acordo com Martins (2011b, p. 4), a escravidão foi a primeira forma de trabalho, de modo que o escravo era considerado apenas uma coisa, sem qualquer direito, sendo, na verdade, uma propriedade.

A escravidão foi muito utilizada pelos egípcios, gregos e romanos, visto que era considerada justa e necessária; inclusive, Aristóteles afirmou que para conseguir cultura era necessário ser rico e ocioso, e que sem a escravidão isso não seria possível (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 30).

Seguindo a linha do tempo, verifica-se que, durante os tempos medievais também houve escravidão, eis que os senhores feudais tinham enorme número de prisioneiros e os

vendiam como escravos. Na Idade Moderna, a escravidão continuou crescendo, pois, com o descobrimento da América, os espanhóis escravizavam os indígenas das terras descobertas, assim como os portugueses que, além de escravizarem os indígenas, também conquistavam escravos na Costa Africana para trazer para as terras do Novo Continente (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 30).

Em segundo plano, análoga à escravidão, surgiu a servidão, que era um tipo de trabalho em que o sujeito, sem ter a condição jurídica de escravo, não tinha liberdade. É uma das características das sociedades feudais, nas quais os servos estavam sujeitos aos senhores da terra e trabalhavam em troca de habitação, vestuário e alimentação (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 30-32).

Com o passar do tempo, com o desenvolvimento das cidades, passou a existir mudanças no sistema econômico, começando a surgir os primeiros grupos profissionais, pois percebeu-se a necessidade de deixar o campo, onde o poder dos nobres era praticamente absoluto, para concentrar-se nas cidades. Assim, com a aproximação entre os homens, estes foram obrigados a unir-se para lutarem pelos seus direitos, surgindo as corporações de ofício ou Associações de Artes e Místeres, as quais estabeleciam suas próprias leis profissionais, mas, por outro lado, recebiam vantagens dos reis que desejavam enfraquecer o poderio dos senhores da terra, e também por arrecadarem certos impostos ao erário (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 32-33).

As corporações tinham três personagens, sendo eles: os mestres, os companheiros e os aprendizes. Os mestres eram os donos das oficinas; os companheiros eram os trabalhadores que recebiam salários dos mestres e, por fim, os aprendizes, que eram os menores que aprendiam com os mestres o ensino metódico do ofício ou profissão (MARTINS, 2011b, p. 4).

Por fim, os próprios reis restringiram os direitos das corporações para evitar sua influência (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 33).

Com o advento da Revolução Francesa em 1789, com sua filosofia liberal-individualista, houve a proclamação da indignidade da escravidão. Fixou-se, pois, a concepção de igualdade jurídico-política, ou seja, todos iguais perante a lei, e, assim, consagrou-se a liberdade contratual e a não interferência do Estado nas relações contratuais (SÜSSEKIND, 1987, p. 81). Desde então, as corporações foram suprimidas e tidas como incompatíveis com a liberdade do homem. Na França, em 1791, iniciou-se a liberdade contratual e o Decreto D'Allarde suprimiu todas as corporações de ofício e permitiu a liberdade de trabalho (MARTINS, 2011b, p. 5).

A Revolução Francesa deu origem ao fim do Estado Absolutista e início ao Estado Liberal, por meio dos valores pregados pelo movimento, quais sejam, igualdade, liberdade e fraternidade. O Estado Liberal comportava-se como mero espectador em virtude da fórmula *laissez aller, laissez faire*. Todavia, a inteira libertação do trabalhador só se fez mais tarde, em decorrência da revolução industrial e da generalização do trabalho assalariado, numa nova batalha, não contra os senhores da terra, mas contra o capitalista. (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 34-35).

Assim, foi com a revolução industrial, no final do século XVIII, que realmente o direito do Trabalho ganhou força, isso porque, com a invenção da máquina e a sua introdução nas indústrias, modificou-se os métodos de trabalho e as relações entre trabalhadores e patrões (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 36).

A utilização da máquina a vapor substituiu os braços humanos e provocou o desequilíbrio da oferta e da procura do trabalho, desequilíbrio que foi acentuado pelo fato de que as mulheres e as crianças passaram a procurar emprego para aumentar a renda familiar, aceitando postos de trabalho com salários inferiores aos dos homens (SÜSSEKIND; 1987, p. 82).

Os detentores do meio de produção concentravam toda a riqueza em suas mãos, explorando a mão de obra, além do máximo da resistência normal do sujeito. Os salários eram baixos e estabelecidos conforme a concorrência do mercado de braços humanos (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 38).

Assim, o sistema liberal conjugado com a revolução industrial foram os causadores de desigualdade social, pois a liberdade fornecida pelo Estado deu origem a abusos e opressões dos fortes contra os fracos, que foram dominados pelo capitalismo. Nesse sentido, Süssekind e Teixeira Filho (1999, p. 39), assinalam que “em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se, entretanto, o legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desapareceria diante da desigualdade econômica”.

Diante das condições de trabalho, às quais os trabalhadores passaram a ser submetidos, com baixos salários, jornadas excessivas de trabalho, sujeição a insalubridades, incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundação, além da provocação de doenças, viu-se a necessidade de iniciar-se uma intervenção estatal nas relações de trabalho, a fim de dar maior proteção ao trabalhador, que estava em situação desigual na relação laboral (MARTINS, 2011b, p. 6-7).

Passa a existir, portanto, um intervencionismo do Estado, a fim de realizar o bem-estar social e prover melhores condições de trabalho, passando o trabalhador a ter proteção jurídica e econômica (MARTINS, 2011b, p. 7).

Em 1802, na Inglaterra, criou-se a Lei de Peel, a fim de dar amparo aos trabalhadores, regularizando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos, que eram entregues aos donos de fábrica. A Lei limitou a jornada de trabalho em 12 horas, excluindo os intervalos para refeição; determinou que o trabalho não poderia iniciar-se antes das 6 (seis) horas e encerrar-se após às 21 (vinte e uma) horas; e determinou, ainda, a observação das normas relativas à higiene e educação.

Assim, diversos países começaram a criar leis esparsas para proteger o trabalhador. Inclusive, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, na qual traçou regras para a intervenção Estatal na relação entre trabalhador e patrão (MARTINS, 2011b, p. 8).

Dessa forma, surge o Estado Intervencionista, que passa a atuar visando o coletivo, e assim, extinguir a diferença entre classes, tornando relativo o direito individual, limitando o seu exercício quando contrariar os interesses sociais (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 40-41).

Com o término da primeira Guerra Mundial, inicia-se um período denominado de constitucionalismo social, que é a introdução, nas constituições, de dispositivos de defesa social do ser humano, de garantia de certos direitos fundamentais, inclusive o direito do trabalho (MARTINS, 2011b, p. 8)

A Constituição do México, em 1917, foi a primeira a tratar do direito do trabalho, prevendo, em seu art. 123, a jornada de oito horas diárias, a proibição de trabalho de menores de 12 (doze) anos, a restrição da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, a jornada máxima noturna de sete horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o salário-mínimo, o direito de sindicalização e de greve, a indenização por dispensa, o seguro social e a proteção contra acidente de trabalho (MARTINS, 2011b, p. 8-9).

A partir de então, outros países passaram a tratar sobre o direito do trabalho em suas constituições. A segunda mais importante das Constituições foi a da Alemanha, promulgada em 1919, conhecida como a Lei de Weimar, considerada a base das democracias sociais (NASCIMENTO, 2013, p. 45-46).

De acordo com Delgado (2011, p. 87), o direito do trabalho é fruto do efeito cultural do século XIX e de suas transformações econômico-sociais e culturais, eis que tais transformações colocaram a relação de trabalho subordinado como essência do motor do

processo produtivo marcante daquele corpo social. Nesse ínterim, são várias as determinantes que contribuíram para a origem socioeconômica do direito do trabalho, em especial, destacam-se os valores econômicos, sociais e políticos (DELGADO, 2011, p. 88).

Na perspectiva econômica, tem-se, de um lado, o uso da força de trabalho livre, porém, subordinada, mediante a relação de emprego como ferramenta principal de relação de produção pelo novo sistema produtivo; de outro lado, observa-se o fato de que esse novo sistema produtivo também cria e aprimora um diferente método de organização, a denominada grande indústria, que supre as formas primitivas de organização de produção (DELGADO, 2011, p. 89).

Esclarece Delgado (2011, p. 89) que essa relação de emprego, no viés de trabalho livre, mas subordinado, no qual é permitido combinar liberdade pessoal do trabalho com direção empresarial pelo empregador, fez o capitalismo afastar-se dos antigos sistemas de produção, reforçando, ao máximo, não apenas a inteligência produtiva do ser humano, mas também o rendimento do trabalho ao longo do tempo.

Nesse sentido, no que diz respeito ao aspecto social, Delgado (2011, p. 90) afirma que propiciaram o advento do Direito do Trabalho, com a centralização proletária na sociedade europeia e norte-americana ao redor das grandes cidades industriais e também o início de uma nova identificação profissional nas massas obreiras.

Outrossim, no plano político, as ações foram organizadas e desenvolvidas pela sociedade civil e pelo Estado, a fim de definir preceitos objetivos para a contratação da força de trabalho do vigente sistema produtivo. No seio da sociedade civil, os trabalhadores descobriram a relevância da ação coletiva, em detrimento da mera ação individual, como ferramenta de atuação, seja frente ao Estado ou perante o empregador. Em decorrência da ação coletiva, gerou-se novas modalidades de normatização jurídica, enquanto não existente regulamentação estatal, como acordos coletivos entre empregados e empregadores, entre sindicatos e grupos de empresas e, assim por diante (DELGADO, 2011, p. 90).

Dessa forma, os trabalhadores descobriram a ação coletiva, assim como perceberam que suas necessidades não se explicavam sob a ótica contratual-civil e individual, e passaram a reivindicar, frente ao estatutário jurídico liberal e individualista, projetos de normatização de caráter coletivo (DELGADO, 2011, p. 91-92).

Posteriormente, o Estado passou a dar respostas jurídicas a esses movimentos obreiros, incorporando em seu complexo de normas o direito do trabalho (MARTINS, 2011, p. 92-93). Assim, pode-se dizer que o direito do trabalho surge como um dos direitos sociais, junto a tantos

outros, como o direito à previdência social, à saúde, à educação, à segurança, à moradia, ao lazer.

Frisa-se, ainda, como um importante fato que alavancou a efetivação do direito do trabalho, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, por meio do Tratado de Versalhes, com a função de proteger as relações entre empregadores e empregados, realizando convenções e expedindo recomendações.

Em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou por 48 (quarenta e oito) votos dos Estados, com oito abstenções, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o objetivo de definir uma ordem mundial fundamentada no respeito à dignidade da pessoa humana, eis que consagrou valores básicos universais (PIOVESAN, 2016, p. 221-223).

A Declaração Universal reconheceu e firmou a relevância dos direitos humanos em âmbito mundial, isto é, universalizou-os, conjugando um catálogo de direitos civis e políticos com direitos econômicos, sociais e culturais, conforme preconiza Piovesan (2016, p. 223), “Combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor a igualdade”.

Piovesan (2016, p. 224-225) ressalta que, após a Primeira Guerra Mundial, cresce, junto com o discurso liberal, o discurso social da cidadania, no qual o Estado passa a ser agente transformador e provedor do direito à prestação social. Nesta perspectiva, de união dos valores liberdade e igualdade, a Declaração insere a concepção de que os direitos humanos são uma unidade interdependente e indivisível, e que todos são complementares uns aos outros (PIOVESAN, 2016, p. 227). Vale transcrever as palavras da autora a respeito:

[...] sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar a liberdade divorciada da justiça social, como também é infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si (PIOVESAN, 2016, p. 228).

Assim, vê-se que a Declaração Universal fortaleceu a concepção de direitos humanos, cuja base é a universalidade e indivisibilidade desses direitos, tendo como valor a dignidade da pessoa humana. Ademais, é preciso dizer que a Declaração Universal não é um tratado, mas sim uma resolução, que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, com força

jurídica, porque, à luz da Carta das Nações Unidas, os Estados assumem o dever de respeito universal e efetivo aos direitos humanos constantes dos artigos 1º (3) e 55 da referida Carta (PIOVESAN, 2016, p. 229-232).

Além disso, a Declaração Universal é um dos documentos mais influentes no cenário político e jurídico do século XX, tornando-se direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional (PIOVESAN, 2016, p. 233).

O texto universal previu vários direitos trabalhistas, como o de que toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego, em seu artigo 23. Também foi estabelecido, entre tantos outros direitos, em seu artigo 24, que toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas.

Posteriormente, adveio, também, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, que se trata também de um importante documento em matéria de direitos sociais.

Posto isso, percebe-se que, a partir da revolução industrial no final do século XVIII, o direito do trabalho ganhou força e autonomia no cenário internacional, essencialmente com o fim de realização de justiça social, redistribuindo as riquezas e organizando a convivência dos homens e do Estado, pois considerou-se o trabalho como elemento integrante da dignidade humana e que merece valorização.

2.2 O papel da Organização Internacional do Trabalho na efetivação do direito do trabalho nas constituições nacionais

A origem da Organização Internacional do Trabalho (OIT) está fortemente entrelaçada ao movimento de internacionalização do direito do trabalho, que visava a universalização dos parâmetros de condições de trabalho e a justiça social.

A OIT foi criada em 1919, por meio do Tratado de Versalhes, como parte integrante da Sociedade das Nações e devido à aprovação da Carta das Nações Unidas, da qual resultou a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Da revisão da Constituição da OIT, restou, definitivamente confirmada, a personalidade jurídica própria da Organização como pessoa jurídica de direito público internacional (SÜSSEKIND, 1987, p. 115).

A finalidade e a competência da OIT estão dispostas no preâmbulo de sua Constituição e também na Declaração da Filadélfia, adotada em 1944, que ampliou seus fins e objetivos, principalmente, porque lhe atribuiu competência para tratar de questões que se

destinem à justiça social, no seu maior conceito, visto o progresso humano em condições de igualdade e dignidade (SÜSSEKIND, 1987, p. 119).

O preâmbulo da Constituição da OIT dispõe, inicialmente, que “a paz universal e permanente só pode basear-se na Justiça Social”, assim como determina que “existem condições de trabalho que contém tal grau de injustiça, miséria e privações para grande número de seres humanos, que o descontentamento causado constitui uma ameaça para a paz e a harmonia universais”.

De acordo com Sússekind (1987, p. 124-125), a ampliação da competência da OIT pela incorporação à Declaração de Filadélfia fez com que os objetivos da Organização não se limitassem apenas a melhorar as condições trabalho, mas também a condição humana e de bem-estar dos indivíduos, devendo todas as medidas tomadas no domínio econômico serem apreciadas sob o ponto de bem comum do povo.

A Organização é composta por três órgãos, sendo eles: a Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho. A Conferência ou Assembleia Geral é um órgão deliberativo; o Conselho de Administração exerce função executiva e é composto por representantes governamentais, de empregadores e de empregados; e a Repartição Internacional do Trabalho é uma secretaria permanente e centro de documentação (NASCIMENTO, 2011, p. 133).

Ante o exposto, há um princípio que rege a Organização, que é o do *tripartismo*, de acordo com o qual as questões trabalhistas devem ser resolvidas de maneira conjunta entre governo, trabalhadores e empregadores, razão pela qual as delegações que forem aos congressos da OIT devem ter composição tripartite (NASCIMENTO, 2011, p. 135).

Salienta-se que o número de Estados-Membros da OIT passou de 48, em 1919, para 183, atualmente, sendo o Brasil um deles.

A atuação normativa da OIT se manifesta de duas formas, por meio de convenções ou recomendações. As Convenções internacionais, de acordo com Nascimento (2011, p. 136), são “normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais”.

É importante dizer que as convenções não se incorporam imediatamente ao ordenamento jurídico de cada Estado, devendo passar por um processo de ratificação, que depende das normas constitucionais particulares (NASCIMENTO, 2011, p. 137-138).

Por sua vez, as recomendações são disposições aprovadas pela Conferência da OIT, que não tiveram adesão para se transformar em convenções, assim, são promulgadas como

simples recomendações, portanto, trata-se de sugestão ao Estado, em forma de norma jurídica programática (NASCIMENTO, 2011, p. 139).

No Brasil, os tratados 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 correspondentes a emendas constitucionais, conforme preconiza o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Com relação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, ressalte-se que seu intuito foi permitir a adoção de um sistema de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, ou seja, que criasse obrigações legais aos Estados-partes, promovendo uma responsabilização internacional em caso de violação dos direitos que prevê (PIOVESAN, 2016, p. 260).

De acordo com Piovesan (2016, p. 260), esse pacto amplia o elenco de direitos sociais, econômicos e culturais, incluindo o direito do trabalho e a justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, à moradia, à educação, à previdência social, à saúde e à participação na vida cultural da comunidade.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, nos termos estipulados pelo Pacto, apresentam realização progressiva, pois estão condicionados à atuação do Estado, que deve assumir medidas, tanto por esforço próprio, quanto pela assistência e cooperação internacionais, no limite dos recursos disponíveis, para efetivar a realização desses direitos (PIOVESAN, 2016, p. 261-262).

É preciso ressaltar que os direitos sociais, econômicos e culturais, assim como os direitos civis e políticos, exigem do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada a visão de que apenas os direitos sociais, econômicos e culturais demandam ações positivas, pois os direitos civis e políticos não se restringem a mera omissão estatal, eis que também requer políticas públicas direcionadas, como no caso do direito à liberdade e à propriedade (PIOVESAN, 2016, p. 262).

Em razão da ação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, tem-se a vedação ao retrocesso social, assim como da proibição de omissão estatal, sendo assim, é vedado ao Estado ser omissivo ou inerte na implementação dos direitos sociais (PIOVESAN, 2016, p. 263).

O Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais tem realçado o dever dos Estados-partes de proteger o núcleo essencial mínimo de cada direito social, cultural e econômico expresso no Pacto. A respeito disso, Piovesan (2016, p. 264) enfatiza que “o dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais

tem como fonte o princípio maior da dignidade da pessoa humana, que é o princípio fundante e nuclear dos Direitos humanos, demandando absoluta urgência e prioridade”.

No que tange ao provimento dos direitos sociais, o Comitê adota alguns critérios, quais sejam, a acessibilidade, a disponibilidade, a adequação, a qualidade e a aceitabilidade cultural (PIOVESAN, 2016, p. 264).

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destaca as obrigações do Estado na área dos direitos econômicos, sociais e culturais, que são o de respeitar, proteger e implementar. De acordo com Piovesan (2016, p. 264):

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não estatais) violem esses direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização desses direitos.

Há uma forma de monitoramento dos direitos dispostos no Pacto, consistente no dever de realização pelos Estados-partes de um relatório, como no caso de relatórios que consignem as medidas adotadas pelo Estado-parte, a fim de dar observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto (PIOVESAN, 2016, p. 265).

Sob a perspectiva internacional, nota-se que os direitos sociais, econômicos e culturais são definitivamente direitos fundamentais, integrando a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e muitos outros tratados internacionais. Isso porque, como bem lembra Piovesan (2016, p. 266), “a obrigação de implementar esses direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993 e por outras organizações internacionais de direitos humanos”.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi firmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, e foi promulgado por meio do Decreto número 591, de 6 de agosto de 1992.

Dentre as previsões do Pacto, estão que não pode haver discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, opinião política, situação econômica, conforme o artigo 2º. Prevê, ainda, em seu art. 7º, que deve ser assegurado uma remuneração que proporcione a todos os trabalhadores um salário equitativo e uma remuneração igual por trabalho de igual valor; a segurança e a higiene do trabalho; o descanso e o desfrute do tempo livre; a limitação razoável das horas de trabalho; e as férias periódicas remuneradas, bem como a remuneração dos dias festivos (MARTINS, 2011b, p. 84).

O artigo 12, do Pacto, não se direciona especificadamente ao trabalhador, porém, dispõe sobre o “direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental”, e determina, dentre as medidas que o Estado deve assumir com essa finalidade, “a melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente”, “a prevenção das enfermidades profissionais” e a “criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em casos de enfermidade” (SÜSSEKIND, 1987, p. 332).

É possível notar que a Organização Interacional do Trabalho e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais merecem especial realce, porque significam a construção de um direito comum internacional, conhecido universalmente. E, no que diz respeito ao direito do trabalho, significaram grandes avanços e previram garantias de condições dignas de trabalho.

2.3 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil

O Brasil, no período da sua colonização, foi marcado pela utilização da mão-de-obra escrava, de modo que suas primeiras Constituições nada previam sobre as relações de trabalho. A Constituição do Império, de 1824, previa apenas a extinção das corporações de ofício, sem qualquer menção à proteção do trabalhador, mas, após alguns anos, a Princesa Isabel, em 1888, num ato humanitário, assinou a lei que decretou abolição da escravatura no Brasil, conhecida como Lei Áurea.

Em 1889, o Brasil proclamou a República e então adveio a Constituição de 1891, fortemente influenciada pelo caráter individualista e liberal, que dominava os Estados Unidos, cujo ideal era que a ação do Estado se limitasse à manutenção da segurança pessoal, isto é, considerava-se que para alcançar o bem-estar social era preciso que os indivíduos tivessem seus interesses privados preservados. Sendo assim, nela não havia qualquer proteção ao trabalhador (SÜSSEKIND, 1999, p. 77).

De acordo com Nascimento (2011, p. 98), as leis de proteção ao trabalhador ganharam maior impulso no Brasil a partir de 1930, tanto na área política, quanto legislativa, uma vez que, com o governo de Getúlio Vargas, passou-se a aceitar a intervenção nas relações de trabalho.

Desde então, surgiram as primeiras regulamentações esparsas de proteção social, tais como: Lei n. 4.682, de 24 de janeiro de 1932, denominada de Eloy Chaves, que instituiu as caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários; a Lei n. 4.982, de 23 de dezembro de 1925, sobre o direito a férias; o Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931, que regulamentou

a sindicalização; o Decreto n. 21.186, de 22 de março de 1932, que regulamentou o horário de trabalho na indústria.

A Constituição de 1934 inovou, no que tange às inúmeras questões, inclusive, quanto aos problemas sociais, pois previu a representação sindical profissional ou de classe, assegurando a autonomia sindical; instituiu a Justiça do Trabalho; previu o direito de todos de prover a própria subsistência e de sua família por meio do trabalho honesto; estabeleceu que a lei promovesse amparo à produção e estabelecesse as condições do trabalho, considerando a proteção social do trabalhador e dos interesses econômicos do País.

Foi a Constituição de 1934 que também instituiu a proibição de diferença salarial para o mesmo trabalho, por razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; previu a fixação de salário mínimo; vedou o trabalho de menores de 14 (catorze) anos, assim como o trabalho noturno para os menores de 16 (dezesesseis) anos, e nas indústrias insalubres às mulheres e aos menores de 18 (dezoito) anos; garantiu a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante e, também a esta, o descanso antes e após o parto, sem prejuízo do salário (SÜSSEKIND, 1999, p. 79-80).

Süssekind (1999, p. 81) afirma que com a Constituição de 1934, desaparecia a democracia igualitária, individualista, não intervencionista, que permitia a exploração do trabalho, surgindo um regime de intervenção estatal, no qual se promovia as necessidades públicas.

Em 10 de novembro de 1937, o Brasil retornava a um regime discricionário, devido ao Golpe de Estado, sendo revogada a Constituição anterior e outorgada outra, que é marcada especialmente pela intervenção do Estado no domínio econômico. Essa Constituição fixou melhor do que a Constituição de 1934 as diretrizes da legislação do Trabalho, contendo nela as regras básicas sobre o repouso semanal remunerado, a indenização por término das relações de trabalho sem justa causa, as férias remuneradas, o salário mínimo, a jornada diária de oito horas, a proteção à mulher e ao menor; porém, foi proibido o exercício do direito de greve (SÜSSEKIND, 1999, p. 81-82).

Outro marco importante na conquista de direitos pelo trabalhador, foi quando, em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) pelo Decreto-Lei n. 5452, de 1943, na qual reuniu-se todas as matérias, tanto direito individual, quanto coletivo e processo do trabalho. Todavia, a CLT não era exatamente o esperado pela sociedade como meio de proteção dos direitos trabalhistas, necessitando de diversas mudanças posteriores para adequá-las à dinâmica das relações de trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 104).

Em 1946, adveio uma nova Constituição, cujo conteúdo era um dos mais completos do mundo no momento, tendo um rol de direitos trabalhistas superiores às Constituições anteriores, além de restabelecer o direito de greve (SÜSSEKIND, 1999, p. 82).

Ocorreu, em 1964, um golpe militar no Brasil, passando o país a ser governado pelo regime militar. Com isso, foi elaborada uma Nova Constituição, promulgada em 1967, na qual basicamente manteve-se os direitos trabalhistas previstos nas Constituições anteriores, fazendo-se algumas modificações mais evidentes, especialmente, no que diz respeito à proibição de greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei (SÜSSEKIND, 1999, p. 83).

Por fim, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 dispôs sobre os "Direitos Sociais", regulando de forma particular a matéria de Direito do Trabalho do seu artigo 7º ao 11, significando um marco para o desenvolvimento do direito do trabalho, pois mudou a forma das relações de trabalho, especialmente, no que diz respeito aos sindicatos. A propósito, houve a introdução de dois princípios, quais sejam, o da auto-organização sindical e o da autonomia de administração dos sindicatos, em que o primeiro possibilitou a livre criação dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização do Estado, já o segundo garantiu a tais instituições a liberdade para praticar, de acordo com as próprias decisões, os atos de interesse interno com liberdade de administração (NASCIMENTO, 2011, p. 107).

Com isso, ampliaram-se os acordos e as convenções coletivas promovidos pelos sindicatos e empresas, assim como cresceu o número de diretrizes estabelecidas pelos sindicatos, que não podiam sofrer interferência do Estado.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 também trouxe outras modificações importantes tais como: a redução da jornada semanal de 48 para 44 horas; a generalização do regime do fundo de garantia com a consequente supressão da estabilidade decenal; a criação de uma indenização prevista para os casos de dispensa arbitrária; a elevação do adicional de horas extras para o mínimo de 50%; o aumento em 1/3 da remuneração das férias; ampliação da licença da gestante para 120 dias; a criação da licença-paternidade de 5 dias; a elevação da idade mínima de admissão no emprego para 14 anos; a desconfiguração como forma destinada a incentivar a iniciativa patronal, da natureza salarial da participação nos lucros; a instituição da figura do representante dos trabalhadores nas empresas com mais de 200 empregados; a reformulação da obrigatoriedade de creches e pré-escolas; e a inclusão, em nível constitucional, de três estabilidades especiais, a do dirigente sindical, a do dirigente das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs) e a das empregadas gestantes (NASCIMENTO, 2011, p. 108).

Todavia, atualmente, vê-se que o direito do trabalho vive um momento de conflito entre o seu caráter protecionista, acusado de prejudicar o crescimento econômico, e o caráter reformista, que defende a flexibilização das normas trabalhistas.

As transformações nas relações de trabalho contribuíram para o fortalecimento do ideal de flexibilização das leis trabalhistas, dentre elas as decorrentes da tecnologia e da globalização. Isso porque o aumento do uso de instrumentos tecnológicos, que substituíram a mão de obra, causou desempregos, assim como a globalização e seus reflexos na economia tiveram graves impactos nas relações de trabalho. Num período iniciado no denominado pós-1970, em alguns países europeus, trabalhadores, por meio de acordos coletivos, negociavam a jornada de trabalho para a manutenção de seus empregos (NASCIMENTO, 2011, p. 69-73).

Nesse contexto, recentemente, houve alteração na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), realizada por meio da Lei 13.467 de 2017, conhecida como lei da reforma trabalhista, com o fundamento de ser necessária a modernização da norma para acompanhar as transformações sociais e evitar o desemprego. A referida reforma introduziu diversas mudanças nos direitos trabalhistas, significando transformações substanciais na regulamentação do direito do trabalho com impactos que podem ir além das relações de trabalho, provocando reflexos na vida pessoal e familiar do trabalhador.

Dentre as mudanças estabelecidas pela reforma, é importante frisar as que dizem respeito a flexibilização da jornada de trabalho, como a que diz respeito à permissão ao estabelecimento da jornada 12x36, por qualquer categoria profissional, mediante acordo individual escrito, acordo ou convenção coletiva de trabalho, sendo que anteriormente era regulamentada pela súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho, e era de caráter excepcional, podendo ser fixada apenas por acordo ou convenção coletiva.

Além disso, a referida lei também excluiu o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, o que significa que ele não tem direito às horas extras, por exemplo, porque entende-se que não há controle de jornada de trabalho.

Outro ponto importante da reforma foi o título que disciplina os danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de emprego, acrescentando parâmetros de fixação de valores de indenizações, de acordo com o grau da lesão.

Houve, também, o que se pode denominar de reinserção no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade coletiva, tal como ocorria nos tempos passados, pois, de acordo com o novo texto legal, em algumas hipóteses, o negociado prevalece sobre o legislado, desde que seja respeitado os direitos intangíveis previstos na CF-88.

No mais, uma das principais mudanças trazidas pela reforma trabalhista foi a permissão da prevalência do negociado sobre o legislado, nos termos do art. 611-A. Frise-se que a Constituição Federal de 1988 já previa a valorização da negociação; no entanto, apenas seriam válidos se respeitassem direitos e garantias já previstos em lei. Assim, não há como esquecer que a efetiva prevalência do negociado sobre o legislado está condicionada ao respeito aos direitos fundamentais.

Deste modo, vale dizer que a autonomia individual na seara trabalhista deve ser compatível com os direitos fundamentais, não podendo os direitos consagrados pela CF/88 serem suprimidos, sob pena de ofensa ao princípio do não retrocesso social. Nesse sentido, assinala Wyzykowski (2019, p. 232):

A doutrina constitucional laboral tem ressaltado a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais no marco da relação contratual de trabalho, assinalando que a celebração de um negócio jurídico não pode implicar, de modo algum, na privação do empregado dos direitos que a Constituição lhe reconhece enquanto trabalhador e cidadão.

Assim, a liberdade negocial construída pela nova legislação é exagerada, vale assinalar que, no rol do art. 611-A, está os direitos considerados irrenunciáveis, como a prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia da autoridade competente do Ministério do Trabalho, podendo significar, para além da flexibilização das normas trabalhistas, uma verdadeira precarização dos direitos, e conseqüentemente, afetar a saúde e dignidade dos obreiros.

A partir desse contexto, nota-se que, no cenário atual brasileiro, existe uma tendência a prestigiar a flexibilização das normas trabalhistas, principalmente, para defender a modernização das leis e o desenvolvimento econômico, porém, surge a indagação se a única maneira de poupar um país de uma crise econômica é a redução dos direitos trabalhistas, retirando garantias de proteção a condições dignas de trabalho e ferindo o princípio proteção dos trabalhadores.

Nesse sentido, essa mudança de paradigmas na legislação trabalhista promovida pela reforma trabalhista pode significar graves prejuízos ao trabalhador, com fortes impactos na saúde, no bem-estar, no desenvolvimento da personalidade, no lazer, bem como em outros direitos fundamentais do cidadão.

2.4 O valor social do trabalho como promoção da dignidade da pessoa humana e fundamento da ordem econômica e social na Constituição Federal de 1988

A valorização do trabalho humano teve sua base no cristianismo, pois os ideais cristãos preconizavam que o homem teria de conquistar o pão com o suor de seu trabalho, e, com o seu esforço, deveria viver para ser digno, não sendo suficiente para ter dignidade à propriedade de bens materiais que lhe dessem direito ao ócio. De acordo com os primeiros ditames do cristianismo, o trabalho era um instrumento para alcançar a dignidade, pois o trabalho evitava o ócio (SÜSSEKIND, 1999, p. 89).

Com o passar do tempo, evolui-se os pensamentos cristãos e o trabalho passou a ser exaltado como um instrumento para a busca do bem-estar, isto é, abandonava-se a noção de que o trabalho seria um meio somente para afastar o ócio e evitar vícios, criando-se a concepção de que todo trabalho era útil para manter a vida e de que a acumulação de bens não era ruim, pois o mal seria a aplicação desses bens em finalidades diversas dos ditames divinos. Todavia, embora surgisse a valorização do trabalho, ainda não havia independência e igualdade jurídica ao trabalhador (SÜSSEKIND, 1999, p. 90).

Diante do advento do Renascimento, iniciou-se a valorização do homem como ser racional, pois naquele momento o homem era considerado livre para perseguir seus objetivos e reunir habilidades para realizar seu trabalho. A partir do século XVIII, predominava o liberalismo e a individualidade, sendo o trabalho livre considerado uma das maiores comprovações da liberdade na época, de modo que o Estado não poderia intervir nas relações econômicas e sociais, e em nada garantia-se os interesses dos proletariados (SÜSSEKIND, 1999, p. 90-92).

Entretanto, diante do esgotamento físico e psicológico dos trabalhadores, que laboravam sob condições precárias, iniciou-se movimentos em busca de garantias de condições dignas de trabalho, até que a opinião pública foi comovida e foram estabelecidas as primeiras legislações de direito do trabalho (SÜSSEKIND, 1999, p. 93-94).

É possível verificar que o trabalho, por muito tempo, não foi valorizado, mas diante das necessidades humanas, percebeu-se que é por meio dele que o homem se integra na sociedade e é reconhecido como ser social e portador de direitos e deveres, e que além destes direitos trabalhistas também lhe é reconhecido outros direitos, a fim de proporcionar a dignidade de forma plena.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, incorporou-se ao ordenamento jurídico um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos

sociais, que ganharam um capítulo próprio, previstos dos artigos 6º ao 11 da CF/88, sendo eles os direitos à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à saúde, à previdência social, à segurança, ao transporte, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Assim, a CF/88 inovou na ampliação e constitucionalização dos direitos fundamentais, inclusive, no que tange aos direitos trabalhistas, pois aumentou a proteção dos trabalhadores, como no caso da proteção da mulher no mercado de trabalho; nas formas de segurança do trabalho ante a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de higiene e segurança, e previu, ainda, proteção em face da automação, na forma da lei. De acordo com Silva (2017a, p. 298), todas as ampliações na proteção do trabalhador feitas pela norma constroem a defesa do trabalhador perante os avanços tecnológicos, que criam vantagens para os empresários e desvantagens para os trabalhadores.

Inclusive, a CF/88 estabeleceu como fundamentos do Estado Democrático de Direito, no seu artigo 1º e incisos: I- soberania; II- cidadania; III- dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V- pluralismo jurídico. Vale dizer, também, que a CF/88 previu a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, tais como privacidade, intimidade, honra e imagem.

A constitucionalização dos direitos trabalhistas, bem como o estabelecimento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, demonstra a importância do trabalho, pois por meio deste o cidadão alcança a educação, a moradia, a saúde, a previdência social, isto é, o trabalho é um instrumento sem o qual não há existência humana, sendo o alicerce para todos os demais direitos, por isso, conforme preconiza Gonçalves e Lopes (2013, p. 135), o direito ao trabalho é a garantia do direito à vida e, sobretudo, à vida digna.

Para Araújo (2017, p. 117):

O trabalho, como se percebe, está diretamente ligado ao bem maior que é a vida, uma vez que além de garantir subsistência, também é objeto de realização pessoal, e de inclusão social, possibilitando a interação dos sujeitos e garantido a integração do cidadão à sua comunidade. No sentido da interligação dos sentidos do trabalho com o sentido da vida, pode se afirmar, sem receio, que o primeiro direito do homem é viver e o trabalho é uma das condições de vida do homem.

Assim, regista-se que a Constituição Federal de 1988 também previu em seu artigo 193 que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988). Além disso, a Carta Magna também estabeleceu (artigo 170)

que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, e tem, por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Visto isso, percebe-se que a valorização do trabalho é resultado da ordem social da CF/88, mas também é, conforme enfatiza Gonçalves e Lopes (2013, p. 135), fruto da essência do ser humano relacionada com a sua necessidade espiritual, de modo que aquele que não usufrui do trabalho, por faculdade ou por exclusão, é incompleto na sua dignidade.

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está fortemente atrelado ao valor social do trabalho, pois, conforme afirma Finati (1996, p. 29), “o Trabalho dignifica a pessoa na medida em que permite sua autoafirmação no seio da família e da sociedade, permitindo-lhe, ainda, participar integralmente da vida social”.

Barzotto (2007, p. 19), assim, descreve:

Como o ser humano faz jus ao respeito e consideração, a distinção que merece supõe ações do seu desenvolvimento e de prevenção a sua degradação. Numa ordem social, fala-se que a dignidade humana, analiticamente, se expressa em dignidade jurídica, política e econômica. Ela resulta do ponto de vista jurídico, do fato de que a pessoa é sujeito e fim do direito. O direito protege atributos da personalidade do homem, negando o domínio de uma pessoa sobre a outra. A dignidade humana é pressuposto de determinação do direito, como também seu limite, visto que introduz no ordenamento jurídico o respeito recíproco, que restringe a esfera da ação de cada indivíduo. O direito é produzido para o homem.

Dentro dessa perspectiva, nota-se que o trabalho atua como fator de progresso para o ser humano, estando atrelado a todas as atividades humanas, seja religiosa, econômica, moral, política ou estética, estando toda a sociedade e, inclusive o Estado, sujeitos ao respeito e à promoção do direito ao trabalho.

Interessante é a reflexão de Finati (1996, p. 29-30), a respeito da finalidade do trabalho:

[...] além de atender à subsistência do trabalhador, na grande maioria das vezes, se estende, também, à sua família, que dele depende. E não somente a subsistência alimentar ou física, mas também, e principalmente, a subsistência e estabilidade da sociedade conjugal. E por que não dizer, a estabilidade e a existência da própria sociedade?

Assim, o homem somente encontra realização plena com o trabalho executado em condições dignas, que lhe permita usufruir da sua vida privada, desenvolvendo sua personalidade e integridade no seio social onde vive, pois, o trabalhador não pode ser considerado um objeto, o qual é explorado pelos que detêm os meios de produção para obtenção

de lucros, devendo ser, na verdade, visto como ser humano com necessidades e direitos que devem ser respeitados.

A Constituição Federal de 1988 se preocupou com os direitos do trabalhador, pois previu um amplo rol de direitos sociais, entre eles, os direitos trabalhistas. Sendo assim, o trabalho humano foi valorizado tido como impulso para a economia, assim como a Carta Magna de 1988 que também instituiu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, fazendo com que toda a sociedade e o Estado estejam vinculados à proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, tais como saúde, lazer, desenvolvimento da personalidade e ambiente de trabalho sadio.

Entretanto, a influência neoliberal e da globalização nas relações econômicas e sociais colocaram em contradição os preceitos constitucionais, pois introduziram a competitividade, a busca desenfreada por lucros, a expansão da internet e o aumento do desemprego, fazendo com que crescesse a desigualdade social e o trabalho humano fosse desvalorizado, desrespeitando os valores instituídos pela CF/88 (CSISZER, 2011, p. 41).

Nesse contexto, torna-se cada vez mais necessária a proteção dos trabalhadores, sendo essencial que sejam adotadas medidas estatais de intervenção nas relações econômicas e sociais para garantir que não haja o aumento da pobreza e da exploração da mão de obra devido à manipulação da economia nas legislações.

Assim, a dignidade da pessoa humana, quando reconhecida como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, estabelece que todos os direitos fundamentais sejam protegidos e respeitados, visto que sem a promoção desses direitos não há dignidade, razão pela qual cabe ao Estado prever instrumentos jurídicos que promovam os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, dispostos no art. 5.º (o direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada), como também no art. 6.º (o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança), no art. 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), entre outros, essenciais para o desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, é imperativo garantir a proteção aos cidadãos contra possíveis danos a esses direitos, assegurando a identidade pessoal, a integridade psíquica e intelectual.

2.5 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade não está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mas, diante dos princípios e valores constitucionais, bem

como mediante os direitos fundamentais, pressupõe-se que tal direito é de extrema importância para o ser humano e deve ser garantido.

A CF/88, ao instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, conferiu amparo ao direito do livre desenvolvimento da personalidade. Sarmiento (2016, p. 242) assegura: “Para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente as suas personalidades, o adequado reconhecimento pelo outro é vital. O ser humano é ser de relação, e não um átomo isolado [...]”. Para o autor, uma das dimensões de grande importância do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento intersubjetivo, isto é, a valorização da pessoa, respeitando a identidade pessoal, que é fundamental para que ela construa sua personalidade, eis que cada pessoa tem um modo próprio de viver, que é definido não apenas pelo indivíduo sozinho, mas também por meio de diálogo com outros fatores sociais nos quais está imerso.

Sarmiento (2016, p. 259) salienta, ainda, que o não reconhecimento enfraquece a liberdade de suas vítimas, afetando a sua capacidade de criar e executar seu plano de vida.

Do mesmo modo, o artigo 170 da CRFB/88 faz referência ao desenvolvimento da personalidade ao dispor que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]” (BRASIL, 1988).

Para uma melhor compreensão e garantia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é importante entender a noção do próprio direito à personalidade, e, segundo Brega Filho (2002, p. 347), “[...] os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa”.

Os direitos da personalidade estão assegurados no artigo 5º, inciso X, da CF/88 ao afirmar que:

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 [...] 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” (BRASIL, 1988).

O Código Civil também previu, de forma mais ampla, uma gama de direitos da personalidade dispostos do artigo 11 (onze) ao 21 (vinte e um), protegendo a personalidade do cidadão nas relações privadas, dispondo que quando violados, a vítima poderá pleitear por

perdas e danos, e previu também as hipóteses de reparação por dano material e imaterial (ALMEIDA NETO, 2005, p.10-11).

De acordo com Miranda (2013, p. 11177):

Portanto, o que o direito busca tutelar com a proteção da personalidade é a identidade, a capacidade da pessoa desenvolver suas características individuais, especiais, o modo de pensar e de agir, sua ideologia, a construção de seus valores, seus sonhos, seus projetos de vida. É tutelar a individualidade inerente a cada pessoa.

Dessa forma, é possível afirmar que, mediante a leitura da CF/88, conjuntamente com o Código Civil, permite-se identificar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade está protegido, pois possui forte relação com a existência da pessoa, uma vez que visa tutelar as características primordiais para o desenvolvimento do ser humano, sobretudo, um desenvolvimento digno da personalidade.

Na formulação de Mota Pinto (1999, p. 152):

A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento da personalidade constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.

Outrossim, Marco e Castro (2013, p. 23) afirmam:

A eficácia de direitos fundamentais em todas gerações e perspectivas torna-se ainda mais imprescindível quando se percebe que não basta o reconhecimento de direitos da personalidade, mas, por mandado constitucional, há o dever, tanto estatal como particular – cada um em seu âmbito de atribuições –, de proporcionar condições efetivas para o livre desenvolvimento da personalidade.

De acordo com Mota Pinto (2000, p.157-159), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade se funda na tutela da individualidade, assim como na tutela da liberdade, da personalidade, pois é um direito comunicativo, que se realiza com a interação com outras pessoas, num plano social, por isso seu conceito ultrapassa o de não interferência na liberdade, sendo na verdade, diretivas para que o legislador possa atuar no sentido de proteger esse direito.

Moraes (2010, p. 148) ressalta que a expansão do direito da personalidade envolve-se no conceito de inviolabilidade da vida privada, a liberdade de escolhas existenciais, conferindo ao direito à vida uma análise mais humanitária.

Para Miranda (2013, p. 11178), a tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade significa a consagração de um direito individual de liberdade para constituição da personalidade, caracterizando um direito a diferença, que permite a cada um determinar seu modo de vida.

Na mesma perspectiva, Mota Pinto (1999, p. 159) visualiza duas vertentes para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma em que é imposta uma conduta omissa a terceiros para não intervirem na construção da personalidade individual; e outra no sentido de estabelecer uma atuação do Estado em permitir que o cidadão desenvolva sua personalidade da maneira como desejar.

Nesse viés, é possível dizer que existem duas dimensões, uma positiva, que exige ações do Estado no sentido de concretizar e promover meios para desenvolvimento da personalidade; e outra negativa, para proteger o cidadão contra ingerências na formação da personalidade (FACHIN, 2006, p. 636).

Para a doutrina e a jurisprudência alemã, o instituto do direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreende duas dimensões, uma que abrange o direito geral da personalidade e outra que compreende a liberdade geral de ação. O direito geral da personalidade trata da proteção de todos os direitos inerentes à personalidade da pessoa, estando ou não previstos no texto constitucional e, no que diz respeito à dimensão de liberdade geral de ação, revela-se como meio de garantir que a personalidade se materialize em atos, ou seja, não basta que haja um direito subjetivo de constituir uma personalidade se não houver a concretização desse desenvolvimento da personalidade na prática, de modo que a proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreenda toda e qualquer espécie de ação, independentemente se está relacionado ao desenvolvimento da personalidade (MIRANDA, 2013, p. 11181-11185).

Contudo, é preciso traçar qual é a liberdade conferida ao cidadão para desenvolver sua personalidade, isto é, se na liberdade estão inclusos todos os atos inerentes a ela ou não, bem como se o direito geral de personalidade protegeria direitos que não se relacionariam diretamente com o núcleo da personalidade do indivíduo. De acordo com Menezes (2015, p. 48), existem duas correntes divergentes a respeito, uma que acolhe uma noção ampla, na qual defende-se que todos os comportamentos humanos sejam considerados, até mesmo os que não são tão relevantes para a formação da personalidade; e outra que defende que o alcance deste direito deva ser privativo a situações essenciais para o desenvolvimento da personalidade.

Para Mota Pinto (2000, p. 167-168), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é direito não unânime, pois varia de acordo com as concepções de cada indivíduo

e de acordo com os seus projetos, eis que se assim não fosse, implicaria recusar a individualidade, que, como dito acima, é uma das bases desse direito.

Conforme preconiza Miranda (2013, p. 11188), não se pode reduzir a abrangência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois não há como delimitar o que constitui a essência da personalidade do indivíduo e o que é um ato inerente à sua personalidade. O autor pondera, porém, que a partir de então surge a dificuldade em definir qual seria o âmbito intangível de proteção da vida privada, e quais atos referentes à vida privada podem ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, inclusive em face da análise de todo o ordenamento jurídico (MIRANDA, 2013, p. 11191).

Com o intuito de responder tal questionamento, inicialmente, pode-se ressaltar que os atos do Poder Estatal devem, em regra, sempre visar o interesse público, mas, por sua vez, os direitos fundamentais tem como finalidade garantir o respeito aos direitos individuais do cidadão, ainda que em face da maioria, eis que os direitos fundamentais proporcionam direito de defesa, tanto num plano jurídico-objetivo, que impõe uma conduta negativa do Estado, quanto num plano jurídico-subjetivo, que permite aos cidadãos exercer positivamente seus direitos fundamentais, exigindo omissões do Poder Público (MIRANDA, 2013, p. 11192).

Diante disso, Miranda (2013, p. 11192) faz a seguinte indagação: “Portanto, poderia o cidadão invocar o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade contra atos do Estado, mesmo quando visarem o interesse público em geral?” O autor ressalta que quando se trata de um direito fundamental, expressamente tutelado, tal como o da liberdade de expressão, haverá a violação deste direito em específico tutelado, e não ao direito do livre desenvolvimento da personalidade (MIRANDA, 2013, p. 11193).

Quanto à possibilidade de intervenção de forma válida pelo Poder Público em direitos inerentes à pessoa não expressamente previstos pela Constituição, faz-se necessária uma ponderação. Canotilho e Moreira (2007, p. 1277), ao tratarem sobre os limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente permitidas pela Constituição, aos direitos fundamentais, como é o caso do direito ao desenvolvimento da personalidade, afirmam que “o seu reconhecimento é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens”.

Há duas teorias sobre essa restrição, a primeira delas é a Teoria da Cláusula da Comunidade, a qual pressupõe a existência de uma cláusula da comunidade, nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre restritos, desde que colocassem em perigo bens jurídicos da comunidade; a segunda teoria é a das limitações horizontais, em que o exercício de direitos, liberdades e garantias prevê logo uma “reserva de amizade” e de “não

prejudicialidade”, não como restrição dos direitos, mas como limite dos pressupostos jurídicos e fáticos desses mesmos direitos (MIRANDA, 2013, p. 11193-11194).

Ocorre que o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade e garantia insusceptível de restrições é a *prima facie*, um direito sem reserva de restrições, mas a posteriori, por meio da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, adequada e contextual, aos princípios jurídico-constitucionais (MIRANDA, 2013, p. 11194-11195).

Dessa forma, pode-se concluir que o direito previsto constitucionalmente como insusceptível de restrição é *prima facie*. No caso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em regra geral, é insusceptível de sofrer restrições, mas, analisado contexto do ordenamento jurídico, poderá este sofrer restrição dado alguns valores jurídico-constitucionais.

No caso de colisões entre direitos de desenvolvimento da personalidade e outros previstos no ordenamento jurídico, sendo todos da mesma espécie ou ainda que diversos, mas com valores iguais, devem ceder na medida necessária para que todos produzam o mesmo efeito (SOUSA, 1995, p. 358).

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorre do direito individual de constituir a personalidade como melhor desejar, sem a intervenção de terceiros, tendo um conteúdo positivo que significa a liberdade de agir, e um conteúdo negativo, que é a não interferência e o não impedimento, de maneira que os projetos de vida façam parte da personalidade humana.

Na esfera das relações de trabalho, os direitos da personalidade são exigíveis não apenas pelo empregador, mas também pelo empregado, de modo que o empregador possa ser responsabilizado por negligência nas relações de emprego que, inclusive, é marcada por uma desigualdade socioeconômica, fato que reforça a hipótese do trabalhador ter seu direito de personalidade violado, sendo que tais direitos se referem a proteção às condições físicas e psíquicas dos trabalhadores dentro e fora do trabalho. De acordo com Tibaldi e Pessoa (2017, p. 143):

Os chamados direitos de personalidade não dizem respeito apenas a proteção contra danos corporais ou psíquicos diretos, relacionados ao direito à vida na dupla vertente e à saúde, mas também ao próprio direito de descanso e de recuperar suas forças, bem como o direito ao convívio sociocultural, os quais irão gerar consequências em diversos aspectos referentes ao direito a vida e saúde do cidadão trabalhador.

Assim, nota-se que são inúmeras as hipóteses de lesões ao direito de personalidade do trabalhador. É possível mencionar como exemplo de lesão ao direito à vida e a integridade física, quando o trabalhador é exposto a agentes nocivos à saúde, como também o caso do trabalhador que é exposto a revista íntima, sendo violada a proteção à intimidade e à vida privada.

Nessa vereda, vale registrar o dano existencial no meio ambiente de trabalho, que se trata de um dano extrapatrimonial decorrente de um ato ilícito do empregador, que impede o empregado de realizar seus objetivos pessoais e de ter convívio social, afetando sua esfera existencial, podendo ocorrer, por exemplo, quando o trabalhador é submetido a uma jornada de trabalho excessiva, em que lhe é retirado o direito ao lazer, ao convívio familiar, à saúde, e à dignidade.

Desta forma, é evidente que o direito de conviver socialmente é elemento essencial para o desenvolvimento pessoal do trabalhador, pois possibilita que haja melhora na sua qualidade de vida, e, é por meio do direito fundamental ao lazer que o cidadão efetiva suas potencialidades, desfrutando de todas as esferas de sua vida, profissional, pessoal, cultural, entre outras (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 38).

Nas palavras de Tibaldi e Pessoa (2017, p. 144):

As diversas formas de exercício do trabalho estão diretamente ligadas aos direitos da personalidade do cidadão trabalhador, destacando-se a proteção aos diversos aspectos da vida privada e a garantia da integridade física e moral. Aí se insere o direito ao lazer, a partir de uma perspectiva de integração de todos os elementos necessários a um cidadão trabalhador consciente e integrado socialmente.

Frise-se que é por meio do direito ao lazer que se atinge o direito à desconexão, que também se traduz na garantia da dignidade humana e dos direitos da personalidade, uma vez que pretende garantir o desenvolvimento individual dos trabalhadores, pois o direito à desconexão significa desligar-se das atividades do trabalho e aproveitar plenamente a vida social (TIBALDI; PESSOA, 2017, p. 145).

Devido às tecnologias da modernidade, é possível, cada vez mais, os empregadores terem acesso à vida do trabalhador a qualquer momento; além disso, são diversas as exigências que o mercado impõe como aperfeiçoamento profissional para uma boa colocação no mercado de trabalho. Entretanto, o trabalhador somente poderá corresponder a todas as exigências se tiver acesso à educação, à capacitação e, sobretudo, se tiver descanso para retornar a suas atividades laborativas, pressupondo, assim, o direito ao lazer; inclusive, para que o trabalhador

tenha mais produtividade no ambiente de trabalho, também é preciso o descanso (TIBALDI; PESSOA, 2017, p. 145-148).

Enfim, como se vê, a garantia do direito ao lazer e à desconexão é essencial para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista que o não exercício desses direitos impede a autonomia existencial da pessoa, já que traz efeitos à integridade psicofísica e existencial do trabalhador, acarretando em danos ao seu projeto de vida e à vida de relações.

2.6 Direito fundamental ao lazer e a desconexão do trabalho

O direito do trabalho é um direito fundamental que dignifica o homem, uma vez que, por meio do ofício, adquire-se o bem-estar, a realização pessoal, alimento, vestuário, entre tantas outras necessidades humanas. No entanto, o excesso de trabalho, que agride a vida privada e a intimidade, impedindo o trabalhador de ter lazer e de desligar-se das atividades laborativas, acarreta graves prejuízos à saúde e à existência humana.

Nesse sentido, assim como o trabalho deve ser valorizado, o direito ao descanso também deve ser, pois trata-se de um direito natural do homem decorrente da atividade laborativa, eis que a sujeição contínua e prolongada ao trabalho leva naturalmente ao cansaço, sendo, portanto, o direito ao descanso uma necessidade humana para repor as energias e conseguir retornar às atividades (CARDOSO, 2015, p. 10).

Nesse sentido, vale registrar as palavras de Arendt (2019, p. 132):

A benção do trabalho consiste em que o esforço e a gratificação seguem um ao outro tão proximamente quanto a produção e o consumo dos meios de subsistência, de modo que a felicidade é concomitante ao processo, da mesma forma como o prazer é concomitante ao funcionamento de um corpo sadio. [...] o direito de buscar a felicidade é realmente tão inegável quanto o direito à vida; é inclusive idêntico a ela.

De acordo com Cardoso (2015, p. 10):

Assim, o descanso, além de prevenir a fadiga, é para o homem direito de proteção à vida e elemento de inserção social; é elemento essencial de seu legítimo direito de viver livremente, de acordo com seu projeto de vida. O descanso, nesse sentido, visa proteger o ser humano em sua plenitude para seu pleno desenvolvimento como ser social. Por isso, protege sua vida, sua saúde, seu projeto de vida e suas relações.

Assim, compreende-se que o descanso é essencial para o pleno desenvolvimento do trabalhador como ser social, que necessita do momento de lazer e repouso, para conviver com a família e amigos. Por esse entendimento, toda e qualquer norma que vise proteger o descanso do trabalhador tem caráter de ordem pública e protetiva, assim como busca a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade de gozar do tempo livre, além da jornada de trabalho, para realização de projetos de vida e de ter convívio social.

Sobre o assunto, Fleiner (2003, p. 20):

O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas.

Visto isso, compreende-se que para o direito ao trabalho ser respeitado deve ser considerado o direito ao descanso, eis que este é primordial para a existência humana. Nesse contexto, vale frisar o direito ao lazer, haja vista que este representa uma oposição ao trabalho, tratando-se de um direito da pessoa de dispor do seu tempo livre como melhor lhe convier, para o desenvolvimento da personalidade, conforme seu projeto de vida (FOGLIA, 2013, p. 101-105).

Logo, pode-se dizer que a efetivação do direito do trabalho está intrinsecamente associada à qualidade de vida da pessoa, tanto no ambiente de trabalho, quanto fora dele, pois, o homem que trabalha exaustivamente, sem limites, é privado de dignidade. Nas palavras de Lima (2013, p. 55), “o direito ao lazer é a única atividade que é de plena faculdade do trabalhador; seu exercício o eleva à sua essência como homem, e não somente como ‘produto’ do mercado de trabalho”.

De acordo com Souza (2013, p. 65-66), o direito ao lazer comporta duas dimensões, a humana e a econômica, sendo que em ambas há perspectivas que se relacionam e, na visão da autora, a dimensão humana deve se sobrepor sobre a econômica, considerando que o direito ao lazer é um direito fundamental. Ainda, de acordo com a autora, a dimensão humana do direito ao lazer possuiu como perspectivas as necessidades biológicas, relacionadas ao descanso e recuperação de forças para retorno ao trabalho; sociais, que dizem respeito à convivência social e familiar; a psíquica, na qual o trabalhador pode desligar-se da realidade social para esquecer os problemas do cotidiano e dedicar-se às atividades de prazer; e a existencial, relacionada ao tempo livre, à existência humana e ao desenvolvimento pessoal.

Destarte, o direito ao lazer com relação ao direito do trabalho seria o direito que proporciona liberdade para que o trabalhador realize outras atividades, diversas das laborativas, na tentativa de fazer com que seja excluída a ideia de que é um objeto do mercado econômico. De tal modo, pode-se dizer que o direito ao lazer se reporta ao direito à desconexão, que significa o desligamento do trabalho na tentativa de proteger os direitos fundamentais e garantir a dignidade humana.

Tibaldi e Pessoa (2017, p. 141) destacam que o direito ao trabalho é mais do que um meio de prover a subsistência, é um direito que visa garantir a dignidade da pessoa humana, tratando-se, na verdade, de um direito econômico social. Assim, o trabalhador não deve ser considerado somente na sua dimensão produtiva, mas também, na sua dimensão existencial, que necessita estar em interação com o mundo.

Nos dias atuais, as pessoas estão cada vez mais conectadas aos seus *smartphones*, *notebooks*, *tablets*, vivendo como prisioneiras da necessidade de manterem-se informadas a todo tempo, eis que a tecnologia permite a conectividade instantânea, inclusive, possibilita o contato instantâneo e direto do empregador com o empregado, o que acaba aumentando a ocorrência de danos à saúde e provocando doenças como depressão e ansiedade, pois o trabalhador não consegue usufruir do seu tempo de descanso e desconectar-se do trabalho.

Diante disso, vale discorrer ainda sobre o direito à desconexão, que se constitui como o desligamento do labor em favor da vida privada e do gozo do tempo livre, permitindo harmonia entre o trabalho, o lazer e o descanso (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 88).

Braga (2015, p. 109-118) ressalta que o direito à desconexão tem como pressupostos: a limitação do tempo de trabalho, pois as jornadas acima dos limites provocam desgastes físicos e psíquicos, além do que a limitação é importante para que o trabalhador possa aproveitar seu tempo livre fora do ambiente de trabalho; o desenvolvimento da personalidade, isto é, o trabalhador deve desfrutar do seu tempo livre, tendo lazer, convívio social com familiares e amigos, praticando atividades recreativas, que possibilitem o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas; e, por fim, a conciliação do trabalho com a vida privada, isto é, o equilíbrio saudável entre trabalho e convívio social.

O direito à desconexão não está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mas pode ser fundamentado a partir das normas já existentes, tal como a prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, que institui a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, significando que todas as ações estatais, bem como as particulares devem respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Almeida e Severo (2014, p. 17) ressaltam que “o trabalho é, portanto, elemento inafastável da dignidade da pessoa humana, seja por constituir fonte de subsistência material, seja por seu caráter de realização do ser social (da troca que nos constitui)”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também serve como fundamento, em âmbito internacional, ao direito de desconexão, como em seu art. 24, ao dispor que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas” (DECLARAÇÃO, 1948).

Além disso, o direito à desconexão encontra fundamento nos direitos à saúde, à vida social, à intimidade, à privacidade, ao lazer, à limitação da jornada de trabalho, todos os quais estão previstos no texto constitucional como direitos fundamentais (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 90).

Ademais, o trabalho atua como fator dignificante da pessoa humana, sendo difícil discutir sobre direito à desconexão, mas frise-se que este não pode ser entendido como um não trabalhar, mas sim como um direito do não trabalho fora da jornada, nos momentos de lazer (COSTA; MOURA; 2017). No mesmo sentido, Maior (2003) destaca:

Esclareça-se que 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 tecnológica, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Assim, a desconexão consiste no direito de o trabalhador não sofrer interferências nos seus períodos de descanso, a fim de que possa gozar do seu tempo livre e desenvolver-se fisicamente, moral e intelectualmente, sendo esse direito indispensável para o seu bem-estar e sua saúde. Conclui-se que deve haver equilíbrio entre trabalho e lazer para que não haja desrespeito ao direito à desconexão, o qual, como observado, é fundamentado por normas constitucionais e, portanto, faz parte dos direitos fundamentais do cidadão.

2.7 Direito fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio

Conforme visto anteriormente, para que o direito fundamental ao trabalho seja efetivamente garantido, é preciso que seja também considerada a qualidade do ambiente laboral, pois é no local de trabalho que o obreiro passa a maior parte do tempo. Para tanto, é preciso

considerar que a concretização de um ambiente de trabalho sadio depende de inúmeros fatores os quais, em conjunto, podem prejudicar ou melhorar a vida do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à vida, em seu artigo 5º, e o direito à saúde, em seu artigo 6º, sendo considerados como bens indisponíveis e de garantia geral a todos os seres humanos, além do mais, ao traçar as linhas básicas do Sistema Único de Saúde – SUS, a Constituição integra o meio ambiente do trabalho ao amplo conceito de meio ambiente a ser protegido no artigo 200, inciso VIII.

Por fim, é preciso dizer que a CF/88 previu um novo paradigma de proteção ao meio ambiente, uma vez que nas constituições anteriores o termo “meio ambiente” sequer havia sido mencionado e, ao referir-se a ele, em seu artigo 225, dispôs como um direito de todos “um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (BRASIL, 1988). Ademais, vale ressaltar ainda, que a CF/88 assegurou aos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança previstas no artigo 7º, caput, e inciso XXII, no capítulo dos direitos fundamentais.

Destarte, são tratados como assuntos constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador quanto a necessidade de que sejam asseguradas as condições sadias do meio ambiente de trabalho por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, como medidas compreendidas na promoção e na proteção da saúde.

Diante das inúmeras referências no texto constitucional à saúde do trabalhador, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro assegurou a proteção ao meio ambiente de trabalho saudável, principalmente, porque também é imprescindível ao trabalhador estar num ambiente laboral que preserve sua qualidade de vida e dignidade.

De acordo com Padilha (2011, p. 243):

A valorização do meio ambiente do trabalho implica uma mudança de postura ética, ou seja, na consideração de que o homem está à frente dos meios de produção. O meio ambiente do trabalho deve garantir o exercício da atividade produtiva do indivíduo, não considerado como máquina produtora de bens e serviços, mas, sim, como ser humano ao qual são asseguradas bases dignas para manutenção de uma sadia qualidade de vida. As interações do homem com o meio ambiente, no qual se dá a implementação de uma atividade produtiva, não podem, por si só, comprometer esse direito albergado constitucionalmente.

Assim, quando o ambiente laboral não é capaz de assegurar condições mínimas de qualidade de vida ao trabalhador, ter-se-á uma lesão ao direito do meio ambiente de trabalho

sadio, podendo os fatores causadores desses danos serem externos ou internos, revelando, ainda, a questão de responsabilização pelos danos que não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente (PADILHA, 2011, p. 244).

É possível dizer que, nos dias atuais, o homem não busca apenas pela proteção no trabalho, mas também almeja a qualidade de vida dentro e fora do ambiente laboral. De acordo com Silva (2000, p. 20):

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Assevera Barreto (2009, p. 46) que a preocupação com o meio ambiente ganhou maiores proporções com as Conferências das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, ocorrida em 1972, em Estocolmo, pois foram estabelecidos princípios comuns entre as nações, buscando a preservação do meio ambiente global, tendo o homem como fim.

O direito ao meio ambiente equilibrado, a partir de então, passou a ser valor das sociedades contemporâneas, incorporado no rol dos direitos fundamentais, assim como ocorreu na CF/88, em seu artigo 225, configurando-se, conforme preconiza Milaré (2007, p. 762), como uma extensão do direito à vida, tanto pela própria existência física e saúde do homem, quanto pelos aspectos da dignidade humana e qualidade de vida.

A CF/88, ao estabelecer que o direito ao meio ambiente sadio é um direito fundamental de todos, dando-lhe natureza de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impôs como responsabilidade de toda a sociedade e do Poder Público a sua defesa e preservação.

O meio ambiente de trabalho, de acordo com Alkimin (2010, p. 29), é o local onde o trabalhador passa a maior parte da sua vida e é onde ele desenvolve seus atributos profissionais e pessoais, colaborando com a produção de bens e serviços, podendo ser considerado como o conjunto de bens materiais e imateriais que formam a atividade empreendedora, com ou sem fim lucrativo, incorporando a força de trabalho, as condições de trabalho e a organização da produção do trabalho.

Segundo Alkimin (2010, p. 30), a natureza do meio ambiente de trabalho é de garantia de interesse coletivo e não individual, eis que o artigo 225 o prevê expressamente como uma

garantia de todos, devendo o Estado e a coletividade preservá-lo, estando inclusos o empregador e o próprio trabalhador para a preservação do ambiente laboral sadio e da qualidade de vida.

Para Silva (2000, p. 52), as normas de proteção à saúde presumem valores ambientais, pois a proteção do meio ambiente constituiu um instrumento de proteção à saúde, ao bem-estar e à qualidade de vida.

Nessa perspectiva, deve o empregador cumprir as normas de higiene, medicina e segurança do trabalho para proporcionar um ambiente de trabalho sadio, visto que esse direito está integrado aos direitos à vida e à saúde. Portanto, é essencial o respeito à integridade física e mental e, conseqüentemente, a condução aos meios de garantir a qualidade de vida do trabalhador, tendo em vista que o meio ambiente de trabalho sadio é essencial para garantir a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento de seus atributos pessoais, morais e intelectuais.

2.8 Princípios trabalhistas de maior importância: proteção ampla e indisponibilidade dos direitos

Entre os princípios do direito do trabalho, há o da proteção ao trabalhador, sendo este reconhecido como “o princípio dos princípios” no direito do trabalho, ainda que não exista hierarquia entre eles. O princípio da proteção adveio com a finalidade de conferir ao trabalhador, considerado o polo mais fraco da relação laboral, isto é, parte hipossuficiente, uma superioridade jurídica, garantindo-lhe direitos mínimos para equilibrar a relação entre empregado e empregador, eis que em comparação a este, o obreiro está em desvantagem de poder socioeconômico (DELGADO, 2011, p. 192 e 193).

Diga-se que tal princípio se desmembra em três, quais sejam, o *in dubio pro operário*; a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e a aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador. Nas palavras de Martins (2011b, p. 69), “na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista, o *in dubio pro operário*”.

Segundo Martins (2011b, p. 69), a regra da norma mais favorável está contida no artigo sétimo da Constituição Federal de 1988 quando estabelece direitos mínimos ao trabalhador a fim de melhorar as condições de trabalho.

Nesse sentido, vale reproduzir a lição de Martins (2011b, p. 69-70):

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: (a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar as regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas; havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que é mais favorável ao trabalhador. [...] (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.

O terceiro subprincípio, da condição mais benéfica ao trabalhador, está relacionado à Teoria do Direito Adquirido, estabelecida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Tal diretriz determina que, havendo divergência entre dispositivos contratuais, deve prevalecer o mais favorável ao empregado (DELGADO, 2011, p. 196).

A natureza protecionista do direito do trabalho em relação ao empregado ocorre porque foram muitos anos de luta para conquistar a proteção do trabalhador hipossuficiente, ressaltando que o direito do trabalho surgiu num período de extrema desigualdade social, principalmente, em decorrência da Revolução Industrial. Durante o período, o Estado era mantido como não intervencionista, mas a ausência de regras regulamentadoras das relações de trabalho fez aumentar a desigualdade econômica e social, dando causa a reivindicações correlatas, razão pela qual se tornou necessária a intervenção estatal imperativa. Nesse contexto, Tasca e Bezerra (2014, p. 1) asseveram:

Com efeito, a evolução histórica do Direito demonstra que a luta travada pela classe trabalhadora em busca de proteção por parte do Estado deu ensejo ao princípio da indisponibilidade, garantia que permanece hodiernamente com a finalidade de assegurar os direitos já conquistados.

Assim, é evidente que os primeiros modelos de proteção trabalhista se deram por meio de intervenção estatal, pois vários Estados foram incentivados a estabelecer, em suas Constituições, direitos fundamentais de segunda dimensão, ditos como direitos sociais, onde inclui-se os direitos trabalhistas (TASCA; BEZERRA, 2014, p. 2).

No que tange aos direitos sociais de segunda dimensão, vale registrar os dizeres de Sarlet (2012a, p. 48):

A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa

forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

É preciso reafirmar que os direitos fundamentais dos trabalhadores encontram sentido no princípio da dignidade da pessoa humana, posto que este exerce o papel de unificar todos os direitos fundamentais, servindo de norte para sua aplicação e interpretação (SARLET, 2012a, p. 95).

Na Constituição Federal brasileira de 1988, os direitos fundamentais dos trabalhadores estão expressos no artigo 7º, caput, e seus incisos, e pode-se dizer que trazem consigo o significado e conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Sarlet (2012a, p. 96):

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Constitucionalismo pátrio a prever um título destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode chamar de núcleo essencial da Constituição material.

Em síntese, pode-se dizer que, diante dos movimentos sociais e históricos por melhorias das condições de trabalho, o Estado exerceu um comportamento ativista na promoção de direitos mínimos, pretendendo garantir direitos fundamentais aos trabalhadores, assegurando condições dignas de trabalho, motivos pelos quais os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana são elementos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a legislação trabalhista, com foco na promoção da igualdade nas relações trabalhistas e na garantia do respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, incorporou como princípio norte do direito do trabalho, o da proteção, bem como o da indisponibilidade dos direitos (TASCA E BEZERRA, 2014, p. 2).

O princípio da indisponibilidade dos direitos está previsto no artigo 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943).

Plá Rodriguez (1978, p. 69) ressalta que a indisponibilidade não pode ser limitada à irrenunciabilidade, devendo ser estendida à intransigibilidade, compreendendo-se que a lei veda ao empregado não apenas o sacrifício sem correspondência, que se trata da renúncia, como também os sacrifícios ocasionais que existem na transação, quando o poder patronal for maior do que o adequado.

A finalidade do referido princípio é proteger o trabalhador frente a uma coação do empregador para renunciar aos seus direitos, tornando sem validade o ato de renúncia do trabalhador a direitos indisponíveis. Visto isso, em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, e, se tal ato ocorrer, não terá qualquer validade. Porém, o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto, visto que há direitos que são disponíveis e podem ser objeto de renúncia, desde que não cause prejuízo ao empregado ou haja autorização constitucional ou legal, como a redução de salário por convenção ou acordo coletivo (MARTINS, 2011b, p.70-71).

Depreende-se, portanto, que o princípio da indisponibilidade dos direitos não é absoluto, pois possibilita que haja direitos de indisponibilidade relativa, isto é, possibilita a flexibilização de certas normas trabalhistas em casos de necessidade, adaptando as regras à realidade dos fatos e aos acontecimentos globais (COSTA; RAZABONI JUNIOR, 2016, p. 380).

É certo que os direitos trabalhistas foram conquistados com muita luta, havendo necessidade da proteção dos trabalhadores, por isso o instrumento de flexibilização das normas deve ser utilizado quando os interesses do empregado e empregador forem concretos, não podendo somente o lado hipossuficiente abrir mão de seus direitos sem qualquer fundamentação (COSTA; RAZABONI JUNIOR, 2016, p. 381).

Cabe destacar que há posicionamentos que entendem a flexibilização das normas trabalhistas como um retrocesso histórico, uma vez que mitiga direitos fundamentais conquistados pelos trabalhadores. Nesse sentido, cumpre ressaltar, conforme exposto, que o princípio da proteção é norteador de toda a legislação trabalhista, servindo também como limitador para o fenômeno flexibilização das normas, significando que os direitos fundamentais do trabalhador jamais podem ser violados, prejudicando-o (COSTA; RAZABONI JUNIOR, 2016, p. 381-384).

Sendo assim, considerando o papel de atuação do princípio da proteção, faz-se necessária uma reflexão sobre a flexibilização das normas trabalhistas, principalmente, porque certos aspectos provocam reflexos na saúde e existência do trabalhador.

2.9 Advento da flexibilização das normas trabalhistas e seus limites

O surgimento da flexibilização das normas trabalhistas está vinculado à crise econômica mundialmente vivida em razão do “choque do petróleo”, que anunciava um déficit financeiro a milhões de empresas. Os fenômenos da globalização e do neoliberalismo também cooperaram para tal flexibilização, eis que afetaram, de certa forma, as atividades empresariais que precisaram se adequar à realidade e, conseqüentemente, houve o aumento do desemprego e a busca por trabalho informal.

Conforme Vignoli (2010, p. 8), a noção de flexibilização das normas trabalhistas surgiu na Europa, aproximadamente, no ano de 1973, em razão da crise gerada pelos preços do petróleo, com a finalidade de fazer o direito do trabalho contribuir para o desenvolvimento econômico. Nesse cenário, é importante o estudo sobre o neoliberalismo e a globalização antes de iniciar as considerações sobre a flexibilização, tendo em vista a suas conexões históricas e sociais.

Para compreender o neoliberalismo é necessário entender o sentido do liberalismo clássico que, para Moreira (2017, p. 6), “tratava-se de uma espécie de ‘liberação’ do homem em relação a uma alegada intervenção excessiva do ente estatal, que estaria presente tão somente para criar problemas ao avanço da época”.

De acordo com Toledo (1997, p.72-74), o liberalismo, enquanto teoria, pode ser composto em três elementos, sendo o primeiro deles o individualismo, em que o ato do indivíduo é valorizado frente a sociedade; o segundo é o naturalismo, principalmente no que diz respeito à crença de uma natureza humana imutável sujeita a leis universais; e, por fim, o terceiro elemento é o progresso racional, herança do iluminismo, baseado na razão natural.

Percebe-se, pois, que o liberalismo clássico assegurava relevância para o ato individual de cada ser humano, servindo como um instrumento de protesto contra o absolutismo, em prol do desenvolvimento do sistema econômico capitalista. A respeito, Moreira (2017, p. 9) ressalta:

[...] o caráter indissociável do elo entre liberalismo e capitalismo, uma vez que não há modo de se conceber uma tese liberal sem a vigência de um sistema econômico que privilegie o capital e seus detentores. Não há como se privilegiar o individualismo em sociedades pautadas na lógica coletiva, nem tampouco incluir as demais matrizes ideológicas liberais neste mesmo contexto sócio-político, caso este seja baseado em um foco mais amplo e coletivo.

Por outro lado, após a Segunda Guerra Mundial, perante a miséria difundida em diversos países, o Estado encontrou-se no dever de intervir para promover o bem-estar-social,

porém, tais deliberações causaram o endividamento interno e externo das nações, em decorrência da falta de recursos financeiros para manter uma atuação estatal mais intervencionista e provedora de prestações sociais (MOREIRA, 2017, p. 9).

Destarte, com o enfraquecimento do *Welfare State*, é que surge o neoliberalismo, fundado na maior liberdade possível do capital, em que o intervencionismo estatal é considerado antieconômico e antiprodutivo, pois é visto como desestímulo para o capital investir e para os trabalhadores desempenharem suas funções (MOREIRA, 2017, p. 12).

Portanto, é nesse momento de crise econômica e endividamento dos Estados que a flexibilização das normas trabalhistas e redução de direitos da classe trabalhadora serviram como instrumento de redução de custos e promoção da modernização e desenvolvimento econômico.

Porém, de acordo com Moreira (2017, p. 14), o neoliberalismo não advém livre de críticas, porque na realidade não resolve os problemas do desemprego e da desigualdade social, tendo em vista que atua visando apenas os interesses daqueles que possuem boa condição financeira e excluem aqueles que precisam de amparo.

Nesse diapasão, Moreira (2017, p. 14):

Aliás, não há dúvidas de que, sob a lógica eminentemente neoliberal, a conquista e a manutenção de direitos trabalhistas não deixam de ser tão somente um lamentável encargo, um ônus ao empreendedorismo e à liberdade individual, constituindo-se em verdadeiro óbice à maior lucratividade empresarial. Deixa-se de lado, com este viés, toda a histórica luta da classe trabalhadora por direitos, como se tudo não tivesse passado de uma histeria coletiva.

Com isso, vê-se que as condutas neoliberais pretendem atribuir aos direitos trabalhistas a culpa pela crise no sistema capitalista, no entanto, não parece coerente, senão cada vez mais estar-se-ia condenando o direito do trabalho aos interesses do sistema econômico vigente (MOREIRA, 2017, p. 17).

Adentrando-se no fenômeno da globalização, Barros Júnior salienta que o chamado “fenômeno da mundialização” modificou as condições de trabalho e o contrato social:

A nova tecnologia da informática e das comunicações tem produzido um salto qualitativo no processo de abertura de mercados, que é, frequentemente, chamado de mundialização. Mas esse salto acaba por afetar todas as condições de trabalho e as formas de emprego. Além da nova economia, elas determinam mudanças profundas na qualificação e no conteúdo mesmo do trabalho do assalariado. De maneira geral, passam a atingir o contrato social após a última guerra (BARROS JUNIOR, 2003, p. 284).

A globalização permitiu a redução de barreiras alfandegárias, e além disso possibilitou a maior circulação de bens, serviços e pessoas, assim como facilitou a comunicação entre os seres humanos em vários pontos do planeta, mas, por outro lado, também provocou pontos negativos como o aumento da diferença econômica entre os países mais ricos e os seus concorrentes menos desenvolvidos (MOREIRA, 2017, p. 21).

Enfim, o que deve ser discutido, seja em aspectos negativos ou positivos da globalização, é o fato de que o direito do trabalho, nascido para proteger o trabalhador, vem se tornando dependente dos interesses do mercado, pautados justamente no neoliberalismo e na globalização, fatores que contribuíram para a flexibilização (MOREIRA, 2017, p. 23).

Segundo Martins (2004, p. 21-22), a flexibilização foi aplicada no direito do trabalho com o intuito de introduzir a ideia da necessidade de proporcionar maior elasticidade às normas classificadas como rígidas, assim, não se falaria em direito do trabalho, mas sim em condições de trabalho.

Para Beltran (1993, p. 199), a flexibilização institui um processo de adaptação das normas que regulam as relações de trabalho às modificações decorrentes dos diversos fatores que refletem em tais relações, especialmente as crises econômicas, a globalização e os avanços tecnológicos.

De acordo com Nascimento (2013, p. 72):

[...] a flexibilização desordenada do direito do trabalho faria dele mero apêndice da Economia e acabaria por transformar por completo a sua fisionomia originária, uma vez que deixaria de ser uma defesa do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico, para ser preponderantemente um conjunto de normas destinadas à realização do progresso econômico, atritando-se com sua finalidade, que é proteção do trabalhador diante da sua inferioridade econômica do contrato de trabalho.

É certo que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), de 1943, foi elaborada para a realidade social vivenciada nas três últimas décadas anteriores a sua promulgação, necessitando de adequações à nova realidade do século XXI, porém, o que não pode ocorrer é a utilização da flexibilização como instrumento de mitigação de direitos dos trabalhadores, visando apenas os interesses do empregador.

Nesse sentido, Vignoli (2010, p. 18-19) pontua que dois aspectos devem ser considerados, por se tratarem de afirmações equivocadas. O primeiro deles seria a falsa afirmativa de que uma das finalidades da flexibilização seria a manutenção da “saúde” da

empresa, haja vista que outros fatores num contexto de crise econômica também possuem peso para tal. O segundo aspecto concerne à afirmação de que a flexibilização seria um potente instrumento de manutenção de empregos, não podendo conformar-se com isso, eis que o que na realidade tem ocorrido são empregados aceitando diminuição de salários ou aumento de jornada em virtude de frequentes dispensas coletivas.

Moreira (2017, p. 25) trata do que seria a flexibilização “[...] a submissão do Estado (e de suas normas trabalhistas) às supostas exigências econômicas globalizantes de competitividade e ao pensamento neoliberal como um todo”. Todavia, Vignoli (2010, p. 20) acredita que o ponto central da ideia de flexibilização é a adaptação como maneira de garantir a efetiva eficácia das garantias conquistadas pelos trabalhadores, implementando algumas mudanças que tornem mais possíveis estas garantias no cenário atual.

Nessa seara, Vignoli (2010, p. 20) enfatiza que:

Para se flexibilizar de maneira equilibrada e consciente, é necessário levar-se em consideração não apenas a importância do bom funcionamento das empresas para com a economia de um país, mas também, e acima de tudo, a importância de ser traçado um núcleo de direitos mínimos, indisponíveis do trabalhador, como parte hipossuficiente da relação de emprego.

Assim, nota-se que a flexibilização é um mecanismo de adaptação das condições de trabalho às mudanças econômicas, tecnológicas e sociais de determinada região ou país, mas, por outro lado, não pode ser vista como solução para todos os problemas do sistema econômico.

Alguns doutrinadores defendem que a flexibilização é sinônimo de desregulamentação; contudo, segundo Vignoli (2010, p. 29), embora tenham conteúdos semelhantes não se confundem, posto que a desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, possibilitando que uma autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho, enquanto a flexibilização exige a intervenção estatal, mesmo que básica, com normas gerais sem as quais não há dignidade do trabalhador.

No Brasil, a flexibilização inicia-se a partir de 1960 e pode ser dividida em dois momentos, antes e após a Constituição Federal de 1988 (CF-88). A propósito, Alcântara (2003, p. 95) ressalta que toda mudança legislativa decorre de uma movimentação social e política, representando seus interesses.

No que diz respeito à década de 1960, destaca-se que, a partir da ditadura militar, o Brasil abriu as portas para o capital estrangeiro, necessitando encontrar uma cobertura ideológica que se adequasse ao modelo internacionalista, substituindo a ideologia do desenvolvimento pela da modernização (ALCÂNTARA, 2003, p. 180).

Nesse contexto, Moreira (2017, p. 36) dispõe:

A lógica sai da proteção do trabalhador para a proteção do desenvolvimento. Sai de cena o foco nos direitos sociais e trabalhistas, em prol de um incontrolável afã pelo desenvolvimento (seja lá o que isso realmente for). Os governos militares tinham por uma de suas bases a publicidade de seus supostos feitos econômicos, e para tanto pouco lhes importava se tudo isso era feito à base de uma crescente desigualdade social e com nítida diminuição de direitos. Está trilhado, portanto, o caminho para o crescimento da flexibilização.

Devido a isso, a classe trabalhadora foi levada a acreditar na necessidade de flexibilização e retirada de alguns direitos, a fim de manter seus empregos.

Posto isso, ressalta-se que o momento anterior à Constituição Federal de 1988 é caracterizado por legislações esparsas e ocasionais. Como exemplo, tem-se a Lei nº 6.019 de 1974, medida legislativa flexibilizatória cujo teor autorizou a intermediação na contratação de mão de obra, ao possibilitar a contratação de trabalhador por meio de empresa de trabalho temporário nas hipóteses de necessidade transitória de substituição de pessoal ou acréscimo extraordinário de serviços.

Com a vinda da Constituição de 1988, as medidas flexibilizatórias passaram a ser tendência constante, embora tenha o texto constitucional sido consagrador de direitos, pois previu trechos com intenção de flexibilização, como exemplo as três possibilidades de flexibilização no respectivo art. 7º: redução de salário (inciso VI); compensação e redução da jornada (inciso XIII); e autorização para aumento da jornada de seis horas prevista para o labor em sistema de turno ininterruptos de revezamento (inciso XIV) (MOREIRA, 2017, p. 38).

Na década de 1990, com a implementação do Plano Real, as empresas não acompanharam as exigências de competitividade advindas com a moeda equiparada ao dólar, e, com isso, também cresceu a ideia de que é preciso maior possibilidade de negociação por meio de acordos coletivos de trabalho ou convenções coletivas de trabalho (CLARO, 2003, p. 423).

Referida situação fica ainda mais evidente com a exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.079 de 1995 (BRASIL, 1995), trazida por Claro (2003, p. 423):

No que tange ao mercado de trabalho, o principal desafio dos próximos anos é a necessidade de geração de empregos. Mudanças tecnológicas e na organização do trabalho, em ambiente de maior integração competitiva da nossa economia, requerem maior espaço para negociações trabalhistas e maior liberdade e autonomia sindicais.

A ampliação da livre negociação coletiva entre empregados e empregadores e o estímulo à participação dos trabalhadores nos resultados das empresas são fatores essenciais para consolidar a liberdade no mercado de trabalho. A

experiência brasileira já mostrou à sociedade que ganhos reais de salários não são garantidos através do processo de indexação.

Ao contrário, a estabilidade monetária, a demanda por mão de obra, o aumento da produtividade e o fortalecimento do ambiente de negociações são condições necessárias para assegurar ganhos reais de salários. São estas as condições que o projeto de medida provisória visa estabelecer.

É possível perceber que sua finalidade é priorizar a negociação coletiva, porém, sua principal norma é a de vedar a estipulação de cláusula que determine a correção automática de salários, de modo vinculado a índices de preços (art. 13, caput), com o objetivo de estabilizar a economia. Assim, almejava-se a negociação coletiva para impedir o aumento dos salários dos trabalhadores (MOREIRA, 2017, p. 40).

Desde então, tiveram outras formas de flexibilização de normas trabalhistas até a promulgação da Lei 13.467 de 2017, que introduziu diversos instrumentos flexibilizadores no direito trabalhista brasileiro, inclusive, no que tange à inserção do princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia coletiva, passando a prevalecer o negociado sobre o legislado em algumas hipóteses.

Contudo, nota-se que, no Brasil, as tendências flexibilizadoras serviram para legitimar a relação de poder, demonstrada pela divisão social daqueles que possuem o poder econômico e aqueles que vivem do trabalho, ressaltando a presença do neoliberalismo.

Após a análise da flexibilização na legislação trabalhista brasileira, é importante o estudo sobre os limites da flexibilização. A propósito, Martins (2004, p. 111-112) elaborou uma classificação sobre tais limites e os dividiu em limites constitucionais e legais, ressaltando que “os principais limites à flexibilização são dois: (a) normas de ordem pública, que não podem ser modificadas pelas partes, sendo um mínimo assegurado ao trabalhador. É o caso da observância da norma mínima contida na Constituição ou nas leis”; e o outro “quando for contrariada a política econômica do governo” (MARTINS, 2004, p. 111).

De acordo com Godoy (2003, p. 169), os limites da flexibilização estão delimitados nos direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal, no artigo 7º, denominados de direitos fundamentais dos trabalhadores.

É possível dizer que os limites da flexibilização estão na própria Constituição Federal, tendo em vista que os artigos elencados no artigo 7º são direitos mínimos, que somente podem ser flexibilizados quando a própria Lei maior permitir (MARTINS, 2004, p. 117).

Para Souza (2003, p. 186), além dos limites da flexibilização estarem previstos na Constituição Federal, também se encontram nas normas de segurança e saúde do trabalho.

No que tange à análise do negociado sobre o legislado, Beltramelli Neto (2008, p. 867) assinala que deve haver a harmonização com a observância do princípio protetor.

Visto isso, no que diz respeito aos limites da flexibilização do direito do trabalho, pode-se concluir que os direitos fundamentais mínimos assegurados constitucionalmente devem ser respeitados, por isso a flexibilização do Direito do trabalho apenas pode ser efetuada sob à luz da Constituição Federal.

3 ANÁLISE DO DANO EXISTENCIAL TENDO EM VISTA A JORNADA EXCESSIVA DE TRABALHO, O TELETRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As reflexões feitas nesta seção têm como foco a análise do dano existencial decorrente da jornada de trabalho extenuante, na qual é retirada do trabalhador a dignidade humana e os direitos fundamentais, que asseguram o desenvolvimento livre da personalidade e a qualidade de vida.

Para tanto, parte-se da apresentação do conceito e elementos que caracterizam o dano existencial e segue-se com o aprofundamento do estudo do dano existencial por jornada excessiva, verificando os critérios objetivos de configuração e a necessidade de prova de prejuízo na vida da vítima para concessão da reparação. Sequencialmente, também é feito o exame do dano existencial por jornada excessiva a partir do exercício da modalidade de teletrabalho, regulamentado na lei 13.467/2017, fazendo-se, por final, uma análise jurisprudencial.

Assim, as análises feitas servem para demonstrar como o desrespeito aos direitos fundamentais podem afetar a qualidade de vida do trabalhador e provocar danos existenciais.

3.1 O dano existencial no meio ambiente de trabalho: conceito e elementos

O dano existencial foi reconhecido no mundo jurídico, primeiramente na Itália, por meio da decisão número 7.713, proferida em sete de junho de 2000 pela Corte Suprema, que reconheceu explicitamente a reparação por dano existencial e consolidou o movimento de proteção à dignidade da pessoa humana, pois, em referida decisão, os magistrados entenderam que houve ofensa ao direito fundamental da pessoa de ser tratada com dignidade (BERTOTTI; TROMBETTA, 2015, p. 210).

Assim, surgiu uma nova espécie de dano extrapatrimonial, aumentando a proteção aos direitos imateriais da pessoa, abrangendo todo e qualquer bem juridicamente relevante para o desenvolvimento do homem.

Igualmente, importante foi a decisão número 233 prolatada em 11 de julho de 2003, que expandiu a classificação tripartida de danos, os quais eram divididos em materiais, não materiais e biológicos para uma fragmentação que compreendia, juntamente com os danos

patrimoniais, os danos não patrimoniais, em que estavam inclusos os danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais (BERTOTTI; TROMBETTA, 2015, p. 210).

Contudo, insta ressaltar que a doutrina italiana, desde a década de 1960, já reconhecia outra espécie de dano, denominado *danno alla vita dilazione*, que significa dano à vida de relação, isto é, dano ao convívio social, aos relacionamentos, que afeta indiretamente a capacidade laborativa e os rendimentos dos trabalhadores (ALMEIDA NETO, 2005, p. 17).

Nesse ínterim, o dano existencial surgiu como forma de ampliar a proteção à dignidade da pessoa humana, suprindo a lacuna existente no âmbito jurídico no que diz respeito ao ressarcimento de danos indevidos ao homem. Para Almeida Neto (2005, p. 19):

Deu-se ênfase, destarte, ao princípio segundo o qual toda pessoa tem o direito de não ser molestada na sua existência, em suma, a viver com dignidade, o que inclui o direito de não ser coartada na prática das suas atividades recreativas, praticadas em busca de lazer, em busca da paz de espírito, mesmo que disso tudo não resulte um déficit na sua capacidade laborativa ou de produzir quaisquer rendimentos, como o exigia a exegese do dano à vida de relação.

A doutrina e a jurisprudência da Itália compreendiam que qualquer violação aos direitos fundamentais da pessoa, inclusive aos direitos da personalidade, significava afronta à dignidade da pessoa humana, por isso deveria integrar as hipóteses de reparação por responsabilidade civil (ALMEIDA NETO, 2005, p. 24-25).

Visto isso, pode-se dizer que a consagração do dano existencial no campo jurídico, deu-se por sua consolidação como uma hipótese de indenização por responsabilidade civil de dano extrapatrimonial, em que se proclamou a total e ampla tutela da dignidade da pessoa humana e elevou o homem ao centro do mundo.

No direito brasileiro, a reparação por dano existencial se apoia nos dispositivos que norteiam a reparação por dano extrapatrimonial, consagrados no artigo 5º, incisos V e X, da CF/88, assim como no princípio da dignidade da pessoa, instituído no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Além da previsão constitucional, encontra-se, também, a fundamentação do dano existencial no Código Civil, nos mesmos preceitos legais que fundamentam a reparação por dano moral, dispostos do artigo 11 ao 21, que tratam dos direitos da personalidade, e os artigos 186 e 927, que discorrem sobre os elementos característicos da responsabilidade civil.

Alguns tribunais brasileiros depararam-se com danos existenciais, no entanto, houve certa confusão a respeito de ser formulado nos pedidos iniciais e julgado como dano moral,

conforme se verifica no julgamento do Recurso de Revista que tramitou sob o nº 105041-75.2006.5.08.0008, de Relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, em caso envolvendo dano moral e estético, no qual o fundamento do julgamento se referiu ao dano existencial, mas o denominou como dano moral.

Na esfera do direito do trabalho, vale destacar que a Lei 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que entrou em vigor novembro de 2017 e alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, trouxe inovação no que tange ao dano existencial, uma vez que abordou expressamente sobre o referido dano, enquadrando-o como dano extrapatrimonial, conforme exibe-se o texto legal: “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 2017).

Percebe-se que o legislador introduziu expressamente a possibilidade de indenização por dano existencial nas relações de trabalho. Além disso, a nova legislação também passou a prever o importe a ser fixado nos casos de dano existencial, o qual será determinado conforme o salário da vítima:

Art. 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.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (BRASIL, 2017).

Como se vê, foram criadas quatro espécies de lesões, a de natureza leve, que será de até três vezes o último salário do ofendido; a média, até cinco vezes o último salário; a grave, até vinte vezes o último salário; e a gravíssima, até cinquenta vezes o último salário.

Ressalta-se que existe uma ação ajuizada pela Anamatra que questiona a constitucionalidade dos artigos 223-A ao 223-G da CLT, pois argumentam que tais dispositivos violam o artigo 7º da Constituição Federal, que garante indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, afrontando o princípio da reparação integral.

O dano existencial nas relações de trabalho se manifesta como uma ofensa aos direitos fundamentais, principalmente, no que tange ao direito do livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, e, conseqüentemente, não respeita a dignidade humana, isto porque impede que o cidadão desempenhe certas atividades que lhe concede satisfação pessoal, acarretando em prejuízos à sua saúde física e mental, bem como à sua esfera existencial.

Segundo Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 32):

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, 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.

Como se pode notar, o dano existencial ocorre na medida em que o cidadão tem inserido nos seus hábitos, assim como na sua relação com o mundo exterior, um fazer ou não fazer que o priva de gozar plenamente atividades que gerem sua realização pessoal, afetando negativamente na sua saúde e no seu cotidiano, pois se vê frustrado por não alcançar suas metas, fato prejudicial até mesmo para o seu desempenho profissional.

Nas palavras de Almeida Neto (2005, p. 34):

[...] o ofendido é privado de um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o direito de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que, evidentemente, respeitando o direito do próximo. [...]. Essa é, portanto, a explicação do dano existencial: toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto devida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o direito de respeitar e o direito de ser respeitado, porque antologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem direito de programar o transcorrer de sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência de ninguém [...].

Com efeito, pode-se partir da premissa de que o dano existencial é uma espécie de dano extrapatrimonial, que causa frustração para a vítima, decorrente de um ato ilícito, que, no caso da relação de emprego, pode ser praticado pelo empregador ao impedir o empregado de realizar seus projetos de vida e de conviver com terceiros.

Portanto, para configuração do dano existencial, é necessário que além de presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, isto é o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano, faz-se necessário que o dano seja integrado pela frustração à escolha do projeto de vida e ao impedimento da vida de relações.

Dessa forma, primeiramente, deve existir uma conduta abusiva praticada pelo empregador desrespeitando os direitos fundamentais do trabalhador e atingindo a esfera de projeto de vida e vida de relações deste, caracterizando, para tanto, uma infração contratual, que deve ser analisada no caso concreto para que não seja banalizado o instituto, inclusive, porque é necessária prova da ocorrência do dano (AFONSO, 2017a, p. 66).

Nesse viés, frisa-se que diante da análise do caso concreto é necessário que o julgador utilize ponderação e razoabilidade ao analisar ilícito contratual e a real situação da pessoa envolvida, principalmente, no que tange ao período que o ato ilícito ocorreu, pois, de acordo com Afonso (2017a, p. 6), não existe na jurisprudência, tampouco na doutrina, uma fixação de período para configuração, limitando-se a dispor que fatos isolados não caracterizam dano existencial, salvo no caso de acidente de trabalho que incapacite o trabalhador ou leve-o ao óbito, nascendo o dano existencial para os familiares.

No que diz respeito ao ato ilícito, o próprio Código Civil, em seu artigo 186, dispõe que se trata de um ato executado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito de outrem, provocando danos na esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Sendo assim, o ato ilícito decorre de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, seja de um dever contratual ou um direito, como acentua Amaral (2008, p. 552): “ato praticado como infração de um dever legal ou contratual, de que resulta dano para outrem”.

Outro elemento da responsabilidade civil é o nexo causal, que se trata da relação entre o ato ilícito e o dano, isto é, refere-se ao vínculo entre a causa e o efeito, sem o qual não há responsabilidade civil. A respeito do elemento dano, vale dizer que está relacionado ao prejuízo, à perda, nas lições de Santos (2001, p. 75), é “todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais [...]”.

Em adição, por fim, diga-se que mais importante é a análise dos elementos caracterizadores de dano ao projeto de vida e vida de relações. No que tange ao dano ao projeto de vida, é tudo o que o cidadão decidiu fazer durante sua vida, são as escolhas realizadas visando

um futuro, e qualquer ato que impeça-o de concretizar seu projeto, considera-se um dano existencial. Segundo Schäfer e Machado (2013, p. 189):

No dano ao projeto de vida é justamente a liberdade de agir da pessoa que é tolhida pelo agente que termina por impedir o desenvolvimento da personalidade da vítima de acordo com a vontade desta. Projeto de vida é o rumo ou destino que a pessoa outorga à sua vida, aquilo que a pessoa decide - e pode - fazer da sua vida. O dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal. Esta nova modalidade de dano tem sido aplicada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se reconheceu tratar de conceito distinto de dano emergente e lucros cessantes.

Vale ressaltar que o projeto de vida deve ser provável e lícito. No que diz respeito a ser razoável, compreende-se o que pode ser sonhado e com probabilidade de ser realizado, pois projetos irrealis não são possíveis de serem materializados, por isso, indevida a indenização; além disso, o objeto deve também ser lícito.

Neste sentido, Frota e Bião (2010, p. 147):

O projeto de vida, em síntese, traduz as possibilidades de concretudes dentro do existir humano em sociedade, o que vai permitir ao sujeito a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua (tais como a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira autêntica, planejada e realista como também de modo adaptável à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

Quanto ao dano ao projeto de vida, Sessarego (1996, p. 83-84) afirma que é resultado de um colapso psicossomático, mas que com ele não se confunde, pois o dano ao projeto de vida afeta a liberdade e provoca um vazio existencial, bem como a perda da identidade própria, ultrapassando um dano psíquico.

De acordo com a antropologia filosófica, o homem pela sua natureza é um ser uno, mas que apenas compreende sua singularidade quando coexiste com a coletividade, pois entende que o homem constrói sua vida ao longo do tempo-espaco. Para Ernst Cassirer (1972, p. 349), “o homem não pode encontrar-se, não pode ter consciência de sua individualidade, senão por intermédio da vida social”.

Portugal (2016, p. 39) afirma que “o homem não é apenas produto do fato social, mas também, integrando-o, modifica-o em sua forma e conteúdo. A capacidade de escolha e a liberdade individual fazem do homem na sociedade humana algo impressionantemente singular”. De acordo com o autor, tem-se que o homem não é um ser pleno, mas deseja ser, sendo compreendido como um ser psicofísico que se projeta para o futuro com liberdade e que

convive com os demais para ser transformado, por isso a dignidade da pessoa humana torna-se uma tutela jurídica do homem “que não é, mas pretende vir a ser” (PORTUGAL, 2016, p. 39).

Para a filosofia existencialista, o homem é o protagonista do cenário jurídico, devendo ser reconhecido como um ser livre e projetivo, que se faz no tempo, por isso, pode-se dizer que a proteção ao projeto de vida em muito funda-se no existencialismo.

Segundo Burgos (2012, p. 137-138), o dano ao projeto de vida provoca para a vítima uma despersonalização, uma vez que realiza a própria coisificação do ente, negando-lhe as escolhas vitais que fazem parte do seu próprio ser-liberdade.

Para Portugal (2016, p. 98):

O dano ao projeto de vida não se trata de um dano corriqueiro. Não aponta para os mais variados projetos humanos cotidianos, mas refere-se a um único e radical projeto de vida. O projeto de vida único e radical cuja frustração injusta caracteriza o “dano ao projeto de vida” é aquele que se identifica com o próprio destino traçado livremente pelo ser humano.

Dessa forma, compreende-se que o projeto de vida é algo possível de ser realizado pelo cidadão, não se tratando de algo inexecutável ou de meras atividades do dia a dia.

Sessarego (2014, p. 17) alude que existem três situações que remontam na ocorrência do dano ao projeto de vida, sendo elas: a) frustração total ao projeto de vida, provocando na vítima um vazio existencial; b) um dano parcial ao projeto de vida, sem impedi-lo por completo; c) um dano que causa o retardamento à realização do projeto de vida.

De forma complementar, é válido expor que o dano ao projeto de vida pode afetar o futuro do cidadão em diversos níveis de intensidades, pois, embora consiga recuperar seu projeto anteriormente arquitetado ou delinear outro, pode ocorrer perda do sentido de viver, por isso não atinge somente o patrimônio da vítima, mas apresenta ausência de pertencimento à sociedade e, conseqüentemente, ausência de dignidade (PORTUGAL, 2016, p. 99).

Quanto à vida de relações, esta interfere na vida social e profissional do cidadão, pois o impede de ter relações interpessoais e de ter contato com prazeres essenciais para o desenvolvimento humano, assim, Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 33) afirmam:

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras.

Nesse sentido, a vida de relações trata-se do direito do trabalhador de usufruir do seu tempo livre após a jornada de trabalho, fora do ambiente laboral, desfrutando seu tempo com lazer, educação, isto é, direitos mínimos que dignificam a existência humana.

Diante dessas reflexões acerca dos elementos identificadores do dano existencial, percebe-se que este se caracteriza por um ato ilícito de outrem que impede o cidadão de se relacionar socialmente de forma saudável e de realizar seus planos pessoais, dando-se por uma renúncia involuntária pela vítima, ocorrendo o desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador, pois, quando estes direitos são violados, não está sendo priorizada a saúde, o bem-estar, a vida social do cidadão, que se vê frustrado por não poder realizar seu sonho e gozar das atividades sociais.

Molina (2015, p. 114) trata de hipóteses em que há violação ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador, conforme segue:

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetivista que adotamos e que já referimos no tópico introdutório –, há violação de outros direitos fundamentais, que têm a dignidade como seu antecedente remoto, como o direito ao lazer (art. 6º), à limitação de jornada (art. 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV), ao gozo de férias anuais (art. 7º, XVII), ao acesso à educação fora do horário de trabalho (art. 205), ao acesso à cultura em seus momentos de lazer (art. 215), à realização de atividades desportivas (art. 217) e à convivência familiar (arts. 227 e 229), [...].

Assim, pode-se dizer que é possível que um dano existencial ocorra quando o empregador cometa um ato ilícito, como submeter o trabalhador a uma jornada excessiva, além dos limites legais, impedindo-o de desenvolver atividades sociais.

Portanto, nota-se que o dano existencial se configura com a presença de todos esses elementos, diferenciando-se pela presença de dano ao projeto de vida ou à vida de relações. Contudo, vale ressaltar que, diante do caso concreto, é necessário que haja a efetiva comprovação do dano existencial, havendo a razoabilidade na interpretação e caracterização dos fatos, a fim de que não haja a banalização do instituto, pois a mera frustração eventual, sem qualquer interferência na vida do trabalhador é incapaz de gerar indenização por dano existencial, limitando-se apenas a reparação material, como pagamento por hora extra e pagamento de férias.

Adicionalmente, oportuno se torna traçar a distinção entre dano moral e dano existencial, visto que é constante a confusão entre eles, inclusive, nas decisões proferidas pelo próprio judiciário. Quanto ao dano moral, este afeta o âmago da pessoa, o seu sentir, a sua

privacidade, imagem, intimidade, entre outras, enquanto o dano existencial, embora também seja um dano extrapatrimonial, afeta a expectativa de realização de um objetivo, de estar em convivência social, isto é, trata-se de um desapontamento pela não realização de um projeto, pelo impedimento de desfrutar de todas as esferas da vida social. Veja:

Quando comparado ao dano moral, não se traduz a um sofrimento, ou a uma angústia, e sim a uma renúncia involuntária a uma atividade concreta – trata-se de situação que impõe um não fazer. Cotejado com o dano patrimonial, nem sempre causa ao ofendido uma redução da capacidade de obter rendimentos (BRASIL, 2014).

Para Almeida Neto (2005, p. 32):

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.

Em suma, percebe-se que o dano existencial transcende às relações de trabalho e afeta a esfera existencial do trabalhador, tanto profissional, social e pessoal, prejudicando sua qualidade de vida, privando-o de direitos fundamentais, como o direito ao lazer, à saúde, entre outros.

3.2 Dano existencial por jornada excessiva de trabalho

Como visto, a violação dos direitos fundamentais pode acarretar prejuízos ao trabalhador, tal como a conduta abusiva do empregador de impor uma jornada de trabalho excessiva, que desrespeite o limite de duração da jornada de trabalho, ocasionando o dano existencial.

As normas que regulamentam a duração do trabalho devem ser vistas não apenas como regras jurídicas com caráter econômico, mas também devem ser consideradas como imprescindíveis para a garantia de condições dignas de saúde dos obreiros, assumindo, nas palavras de Delgado (2011, p. 806), “caráter de normas de saúde pública”. Isto porque, é comprovado que certas atividades, quando desempenhadas por muito tempo, são nocivas à saúde, razão pela qual foi necessário regulamentar a duração diária e semanal de trabalho.

No que tange à conceituação de duração de trabalho, Delgado (2011, p. 809-810) ressalta que é a noção mais ampla das três correlatas. A duração do trabalho é o lapso temporal de labor ou disponibilidade do trabalhador ante o empregador em decorrência do contrato de

trabalho, já quanto à jornada de trabalho possui sentido mais restrito, sendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disposição ao empregador, em razão do contrato de trabalho, e, por fim, horário de trabalho é o lapso temporal entre início e o fim de certa jornada laborativa.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no rol de direitos trabalhistas a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de higiene, saúde e segurança. Além disso, também previu, no seu artigo 7º, inciso XIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a duração de jornada de trabalho diária de 8 (oito) horas e de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, prevendo, também, a remuneração de hora extra trabalhada acima da jornada estipulada constitucionalmente no equivalente a cinquenta por cento da hora normal.

Assim, percebe-se que as horas extras de labor não foram vedadas pela Constituição Federal, sendo, na verdade, remuneradas de forma diferenciada. A limitação das horas extras adveio com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que estabeleceu o máximo de duas horas extras diárias, ressalvados os casos especiais.

Nos termos da CLT, a permissão de prolongamento da jornada de trabalho deve ser eventual e não habitual, em até duas horas, além da oitava hora diária prevista constitucionalmente. Ocorre que alguns empregadores não cumprem essa determinação, submetendo seus funcionários a jornadas exaustivas, inclusive, os próprios trabalhadores, em certas circunstâncias, submetem-se a jornadas de trabalhos extenuantes, seja para manutenção do emprego, para cumprir metas, ou para aumentar a remuneração.

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 858) conceitua a jornada extraordinária de trabalho como:

Jornada Extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em norma jurídica ou por cláusula contratual. É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta.

Sendo assim, a jornada extraordinária ou as horas extras devem ser compreendidas como aquelas laboradas além do horário normativo, legal ou contratual, não podendo ser estabelecida de acordo com a remuneração corresponde ao trabalho além do trabalho normal.

Contudo, nota-se que a limitação da jornada de trabalho se trata de um direito fundamental, garantido constitucionalmente, o qual visa assegurar a saúde, bem como a

dignidade do trabalhador, que possui suas particularidades e necessidades de convívio social. É imperativo destacar que dentre os direitos fundamentais trabalhistas, como o de limitação da jornada de trabalho, tem-se, ainda, outros direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão, que é o direito ao lazer, previsto no artigo 6º da CF/88, o direito à intimidade e à vida privada, dispostos no artigo 5º, incisos V e X.

Süssekind (2001, p. 216) afirma que há três razões para que exista a limitação da jornada de trabalho:

- a) de natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga; b) de caráter social, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família; c) de ordem econômica, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa.

Dado o exposto, é possível compreender que, além do viés econômico que norteia a norma que limita a jornada de trabalho, há também o viés social e biológico, sendo essencial ao trabalhador ter convívio social para o seu desenvolvimento como ser humano, tratando-se, efetivamente, a limitação da jornada de trabalho de um direito fundamental.

Sendo assim, os contratos de trabalho, por mais que tratem de vontade de particulares, devem respeitar os direitos fundamentais previstos na CF/88, submetendo-se às limitações de duração de trabalho para que, conseqüentemente, respeitem os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Como é sabido, as normas de direitos fundamentais possuem eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, da CF/88, o que significa que têm o poder de vincular as decisões públicas em todas as suas esferas, sendo denominada de eficácia vertical quando em detrimento das relações entre particulares e Estado; e de eficácia horizontal, quando dentro das relações entre os particulares, visto que não se pode afastar os direitos fundamentais ante a vontade das partes da relação privada, principalmente quando se tem de um lado uma parte com maior poderio econômico e social, tal como o empregador.

Na eficácia horizontal, o Estado passa a ser protetor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de acordo com Leite (2011, p. 36), tal eficácia surge em razão do reconhecimento da desigualdade não somente nas relações entre Estado e particulares, mas também entre os próprios particulares. Nas relações de trabalho, o autor destaca que em virtude

do poder de direção do empregador, este possui obrigações fundamentais quanto a seus empregados.

A relação de trabalho é marcada pela desigualdade entre as partes, visto que o empregado, ainda que possua maior qualificação profissional em comparação ao seu empregador, está sempre submetido ao poder de organização, de diretrizes e de regras disciplinares estabelecidas pelo empregador (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 88).

De acordo com Süsssekind e Teixeira Filho (1999, p. 249-251), a dependência existente no contrato de trabalho, que se atribui ao empregado, não deve ser considerada como econômica, pois seria utilizar uma proposição nem sempre válida como podemos verificar nos exemplos do pequeno comerciante que depende de grandes indústrias para manter sua atividade, ou ainda no empregado, que possui renda própria que o torne independente economicamente do empregador. Assim, de acordo com os autores, a dependência existente no contrato de trabalho é jurídica, isto porque decorre de um contrato, no qual se encontra seu fundamento e seus limites, partindo-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade do trabalhador.

Nesse sentido, a desigualdade existente no contrato de trabalho faz com que a incidência dos direitos fundamentais seja maior, mas por outro lado, a lei também permite a autonomia da vontade entre as partes (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 89).

Em acréscimo, o direito do trabalho tem como finalidade, primeiramente, proteger a saúde e a vida do trabalhador e garantir-lhe dignidade humana, sendo assim, deve haver proporcionalidade entre a vontade individual e o conteúdo mínimo que a lei determina, com o devido respeito e garantia dos direitos fundamentais, a fim de que o empregador não pratique alguma conduta restritiva que ofenda a qualidade existencial do trabalhador, conforme preconiza Sarmiento e Gomes (2011, p. 95).

Logo, o empregador, ainda que no exercício do poder diretivo, tem o dever de respeitar os direitos fundamentais do empregado, pautando-se no respeito à dignidade da pessoa humana, eis que, acima de tudo, o trabalhador é um sujeito de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante, ocorre que a sociedade tecnológica pode representar uma grande ameaça aos direitos fundamentais da personalidade, da integridade física e psíquica dos trabalhadores em razão do excessivo poder fiscalizatório por meios dos recursos tecnológicos e também pela flexibilização das jornadas de trabalho ou ausência de delimitação da mesma.

Nesse contexto, a Lei 13.467/2017 estabeleceu algumas mudanças na legislação trabalhista, com o fundamento de que seria necessário a modernização da norma para manter o desenvolvimento econômico, estabelecendo novos parâmetros para as relações de trabalho,

inclusive no que tange à limitação da duração do trabalho e à prevalência do negociado sobre o legislado, colocando em risco os direitos de desconexão e lazer do trabalhador.

O art. 611-A da CLT, acrescido pela reforma trabalhista, é o responsável por elencar as hipóteses em que o negociado prevalecerá sobre o legislado:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (BRASIL, 2017).

Vale destacar, em última análise, a modificação feita pela reforma trabalhista no que se refere a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, promovida pelo acréscimo à CLT, do artigo 59-A, por meio da Lei 13.467 de 2017, em que se permite que as horas de

trabalho sejam estendidas até doze horas para qualquer categoria profissional, mediante acordo individual escrito, convenção ou acordo coletivo:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação (BRASIL, 2017).

Como é sabido, a CLT confirmando a limitação da jornada de trabalho imposta pela CF prevê que a jornada de trabalho diária seja de 8 (oito) horas, podendo ter acréscimo de duas horas extras, mediante acordo escrito entre empregado e empregador ou por acordo ou convenção coletiva; também firma que a jornada semanal seja de 44 (quarenta e quatro) horas, bem como prevê a jornada de 06 (seis) horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

Por sua vez, as novas regras previstas na reforma trabalhista não alteram os limites impostos a jornada de trabalho dispostos na CF-88 e pela CLT, mas permitem que qualquer categoria profissional seja submetida à jornada de doze horas diárias mediante acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, ressaltando que a jornada 12/36 já era permitida, mas apenas para algumas categorias, por exemplo, na área da saúde.

Referida mudança pode gerar alguns prejuízos à saúde do trabalhador, pois firmar um contrato de trabalho em que se labora doze horas seguidas em determinadas profissões pode repercutir drasticamente na saúde física e mental do cidadão, que, muitas vezes, movido pela necessidade de sustentar a si e a sua família, sem muitas opções de emprego e frente ao poder econômico do empregador, acaba se submetendo a condições de trabalho até mesmo desumanas, o que acaba por violar a própria dignidade.

A saber, um dos principais argumentos favoráveis à reforma trabalhista foi a necessidade de atualizar as normas trabalhistas, adequando-as à realidade social, por meio, principalmente, da prevalência da negociação coletiva sobre o legislado, reproduzindo uma prática utilizada pelos Estados Unidos e alguns países da Europa (SILVA, 2017b, p. 307-308).

Contudo, a concretização do ideal de prevalência do negociado sobre o legislado da reforma trabalhista depende da atuação dos sindicatos, visto que para prevalência das normas coletivas, deve haver um sindicato representativo, que defenda os interesses da classe trabalhadora, o que no Brasil, não vem ocorrendo (SILVA, 2017b, p. 314).

Em suma, o que se questiona é como ficarão os limites para a negociação coletiva e até mesmo para uma negociação individual do contrato de trabalho. A respeito, é interessante

tratar do princípio da adequação setorial negociada, pois ele dita os limites constitucionais da negociação, dando proteção aos direitos indisponíveis dos trabalhadores. Nas palavras de Delgado (2011, p. 1256):

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação autônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Diante disso, verifica-se que a flexibilização do trabalho via negociação coletiva ou acordo individual deve ser utilizada quando houver interesses efetivos entre empregado e empregador, sendo indispensável a fixação de limite ao negociado, que deve orientar-se no princípio da proteção ao trabalhador, pois é o princípio basilar do direito do trabalho, observando sempre os direitos fundamentais dos trabalhadores, considerados indisponíveis.

Wyzykowski (2019, p. 174) ressalta que o princípio da proteção atua assegurando a tutela dos direitos fundamentais, de modo que a liberdade negocial, inserida dentro do conceito de autonomia deve ser exercida nos moldes desse princípio, pois, somente assim é possível a realização humana do trabalhador, propiciando a autodeterminação do sujeito.

Ainda, merece ser frisado que as referidas mudanças colocam em risco a efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador, principalmente, no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho e aos direitos à desconexão, lazer e saúde, eis que possibilitam a flexibilização da jornada de trabalho, inclusive a submissão a uma jornada excessiva, que impeça o trabalhador de usufruir do seu tempo livre como desejar, privando-o dos momentos em família e com os amigos.

Dessa forma, a submissão do trabalhador a uma jornada excessiva, desrespeitando a limitação legal da jornada de trabalho acarreta grave dano à saúde do trabalhador, seja na sua esfera física, psicológica ou social, pois o cidadão submetido a uma jornada superior à legal trabalha com redução da sua capacidade de atenção, ficando sujeito a acidentes de trabalho em razão do desgaste físico e mental (COLNAGO, 2013, p. 52).

Além disso, a jornada extenuante viola a dignidade da pessoa humana, visto que o homem enquanto ser social necessita estar em constante contato com terceiros para realizar-se e alcançar a plenitude de suas potencialidades, por isso, é importante ter tempo para o trabalho,

assim como tempo para a desconexão, e, conseqüentemente, tempo para a realização do projeto de vida e para o convívio social.

De acordo com uma pesquisa do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (2012, p. 20) um percentual de 45,4%, um representativo de quase metade dos entrevistados, afirma que não consegue se desligar após o término da jornada de labor diária. Dentre os motivos indicados estão: a necessidade de ficar de prontidão, para a realização de alguma atividade extraordinária (26,0%); a necessidade de planejar ou desenvolver alguma atividade de trabalho, mediante internet, celular etc. (8,0%); bem como a necessidade de aprender um conjunto de coisas sobre o próprio trabalho (7,2%).

Ainda, de acordo com a análise feita pelo Instituto, uma parcela entre 30% e 50% dos entrevistados considera que o tempo dedicado ao trabalho remunerado afeta negativamente seu tempo livre, com todas as conseqüências desse fato em termos de redução de sua qualidade de vida, gerando cansaço, estresse, comprometimento das relações familiares e de amizade, impossibilidade de realização de atividades, dentre outros agravos (IPEA, 2012 p. 30).

A compreensão de que o tempo disposto ao trabalho afeta de modo negativo a qualidade de vida está associada à jornada de trabalho excessiva, apontando que esta pode gerar conseqüências como cansaço, prejudicar as relações familiares e de amizade, além de impedir as atividades esportivas e educacionais.

É possível perceber que cada vez mais o tempo de trabalho tem invadido o tempo livre, isto é, o tempo de trabalho está extrapolando a jornada e o ambiente de trabalho, modificando a forma como as pessoas se relacionam no local de trabalho, impedindo que o trabalhador realize outras atividades.

Por outro lado, embora tenha se discutido o direito à desconexão, a fim de defender uma harmonização entre o tempo de trabalho e o tempo de lazer e descanso, são criadas novas regras para as relações de trabalho, que incentivam a exceder os limites diários e semanais de jornada de trabalho, significando redução de direitos já conquistados. Nesse viés, é que surge o dano existencial, a fim de proteger o cidadão contra danos à sua saúde e à dignidade humana, bem como contra condutas lesivas do empregador.

Convém reforçar que, desrespeitando as normas de trabalho referentes à limitação à jornada de trabalho, dispostas no art. 7, incisos XIII e XVI, da CF e artigos 2º, 58, 59, 157 da CLT, e, tendo em vista que a submissão à sobrejornada de forma habitual, devidamente comprovada pelo trabalhador, o empregador poderá ser penalizado por provocar-lhe dano existencial, isto é, prejudicar o projeto de vida e os direitos da personalidade do trabalhador.

3.2.1 Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração

A Constituição Federal de 1988 instituiu o limite da duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada por meio de acordo ou convenção coletiva. A CLT, acentuando a norma constitucional, confirmou o limite comum de trabalho e assegurou o direito de acréscimo de duas horas extras à jornada ordinária, ante alguns requisitos.

De acordo com Molina (2015, p. 115), o artigo 59 da CLT permite a construção de duas normas distintas. A primeira delas é a prorrogação da jornada por meio de acordo entre empregado e empregador ou norma coletiva, que respeita a limitação de duas horas extras diárias e a compensação semanal; caso não seja concedida a compensação no período de uma semana, é descaracterizado o acordo de prorrogação de jornada. Assim, respeitados os limites formal e material, é lícito ao empregador exigir o trabalho em até duas horas extras diárias e pagar o correspondente com adicional ou conceder folgas semanais compensatórias.

Por sua vez, o parágrafo 2º, do artigo 59, possibilita a construção da segunda regra, conhecida como “banco de horas”, no qual os requisitos são a celebração, por acordo ou convenção coletiva, de limite de duas horas extras diárias e a compensação anual (MOLINA, 2015, p. 116).

Ressalta-se que, anterior ao advento da reforma trabalhista, não era permitido o estabelecimento do banco de horas por meio de acordo individual, mas conforme as novas regras, devido a inclusão do §5º, ao artigo 59, da CLT, o pacto de banco de horas passa a ser permitido por meio de acordo individual, desde que haja a compensação no máximo em seis meses.

Ademais, destaca-se que, no caso do banco de horas, presente os requisitos formais e materiais, é direito do empregador exigir do empregado o cumprimento do labor extra e a compensação anualmente.

Nas atividades insalubres, o estabelecimento da compensação de jornada semanal ou anual, depende do acordo individual escrito, do acordo ou da convenção coletiva de trabalho e também da licença das autoridades competentes de higiene do trabalho, além da realização de exame nos locais de trabalho, de modo a verificar os métodos e processos laborais, conforme artigo 60, da CLT. Portanto, de acordo com a literalidade do artigo 60, quaisquer prorrogações de jornada em atividade considerada insalubre apenas poderão ser estabelecidas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.

Deve ser ressaltada a Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho, pois a mesma regulamenta a compensação de jornada, e, em seu inciso VI, prevê que é inválido o acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e a autorização da autoridade competente, conforme artigo 60 da CLT. Assim, ainda que diante de uma previsão em norma coletiva, não é possível que seja afastada a norma contida no artigo 60, da CLT.

Todavia, com a Lei 13.467/2017, a lei da reforma trabalhista, foi incluído o artigo 611-A, em que se previu hipóteses de que a negociação coletiva prevalece sobre o legislado, inclusive, no inciso XIII está prevista a possibilidade de negociação coletiva sobre a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Tal disposição, de certa maneira, está em contradição com o artigo 60 da CLT, que determina a realização de licença das autoridades competentes de higiene do trabalho, bem como a realização de exame nos locais de trabalho.

Portanto, percebe-se que existe certa antinomia na norma trabalhista no que tange à possibilidade de negociação coletiva sobre prorrogação da jornada em ambiente insalubre, pois, ao mesmo tempo em que a lei permite a negociação coletiva sem autorização prévia, a lei também a exige.

Ademais, o artigo 611-B da CLT instituiu como ilícita a negociação coletiva que suprimisse alguns direitos, dentre eles as normas de higiene, saúde e segurança:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2017).

Ocorre que a negociação coletiva também deve respeitar os limites constitucionais, principalmente, no que tange às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, por isso prevalece que quaisquer prorrogações de jornada em atividade considerada insalubre devem ser estabelecidas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.

Além disso, vale destacar outra mudança introduzida pela reforma trabalhista, posto que a mesma acrescentou o parágrafo único ao artigo 60, prevendo que, nos casos de regime de

jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, é dispensada a exigência de licença prévia, tal mudança preocupa ao configurar mais uma forma de precarização dos direitos trabalhistas.

Outrossim, a reforma trabalhista também fez outra modificação importante, pois, por meio da inclusão do §6º ao referido artigo 59, da CLT, previu a possibilidade de estabelecimento de compensação de jornada mensal por meio de acordo individual escrito ou tácito. Sendo assim, verifica-se que houve evidente flexibilização da jornada de trabalho.

Contudo, para fins de caracterização de dano existencial por jornada excessiva de trabalho, é necessário verificar a situação do caso concreto, isto é, se mesmo com a implantação da prorrogação ou da compensação da jornada, o empregador ainda exigisse labor além desses limites (MOLINA, 2015, p. 117).

Novamente, é necessário dizer que há as profissões especiais, em que a jornada de trabalho é diferenciada, como exemplo toma-se o caso do advogado, para o qual a jornada não poderá exceder a quatro horas contínuas e vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou no caso de dedicação exclusiva.

Importante destacar que a jornada de trabalho não é integrada somente pelo trabalho efetivo, mas também é composta pelo tempo à disposição, conforme artigo 4º da CLT. De acordo com Molina (2015, p. 117), o ordenamento jurídico trabalhista adotou quatro modalidades de contagem de tempo para a composição da jornada de trabalho, sendo eles: I) o tempo de efetivo trabalho (CF, art. 7º, XIII, e CLT, art. 58); II) o tempo à disposição (CLT, arts. 4º e 58, § 1º, c/c as Súmulas ns. 118 e 429 do TST); III) o tempo de sobreaviso (CLT, art. 244, § 2º, c/c a Súmula nº 428 do TST); e IV) o tempo de deslocamento ou horas *in itinere* (CLT, art. 58, §§ 2º e 3º, c/c as Súmulas ns. 90 e 320 do TST), sendo que esta última, devido à reforma trabalhista, foi extinta.

Vale destacar ainda que a CLT também previu o tempo de prontidão para computo no cálculo da jornada de trabalho, por meio do artigo 244, §3º, caso em que o empregado fica nas dependências da empresa, aguardando as ordens do empregador.

Visto o critério vertical da extrapolação do limite legal, convencional ou constitucional da jornada, passa-se a analisar o critério horizontal, que é o que define qual é a reiteração necessária de extrapolação da jornada capaz de provocar dano existencial e prejudicar o projeto de vida e a vida de relações do trabalhador.

Molina (2015, p. 118) destaca o artigo 61 da CLT como um critério objetivo *prima face*, pois dispõe sobre as hipóteses de prorrogação do trabalho por motivo de necessidade imperiosa. Nos casos do dispositivo, o empregador pode exigir que o empregado continue

prestando serviços além da sua jornada ordinária para atender motivos de força maior, realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador. A força maior consiste em acontecimentos inevitáveis, que independem da vontade do empregador. No que diz respeito a serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízos manifestos ao empregador, são os serviços emergenciais que não podem ser adiados, sob risco de provocar perda financeira razoável, além de outros reflexos para a atividade da empresa.

O parágrafo 3º, do artigo 61, determinou que o limite de exigência de trabalho dos empregados, mesmo no caso de força maior, não poderá extrapolar 45 dias por ano, assim, vê-se que os interesses empresariais e até sociais cedem em favor da proteção dos interesses pessoais dos trabalhadores, como proteção à saúde, ao descanso, ao lazer, à convivência familiar etc. Assim, a extrapolação da jornada ordinária por mais de 45 (quarenta e cinco) dias por ano, indica a ocorrência do dano existencial, ainda que quitada as horas extras (MOLINA, 2015, p. 118).

Frente ao relatado, destaca-se que caberá ao julgador identificar, no caso concreto, as particularidades da situação, distinguindo-as das hipóteses-padrão de configuração de dano existencial para, assim, verificar efetivamente se houve prejuízo ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador.

Frise-se que há circunstâncias em que o próprio empregado se sujeita a uma jornada de trabalho excessiva, renunciando aos seus projetos de vida e à sua vida de relações, na maioria dos casos, trata-se de cargos de confiança ou alta função para obter maiores rendimentos. Nesse caso, Molina (2015, p.120) afirma que o julgador deve ponderar entre o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a liberdade de escolha do empregado, tendo em vista que em certas circunstâncias o projeto de vida do cidadão é justamente o sucesso financeiro e profissional.

Por outro lado, também é preciso compreender que a liberdade de escolha do cidadão deve ser analisada sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, pois deve ser uma escolha saudável, livre e espontânea, realizada nas condições jurídicas e materiais de igualdade.

Diante disso, o trabalho excessivo e reiterado, além do limite legal, ainda que haja pagamento da sobrejornada ou compensação, caracteriza o dano existencial, sendo o fator determinante para o julgador a verificação se a liberdade de escolha e autodeterminação do empregado foram violados pelo empregador, mediante a prática de uma conduta abusiva ou ilícita, pois a renúncia consciente e sadia não caracteriza dano existencial.

3.2.2 Requisito do dano: configuração, prova material e extensão

O ponto central de configuração do dano existencial está na verificação da ocorrência de violação ao direito de liberdade e escolha, sendo, portanto, a frustração do direito de autodeterminar-se e de escolher de forma livre o que fazer fora do ambiente de trabalho.

De acordo com Barroso (2016, p. 81), os ideais de autonomia e liberdade estão associados à dignidade humana, pois a autonomia é o elemento ético da dignidade, sendo o livre-arbítrio dos cidadãos o que lhes permite viver bem.

Ainda, de acordo com Barroso (2016, p. 81-82), a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas” (BARROSO, 2016, p. 82).

Para Molina (2015, p. 122), a autonomia do indivíduo violada por ato do empregador na perspectiva epistemológica corrobora com a desnecessidade de provar o projeto de vida e a vida de relações, visto que a simples impossibilidade de autodeterminar-se por influências externas já configura o dano, por isso, para o autor, a prova serve para demonstrar a gravidade do prejuízo, contribuindo para a dimensão da indenização, mas não para sua configuração.

Com o intuito de reforçar a noção da desnecessidade da prova, Molina (2015, p. 122-123) destaca que as consequências ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores são evidentes, por isso a dispensabilidade das provas. Além disso, exigir a prova material dessa situação seria exigir da vítima algo impossível, pois é difícil saber como provar nos autos do processo o impedimento de praticar leitura, de praticar esportes, namorar, cozinhar, dormir até mais tarde aos finais de semana. Nas palavras de Molina (2015, p. 124):

Quanto aos danos existenciais – porque também espécie de danos extrapatrimoniais –, basta prova da violação objetiva do direito do trabalhador ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de labor, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar.

Nesse sentido, pode-se dizer que o entendimento de que o dano existencial demanda prova, porque refere-se à frustração, enquanto o dano moral é subjetivo, referindo-se a dor, humilhação, por exemplo, por isso não demanda prova, está ultrapassado, inclusive, porque em

certas circunstâncias os prejuízos são tão evidentes que a prova se torna dispensável, tal como no caso do dano existencial ligado à saúde, que, na maioria das vezes, é verificado por presunção (MOLINA, 2015, p. 124-126).

Desse modo, pode-se dizer que, num primeiro momento, na análise de um pedido de dano existencial, é imprescindível a verificação da violação do direito de autodeterminar-se. Em outras palavras, é imperativo ponderar se houve lesão ao direito de liberdade pessoal por meio de uma conduta abusiva do empregador, impondo uma jornada excessiva, em que é retirado o direito do trabalhador de praticar sua liberdade pessoal, e posteriormente a verificação de prejuízo familiar, social e pessoal específico, pois isso será fator determinante do agravamento da indenização e não para sua configuração (MOLINA, 2015, p. 126).

Por conseguinte, para pleitear uma indenização por dano existencial, perante a Justiça do Trabalho, é preciso que haja, uma infração contratual, os requisitos da responsabilidade civil e, por fim, os requisitos específicos do dano existencial, ou seja, dano ao projeto de vida ou à vida de relações.

Afonso (2017a, p. 110) destaca que a demonstração dos três elementos deve ser concomitante, pois sem qualquer desses elementos não se configura o dano existencial, inclusive, o autor menciona que, caso haja apenas a demonstração de uma das etapas, ter-se-á, por exemplo, a demonstração apenas de infração contratual, o pagamento das verbas trabalhistas; na ocasião de demonstrada somente a responsabilidade civil, pode-se reparar com outras espécies de dano.

No que diz respeito à atribuição do ônus da prova no caso do dano existencial, ocorrerá com base nas normas processuais trabalhistas, aplicando-se o Código de Processo Civil no caso de omissão e compatibilidade, por isso é preciso uma análise do conteúdo legal disposto no artigo 818 da CLT, no que tange à distribuição do ônus da prova, atribuindo-o a quem alega.

A leitura do artigo 818 da CLT demonstra certa simplicidade no teor da norma, razão pela qual aplicou-se supletivamente o Novo Código de Processo Civil que prevê, atualmente, no artigo 373, a atribuição da prova dos fatos constitutivos ao autor, e os impeditivos, modificativos e extintivos ao réu.

Embora haja entendimento de que seja desnecessária a aplicação supletiva do NCPC, é certo que os tribunais e a doutrina vêm aceitando a incidência da aplicação estática apresentadas pelos incisos I e II do artigo 373, do CPC.

Vale frisar, ainda, que existe os fatos que dispensam as provas, como os fatos notórios, os afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo

como incontroversos e os que cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade, conforme incisos I a IV, do artigo 374, do NCPC.

Também, merece ser destacada a existência da distribuição de ônus convencional, prevista no artigo 190 e 373, §3º, do CPC, bem como a distribuição realizada pelo juiz, denominada de dinâmica, fixada no §1º do artigo 373, do CPC. Ocorre que no caso de competência da justiça do trabalho, aplicam-se as regras relacionadas ao processo do trabalho, devendo ser considerado que, de um lado, há uma parte hipossuficiente, presumindo-se a subordinação da convenção do ônus da prova antes do processo. Assim, alguns autores consideram inaplicável a convenção do ônus da prova no processo do trabalho, inclusive, há a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST que afasta a aplicabilidade dos incisos II e VII do art. 2º (AFONSO, 2017a, p.116).

Na distribuição estática do ônus da prova, o julgador deve, num primeiro momento, não sendo a prova satisfatória para convencimento, analisar o caso concreto voltando-se para quem detinha o ônus da prova, julgando desfavoravelmente para quem possuía o ônus e não o cumpriu. Sendo assim, o cidadão que requerer a reparação por dano existencial deve atentar-se para a distribuição do ônus da prova nas três etapas, isto é, primeiro no direito material do trabalho da relação contratual, na responsabilidade civil e no complemento para que o dano existencial seja caracterizado, que são o dano ao projeto de vida ou à vida de relações, o que evidencia a separação mencionada, em três etapas.

Nesse sentido, o juiz considerará o ônus da prova em cada etapa, isto é, na análise da relação de trabalho para infração contratual, nos elementos da responsabilidade civil e no dano ao projeto de vida e à vida de relações, visto que há situações em que o direito material atribui critérios diversos, como no caso da limitação da jornada de trabalho. Da mesma forma ocorre na responsabilidade civil, em que existe a responsabilidade subjetiva e objetiva para comprovar ou não a culpa da vítima, e, por fim, o projeto de vida e vida de relações, que se trata de circunstâncias ocorridas fora do ambiente de trabalho, afastando a distribuição dinâmica do ônus da prova (AFONSO, 2017a, p. 117-118).

Retomando a questão sobre o ônus da prova e da regra estática de distribuição, o NCPC, em seu artigo 373, §1º, prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, autorizando que o juiz atribua a regra estática prescrita nos incisos I e II do CPC de forma diversa, desde que esteja diante do determinado pelo próprio dispositivo, ou seja: que se tenha previsão em lei, ou se a peculiaridade da causa estiver relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir com o ônus ou, ainda, se a outra parte dispor de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, ou seja, deve ser devidamente fundamentada (AFONSO, 2017a, p. 119).

Afonso (2017a, p. 119) destaca que anterior à previsão do NCPC, no âmbito do processo do trabalho, a doutrina e a jurisprudência já aceitava atribuir o ônus à parte diversa, caso tivesse maior facilidade em produzir, fazendo isso com base na aptidão ao ônus da prova, que, por sua vez, funda-se no direito constitucional de acesso à justiça, ampla defesa e igualdade entre as partes; no caso da relação de trabalho, uma das partes possui tratamento diferenciado em razão da proteção por desigualdade. Desta feita, a aptidão do ônus da prova corresponde à mesma finalidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, razão pela qual não haveria qualquer resistência em permitir que a teoria, disposta no artigo 373, §1º e 2º, fosse aplicada ao processo do trabalho.

Diante disso, a fim de evitar a surpresa para a parte que teve a regra do ônus alterada por determinação judicial, tem-se que a distribuição dinâmica deve ser realizada antes do julgamento; portanto, orienta-se ser no ato do saneamento do processo. No processo do trabalho, não há a fase preliminar de saneamento do art. 357 do CPC, pois o processo se desenvolve em audiência e, por isso, a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica da prova teria que ocorrer após a conciliação infrutífera e aceita a defesa nos autos, momento que constituiu o contraditório (AFONSO, 2017a, p. 120).

Afonso (2017a, p. 121) defende que, no pedido por dano existencial, a aplicação da teoria deve ater-se apenas às duas primeiras fases, isto é, quanto às infrações contratuais e quanto aos requisitos da responsabilidade civil, pois, caso aplicada na terceira, ocorreria o que se denomina de provas diabólicas, que são aquelas cuja produção é impossível ou excessivamente difícil. O autor ainda argumenta que a exigência ao empregador/infrator de demonstrar a frustração ao projeto de vida ou à vida de relações incidirá na prova diabólica, pois recai sobre questões de ordem pessoal, cuja ocorrência se dão fora do ambiente de trabalho, razão pela qual foge do alcance do ofensor.

Afonso (2017a, p. 122-123), ainda, advoga no sentido de que, em se tratando de dano existencial, não há que se falar em presunções do dano, isto é, não é porque ocorreu prova de jornada excessiva, inexistência de férias e outros, que se deu a frustração ao projeto de vida e à vida de relações, devendo ser efetivamente provado pela vítima, cabendo a ela, exclusivamente, o ônus de demonstrar, sob pena de atribuir a parte diversa um ônus impossível.

Nesse sentido, é válido transpor alguns trechos de decisões dos tribunais brasileiros a respeito da necessidade de prova da frustração ao projeto de vida ou à vida de relações, bem como a quem caberia a ônus da prova:

[...]

Quanto à prova, reputo ser dever do Julgador distinguir ambas as hipóteses de dano existencial.

Na hipótese de dano relativo ao projeto de vida, incide o art.818 da CLT c/c art.373, inciso I do CPC/2015, ou art.333 do CPC/73, incumbindo o ônus da prova ao reclamante.

Já nos casos de ocorrência de prejuízos nas relações familiares e sociais, cuida-se de dano que independe de prova, sendo, pois, presumível ante as demais provas dos autos, apenas incumbe ao reclamante a prova da extensão da jornada de trabalho (art.818/CLT c/c art.373, I do CPC), conforme o caso, concluindo-se em face das condições comprovadas, se houve ou não prejuízo às relações sociais e familiares.

[...]

Verifica-se que, em certos casos, a jornada de trabalho é tão extensa que, a mera ocorrência, já demonstra de per si, o prejuízo existencial, e independente de provas.

Outras hipóteses há, nas quais os danos não são visíveis à primeira vista, e dependem de prova dos efetivos prejuízos.

Neste sentido, há Acórdãos do C.TST: processos 2650-67.2016.5.12.0012 - Relatora Ministra Dora da Costa - data de 27/04/2018; 1787-14.2016.5.12.0012 - Relatora Ministra Maria de Assis Calsing - data de 27/04/2018; 1001335- 72.2015.5.02.0473 - Relatora Ministra Maria Cristina Yrigoyen Peduzzi – data de 20/04/2018.

No caso dos autos, conforme visto, o Juízo "a quo" julgou procedente o pedido de dano existencial por considerar que a jornada de trabalho do autor se revelou excessiva e estabeleceu indenização de R\$ 40.000,00.

A Ré insurge-se em face da condenação, primeiro, dizendo que não há dano existencial na espécie; sucessivamente, pediu a redução do valor.

A prova colhida, não revela que o autor teve prejudicado o seu projeto de vida, nem indicou o autor, em depoimento pessoal, queixa específica a respeito.

Porém, a extensa jornada de trabalho, mormente no período anterior à vigência da Lei 12619/2012, atesta, de modo inequívoco, o prejuízo para as atividades de lazer do reclamante, em face do grande tempo que permanecia à disposição do empregador e o cansaço ao volante - em tão penosa jornada - é inegável. Ser carreteiro é uma opção de vida, mas não de escravidão.

Dizer que o empregado aceitou a condição e, a partir dessa premissa, estabelecer que não há dano existencial é fechar os olhos à realidade, mormente porque, na espécie, impera o poder diretivo do empregador.

Não é demais lembrar que caminhão parado não rende dinheiro ao dono.

A par disso, o cansaço ao volante é extremamente perigoso para todos os usuários das rodovias brasileiras e tem sido causa de inúmeros acidentes nas estradas com vítimas fatais. Não é por outra razão que a legislação de proteção ao motorista avançou. Uma exigência da própria sociedade.

Desse modo, entendo que restou comprovado o labor pelo autor em jornada excessiva, havendo, portanto, efetivo prejuízo para as relações familiares atividades de lazer e sociais do reclamante.

Mas não há prova concreta de dano a um projeto de vida estabelecido e que tenha sido frustrado pela exigência de sobrejornada muito acima do limite estabelecido em lei.

E me parece, diante de tal ponderação, que o valor fixado na Origem foi um pouco excessivo, razão pela qual impõe-se sua revisão para R\$ 25.000,00, observado o disposto na Súmula 439 do C. TST. Do contrário, não se atende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, com violação à regra do artigo 944 do Código Civil.

[...] (RO 0011532-18.2014.5.15.0137- RELATOR: ALEXANDRE VIEIRA DOS ANJOS, |DJ: 27/06/2019) (CAMPINAS, 2019a).

No caso mencionado, o julgador ressaltou que o dano existencial ocorre em duas hipóteses, ou seja, quando há frustração ao projeto de vida e outra quando há frustração à vida de relações, o que no primeiro caso diz que se aplica o artigo 818 da CLT c/c art.373, inciso I do CPC/2015, ou art.333 do CPC/73, incumbindo o ônus da prova ao reclamante. Já na segunda hipótese, diz tratar-se de dano que independe de prova, sendo, pois, presumível ante as demais provas dos autos, apenas incumbe ao reclamante a prova da extensão da jornada de trabalho (art.818/CLT c/c art.373, I do CPC).

Em seguida, o julgador argumentou que, em certos casos, a jornada de trabalho é tão extensa, e que a mera ocorrência já demonstra de per si o prejuízo existencial, e independente de provas, mas em outras hipóteses, os danos não são visíveis à primeira vista, e dependem de prova dos efetivos prejuízos. Por fim, explica que no caso dos autos, a prova colhida não comprovou o dano ao projeto de vida, mas que a extensa jornada de trabalho atesta prejuízos ao direito de lazer do reclamante, por isso estava configurado o dano existencial, mas não no valor fixado no juízo a quo, devendo ser reduzido.

Visto isso, no caso supracitado, percebe-se que o julgador entendeu não haver necessidade de prova do dano ao projeto de vida em específico, pois, a comprovação da jornada extenuante, por si só, já configurava o prejuízo existencial; entretanto, no que tange à fixação da dimensão do dano, o julgador entendeu ser importante a comprovação pelo autor da frustração ao projeto de vida, por isso reduziu o quantum indenizatório.

No mesmo sentido, tem-se ainda:

Quanto à prova, devem-se distinguir ambas as hipóteses de dano existencial. Na hipótese de dano relativo ao projeto de vida, incide o art.818 da CLT c/c art.373, inciso I do CPC/2016, ou art.333 do CPC/73.

Vale dizer, incumbe o ônus da prova ao reclamante. Exemplo: impossibilidade de cursar faculdade em face da extensa e absurda jornada de trabalho. Obviamente, o trabalhador deverá comprovar os horários de curso, e demais itens relevantes, e que serão comparados pelo juiz, com os horários de trabalho realmente cumpridos.

Já nos casos de ocorrência de prejuízos nas relações familiares e sociais, entende este Relator que, no mínimo, cuida-se de dano que independe de prova, sendo, pois, presumível ante as demais provas dos autos, como por exemplo, prova de alegada jornada de trabalho extenuante e absurda, sem intervalos para refeições e descanso, em finais de semana, inclusive, de molde a comprometer as relações do indivíduo com a família e com terceiros. De sorte que, incumbe ao reclamante a prova da extensão da jornada de trabalho (art.818/CLT c/c art.373, I do CPC), conforme o caso, concluindo-se em face das condições comprovadas, se houve ou não prejuízo às relações sociais e familiares.

E ainda assim, entende este Relator que, é praticamente impossível ao trabalhador, a comprovação de que houve prejuízo às relações familiares. Justifica-se: como comprovar através de suas testemunhas, que geralmente são - e devem sê-lo - colegas de trabalho, que não houve regular convivência com os filhos e esposa, amigos, relações esportivas, religiosas, frequência em igreja etc.

Exigir-se tal prova do empregado, implicaria em oitiva de 10 ou mais testemunhas, vizinhos, colegas de esporte, de igreja, pessoas da própria família, enfim, o que é impossível até pelo número de testemunhas permitido pela CLT.

Por outro lado, a aplicação do art.373, parágrafo 1º.do CPC, com a inversão do ônus da prova em juízo, também não seria justo e razoável, porquanto, pelas mesmas razões acima, a empresa não poderia comprovar a inexistência de prejuízos às relações familiares e sociais (parágrafo 2º.do mesmo artigo). Neste aspecto, como leciona MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, in COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2ª. Edição, LTR, página 504 "...o encargo probatório que foi transferido à parte contrária àquela que, em princípio o detinha, não pode ser de tal ordem que a impossibilite de desincumbir-se desse ônus ou que isso lhe seja extremamente dificultoso".

Em suma: cada caso deve ser analisado conforme provas dos autos, aplicando-se a dinâmica do ônus da prova, de molde a possibilitar a conclusão pela existência ou não de prejuízos às relações familiares ou sociais.

Este Relator consigna que já entendeu de maneira diversa, mas alterou tal posicionamento, em face da constatação de que é extremamente difícil a ambas as partes, a comprovação da existência ou inexistência de prejuízos às relações familiares ou sociais. (RO 0010166-94.2018.5.15.0074, 1ª CÂMARA- PRIMEIRA TURMA, Relator: RICARDO ANTONIO DE PLATO, DATA DE JULGAMENTO: 23 DE JULHO DE 2019) (CAMPINAS, 2019b).

O trecho desta decisão está fundamentada no mesmo viés da anterior no que tange ao ônus da prova do dano ao projeto de vida e à vida de relações, mas é enfatizado que da mesma maneira que é difícil ao trabalhador comprovar prejuízo às relações familiares, também o é para o empregador, em caso de inversão ao ônus da prova; sendo assim, deve ser analisado o caso em concreto para verificação do dano. Ademais, ressalta que é difícil para ambas as partes a comprovação dos danos sociais e familiares.

Por fim, é importante transcrever, ainda, a ementa da decisão do Tribunal Superior de Justiça, em que foi afastada a indenização por dano existencial, porque entendeu-se que não ficou demonstrado que o trabalhador deixou de realizar atividades sociais ou foi afastado do convívio familiar para estar à disposição do empregador, assim, segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA.

Demonstrada a existência de divergência jurisprudencial, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e

parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. Na hipótese dos autos, a indenização foi deferida pelo excesso da jornada de trabalho. Apesar de constar no acórdão regional que o Autor chegava a laborar 13 horas em um dia, não ficou demonstrado que ele tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador. No caso destes autos, não se pode afirmar, genericamente, que houve dano moral in re ipsa, isto é, independentemente de prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem do empregado. Não houve demonstração cabal do prejuízo, tampouco foi comprovada a prática de ato ilícito por parte da empregadora. Logo, não é devida a indenização. Recurso de Revista conhecido e provido (RR - 20439-04.2015.5.04.0282, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, 4º Turma, Data de julgamento: 13/12/2017) (BRASIL, 2017).

É possível concluir que os tribunais vêm entendendo pela necessidade de comprovação efetiva do dano existencial, mas é importante dizer que o julgador deve analisar o caso concreto, atentando-se para a situação específica, a fim de concluir se houve ou não prejuízo ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador, tanto para distribuição do ônus da prova quanto no que diz respeito à necessidade de comprovação.

3.3 O dano existencial no teletrabalho a partir da lei 13.467/2017

A inserção da tecnologia na vida das pessoas provocou inúmeras transformações sociais, inclusive, causou também reflexos nas relações de trabalho, tendo em vista que modificou o modo de produção de bens e serviços, trazendo novas condições ao trabalho sob a forma da era digital.

É certo que a tecnologia trouxe inúmeros benefícios para as relações de trabalho, mas com ela surgiram também inúmeros problemas, tendo em vista que por meio dela é permitida, tanto ao empregado quanto ao empregador, a prática de condutas abusivas. Assim, tem-se tornado evidente a difícil compreensão dos limites no que tange à utilização desses instrumentos tecnológicos.

O uso desenfreado dos recursos tecnológicos em conjunto com o exercício inadequado e ilimitado do poder de direção do empregador, a fim de promover o crescimento econômico da atividade empresarial, podem causar danos à vida privada do trabalhador, prejudicando-lhe o convívio social e os projetos de vida.

Por meio de recursos tecnológicos, surgiu a modalidade de teletrabalho, permitindo que o trabalhador preste serviços fora do estabelecimento do empregador. Nos termos de Oliveira Neto (2015, p. 79), o teletrabalho diferencia-se das demais modalidades de trabalho,

posto que é uma modalidade especial de trabalho a distância, sendo prestado fora do estabelecimento do empregador, com a utilização das tecnologias da comunicação e informação.

De acordo com Rocha e Amador (2018, p. 154), a OIT destaca que dentro do termo teletrabalho há categorias específicas, de forma que pode ser conceituado de acordo com suas diferentes variáveis, tais como a) local/espço de trabalho; b) horário/tempo de trabalho (integral ou parcial); c) tipo de contrato (assalariado ou independente); e d) competências requeridas (conteúdo do trabalho).

Assim, dentro das variáveis podem ser definidas diversas formas de teletrabalho. Nesse sentido é que Rosenfield e Alves (2011, p. 216) identificaram seis categorias de teletrabalho:

[...] 1) trabalho em domicílio, (small office home office – SOHO); 2) trabalho em escritórios satélites (extensões atomizadas de uma empresa central); 3) telecentros ou telecottages (estabelecimentos, normalmente próximos do domicílio dos trabalhadores ou regionais, que oferecem postos de trabalho a empregados de uma ou várias organizações ou serviços telemáticos a clientes remotos); 4) trabalhómóvel (fora do domicílio do trabalhador ou de seu centro principal de trabalho, como viagens de negócios, trabalho de campo ou nas instalações do cliente); 5) empresas remotas ou off-shore (call centers ou telesserviços, através dos quais empresas europeias e americanas instalam os seus escritórios-satélites ou subcontratam empresas de tele-serviços de outras zonas do globo com mão de obra mais barata, pondo em prática o chamado teletrabalho off-shore); e 6) trabalho informal ou teletrabalhomisto (arranjo que o empregado faz como empregador para trabalhar algumas horas fora da empresa) (ROSENFELD; ALVES, 2011, p. 216).

Todas essas categorias de teletrabalho possuem em comum a flexibilidade dos locais de trabalho, assim como do próprio tempo dedicado ao mesmo, em razão das novas formas de trabalhar fortalecidas pela tecnologia da informação e da comunicação.

A modalidade de teletrabalho surgiu no ano de 1957, quando a empresa Pennsylvania Railroad Company, proprietária da estrada de ferro, administrou o trabalho a distância por meio do sistema telégrafo. No entanto, foi com a crise do petróleo, em 1970, que a ideia de levar o trabalho para casa ganhou força e começou a ser desenvolvido, principalmente, por meio dos estudos de Jake Niles, considerado o pai do teletrabalho (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 92).

A partir de então, com o crescente uso da tecnologia, passou-se a diversificar o lugar de trabalho, utilizando novas formas de produção de bens e serviços.

No Brasil, não havia legislação que regulamentasse essa modalidade laboral até que a Lei nº 12.551/2011, tangenciou o tema (alterando o artigo 6º da Consolidação das Leis

Trabalhistas, para modificar seu caput) e igualou o trabalho presencial ao trabalho a distância, acrescentou-lhe, também, um parágrafo no qual atribuiu aos comandos e controles telemáticos eficácia idêntica aos presenciais, especialmente para fins de identificação do elemento subordinativo, caracterizador da relação empregatícia.

Com o advento da lei 13.467 em 2017, conhecida como lei da reforma trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, foi formalmente reconhecida e regulamentada a modalidade de teletrabalho, nos termos do artigo 75-A ao 75-E.

O teletrabalho está conceituado no artigo 75-B da CLT, nos seguintes termos: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 2017).

De acordo com Oliveira Neto (2018, p. 97), o teletrabalho pode ser *off line*, sem conexão eletrônica, ou *one way line*, realizado com o uso de *software*, sendo o resultado entregue por meio de correio eletrônico, ou ainda pode ser *on line*, ocorrendo a conexão permanente entre a base e o computador central.

Importa dizer que os serviços podem ser realizados total ou parcialmente de modo distante da empresa, como bem ressalta Fincato e Cracco (2013, p. 54), pode ocorrer em regime puro, isto é, em período integral, sendo todo o período trabalhado sob o regime de teletrabalho ou híbrido em que parte do trabalho é realizado em ambiente físico da empresa.

Ainda que o teletrabalho ocorra fora do estabelecimento do empregador, é possível reconhecer o elemento subordinação da relação de emprego. Alguns autores como Dutra e Villatore (2014, p. 143) entendem que a subordinação é mitigada no caso do teletrabalho, porque não incide sobre a pessoa, mas sobre o serviço executado.

Por outro lado, Afonso (2017b, p. 722-723) compreende que o teletrabalho não obstrui o poder fiscalizatório e diretivo do empregador em relação ao empregado, uma vez que os meios telemáticos possibilitam a fiscalização.

Nesse contexto, Estrada (2014, p. 34-35) elucida que a percepção de teletrabalhadores livres está equivocada, uma vez que estes, em certas situações, encontram-se submetidos a uma dependência tão intensa quanto, ou ainda mais, que a que teriam se estivessem trabalhando nos estabelecimentos da empresa, considerando a possibilidade de fiscalização constante e a imposição de metas pelo empregador.

Rocha e Amador (2018, p. 158) destacam que a modalidade de teletrabalho confere ao trabalhador a autonomia na gestão do tempo e espaço para cumprimento das metas, mas, por outro lado, em razão do excesso de volume de demanda, que é comum neste tipo de atividade,

é retirado de si o controle do trabalho, tendo em vista a necessidade de executar o trabalho, sem limitação de tempo e disponibilidade.

Sendo assim, a autonomia atribuída ao trabalhador para executar seu trabalho de forma flexível, exige o comprometimento pessoal, fato que gera, concomitantemente, emancipação e subordinação. Ademais, o controle do trabalho pelo empregado é relativo, uma vez que as metas de produtividade e os prazos são definidos pelo empregador ou pelo mercado, no caso de trabalhadores independentes (ROCHA; AMADOR, 2018, p. 158).

Assim, percebe-se que é evidente a possibilidade de exercer o poder diretivo por meios telemáticos, por isso o teletrabalho preenche todos os requisitos para a relação de emprego, merecendo respaldo protetivo na legislação na mesma medida que o trabalho realizado presencialmente, no ambiente físico da empresa, razão pela qual a Lei 13.467/2017 regulamentou sobre a modalidade de teletrabalho.

Ocorre que a nova legislação também incluiu o inciso III, no artigo 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando claro que as normas que regulamentam a jornada de trabalho não se aplicam aos empregados sujeitos ao teletrabalho.

Nesse sentido, os empregados contratados na modalidade de teletrabalho não possuem o direito às horas extras, adicional noturno e horas por supressão de intervalo, porque o legislador considerou que é inexistente o controle de jornada de trabalho.

No entanto, como já mencionado, sabe-se que é possível o monitoramento dos teletrabalhadores pelos meios telemáticos, inclusive, em forma mais acentuada, como supracitado, haja vista a existência de instrumentos como câmeras, microfones, *softwares*, correios eletrônicos, registros de *login* e *logoff* nos sistemas empresariais, *smartphones*, entre outros que permitem aferir, em tempo real, a produção e a produtividade, a realização ou não do serviço, a emissão de relatórios e o oferecimento de instruções, entre outras tarefas.

A possibilidade de fiscalização por meios tecnológicos é atestada por Resedá (2007, p. 10):

A tecnologia avança em passos rápidos e diversos são os *softwares* que podem ser utilizados para realizar a fiscalização serviço prestado pelo funcionário, mesmo em sua própria residência. Ademais, a facilidade de comunicação imprime uma maior vigilância ao funcionário. A mobilidade com que a Internet pode ser acessada nos dias atuais torna ainda mais complexa a rede de possíveis variáveis de controle. Assim, além do trabalho nos escritórios há ainda a possibilidade de envio das tarefas laborais para dentro da casa e da vida privada dos assalariados.

Assim, ao excluir o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, o legislador praticou uma conduta de retrocesso aos direitos fundamentais, visto que é mister do direito do trabalho limitar a jornada de trabalho, garantir o repouso semanal remunerado, o descanso, o lazer, o adicional de horas extraordinárias, de acordo com os parâmetros constitucionais.

Dessa forma, é possível asseverar que pode existir o controle virtual pelo empregador em detrimento do teletrabalho, sendo temerária a inserção do mesmo no artigo 62 da CLT, pois é evidente os riscos de violação aos direitos de desconexão e lazer, podendo levar ao dano existencial, no qual a vítima é impossibilitada de realizar seu projeto de vida e de ter convívio social.

Nesse viés, a modalidade de teletrabalho se caracteriza como exceção à jornada ordinária de trabalho, mas se o empregado estiver conectado de forma permanente à empresa, existindo um controle do tempo de serviço, deve ser aplicado regime de jornada de trabalho comum e não a exceção.

Essa nova espécie de exploração ocasionada por meio da tecnologia faz com que as tarefas do trabalho acompanhem o trabalhador a qualquer momento e lugar, aumentando a jornada de trabalho, como bem explica Maior (2017, p. 46):

As novas formas de comunicação, computador, celular, internet etc. mantêm o trabalhador conectado a qualquer momento e em qualquer lugar ao trabalho. Esta situação que muitas vezes se tenta apresentar como benéfica ao trabalhador tende a tornar o trabalho o único valor socialmente relevante, dada a prioridade que alcança frente a outros valores, o que é bastante maléfico para a condição humana, ainda que seja vendido sob a retórica da facilidade.

Desta feita, vê-se que o uso da tecnologia nas relações de trabalho pode retirar do trabalhador seu tempo livre, provocando prejuízos sociais e violando os direitos à privacidade, à intimidade, à liberdade, ao lazer e descanso, à limitação da jornada de trabalho e à saúde.

Outro aspecto relevante sobre a modalidade de teletrabalho diz respeito a superindividualização do trabalho que ocorre nesses casos, pois o trabalhador sofre uma tendência ao isolamento social e até profissional, podendo acarretar, primeiramente, em sérios prejuízos individuais, e, posteriormente, em transformações culturais na sociedade, provocando vulnerabilidade nas relações de trabalho (ROCHA; AMADOR, 2018, p. 160).

Visto esse cenário, é importante dizer que a inserção da tecnologia nas relações de trabalho, de forma indevida e abusiva, ocasionando o aumento desenfreado da jornada de trabalho, faz com que seja necessário o reconhecimento do direito à desconexão para evitar o

dano existencial e consequente prejuízo do trabalhador no âmbito do seu projeto de vida e das suas relações sociais.

Nesse sentido, assevera Maior (2003, p. 4):

A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social. Claro que a tecnologia, a despeito de diminuir a penosidade do trabalho, pode acabar reduzindo postos de trabalho e até eliminando alguns tipos de serviços manuais, mas isto não será, para a sociedade, um mal se o efeito benéfico que a automação possa trazer para a produção, para os consumidores e para a economia, possa refletir também no acréscimo da rede de proteção social (seguro-desemprego e benefícios previdenciários). Recorde-se, ademais, que a própria tecnologia pode gerar novas exigências em termos de trabalho e neste sentido a proteção social adequada consiste em fornecer à mão-de-obra possibilidades em termos de “inovação”, “deslocamento”, “reabsorção”, e de “requalificação profissional”.

Sem a perspectiva de uma verdadeira responsabilidade, cujos limites devem ser determinados pelo Estado e não pelo livre-mercado, evidentemente, a evolução tecnológica a despeito de gerar conforto estará produzindo o caos.

Assim, ainda que seja difícil em alguns casos demonstrar na prática o tempo que o trabalhador empregou na execução de seu trabalho, por vontade própria ou não, não deve o Estado se recusar a proteger a vida digna.

Além disso, da mesma maneira que é possível a comunicação a distância entre empregado e empregador por meio da tecnologia, também é possível que haja a supervisão e o controle desse trabalho pelos meios telemáticos, podendo o trabalho extra ser demonstrado para fins de reconhecimento de dano existencial pelos meios de comunicação e registros tecnológicos.

É fato que há certas situações em que, na verdade, o empregador não controla o trabalho executado, pois o empregado é responsável pela sua própria atividade, não exercendo trabalho constante e incessante em sobrejornada, mas cabe ao empregador impedir que tal circunstância ocorra e resulte em eventual discussão processual, sabendo qual o limite de exigência do trabalho (MAIOR, 2003, p. 9).

Contudo, embora exista situações em que não há controle de jornada de trabalho, isto não justifica a retirada do teletrabalhador a priori do regime de jornada de trabalho, pois evidentemente pode afetar direitos fundamentais desse trabalhador.

Em certos casos, ainda é o próprio empregado que, por livre e espontânea vontade, sujeita-se a conexão constante e incessante com o trabalho, sequer sabendo definir qual o seu

tempo de descanso e tempo de trabalho, pois o aumento de produtividade ou renda são os próprios planos de vida desse trabalhador, cabendo ao julgador verificar a ocorrência de sobrejornada e de dano existencial de acordo com o caso concreto.

De acordo com Resedá, o teletrabalhador pode confundir o tempo de trabalho com o tempo de descanso:

Estar em “seu próprio ninho”, desfrutando do ambiente familiar faz com que o teletrabalhador não contabilize o tempo gasto diante dos afazeres profissionais. A linha entre o lapso temporal destinado ao lazer e ao trabalho passa a ser tênue demais implicando na confusão entre estes dois ambientes, o que certamente ocasionará uma real possibilidade de prolongamento da jornada de trabalho (RESEDÁ, 2007, p. 08).

De todo modo, cabe ao direito do trabalho, na sua função de garantidor de direitos fundamentais e de promovedor da humanização nas relações de trabalho, atentar-se para as mudanças, especialmente, no que tange aos meios de produção modernos, pois, ao mesmo tempo que a tecnologia pode libertar o trabalhador subalterno da exploração do capitalismo, também pode criar novos meios de exploração.

De acordo com Rosenfield e Alves (2011, p. 217-218), a prática do teletrabalho incentivou o desenvolvimento de outras formas de controle externo sobre o trabalho, tais como o monitoramento eletrônico e por resultados e tarefas preestabelecidas, por exemplo.

Ademais, a limitação de jornada é uma questão social atrelada intrinsecamente à saúde e à dignidade humana, não um problema meramente econômico e que diga respeito somente à pessoa do trabalhador.

No atual cenário brasileiro, o direito do trabalho reconheceu expressamente a modalidade de teletrabalho por meio da reforma trabalhista; no entanto, por outro lado, a mesma lei também previu a exclusão desse trabalhador do regime de jornada, fornecendo instrumentos que possibilitam a exploração do trabalho humano. Assim, vê-se, mais uma vez, que o poder econômico sobressaiu sobre a proteção social.

É evidente que a prestação de serviços mediante o teletrabalho mostra inúmeras vantagens, tais como a maior flexibilidade de horários para a conciliação da vida profissional com demandas pessoais, bem como benefícios relacionados à redução de custos com deslocamentos, vestimentas e outras variáveis inerentes ao trabalho tradicional (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 47).

Além disso, há vantagens ao empregador que reduzirá custos com aspectos relacionados à infraestrutura da empresa; há também a possibilidade de contratar profissionais

de várias regiões do país, sem gastos associados ao deslocamento de empregados. Contudo, não se deve negligenciar que existem ameaças à saúde, ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador submetido ao teletrabalho, sobretudo relacionadas à hiperconexão, ao aumento da jornada de trabalho e à confusão entre o tempo livre e o tempo de trabalho. Por todos os aspectos descritos é preciso orientar empregadores e empregados sobre a importância da autodisciplina para gerir o tempo e evitar sobrejornadas.

Em suma, atentando-se para as diretrizes do direito do trabalho e ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de preservar a vida privada e a saúde social do trabalhador submetido a jornadas de trabalhos extenuantes, é preciso reconhecer o direito à limitação da jornada de trabalho, observando o tipo de trabalho executado no caso em apreço.

Posto assim, configurada a relação de emprego, deve-se, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecer o direito à desconexão e à limitação da jornada de trabalho.

3.4 Análise Jurisprudencial do dano existencial

O dano existencial, conforme exposto no todo acima, relaciona-se, ou melhor, sustenta-se nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é improvável a definição exata do que pode ser considerado como causa da indenização pelo dano em discussão, uma vez que a própria definição taxativa de direitos fundamentais e dignidade humana é complexa.

Nesse sentido, é importante a análise jurisprudencial do dano existencial, a fim de melhor compreender os seus elementos caracterizadores, bem como os parâmetros utilizados pelo judiciário para seu reconhecimento.

Além disso, neste estudo, aprofundou-se na hipótese de ocorrência do dano existencial ocasionado pela submissão do trabalhador a uma jornada de trabalho excessiva, mas é possível que ocorra o dano existencial em virtude de outros fatores, tais como o acidente de trabalho, em que o trabalhador, também tem prejudicado seu projeto de vida, por exemplo, veja-se:

ACIDENTE DE TRABALHO – REPARAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. No arbitramento da indenização por dano moral lato sensu, que decorre de lesão aos chamados direitos da personalidade, deve-se considerar o dano existencial, assim conceituados os efeitos nocivos advindos da lesão sobre a vítima na sua relação com o mundo, seja no plano pessoal ou social, alterando, permanentemente, seu projeto de vida (SALVADOR, 2012).

O acidente do trabalho analisado no caso em tela é resultado da negligência com a implementação de infraestrutura condizente com as normas de segurança e saúde do trabalho, visto que o trabalhador teve seu braço amputado por manusear uma porta de elevador defeituosa, para tanto, a empresa não ofereceu condições livres de risco a saúde. O desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho provocou ao trabalhador a privação do pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade, pois teve de readaptar sua vida, contra sua vontade, diante de sua nova realidade.

Sabongi (2018, p. 60) fez uma pesquisa de acórdãos interessantes, pois os dividiu em temática de acordo com o direito violado que fundamentou o pedido de indenização por dano existencial, e a partir de tal proposta, elaborou sete gráficos, os quais demonstram ao longo dos 24 TRTs, a frequência de ocorrência das categorias temáticas: 1) “Duração do trabalho”; 2) “Verbas trabalhistas”; 3) “Segurança e saúde do trabalho”; 4) “Férias”; 5) “Rescisão contratual”; 6) “Duração do trabalho e outros direitos”; 7) “Outros”.

De acordo com a pesquisa apontada, 90,2% dos julgados analisados pleitearam indenização por dano existencial em razão da violação das normas de duração do contrato de trabalho (SABONGI, 2018, p. 61). Assim, vê-se que existe a prevalência de violação de normas de duração de trabalho em relação às demais categorias.

Além disso, percebe-se também, diante desse resultado, que há fragilidade na proteção e prevenção no tocante ao meio ambiente de trabalho sadio, visto que as normas de duração dizem respeito à organização do empregador em relação a prestação de serviços do trabalhador, relacionados ao poder diretivo do empregador, pois este tem o meio de controlar a prestação de serviço, dentre o que está a limitação da jornada de trabalho legalmente determinada.

Apresenta-se, a seguir, algumas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho no tocante ao reconhecimento do dano existencial por jornada excessiva de trabalho:

DANO EXISTENCIAL. JORNADAS EXTENUANTES. O excesso de jornada extraordinária, muito acima das duas horas previstas na CLT (artigo 61, § 3º), cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica dano moral, na modalidade de dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo necessita para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A Constituição Federal, além de limitar a jornada a oito horas diárias e 44 horas semanais, reconhece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança e a previdência social. No caso dos autos, o reclamante era notoriamente privado de qualquer outra possibilidade de convivência social além do âmbito laboral. O dano de ordem moral, na espécie dano existencial, há de ser reconhecido no caso dos autos, *in re ipsa*, ou seja, de forma presumida, tendo em vista a notória impossibilidade de convívio social do autor (SÃO PAULO, 2018).

JUÍZO DE ADEQUAÇÃO. TEMA REPETITIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. A decisão proferida por esta Turma Julgadora não contraria a Tese Jurídica Prevalente nº 2 - JORNADAS DE TRABALHO EXCESSIVAS. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL, especialmente quanto à expressão "por si só", porquanto verificado no caso que o direito da parte reclamada exigir a prestação de horas extras foi exercido de forma abusiva, tendo o autor prestado trabalho em jornadas excessivas, inclusive ultrapassando as 13 horas diárias (PORTO ALEGRE, 2019).

Nos casos acima, restou configurado o dano existencial, porque extrapolado o limite da jornada diária de trabalho, havendo um excesso de sobrejornada muito além do limite previsto na legislação. Na circunstância da última ementa, restou comprovado que a trabalhadora laborava habitualmente mais de 13 horas diárias, pois, além de trabalhar das 9h às 22h, de segunda-feira a sábado, todos os feriados e um ou dois domingos por mês, a reclamante usufruía de forma parcial o intervalo intrajornada (40/45 minutos) e não houve concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se o Tribunal Superior do Trabalho (TST):

[...] 5. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. CONFIGURAÇÃO. O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano moral, na modalidade de dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, por doze horas diárias, por exemplo,

em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala de flagra, assim, o denominado dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. Na hipótese, restou consignado que o Reclamante laborava recorrentemente em jornadas superiores a 12 horas diárias. Logo, configurada essa situação no caso dos autos, deve ser restabelecida a sentença, que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 8.800,00. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto (BRASÍLIA, 2016).

Nesse caso, o trabalhador era submetido a jornada de trabalho superior ao limite legal, por doze horas em dias sequenciais. De acordo com o magistrado, a submissão do trabalhador a uma jornada extenuante, como no caso, é uma ofensa aos princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o que deflagra o dano existencial.

Veja-se, ainda:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST.

O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, típica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na

vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. Na hipótese, o Tribunal Regional, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, concluiu pela existência de jornada excessiva, a ponto de impedir o convívio familiar e social do Autor, deferindo-lhe o pleito reparatório. Logo, configurada essa situação no caso dos autos, mantém-se a indenização por dano existencial reconhecido pelo Tribunal Regional do Trabalho. De outra face, decidida a matéria com base no conjunto probatório produzido nos autos, o processamento do recurso de revista fica obstado, por depender do reexame de fatos e provas (Súmula 126/TST). Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração (BRASÍLIA, 2019).

No mesmo sentido, o julgado acima fundamentou-se nos princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana para reconhecimento do dano existencial, em decorrência de jornada excessiva, entendendo que esta retira do trabalhador o seu direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, impedindo-o do convívio familiar e social.

Os julgados tratam de situações em que trabalhadores estiveram expostos a jornadas excessivas de trabalho, extrapolando o permissivo de horas extraordinárias, impondo ao trabalhador condições indignas de labor e impedindo-o de viver e de desenvolver seu projeto de vida, eis que, tem limitado o seu tempo de vida fora do trabalho, sendo fato impeditivo para a realização de uma série de atividades que são satisfatórias para o indivíduo.

Outra questão que merece destaque é a fundamentação dos magistrados ao julgar o dano existencial, uma vez que não apresentam entendimento uniforme em relação aos elementos caracterizadores do dano existencial, inclusive, alguns entendem que pode ser reconhecido por presunção em face da violação dos direitos fundamentais trabalhistas, ou ainda,

de forma *in re ipsa*, já outros posicionam-se no sentido de negar o dano existencial caso não restar comprovada a interferência negativa na vida do trabalhador.

Vale a análise de alguns julgados a respeito:

DANO MORAL/EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. AUSÊNCIA DE PROVA DO GRAVE PREJUÍZO AOS ATRIBUTOS OU DIREITOS DA PERSONALIDADE HUMANA DO EMPREGADO E/OU À VIDA DE RELAÇÕES. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. O Tribunal Pleno deste Regional já se posicionou sobre o tema em referência ao editar o enunciado da Súmula n. 23, segundo a qual "a prestação de horas extras habituais, em jornada constantemente excessiva ou exaustiva, ainda que sem a respectiva contraprestação financeira, por si só, não enseja a presunção absoluta ou relativa da ocorrência de dano moral ou existencial ao empregado passível de reparação, o qual carece de demonstração objetiva no caso concreto." Assim, há que estar configurado no caso concreto os efetivos danos, ou seja, demonstração de que as horas extraordinárias violaram os atributos ou direitos da personalidade humana do empregado e/ou frustraram efetivamente suas relações interpessoais, hábitos cotidianos, estilo de vida ou projetos concretos para o futuro. In casu, por mais que a jornada obreira tenha sido ampliada, não houve demonstração inequívoca de violação aos direitos da personalidade humana da empregada e/ou do comprometimento da sua vida pessoal e social, razão pela qual deve ser excluída a condenação no pagamento de compensação por dano moral. Recurso a que se dá provimento (CUIABÁ, 2018).

No caso, o Tribunal entendeu que o dano existencial não é presumido, devendo existir para sua configuração, ainda que demonstrado o labor extraordinário, a efetiva comprovação do dano aos direitos da personalidade e/ou à frustração ao projeto de vida e às relações sociais.

Da mesma maneira, os tribunais julgaram os demais casos:

DANO EXISTENCIAL. REQUISITOS. A jurisprudência trabalhista caminha no sentido de que, para ser reconhecido o direito à indenização por dano existencial, deve ser comprovado nos autos que o empregador foi omissivo ou praticou ato lesivo à vida social do trabalhador. Na hipótese, a despeito de o autor se ativar de forma habitual em sobrejornada, não fez prova de qualquer ato praticado pela reclamada que o tenha impossibilitado de se relacionar ou conviver familiar ou socialmente, afetando suas atividades recreativas, afetivas, culturais, esportivas, espirituais e de descanso ou que o tenha impedido de realizar seus projetos de vida (SÃO PAULO, 2017).

RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. DANO EXISTENCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE LESÃO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES. A prestação de horas extras, unicamente, não implica caracterização de dano existencial, devendo ser demonstrada a ocorrência de lesão ao projeto de vida ou à vida de relações, ônus do qual o autor não se desincumbiu. Apelo do reclamante improvido (RECIFE, 2019).

Por outro lado, há também julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho que entendem ser o dano existencial presumível, em virtude da violação dos direitos trabalhistas, como demonstram, a seguir:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. A prestação, pelo empregado, por longos períodos, de jornadas de trabalho exaustivas, acarreta limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho causando danos irremediáveis ou de difícil reparação ao seu projeto de vida, lesando seus direitos à personalidade (integridade física, psíquica, moral e intelectual). O descumprimento, pelo empregador, de direitos fundamentais trabalhistas, acaba por impedir a efetiva integração do trabalhador à sociedade, bem como o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano. Dano existencial configurado (PORTO ALEGRE, 2018).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. O dano existencial decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, com violação ao princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inc. III, CR. Indubitável que a obrigatoriedade de trabalhar em jornada exaustiva, sem a fruição do intervalo intrajornada e com gozo irregular da folga semanal compromete, sobremaneira, a vida particular do trabalhador, impedindo-lhe de dedicar-se, também, a atividades de sua vida privada. Caracterizado, portanto, o dano existencial *in re ipsa* (BELO HORIZONTE, 2019).

Nos dois casos, o dano existencial foi reconhecido pela demonstração da jornada excessiva, isto é, pela prestação de serviços acima dos limites legais, violando as normas de limitação da jornada de trabalho, o que por si só configurou o dano existencial, sem a necessidade de comprovação do efetivo prejuízo à vida de relações e ao projeto de vida.

O impasse reside no elemento objetivo do dano existencial, isto é, a afetação negativa na vida do trabalhador, de modo que contrariamente a sua vontade é impedido de exercer seus direitos de escolha e de personalidade. Assim, afetação negativa na rotina serve como auxílio no julgamento dos casos práticos, mas é preciso dizer que tal elemento não pode ser utilizado como limitador do dano existencial, uma vez que, em certos casos, não é possível a comprovação pela vítima, assim como em outros casos a própria violação das normas de duração de limite de jornada de trabalho, por si só, demonstra o dano existencial, evidenciando que a submissão àquela jornada extenuante retirava o tempo livre do trabalhador, prejudicando sua qualidade de vida.

De acordo com Sabongi (2018, p. 76), a jornada extenuante fundamenta-se na presunção do dano existencial no fato do trabalho, em quantidade excessiva de horas extraordinárias, ter como consequência a redução do tempo livre para descansar, exercer atividades de recreação ou investir na construção de laços afetivos com a família e os amigos.

Outro ponto relevante e polêmico, diz respeito à quantidade de horas excedentes necessárias para a presunção do dano existencial, porém a jurisprudência não é unânime quanto a isso, dependendo, na realidade, do caso concreto em apreço. Mas, na regra geral, a jornada excedente em duas horas extras habituais poderia ser considerada jornada de trabalho extenuante e caracterizadora de dano existencial (SABONGI, 2018, p. 78).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho é possível notar que também existe controvérsia sobre a presunção ou não do dano existencial, a seguir, apresentar-se-á um caso em que as jornadas excessivas não comprovam o prejuízo imaterial, devendo o demandante comprovar a afetação negativa na rotina por meio da frustração de suas atividades familiares, culturais ou recreativas:

DANO EXISTENCIAL. EXCESSO DE JORNADA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 126 DO TST.

1 - O recurso de revista foi interposto na vigência da Lei n° 13.015/2014 e foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 896, §1º-A, da CLT.

2 - Esta Corte vem se posicionado no sentido de que para que ocorra o dano existencial (espécie de dano imaterial) nas relações trabalhistas não basta a mera caracterização de jornada excessiva de trabalho, mas, sim, que dessa jornada sobrevenha a supressão ou limitação de atividades de cunho familiar, cultural, social, recreativas, esportivas, afetivas, ou quaisquer outras desenvolvidas pelo empregado fora do ambiente laboral. Precedentes (BRASIL, 2017).

Em oposição, também há julgados que acolheram a indenização por dano existencial diante da presunção, apenas pela comprovação do desrespeito aos direitos trabalhistas, tal como apresentado neste acórdão:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N°s 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. DANO MORAL. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. RESTRIÇÃO AO DIREITO SOCIAL DE LAZER. As regras de limitação da jornada e duração semanal do trabalho têm importância fundamental na manutenção do conteúdo moral e dignificante da relação laboral, preservando o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). É fácil perceber que o empresário que decide descumprir as normas de limitação temporal do trabalho não prejudica apenas os seus empregados, mas tensiona para pior as condições de vida de todos os

trabalhadores que atuam naquele ramo da economia. Diante desse quadro, tem-se que a deliberada e reiterada desobediência do empregador às normas de limitação temporal do trabalho ofende toda a população. Tratando-se de lesão que viola bem jurídico indiscutivelmente caro a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral. **Frise-se que, na linha da teoria do "danum in re ipsa", não se exige que o dano moral seja demonstrado. Decorre, inexoravelmente, da gravidade do fato ofensivo que, no caso, restou materializado pela exigência de prática de jornada exaustiva e conseqüente descumprimento de norma que visa à manutenção da saúde física e mental dos trabalhadores** (BRASÍLIA, 2019, grifo do autor).

Posto isso, vê-se que ainda existe certa controvérsia no que diz respeito à presunção do dano existencial, contudo, na análise do caso concreto é preciso que o magistrado se atente para as circunstâncias em apreço, ponderando sobre as reais condições que permeiam o caso.

De acordo com a pesquisa realizada por Sabongi (2018, p. 80), a controvérsia sobre a presunção ou não do dano existencial alcança força ao se constatar que, dentre os julgados no âmbito dos TRTs que negaram a indenização por dano existencial, 82% (oitenta e dois por cento) fundamentaram-se na impossibilidade de presunção. E, por outro lado, a autora constatou também que dentre os julgados que reconheceram o dano existencial, 96% (noventa e seis por cento) dos casos foram fundamentados pela presunção do direito violado, especialmente às relativas à duração do trabalho.

A análise jurisprudencial realizada por Sabongi (2018, p. 81-82), junto ao TST, para constatar se a Corte Superior trabalhista possui resposta para o impasse que se instaura na aplicação do dano existencial em sede de TRTs, verificou que entre os 139 acórdãos pesquisados, somente 71 acórdãos efetivamente analisaram o dano existencial, porque o restante não cumpriu os requisitos formais. Assim, dentre os 71 (setenta e um) que foram analisados segundo o acolhimento ou não do pedido de dano existencial e sua fundamentação, 68 (sessenta e oito) tratam da violação das normas de duração do trabalho e 3 (três) sobre violação do direito as férias.

E, no que tange à fundamentação dos 71 (setenta e um) acórdãos que analisaram o dano existencial, 25 (vinte e cinco) entenderam ser presumível a configuração do dano existencial, bastando a comprovação do ato ilícito e do nexos causal, enquanto 46 (quarenta e seis por cento) entenderam pela não configuração do dano existencial pela falta de provas, estabelecendo o dever de comprovação da interferência negativa na vida do trabalhador em razão do direito violado. (SABONGI, 2018, p. 82).

Dessa forma, a controvérsia sobre a presunção do dano existencial se manteve no âmbito do TST; assim, Sabongi (2012, p. 83) entendeu ser necessário analisar os julgados por

ano, visando identificar se o impasse ainda se mantém recentemente. Para isso, agrupou os 71 julgados que analisaram o dano existencial de acordo com o correspondente ano de autuação e observou que, no início, de 2009 a 2011, prevalecia o entendimento de que o dano existencial era presumível, contudo, a partir de 2012, passou a prevalecer o entendimento diverso, ou seja, de que o dano existencial não é presumível. Todavia, não há manifestação de uniformização do entendimento.

Outro aspecto importante observado diante da análise dos julgados supracitados é que muitos deles, na sua fundamentação, ainda confundem o dano moral e existencial, quando, por exemplo, mencionam o dano existencial como modalidade do dano moral. Ocorre que o dano existencial e moral, como já dito, são diversos e não se confundem, podendo, inclusive, serem pleiteados cumulativamente, quando decorrentes do mesmo fato.

A pesquisa jurisprudencial proporciona uma visão panorâmica sobre o reconhecimento do dano existencial no direito brasileiro, revelando que, embora ele tenha sido reconhecido pela Lei 13.467/2017, ainda há muito que se progredir na fundamentação dos julgamentos, pois não há entendimento uniforme quanto aos seus elementos, fato que, conseqüentemente, conduz ao surgimento de compreensões incoerentes e incompatíveis dos elementos caracterizadores do dano existencial e a sua difícil comprovação no caso concreto. Além disso, constata-se que é frágil a proteção ao ambiente de trabalho sadio, sendo preciso conscientização da importância dos aspectos físicos, psicológicos e sociais dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana é condição essencial e fundamento dos direitos fundamentais, uma vez que figura como qualidade inerente ao ser humano apenas pelo fato de ser pessoa. Diante disso, cabe a todos o respeito e a preservação da dignidade uns dos outros e isso inclui o respeito ao projeto de vida e à vida de relações que cada ser humano é capaz de estabelecer ao longo da existência.

O dano existencial surge como uma nova forma de dano extrapatrimonial, que, conforme ressaltado, é diverso do dano moral. Abrolha, pois, o dano existencial para firmar um caráter pedagógico às condutas lesivas ao patrimônio interpessoal do cidadão e para conferir maior proteção à pessoa, enquanto sujeito de direitos humanos e fundamentais. Nesse estudo, abordou-se o direito a não mercantilização de seu trabalho, que deve ser tratado sob o prisma da dignidade humana, com respeito à integridade física, psíquica e social. Ao exposto, incluiu-se o direito fundamental à saúde, bem como ao respeito a cada um dos direitos fundamentais sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, que abrange o lazer como forma de desconexão ao trabalho, e a própria condição de ser social, com a efetivação real de seus projetos afetivos e de vida, dimensão existencial da dignidade humana.

É evidente que o dano existencial em decorrência da violação dos direitos fundamentais provoca para a vítima graves prejuízos cumulativos, a depender do caso e da pessoa envolvida, como o acometimento de doenças ocupacionais por excesso de trabalho, frustração pela irrealização de seus sonhos, impossibilidade de rendimento maior em razão do cansaço psicológico, físico e pela insatisfação pessoal.

Dessa forma, a eventual violação do direito de limitação da jornada de trabalho, bem como do direito à saúde, ao lazer e o conseqüente desrespeito à dignidade da pessoa humana devem ser combatidos pelo direito do trabalho, devendo ser inibida qualquer conduta ilícita praticada pelo empregador, em razão do abuso do seu poder diretivo e fiscalizatório, que submeta o trabalhador à jornada de trabalho excessiva e degradante.

Nessa vereda, limitar a jornada de trabalho é, ao mesmo tempo, preservar a saúde do trabalhador e a sua convivência familiar e social. É imperativo confirmar que a jornada de trabalho deve ser compatível com todos os Direitos Fundamentais. Se por um lado, o trabalho dignifica o homem; por outro, também é certo que o trabalho excessivo, realizado em jornada extenuante, fere a dignidade humana, impedindo o trabalhador de se autodeterminar. É preciso considerar que a finalidade do trabalho é proporcionar uma vida digna ao trabalhador que deve

poder desfrutar de prazeres que lhe dão bem-estar e felicidade, eis que, assim, poder-se-ia dizer efetivamente que o trabalho dignifica o homem.

Insta coibir o desrespeito aos direitos fundamentais, eis que os efeitos da jornada excessiva, desrespeitosa das normas de duração do trabalho, atuam como retrocesso à proteção da pessoa e do trabalhador que lutou por seu reconhecimento enquanto pessoa detentora de direitos, merecedora de respeito e que, no aspecto de ser social, necessita da liberdade de escolha para concretizar seus objetivos pessoais.

Os elementos específicos do dano existencial, o projeto de vida e a vida de relações, geram a possibilidade de pleitear a indenização por dano existencial. Na ofensa ao projeto de vida, há o impedimento do indivíduo de obter a realização pessoal e integral, visto que não lhe é possível ter liberdade de escolha para concretizar suas metas e ideais, os quais dão sentido à sua existência. Já o prejuízo à vida de relação, trata-se do conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável.

Os fundamentos legais do dano existencial encontram-se na Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, que estipulam a proteção à dignidade da pessoa humana e o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, assim como estão no Código Civil, nos artigos 12, caput, 186, 187, 927, 944, que preveem a reclamação por perdas e danos em casos de lesão ao direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções; que se aplicam à seara juslaboral por força do art. 8º da CLT. E, por fim, fundamentam-se na própria lei trabalhista, no dispositivo 223-B da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, a reforma trabalhista.

A análise jurisprudencial foi de grande valia para auxiliar na compreensão dos elementos caracterizadores e obter um parâmetro de como o Poder Judiciário vem reconhecendo o dano existencial. É possível dizer que tal dano, na maioria dos casos, decorre da violação das normas de duração de trabalho, por isso é, muitas vezes, relacionado a jornadas extenuantes de trabalho, contudo, não significa que apenas esses casos caracterizam dano existencial.

Posto assim, percebe-se que há relação entre o dano existencial e a violação das normas labor-ambientais, evidenciando a fragilidade da proteção ao meio ambiente de trabalho e à ausência de conscientização de respeito aos aspectos psicológicos, físicos e sociais do trabalhador, pois existe a dificuldade de se modificar a cultura patronal no país, de modo a conscientizar empregadores que a manutenção do equilíbrio labor-ambiental contribui para a satisfação dos trabalhadores que, nessas condições, tornam-se mais produtivos.

Todavia, as recentes modificações na legislação trabalhista vão na contramão da necessidade de conscientização de que é preciso bem-estar e felicidade para que haja disposição e produtividade, visto que, embora tenha previsto expressamente a possibilidade de reparação por dano existencial, inovando nesse aspecto, trouxe algumas previsões que permitem a exploração do trabalhador e a submissão a jornadas extenuantes de trabalho.

A reforma trabalhista, nas disposições contidas do artigo 75-A a 75-E, regulamentou a modalidade de teletrabalho, mas, por outro lado, excluiu o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho com a inclusão do inciso III, ao artigo 62, da CLT, significando que este trabalhador não possui o direito às horas extras, adicional noturno e horas por supressão de intervalo, porque o legislador considerou que é inexistente o controle de jornada de trabalho neste caso. Mas, deve-se asseverar que pode existir o controle virtual pelo empregador no contexto de execução de teletrabalho, sendo temerária a inserção do mesmo no artigo 62 da CLT, pois é evidente o risco de violação aos direitos de desconexão e lazer, podendo levar ao dano existencial.

Nesse contexto, ao excluir o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, o legislador praticou uma conduta de retrocesso aos direitos fundamentais, dado o entendimento de que cabe ao direito do trabalho limitar a jornada laboral, garantir o repouso semanal remunerado, o descanso, o lazer, o adicional de horas extraordinárias, de acordo com os parâmetros constitucionais.

De todo modo, o direito do trabalho, pela sua natureza de humanizar as relações laborais, deve atentar-se para as mudanças, especialmente, no que tange aos meios de produção modernos, pois, ao mesmo tempo que a tecnologia pode libertar o trabalhador subalterno da exploração do capitalismo, também pode gerar novos meios de exploração. A propósito, é importante dizer que a inserção da tecnologia nas relações de trabalho de forma indevida e abusiva, sem a conscientização dos limites entre tempo de trabalho e tempo livre, pode culminar no aumento da jornada de trabalho, conseqüentemente, representando ameaças à saúde, ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador submetido ao teletrabalho.

Assim, atentando-se para as diretrizes do direito do trabalho e ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de preservar a vida privada e a saúde social do trabalhador, de modo que não seja submetido a jornadas de trabalhos extenuantes, é preciso reconhecer o direito à limitação da jornada de trabalho, observando o tipo de trabalho executado no caso em apreço.

Outro ponto relevante que merece destaque é a controvérsia existente quanto à fundamentação dos magistrados ao julgar o dano existencial, visto que parte deles o

compreende como presumível e outra parte não, entendendo que é preciso que seja provada a efetiva interferência negativa na vida da vítima para a procedência do pedido de reparação por dano existencial. Tal impasse pode gerar incerteza à vítima e até mesmo ser um impedimento à reparação, provocando insegurança jurídica na seara dos danos extrapatrimoniais.

É certo que, os casos de indenização por dano existencial devem ser constatados de acordo com a situação concreta posta em discussão, mas a comprovação da interferência negativa na vida do trabalhador não pode atuar como um impedimento ao reconhecimento do dano e sim deve servir como auxílio na verificação da dimensão e gravidade do mesmo, isso porque, em determinados contextos basta a violação do direito fundamental, como o desrespeito às normas de duração do trabalho para tornar evidente o dano existencial. Eis que a violação do direito já retira o tempo livre e o direito de escolha do trabalhador, inclusive, também é difícil para o obreiro provar a afetação negativa no seu cotidiano, o que também pode ser empecilho à reparação.

Dos estudos ora analisados, percebe-se que ainda há muito o que ser discutido e avançado no que tange ao instituto do dano existencial no âmbito jurídico brasileiro, por isso pesquisas e análises são de extrema importância, visto que a matéria visa a proteção da dignidade humana do trabalhador, sendo importante o aprofundamento do estudo sobre seu reconhecimento.

Em adição, no contexto atual, com o uso desenfreado da tecnologia nas relações de trabalho, é preciso reforçar a proteção dos direitos fundamentais e o reconhecimento do direito à desconexão, a fim de evidenciar que é necessária a imposição de limite entre tempo de trabalho e tempo livre, pois, embora o trabalho seja imprescindível para a condição humana, também é essencial o lazer, o convívio social e familiar, a realização dos projetos de vida pessoais, devendo existir harmonia entre trabalho e lazer.

A conscientização social, isso incluindo tanto o empregador quanto o próprio trabalhador, de que a desconexão do trabalho é primordial para saúde física, psicológica e existencial, talvez seja o maior problema a ser enfrentado na busca pelo equilíbrio entre tempo de trabalho e tempo livre, visto que, hodiernamente, a tecnologia incentiva a hiperconexão com o trabalho, fazendo com que cada vez mais as pessoas mantenham contato com o trabalho durante os momentos de descanso.

Por fim, a tecnologia trouxe inúmeros benefícios para a sociedade e em favor do trabalhador, mas quando utilizada de forma indevida e sem limites pode provocar graves prejuízos, além da ofensa à dignidade humana e a violação aos direitos fundamentais, sendo, neste contexto, que o dano existencial e o direito à desconexão devem ser reconhecidos, a fim

de enfatizar que a vida não é apenas trabalho, mas também é conviver com os outros, em busca do equilíbrio entre trabalho e lazer para garantia da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Kleber Henrique Saconato. **Dano existencial na relação de emprego e a prova**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, SP, 2017a. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1707>. Acesso em: 4 ago. 2019.

AFONSO, Kleber Henrique Saconato. Teletrabalho: escravidão digital e o dano existencial por lesão ao lazer e convívio familiar. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, Marília, v. 1, n. 1, jan. 2017b. p. 716-736. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1189>. Acesso em: 1 out. 2019.

ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilização da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. *In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.). Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 68-113.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. **LTr**, jul. 2014. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/5009.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, 2005. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc. Acesso em: 28 mai. 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 115-134, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v16i7.3058>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio moral no trabalho**: responsabilidade do empregador. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. Painel: Reflexões sobre o futuro do Emprego, do Trabalho e da Proteção Social. *In*: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (org.). **Fórum Internacional sobre a flexibilização no Direito do Trabalho**. Brasília, 2003. (Flexibilização no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004).

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 12, p. 86-137, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Lopes de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BELO HORIZONTE. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). ROT n. **0010409-98.2017.5.03.0044**. Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Belo Horizonte, 23 de setembro de 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00104099820175030044>. Acesso em: 4 out. 2019.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 1993.

BENDA, Ernst. **Die Menschenwurde ist Unantastbar**. *In*: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Beiheft, n. 22, 1984.

BERTOTTI, Daniela; TROMBETTA, Lívia Ferreira da Silva. Dano existencial: a nova perspectiva no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 47, p. 205-242, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/100803>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013. Disponível em:

https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24242/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28SET%202013%20-%20n%C2%BA%2022%20-%20Dano%20Existencial%29.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, SP, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/136054>. Acesso em: 6 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 04 mai. de 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.079, de 28 de julho de 1995**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1079.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma). Recurso de Revista n. 20439-04.2015.5.04.0282. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=216383&anoInt=2017>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL, Thays. O dano existencial aplicado ao direito do trabalho. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://thaysbrasil.jusbrasil.com.br/artigos/160189540/o-dano-existencial-aplicado-ao-direito-do-trabalho>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. (6. Turma). Ação Cível n. 332-86.2014.5.23.0041. Relatora: Ministra Katia Magalhães Arruda. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/e74be011e36027b6364669b68ab6b9d2>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Recurso de Revista n. 2837-07.2013.5.09.0128, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 28 de outubro 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/12a1f0939df4c690e2c4b960b0b45e3f>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Agravo n. RR-1139-80.2017.5.17.0005. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d2e4ab2611251a153bc53a4bccffb8f1>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). Recurso de Revista n. RR-11849-57.2016.5.18.0009. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 04 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/e05e25e201a6e684cf799c39525c6aa1>. Acesso em: 10 out. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BURGOS, Osvaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário n. 0011532-18.2014.5.15.0137. Relator: Alexandre Vieira dos Anjos. Campinas, SP, 27 de junho de 2019a. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:SvvEYMDNHfMJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/40941414+001153218.2014.5.15.0137&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 7 set. 2019.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região. 1. Turma). Recurso Ordinário n. 0010166-94.2018.5.15.0074. Relator: Ricardo Antonio de Plato, Campinas, SP, 23 de julho de 2019b. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:DkGSJaXmkgQJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/40257864+001016694.2018.5.15.0074+RO&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 7 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**: Artigos 1.º a 107.º. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.

CARDOSO, Jair Aparecido. O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho. **Revista de informação legislativa RIL**, v. 52, n. 207, p. 7-26, jul./set. 2015. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p7. Acesso em: 8 ago. 2019.

CASSIRER, Ernst. **Antropologia filosófica**. São Paulo: Mestre Jou, 1972.

CLARO, Maria Ângela Marques Del. A autonomia privada coletiva como fonte de normas trabalhistas no Brasil, durante os últimos seis anos do século XX. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.). **Direito do trabalho contemporâneo**: flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial e a jornada de trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p.

52-61, set. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/95573>. Acesso em: 10 set. 2019.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; MOURA, Analice Schaefer de. A proteção ao direito à desconexão e dano existencial no teletrabalho a partir das alterações da CLT pela lei nº 13.467/2017. *In: MOSTRA DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO*, 4, 2017, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais [...]**. Santa Cruz do Sul, SC: UNISC, 2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/17743>. Acesso em: jul. 2019.

COSTA, Natasha Mirella Melo; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Flexibilização das normas trabalhistas e seus aspectos positivos e negativos. **Revista Aporia Jurídica: Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE**. 6. ed., v. 1, jul./dez. 2016. p. 373-387. Disponível em: <<http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/65/54>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

CSISZER, Juliana vieira. **O valor social do trabalho uma leitura neoconstitucional**. 2011. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, PR, 2011. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1942-juliana-vieira-csiszer/file>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CUIABÁ. Tribunal Regional do Trabalho (23. Região. 1. Turma). Processo n.: 0000066-94.2017.5.23.0041. Relator: Desembargador Edson Bueno de Souza. Cuiabá, 18 de setembro de 2018. Disponível em: <https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000066-94.2017.5.23.0041>. Acesso em: 10 set. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo; LTr, 2011.

DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. Teletrabalho e o direito à desconexão. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 3, n. 33, p. 142-149, set. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93957>. Acesso em: 10 out. 2019.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la Vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho e Direito: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face aos avanços tecnológicos**. Curitiba: Juruá, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da Personalidade no código civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. *In*: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito civil, estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006.

FINATI, Cláudio Roberto. O valor social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 8, p. 28-39, 1996.

FINCATO, Denise Pires; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: de Chappe a Nilles. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, a. 30, n. 358, p. 53-66, out. 2013.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos**. Tradução Andressa Cunha Cury. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FOGLIA, Sandra Regina Pavani. **Lazer e trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 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. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, PR, v. 2, n. 13, p. 129-163, 2010. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernos_direito/article/view/2688. Acesso em: 12 set. 2019.

GODOY, Dagoberto Lima. Painel: Flexibilização e Sindicalismo no Brasil. *In*: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (org.). **Fórum internacional sobre flexibilização no direito do trabalho**. Brasília, 2003. (Flexibilização no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004).

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, PR, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172858>. Acesso em: 15 jul. 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Trabalho e tempo livre**. Brasília, setembro de 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120321_sips_tempolivre.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 103-162. (Coleção Os Pensadores).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17 – jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: mar. 2019.

LIMA, Fábio Nunes de. **A redução da jornada de trabalho como fator implementador do direito à saúde e ao lazer do trabalhador**. 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6169>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, v. 10, n. 9, 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Impactos da Tecnologia no Mundo do Trabalho, no Direito e na Vida do Juiz. *In*: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017. p. 44-55.

MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-49, jan. /jun. 2013. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/4253/2530>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2011a.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, PE. 2015. Disponível: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>. Acesso em: 16 jul. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ano 2, n. 10. Lisboa, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf. Acesso em: 3 jul. 2019.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 4, p. 107-134, out./dez. 2015. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93093>. Acesso em: 18 ago. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro. **Flexibilização das relações de trabalho e redução de direitos no Brasil**: a construção de uma fraternidade trabalhista. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, SC, 2017.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *In*: **Portugal-Brasil - ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *In*: **Portugal-Brasil - ano 2000**. Studia Iurídica, n. 40. Coimbra: Coimbra, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, São Paulo, v. 39, 2015. p. 79-102. Disponível em: <http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista%20vol%2039.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual**: causas, efeitos e conformação. São Paulo: LTr, 2018.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 231-258, out./dez. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28356>. Acesso em: 08 ago. 2019.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitution**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1978.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário n. 0021220-08.2016.5.04.0018. Relatora: Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos. Porto Alegre, 30 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/Rayv7OrTH51wSy_zub8xJg?. Acesso em: 10 out. 2019.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região. 11. Turma). Recurso Ordinário n. 0020016-21.2014.5.04.0301. Relatora: Desembargadora Flavia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020016-21.2014.5.04.0301>. Acesso em: 10 out. 2019.

PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. **Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida: direito civil contemporâneo e aos danos imateriais**. Curitiba: Juruá, 2016.

RECIFE. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região. 1. Turma). Recurso Ordinário n. 0000464-37.2016.5.06.0142. Relatora: Desembargadora Maria do Socorro Silva Emerenciano, 31 de agosto 2019. Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00004643720165060142>. Acesso em: 11 set. 2019.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação ao retrocesso jurídico e social no Direito Coletivo do Trabalho. **Revista LTr**, v. 75, n. 05, p. 595-603, maio 2011.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. **Revista LTr**. São Paulo. v. 71, n. 7, p. 01-18, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-uma-realidade-no-teletrabalho>. Acesso em: 8 jul. 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. n. 4, p. 23-49, 1999.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 152-162, jan. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 07 jan. 2020.

ROSENFELD, Cinara L. ; Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000100006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 12 de março de 2020. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582011000100006> .

RUOTOLO, Marco. “Appunti sulla Dignità”. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, abr./jun., 2010, p. 123-162.

SABONGI, Camila Martinelli. **O dano existencial na jurisprudência trabalhista brasileira e a necessidade de harmonização de políticas públicas labor-ambientais para o seu enfrentamento**. 101 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/153868>. Acesso em: 09 set. 2019.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrecht**. Berlin-Heidelberg- New York: SpringerVerlag, 2000.

SALVADOR. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região. 1. Turma). Recurso Ordinário n. 0000851-30.2011.5.05.0021. Relatora: Ivana Mércia Nilo de Magaldi. Salvador, 27 de

setembro de 2012. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/consulta-processo-redirect>. Acesso em: 13 out. 2019.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região. 17. Turma). Processo TRT/SP n. 1001899.62.2014.5.02.0319. Relator: Desembargador Alvaro Alves Noga. São Paulo, 22 de junho de 2017. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=4b100f73c9a3a413141ddc4dc5aaca5d7ccac540&fieldName=Documento&extension=html#q=>. Acesso em: 13 set. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região. 10. Turma). Recurso Ordinário n. 1000921-46.2017.5.02.0492. Relatora: Desembargadora Odette Silveira Moraes. São Paulo, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/158063137/processo-n-1000921-4620175020492-do-trt-2>. Acesso em: 13 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio R. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 77, p. 60-101, 2011.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, PR, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Daño al proyecto de vida**. Derecho PUCP, [S.l.], n. 50, p. 47-97, dec. 1996. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925>. Acesso em: 12 set. 2019.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **El “proyecto de vida”, merece protección jurídica?** 2014. Disponível em: <https://www.personaedanno.it/articolo/el-proyecto-de-vida-merece-proteccion-jurdica--carlos-fernandez-sessarego>. Acesso em: 11 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Acesso em: 3 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Lays Caceres Bento da. Entre liberdade e representatividade: breves considerações sobre a lei n. 13.467/2017, a proposta de autonomia do negociado sobre o legislado e o papel do judiciário na análise dos acordos e convenções coletivas. **Revista dos Estudantes de Direito da UNB**. Brasília, DF, n. 13, p. 305-325, 2017. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/issue/view/1834>. Acesso em: 29 mai.2018.

SOARES, Andrea Ântico. **O assédio moral no trabalho à luz dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, SP, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11077/835>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Patrícia Borba de. O direito fundamental ao lazer dos trabalhadores: uma discussão teórica. 2013. 169 f. (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, 2013. Disponível em: http://iepapp.unimep.br/biblioteca_digital/visualiza.php?cod=MTAyNw==. Acesso em: 09 jul. 2018.

SOUZA, Ney Lopes de. Flexibilização e Sindicalismo no Brasil. *In*: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (org.). **Fórum Internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho**. Brasília, 2003. (Flexibilização no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004).

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. amp. e atual. São Paulo: LTr, 1987.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TASCA, Carolina Fernanda Fidelis Brambila; BEZERRA, Christiane Singh. A indisponibilidade dos direitos do trabalhador em face da flexibilização da legislação trabalhista brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 17, n. 122, mar. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14590. Acesso em: 01 maio 2018.

TIBALDI, Saul Duarte; PESSOA, Conrado Falcon. Direito Fundamental ao Lazer: Personalidade e Desconexão do Cidadão-trabalhador. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, SP, ano 22, v. 26, n. 2, p. 137-152, jul./dez. 2017. Disponível em:

<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/865/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. *In*: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução Rodrigo León Contrera. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

TRINDADE, André Karan; NETO, João Carneiro Duarte. Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603/pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

VIGNOLI, Vanessa de Almeida. **Flexibilização da jornada de trabalho: importância e limitações**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho**. 2019. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, BA, 2019.