



FUNDAÇÃO ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO - FEMARGS

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO - FMP

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

WILLIAM BARBIERO DA SILVA

**O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho
aplicável aos gerentes bancários.**

Porto Alegre

2015

WILLIAM BARBEIRO DA SILVA

**O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho
aplicável aos gerentes bancários.**

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Pós-Graduação
em Direito Material e Processual do
Trabalho.

Orientador: Prof. Valdete Souto Severo

Porto Alegre, 2015

O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários.

WILLIAM BARBIERO DA SILVA¹

Sumário: Introdução - 1. A Jornada de Trabalho - 1.1 Exceções Infraconstitucionais à Limitação da Jornada de Trabalho – 1.2 Horas Extraordinárias – 2. Direito à Desconexão – 2.1 A (In)constitucionalidade do art. 62 da CLT – 2.2 Críticas pontuais à jornada de trabalho dos Gerentes Bancários – 2.3 Dano existencial: consequência lógica à “conexão” excessiva – Conclusão.

Resumo: Este artigo apresenta uma análise a respeito do direito constitucionalmente consagrado ao não-trabalho, também conhecido como direito à desconexão. Faz-se uma abordagem acerca da jornada de trabalho, apresentando seus limites, bem como, a importância das limitações legalmente previstas. O tema em questão, direito à desconexão, gera embates jurídicos e sociais, uma vez que está intrinsecamente ligado ao tempo de vida do empregado colocado à disposição do seu empregador, assunto este de extrema sensibilidade. Além de expor algumas exceções à limitação da jornada, o presente trabalho, se preocupa em demonstrar que alguns minutinhos a mais na jornada, são na verdade alguns minutinhos retirados da finitude da vida do trabalhador, que por vezes deixa de conviver em seus vínculos sociais e de construir seus projetos de vida. Dentre as exceções apresentadas, o artigo estuda de maneira mais aprofundada a questão dos gerentes bancários, referindo-se a sua jornada e sua conectividade excessiva, referindo-se também a questão da constitucionalidade ou não do Art. 62 da CLT. Por fim, busca-se apresentar o dano existencial como sendo uma verdadeira consequência lógica ao excesso de conexão.

Palavras-chave: desconexão; jornada de trabalho; conectividade; Consituição;

Introdução

O presente trabalho tem como escopo uma questão que transcende o mundo acadêmico e *justrabalista*, tendo por objeto um problema proveniente do capitalismo e, que, alcança o ser humano e a sociedade como um todo.

O direito à desconexão laboral, expressão inovadora magistralmente utilizada pelo jurista SOUTO MAIOR², traz à baila uma discussão de suma

¹ William Barbiero da Silva: Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Clássica de Lisboa, Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho e Pós-Graduando em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Email: williambarbiero.adv@gmail.com

importância, qual seja, a jornada de trabalho (excessiva) *versus* o direito fundamental, constitucionalmente consagrado, ao lazer.

Aos leigos pode causar estranheza pleitear um direito ao “não-trabalho” (ainda mais ao se considerar as taxas de desemprego). A sociedade contemporânea está acostumada a buscar atividades laborais, a fim de sustentar suas necessidades consumeristas, e não se faz tão presente a luta pelo direito ao lazer, por poder se desconectar dos problemas, das metas, das exigências inerentes à execução de um ofício.

A limitação da jornada de trabalho é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 e deveria abranger todos os trabalhadores brasileiros. Entretanto é notório que tal garantia muitas vezes não é observada, e o que se ocorre no “mundo real”³ é a exploração excessiva da força de trabalho.

A legislação trabalhista infraconstitucional, inclusive a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em inúmeros casos, ao tratar de jornada de trabalho, desafia as ordens instituídas pela Carta Maior, razão pela qual se faz necessário o estudo acerca da recepção ou não destes artigos em virtude da promulgação da Constituição.

Nos capítulos que seguem, será feita uma análise crítica das questões vinculadas à jornada laboral, pois, é justamente a limitação da jornada que levará à efetivação do direito fundamental ao “não-trabalho”.

Como já referido, existem exceções infraconstitucionais à jornada constitucionalmente firmada, as quais serão apresentadas sem a pretensão, no entanto, de exaurimento, uma vez que não perfaz o objeto principal de estudo. Estudar-se-á, por exemplo, à realização de horas extraordinárias, presente no diploma celetista, e que vêm sendo admitidas sem a cautela e a excepcionalidade que a Constituição exige.

² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf. Acesso em: 28/09/2014.

³ Difere do mundo ideal, no qual todas as normas trabalhistas seriam respeitadas pelos empregadores e os direitos seriam salvaguardados, tal como estabelecidos pelo constituinte originário. O mundo real, muitas vezes (senão sempre), desvirtua os regramentos laborais estabelecidos em prol de uma maior produtividade e, muitas vezes, as custas da saúde dos trabalhadores. Isso ocasiona uma descrença no ordenamento jurídico, fazendo com que o respeito total pelas normas (algo que deveria ser usual) não passe de uma utopia, de um mero mundo ideal.

A discussão sobre o objeto principal percorre além da sua conceituação preliminar, um estudo sobre a (in)constitucionalidade do art. 62 da CLT, a jornada de trabalho dos gerentes bancários e, por derradeiro, o direito ao dano existencial como uma consequência lógica à jornada excessiva.

Diante dessas considerações, resta evidente a importância do presente trabalho ao mundo jurídico e social que busca proteger o ser humano da exploração neoliberal.

1. A Jornada de Trabalho

“Jornada é tempo de vida⁴.”

Preliminarmente cabe referir que jornada de trabalho não é sinônimo de horário de trabalho. Enquanto aquela é o tempo diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador, em decorrência de seu contrato de trabalho, esta se traduz no espaço de tempo entre o início e o fim de uma determinada jornada laborativa⁵.

Jornada de trabalho é, e sempre foi, a principal reivindicação feita pelos trabalhadores aos seus “patrões”. Em virtude disso, considera-se a limitação da jornada de trabalho uma das primeiras positativas normativas trabalhistas com caráter protecionista.

O abuso por parte dos empregadores da força de trabalho dos empregados no Século XIX é de notório conhecimento mundial. À época, existiam jornadas extenuantes tanto de homens, como de crianças e mulheres, as quais eram possíveis pelo alto número de trabalhadores à disposição e pelo espírito não interventor do Estado Liberal, no qual o contrato particular era “lei entre as partes”. E se o empregado se irresignasse quanto ao estipulado, existiam tantos outros dispostos a tomar seu posto de trabalho.

O individualismo e a falta de força, até então, da classe operária, em função da proibição mantida pelo Estado de reunião de grupos de pessoas, contribuíram para a exploração exacerbada por parte dos empregadores. A

⁴ ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p.11.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 880-881.

mão de obra infantil era muito utilizada, por ser mais barata, fazendo com que além de dispor de sua força de trabalho, também acabassem por vender a infância. Existem casos de crianças de 4-8 anos de idade que realizavam jornadas de trabalho de 12 a 17 horas diárias!⁶

Foi nessa conjectura, exposta resumidamente e de maneira simplificada, que os empregados se uniram para lutar pela limitação da jornada de trabalho, bem como pelo estabelecimento de salários mínimos.

As primeiras normas a limitarem a jornada laboral na Inglaterra e na França, estipularam jornada máxima de 12 horas, com exceção à jornada das mulheres e crianças, limitadas a 10 horas.

A questão teve tamanha repercussão já naquela época que até mesmo o Papa Leão III, citado por SILVA⁷, na Encíclica *Rerum Novarum* assim se manifestou:

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer, pelo excesso de fadiga, embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem é limitada como a sua natureza. O exercício e o uso a aperfeiçoam, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem.

Desde a Revolução Industrial se tem pleiteado a redução e a limitação da jornada de trabalho. A Jornada que anteriormente fora retratada não era a ideal, a luta era por conseguir um tempo menor à disposição do empregador, a ponto de permitir que se tivesse uma vida além das paredes das fábricas.

Ecoava na Inglaterra uma canção de cunho social: *Eigth hours to work/ Eigth hours to play/ Eigth hours to sleep/ eigth shillings a day*, a qual clamava por uma jornada de oito horas diárias. No início do Século XX, vários países adotaram a jornada de oito horas, a título de exemplos: Uruguai (1915); Suécia (1915); Equador (1916); Rússia (1917).⁸

⁶ SILVA, Edson Bras. A ilegalidade do sistema de compensação de jornada de trabalho 12x36. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/398/945>. Acesso em: 12/10/2014.

⁷ SILVA, Edson Bras. A ilegalidade do sistema de compensação de jornada de trabalho 12x36. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/398/945>. Acesso em: 12/10/2014.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 280-281.

Entretanto, o marco principal da efetivação da jornada de 8 horas diárias se deu em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes, a criação da Organização Internacional do Trabalho e a promulgação da Convenção n. 1, em Washington.⁹

No ordenamento jurídico pátrio, diversos decretos instituíram limitações à jornada, sendo os primeiros datados de 1932, mas foi apenas em 1940 que se deu a unificação com o advento do Decreto-lei 2.308, o qual viria a ser incorporado pela CLT em 1943, estipulando jornada diária de 8 horas.

O poder constituinte originário de 1988, acertadamente, inseriu no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais –, em seu capítulo II que trata dos direitos sociais, como direito dos trabalhadores a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”¹⁰, reduzindo assim de 48 para 44 horas a duração hebdomadária do trabalho.

O instituto analisado não se restringe apenas a questões numéricas - horas mínimas, máximas, decretos, legislações. Jornada de trabalho vai muito além da discussão normativa, diz diretamente com a saúde e o tempo de vida do empregado.

Assim leciona SEVERO¹¹:

A jornada constitui tempo de vida que o trabalhador dedica à realização de sua atividade laborativa. É, pois, tempo – elemento crucial à vida humana. É, também, uma das principais características da relação de trabalho, imbricada pela ideia de que nessa relação jurídica, ao contrário do que ocorre nas demais, o Homem não se separa do fruto do seu trabalho.

Quando se trata de jornada de trabalho, não se está diante de uma simples disposição de força de trabalho em troca de remuneração, mas sim, da entrega da própria vida do empregado ao empregador.

Ainda, acerca de uma visão mais humanística da jornada, sabe-se que o homem, como animal racional que é, possui conhecimento de sua finitude, entende que seu tempo na terra é passageiro e que em algum

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 281.

¹⁰ BRASIL, Constituição Federal: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

¹¹ SEVERO, Valdete Souto. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 68.

momento se esvaírá, o que torna ainda mais perturbadora a prática de jornadas excessivas¹².

A máxima capitalista de que o “trabalho dignifica o homem” deve ser vista com cautela, uma vez que o trabalho em jornadas excessivas retira do homem a própria dignidade que supostamente seria inerente ao labor despendido.

Resta evidente, através de um estudo das normas constitucionais que tratam sobre direito do trabalho, que a limitação da jornada de trabalho no direito brasileiro é expressa (oito horas diárias e 44 horas semanais), e essa é uma norma de aplicabilidade plena, ou seja, não depende de um regramento infraconstitucional para ser obrigatória.

Imperioso referir que o inciso XIII, do art. 7º da Constituição, fixa a jornada máxima diária e semanal, e estipula a possibilidade de existir a compensação de horários e a **redução da jornada**, não deixando brechas ao legislador, ou mesmo ao particular, para ampliar os limites ali estabelecidos, situação que será tratada no tópico pertinente¹³.

Muito embora a jornada esteja fixada na Constituição, existem normas contidas na legislação ordinária que excepcionam a ordem constitucional, razão pela qual devem ser analisadas com prudência, tomando por base além da Carta Magna, os princípios basilares do direito trabalhista da proteção e do não retrocesso social.

1.1 Exceções Infraconstitucionais à Limitação da Jornada de Trabalho

O grande número de regramentos infraconstitucionais, bem como de decisões jurisprudenciais (algumas já sumuladas pelo Tribunal Superior do Trabalho) que desvirtuam a ordem constitucional acerca da limitação da jornada de trabalho, geram intermináveis debates.

¹² SEVERO, Valdete Souto. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 68.

¹³ BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antonia Mara Vieira. Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009. p. 51.

Não é razoável pensar que o legislador ou os intérpretes desconheçam a Constituição ou se considerem superiores as suas normas, porém, algumas regras infraconstitucionais e entendimentos jurisprudenciais denotam uma defasagem da relação trabalhista em desfavor do operário.

Sem a pretensão de aprofundar todas as (inúmeras) normas e súmulas incoerentes com a Constituição ao tratarem sobre jornada de trabalho, trazendo exceções à sua limitação constitucionalmente concebida, deve-se apresentar situações que exemplificam o descaso do legislador/intérprete com a figura do empregado, ao desvirtuarem a limitação da jornada arduamente conquistada.

Como já retratado, a Constituição de 1988 perpetua em seu art. 7º, XIII, o direito fundamental a jornada diária de 8 horas e a semanal de 44 horas, não possibilitando interpretações que ampliem a duração da jornada¹⁴.

Entretanto, não é incomum a presença de jornadas excessivas, erroneamente permitidas, como, por exemplo, a prática corriqueira por enfermeiras, vigias, porteiros de prédios, das jornadas de 12x36, ou seja, o empregado trabalharia 12 horas e “folgaria” 36 horas¹⁵.

É estarrecedor o conteúdo da súmula 444 do TST, na qual além de permitir a dilação da jornada para 12 horas diárias, desde que respaldada em lei ou negociação (acordo/convenção) coletiva de trabalho, ainda extirpa do empregado o direito a perceber indenização pelas horas extraordinárias, ao considerar a 11º e 12º horas como habituais, ou ordinárias¹⁶.

¹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet advoga no sentido de que os direitos fundamentais sociais, como o referido artigo, encontram-se amparados pela proteção do art. 60, §4 da CF, ou seja, são relacionados como “cláusulas pétreas”, não podendo ter seu núcleo essencial suprimido nem mediante Emendas Constitucionais, muito menos por leis ordinárias ou interpretações jurisdicionais. Existe grande discussão doutrinária acerca da abrangência das “cláusulas pétreas”, autores que se prendem a uma interpretação mais restritiva do §4, do artigo 60, entendem que apenas os direitos e garantias **individuais** estão abrangidas pela proteção. Entretanto, Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.433, leciona que “todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição são, na verdade e em última análise, direitos de **titularidade individual**, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”. Seguro é tratar o direito em comento como “imortalizado”. 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, 2012. p. 431 e ss.

¹⁵ É sabido que a folga de 36 horas é um falso descanso, pois em sua grande maioria os obreiros procuram aproveitar o tempo que seria necessário a sua regeneração (física e mental), para realizar outros serviços com o intuito de aumentar o seu numerário no final do mês. Os trabalhadores não levam em consideração que o tempo sem trabalho é imperioso para sua saúde e suas relações sociais.

¹⁶ Súmula nº 444 - TST- **Jornada de trabalho. NORMA COLETIVA. LEI. Escala de 12 por 36. Validade.** - É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso,

Ora, se a Constituição limita a jornada em 8 horas diárias e, o Estatuto Consolidado autoriza crescer no máximo 2 horas, resultando em jornada de 10 horas, como poderia uma negociação coletiva ter a pretensão de tornar as normas anteriormente citadas meras letras mortas da lei? Não poderia.

As regras contidas no art. 59, *caput*, e § 2º da CLT são matérias de ordem pública, ou seja, inatingíveis por negociação coletiva que pretenda flexibilizar direitos a ponto de precarizar a situação do empregado.¹⁷

Ao tratar sobre os limites da negociação coletiva, leciona SEVERO¹⁸:

Seu papel não se confunde com o da legislação. É a partir do mínimo de direitos legalmente garantidos que as partes podem e devem negociar. Admitir uma negociação que diga “essa norma não vale para nós”, sobretudo quando se está diante de uma norma de direito fundamental indisponível, diretamente associada à saúde do trabalhador, constitui inversão da lógica na qual se assenta um Estado de direito.

É desconcertante o conteúdo expresso na Súmula 444 do TST, por visível afronta à Carta Maior, bem como, pela possibilidade concedida irregularmente aos particulares de superarem questões de ordem pública (direitos fundamentais indisponíveis) mediante mero acordo/convenção coletiva.

Inquietante também é o desvirtuamento ocasionado pela inserção do §1º ao art. 58 da CLT, quando determina que não sejam descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações decorrentes do registro ponto, não excedentes a 5 minutos na entrada e na saída e, ainda, não podendo ultrapassar 10 minutos diários¹⁹.

prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

¹⁷ SILVA, Edson Bras. A ilegalidade do sistema de compensação de jornada de trabalho 12x36. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/398/945>. Acesso em: 12/10/2014.

¹⁸ SEVERO, Valdete Souto. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 78.

¹⁹ CLT: Art. 58 § 1o Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

O tempo sonogado ao empregado diz respeito aquele despendido com a troca de uniforme ou com a espera na fila para registrar o início e fim de seu labor diário.

Tratar referidos minutos como sendo simples tempo residual à disposição, não os considerando como jornada a fim de gerar seus efeitos remuneratórios, é o mesmo que não reconhecer que cada segundo cedido em prol da empresa é tempo de vida a menos, gratuitamente, retirado do empregado.

Alguns autores apontam ser insignificante a discussão sobre esse tempo de registro da jornada no cartão-ponto, mas basta a realização de um simples cálculo aritmético para se concluir que em um mês, os dez “minutinhos” diários, somariam, em média, cinco horas. Em um ano, tal “inocente” desconsideração, chegaria a incríveis 60 horas não remuneradas²⁰. São 60 horas que o empregado está impossibilitado de desfrutar de seus vínculos sociais, projetos pessoais, etc.

Marco Aurélio Mello, citado por BORGES e LOGUERCIO, observa que “o problema da insuficiência de relógios ponto que permitam o registro de horário em tempo hábil, não é do empregado e nem pode ser a ele repassada porque atinente ao risco da atividade econômica que é exclusivo do empregador (art. 2º da CLT)”²¹.

Em grande parte, as críticas feitas acerca do conteúdo do art. 58, §1º, da CLT (também aplicáveis à súmula 366 do TST²²), se estendem à súmula 429 do Tribunal Superior do Trabalho²³. Referida súmula, da mesma forma que a anteriormente estudada, não relaciona como jornada de trabalho o

²⁰ ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p.53.

²¹ BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antonia Mara Vieira. Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009. p. 137.

²² Súmula nº 366 - TST - **Cartão de Ponto - Registro - Horas Extras - Minutos que Antecedem e Sucedem a Jornada de Trabalho**- Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-OJs nº 23 - Inserida em 03.06.1996 e nº 326 - DJ 09.12.2003)

²³ Súmula nº 429 - TST- **Tempo à Disposição do Empregador - Período de Deslocamento entre a Portaria e o Local de Trabalho**- Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

tempo despendido pelo empregado da portaria até seu posto de labor. Ora, se o empregado se encontra dentro da empresa, à disposição do empregador, parece injusto não considerar referido tempo na contagem da duração da jornada. Como já elucidado, não se trata apenas de 10 minutos, mas sim, 60 horas anuais entregues ao empregador, sem qualquer contraprestação.

Ademais, relevante ainda o estudo da concepção deturpada atribuída a horas extraordinárias e as normas aplicáveis aos gerentes bancários, as quais serão analisadas em tópicos próprios.

1.2 Horas Extraordinárias

Extraordinária é um adjetivo que denota algo fora do comum; anormal; raro; excepcional; singular; imprevisto; que só acontece poucas vezes²⁴. Assim, horas extraordinárias seriam aquelas realizadas pelos empregados em casos excepcionais, de maneira não habitual, o que, infelizmente, não condiz com a realidade.

A Constituição prevê nos incisos XIII e XVI de seu art. 7º, normas acerca de horas extraordinárias.

Na parte final do inciso XIII, indica que pode haver a compensação de **horários** mediante negociação coletiva, devendo, o intérprete, ter a máxima cautela aos dizeres constitucionais, a fim de não extrapolar seus limites.

Já o inciso XVI do referido artigo, se preocupa em determinar um acréscimo de 50% aos serviços realizados após a jornada normal de trabalho, não apontando qualquer exceção à remuneração ali prevista.

Mais uma vez o descaso dos intérpretes ao aplicarem normas visivelmente contrárias às regras constitucionais é alarmante, e o número de casos que mereciam ser abordados é estratosférico, cabendo assim realizar alguns apontamentos amplos sobre o tema.

²⁴ Dicionário barsa da língua portuguesa. São Paulo: Barsa Planeta, 2003. p. 431.

A Consolidação das Leis do Trabalho, utilizando-se da possibilidade da compensação de horários previstos na Carta Maior, institui em seu art. 59, §2º a possibilidade de existência de um “banco de horas”²⁵.

Em decorrência deste regramento, é indevidamente retirado do obreiro seu direito constitucional a perceber acréscimo remuneratório de 50% em virtude da realização de serviços extraordinários, bem como é possibilitada a compensação de jornadas dentro do prazo de até um ano, desmoralizando as ordens emanadas pela Carta Magna. Equipara assim, referido artigo, hora extraordinária e hora normal²⁶.

Sobre a questão da compensação de horários existentes na Constituição, BORGES e LOGUERCIO, demonstram que “a compensação, ali admitida, é de um *horário* por outro, isto é, *aumentar* o horário de trabalho em alguns dias da semana para *diminuir* em outros, como já previa em sua redação original, o art. 59 da CLT”²⁷. Utilizam esse entendimento para rechaçar a recepção do “banco de horas” em face da promulgação da Constituição de 1988.

Porém, a CLT não é feita apenas de leituras equivocadas das normas contidas na Carta Maior. O art. 61 do diploma legal, traduz a melhor interpretação constitucional das horas extras. Aduz o artigo em comento, que “ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto”.

Imperioso referir que o ônus de provar a necessidade excepcional em utilizar-se da mão de obra do empregado além do limite constitucional,

²⁵ CLT: art. 59 § 2o Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

²⁶ A discussão acerca da (in)constitucionalidade do banco de horas é extremamente pertinente aos aplicadores do direito, entretanto, em virtude de ser um tema complexo e que não corresponde ao objeto principal do presente trabalho, se aconselha a leitura da obra de Rafael Marques da Silva, “A inconstitucionalidade do sistema banco de horas – breves comentários”.

²⁷ BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antonia Mara Vieira. Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009. p. 152.

recai sobre o empregador, seja em virtude da teoria da aptidão para produzir a prova, seja pelo fato de ser ele o responsável pelos riscos da atividade.

Desse modo, deveria o empregador comprovar a real necessidade da dilação da jornada, uma vez que, como já estudado anteriormente, o tempo à disposição do “patrão” representa tempo de vida do trabalhador, tempo que não regressa, não é devolvido ao mesmo, e no qual este fica privado de usufruir de suas relações sociais, de seus projetos pessoais e de seu direito fundamental ao lazer.

2. Direito à Desconexão

Direito à Desconexão laboral, como referido anteriormente, é uma expressão que fora introduzida no mundo acadêmico por SOUTO MAIOR, mas que não é mera invenção contemporânea, está intrinsecamente ligada à limitação da jornada de trabalho.

Ressalta SOUTO MAIOR acerca do direito à desconexão (ao não-trabalho):

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 da tecnologia, pela definição do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo²⁸.

Pode-se tratar a desconexão laboral como uma etapa necessária a atingir o direito fundamental ao lazer²⁹. A desconexão precederia o lazer, sendo este uma complementação daquela, e de certo modo confundir-se-iam entre si.

²⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf. Acesso em: 28/09/2014.

²⁹ Quando se fala em lazer imperioso remeter à dissertação de mestrado de Otávio Amaral Calvet, intitulado “A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.” Disponível em: < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1185> . Acesso em: 29/09/2014. O autor magistralmente faz uma análise do direito ao lazer, demonstrando que existem duas dimensões ao famigerado direito, uma econômica e uma humanística. Destrincha o autor a dimensão humana em quatro perspectivas: a) necessidade biológica- com intuito de evitar a fadiga, se recompor fisicamente da jornada; b) social- tratar de suas relações privadas, sua família, amigos, etc.; c) necessidade psíquica- recarregar as energias com a prática de atividades lúdicas, neste pornto estão

Entretanto, a desconexão não está apenas atrelada ao lazer, mas sim, de maneira ainda mais relevante, diz respeito ao direito à limitação da jornada de trabalho³⁰.

O direito ao não-trabalho encontra-se positivado em diversos tratados internacionais, bem como está inserido no ordenamento jurídico pátrio, tanto na Constituição, quanto em normas infraconstitucionais.

A título de exemplificação, verifica-se da leitura do artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem³¹, e artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³², que o direito ao descanso, à limitação da jornada, já era objeto de preocupação do direito internacional.

Já a Constituição, quando trata dos direitos sociais em seu art. 6º, não por equívoco, traz o direito ao trabalho pareado ao direito ao lazer, tratando ambos como direitos fundamentais³³.

A desconexão está presente de forma ainda mais contundente, no artigo 7º, XIII da Carta Magna, quando o constituinte limita a jornada laboral em 8 horas diárias e 44 horas semanais, conforme já referido no tópico anterior.

inseridos os *hobbies*, o que faz o ser humano, individualmente, feliz; d) no sentido existencial- elenca o autor que se trata do “ócio criador”, com acesso á informações, cultura, leitura, etc..

³⁰ ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p.43.

³¹ Art. 24. Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: < <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-21-30.html> > Acesso em: 24/10/2014.

³² Art. 7: Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm > Acesso em: 24/10/2014.

³³ Constituição Federal: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 24/10/2014.

Os avanços tecnológicos experimentados na atual conjectura mundial, auxiliam o desvirtuamento das normas que limitam a jornada laboral, tornando o direito a desconexão laboral uma verdadeira “quimera”³⁴.

Os novos *smartphones*, ao mesmo tempo que trazem utilidades positivas à interação social (permitindo acesso a aplicativos que facilitam o contato, mesmo que digitalmente, entre as pessoas, redes sociais, etc.), apresentam aspectos negativos à vida dos trabalhadores, uma vez que estes ficam reféns da tecnologia que os mantém 24 horas por dia conectados e disponíveis ao seu empregador, seja através de mensagens, emails, ou da grande novidade, o aplicativo “*whatsapp*”.

Os *smartphones* se tornaram, infelizmente, verdadeiros chicotes *wireless*, em uma escravidão ocasionada pelas “facilidades” do mundo moderno. Mas o direito à desconexão não se limita ao uso descabido das tecnologias, perfazendo também os casos concretos de desrespeito à jornada de trabalho que decorre tanto da anuência legislativa/interpretativa, quanto pelas punições necessárias, aplicadas, timidamente, pelos tribunais trabalhistas.

Verifica-se assim a pertinência e a atualidade do presente tema, e a necessidade de se entender e aplicar de modo efetivo a desconexão como meio de devolver ao trabalhador o inestimável tempo de vida “furtado” pelos empregadores, que burlam, inadvertidamente, as normas protetoras acerca da jornada laboral.

2.1 A (In)constitucionalidade do art. 62 da CLT

O estabelecido no artigo 62 do Decreto Lei nº 5452/43 vem sendo relativizado pelos aplicadores e pelos intérpretes do direito com o intuito de salvar o dispositivo em comento de uma inevitável inconstitucionalidade³⁵.

³⁴ ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p.45.

³⁵ Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no

Preceitua o artigo que alguns empregados devem ser excluídos das normas presentes no Capítulo II da CLT, capítulo este que estabelece as regras atinentes à duração do trabalho (limitação da jornada, descanso semanal remunerado, férias, horas extras, entre outros).

Fazer uma leitura restrita do texto infraconstitucional, conforme vem sendo realizada pelos aplicadores do direito trabalhista, afastando dos obreiros previstos em seus incisos I (empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho) e II (gerentes), “apenas” a questão do controle de jornada, atenua o perigo contido na norma incoerente com a Carta Maior.

O artigo 62 não se restringe ao controle da jornada, ao contrário, expressamente aduz que “não são abrangidos pelo regime previsto **neste capítulo**”, o que torna ainda mais nefasto o diploma infraconstitucional neste ponto.

As normas constitucionais acerca da jornada de trabalho presentes nas Constituições anteriores a de 1988, eram de aplicabilidade contida, ou seja, poderiam ser limitadas pela superveniência de uma lei infraconstitucional, resguardando assim a possibilidade prevista da norma celetista³⁶.

A contrário *sensu*, em nenhum momento o constituinte originário de 1988 ao tratar da limitação da jornada de trabalho, do repouso semanal remunerado, das férias, etc., deixou lacunas ou margens a interpretações dúbias, capazes de permitir a exclusão de qualquer trabalhador destes direitos fundamentais básicos.

inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em: 30/10/14.

³⁶ BORGES e LOGUERCIO em sua obra “Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho.” anteriormente citada, trazem na p. 192. os textos constitucionais anteriores a nova ordem constitucional, que retratam a questão da jornada de trabalho. **CF de 1934**: art. 121, c- trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; **CF de 1937**: art. 137,i- dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; **CF de 1946**: art. 157,V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, *exceto casos e condições previstas em lei*; **CF de 1967/69**: art. 165,VI- duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, *salvo casos especialmente previstos*.

Ademais o *caput* do artigo 7º da Constituição estabelece que os direitos ali dispostos abrangem os trabalhadores urbanos e rurais, deixando espaço para “outros –direitos - que **visem à melhoria de sua condição social**”.

A Constituição Federal de 1988 é posterior à Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, bem como é sabido e incontestável que a Carta Magna é hierarquicamente superior as demais normas infraconstitucionais. Deste modo as normas previstas na CLT deveriam passar por um processo de adequação à nova Constituição promulgada.

Posiciona-se SEVERO sobre a (não)recepção do artigo 62 da CLT:

A ordem constitucional instaurada em 1988 fixa parâmetros a partir dos quais toda a legislação vigente deve ser interpretada e aplicada. Desse modo, a partir das premissas ali fixadas, teríamos como alternativa a compreensão de que o artigo 62 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional ou, pelo menos, de que seria aplicável apenas nos limites ali compreendidos, a serem sempre examinados com muita cautela³⁷.

Em apertada síntese, o ordenamento jurídico preexistente à época da promulgação da Carta Maior, deve ser analisado minuciosamente e verificado sua compatibilidade com a nova Constituição, a fim de ter seus artigos recepcionados ou não.

Corroborando com o exposto MENDES:

Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor. Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição³⁸.

Por mais que a doutrina e jurisprudência majoritárias, infelizmente, se posicionem no sentido de que a Constituição recepcionou o artigo 62 da CLT, tal entendimento deve ser avidamente rebatido.

Os fundamentos até aqui apresentados são suficientes, mas não exaustivos, para se rechaçar a hipótese de recepção do artigo 62 da CLT.

³⁷ SEVERO, Valdete Souto. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 76-77.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008. p. 257

Pensar que uma lei infraconstitucional desafia a supremacia da Constituição e vem sendo aplicada, causando um verdadeiro retrocesso social à relação trabalhista dos obreiros presentes em seu rol taxativo, é o mesmo que por em xeque toda a segurança jurídica necessária ao sistema jurídico brasileiro.

A par disso, em 2007, fora aprovado o Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que dispõe:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT³⁹.

Mesmo após a aprovação do referido enunciado, a utilização do art. 62 da CLT continua presente em grande escala, principalmente respaldado na impossibilidade (incompatibilidade) de se efetuar o controle de jornada.

Ora, como já referido anteriormente, com os avanços tecnológicos no mundo contemporâneo, em que se verifica uma conexão 24 horas, bem como com os sistemas de rastreamento veiculares existentes, não é mais impossível controlar/fixar a jornada de trabalho de empregados que exercem atividade externa, talvez em 1943 o fosse.

Em relação a hipótese prevista no inciso II (gerentes), ainda mais incoerente a restrição infraconstitucional, pois o fato de exercer função de confiança devidamente gratificada, não pode ser suficiente a retirar destes empregados seu direito à desconexão laboral.

O artigo 62, II da CLT será novamente abordado no título que segue, em relação a sua aplicabilidade aos gerentes gerais de bancos.

2.2 Críticas pontuais à jornada de trabalho dos Gerentes Bancários

³⁹ 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: < <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer%C3%Aancias,%20Palestras,%20etc/1%20Jornada%20JT.pdf> > Acesso em: 30/10/2014.

A jornada de trabalho do bancário é reduzida em comparação aos demais trabalhadores, sendo a jornada normal do bancário 6 horas diárias e 30 horas semanais, com base no art. 224 da CLT.

A conquista por uma jornada especial origina-se nas reivindicações das associações de bancários do estado de São Paulo que datam de meados de 1923. Justificavam a necessidade de redução da jornada pelo fato de exercerem trabalho que exigia muita concentração para evitar equívocos no manejo de grandes somas de dinheiro, bem como, para evitar lesões na coluna vertebral, uma vez que o trabalho era feito integralmente na posição sentada. Por fim, elencam como fator determinante da redução, a elevada incidência de tuberculose e neuroses, bradando por um “horário higiênico”⁴⁰.

Em que pese o resultado positivo das exigências da classe bancária, em 1969 sobreveio o Decreto Lei 754 que inseriu o §2º ao artigo 224 da CLT, excluindo da limitação especial da jornada *os empregados que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança*. Percebe-se assim o efetivo retrocesso nos direitos trabalhistas desta classe de empregados bancários.

A norma celetista abre prerrogativa para que os bancos criem vários postos de trabalho com a nomenclatura gerente (gerente de contas, gerente de caixas, gerente de máquinas, gerente classe A, gerente classe B, etc.), simplesmente com o intuito de dilatarem a jornada dos obreiros sem a necessidade de remuneração do horário extraordinário.

BORGES e LOGUERCIO ressalvam que “não basta, porém, atribuir o título de ‘gerente’, sem que o empregado desempenhe efetivamente alguma tarefa de gerência, isto é de *gerenciar* (ou dirigir) o trabalho de outros”, rechaçando assim a ideia de que basta o título de gerente e o recebimento do adicional de 1/3, para ser enquadrado no §2º do artigo 224. Os direitos devem,

⁴⁰ VEIGA, Aloysio Corrêa da. Jornada Especial dos Bancários. Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312880/1.+Jornada+especial+dos+banc%C3%A1rios>
>
Acesso em: 31/10/14.

sempre, ter interpretações amplas, e as exceções à eles devem ser interpretados restritivamente⁴¹.

Os pretórios trabalhistas estão abarrotados de reclamatórias que visam a busca do direito constitucional ao adicional das horas extraordinárias, desconstituindo o cargo de gerência ilusório.

Acertadamente, o Tribunal Superior do Trabalho em sua súmula 102, verbete I, restringe a aplicabilidade do parágrafo §2º do referido diploma legal, e estabelece que devem ser comprovadas as “reais atribuições do empregado”⁴².

Ainda mais funesto do que o referido artigo é o entendimento sumulado do TST no sentido de que os gerentes gerais não são abrangidos nem pelo *caput* do artigo 224, nem mesmo por seu §2º, e sim pelo, inconstitucional, artigo 62 da CLT⁴³.

Uma vez que já se fez a análise do artigo 62 da CLT, cabe apenas referir que enquadrar o gerente-geral da agência na regra em comento é totalmente desrespeitoso com as conquistas históricas alcançadas pelas associações de trabalhadores bancários, bem como, duplamente contrária a ordem constitucional. Seja pelos fundamentos já expostos acerca da não recepção do artigo 62, ou pelo fato de se tratar de um visível retrocesso social e, em decorrência disso posicionar-se contrário ao *caput* do artigo 7º da Carta Magna, que possibilita serem acrescentadas normas que propendam a ampliar os direitos dos empregados com base no princípio tuitivo.

Com grande pesar, os problemas relacionados anteriormente não são os únicos que privam o gerente bancário de exercer o seu direito à desconexão. A utilização das novas tecnologias associada à cobrança de

⁴¹ BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antonia Mara Vieira. Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009. p.58.

⁴² Súmula nº 102 do TST: **BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA**- I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos.

⁴³ Súmula nº 287 do TST: **JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO** - A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

metas desumanas, extirpam dos gerentes bancários (em especial dos gerentes gerais de agência) o seu direito básico e fundamental ao não-trabalho.

São inúmeros os casos veiculados pela mídia que demonstram o descaso dos bancos, para com, seus funcionários⁴⁴. Jornadas excessivas, assédios morais, doenças ocupacionais, até quando a jurisprudência será conivente com essas práticas?

Cabe à Justiça do Trabalho coibir a jornada excessiva e garantir o direito aos gerentes bancários de se desconectarem concretamente do trabalho, para que possam usufruir de sua vida social, sua esposa, filhos, amigos, leituras, seu lazer.

2.3 Dano existencial: consequência lógica à “conexão” excessiva

Primeiramente, deve-se referir que existe uma tênue diferença entre dano existencial e dano moral, e que ambos podem coexistir em uma eventual condenação.

Conforme discorrem GOLDSCHMIDT e LORA:

O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se restringe a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta. O dano moral propriamente dito afeta negativamente o ânimo da pessoa, estando relacionado ao sentimento, ou seja, é um sentir, enquanto o dano existencial é um não mais poder fazer, um dever de mudar a rotina. O dano existencial frustra projeto de vida da pessoa, prejudicando seu bem-estar e sua felicidade⁴⁵.

Percebe-se assim que ao privar o empregado de se desconectar efetivamente do trabalho em virtude de práticas que levam a uma jornada

⁴⁴ **Justiça condena BNB em R\$ 200 mil por jornada excessiva em Itabaiana.** Disponível em: <<http://www.contrafcut.org.br/noticias.asp?CodNoticia=39695>> Acesso em: 31/10/14; **Banco do Brasil é condenado a pagar R\$ 5 milhões por assedio moral.** Disponível em: <<http://www.bancariosrio.org.br/2013/ultimas-noticias/item/27799-banco-do-brasil-e-condenado-a-pagar-r-5-milhoes-por-assedio-moral>> Acesso em: 01/11/14.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Rodrigo Goldschmidt ; LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no Direito do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3951, 26 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27899>>. Acesso em: 31/10/14.

excessiva, acarretando a impossibilidade do obreiro em desfrutar de seus círculos sociais (família, amigos), de seus projetos pessoais (leituras, exercícios físicos, artes), o empregador está sujeito a responder por danos existenciais, além dos danos morais cuja existência a jurisprudência já reconhece de modo pacífico.

A jurisprudência, lentamente, vem atribuindo indenização por dano existencial em virtude do desrespeito à limitação da jornada laboral, conforme se depreende nas acertadas e ilustrativas decisões que seguem:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. O dano existencial caracteriza-se pelo tolhimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida. A sujeição habitual do trabalhador à jornada exaustiva implica interferência em sua esfera existencial e violação da dignidade e dos direitos fundamentais do mesmo, ensejando a caracterização do dano existencial. (0000123-28.2014.5.04.0662 RO. TRT/4ª Região. 2ª turma. Relator Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel)⁴⁶

DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora. (0001533-23.2012.5.04.0006 RO. TRT/4ª Região. 4ª turma. Relator Desembargador André Reverbel Fernandes)⁴⁷

DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente - art. 6º - e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de

⁴⁶ Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/gsaAcordaos/ConsultaHomePortletWindow_12?action=2> Acesso em: 31/10/14.

⁴⁷ Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/gsaAcordaos/ConsultaHomePortletWindow_12?action=2> Acesso em: 31/10/14.

A jurisprudência, conforme demonstrado, vem entendendo que a jornada excessiva esbulha o empregado de seu direito à desconexão, justificando assim a indenização por dano existencial por estar diretamente ligada a lesão ocasionada ao “projeto de vida” do obreiro.

Entretanto, cabe aos Tribunais Trabalhistas considerarem as horas extras prestadas habitualmente (mesmo sendo de uma ou duas horas por dia), verdadeira afronta à ordem constitucional e a dignidade do empregado, sendo capaz de gerar, pó si só, indenização por dano existencial.

Como defendido no decorrer de todo o trabalho, cada segundo acrescido à jornada de trabalho do empregado é tempo de vida a menos que, conseqüentemente, não será devolvido ao mesmo.

Defende-se assim que a utilização habitual de horas extraordinárias pelo empregador seria suficiente para gerar direito a indenização por dano existencial, pois a vida do obreiro - aqui se incluindo as relações sociais, culturais, físicas, o lazer – deve ser mais valorizada do que a sua produção laboral.

A única maneira de se inibir as jornadas excessivas é a condenação dos empregadores que atentam contra a saúde do trabalhador ao exigirem jornadas laborais superiores à limitação constitucionalmente garantida.

Conclusão

“Todos os homens se dividem, em todos os tempos e hoje também, em escravos e livres; pois aquele que não tem dois terços do dia para si é escravo, não importa o que seja: estadista, comerciante, funcionário ou erudito⁴⁹.”

⁴⁸ Tribunal Regional da 3ª Região. Disponível em: <

<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em: 31/10/14.

⁴⁹ Nietzsche apud Santos in: SANTOS, Rodrigo Maia. O excesso de jornada como ofensa do direito ao lazer. Disponível em: < http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/PDF_27_34.pdf > Acesso em: 10/10/14.

A busca por uma maior e menos onerosa produção faz com que muitos empregadores deixem de observar os direitos trabalhistas mínimos (principalmente os atinentes à limitação da jornada), capazes de assegurar uma dignidade aos empregados, e permitir que possuam uma vida além das paredes da empresa.

A desconexão laboral é decorrência de uma efetiva observação da limitação da jornada laboral constitucionalmente garantida, devolvendo ao obreiro as rédeas de sua vida, o legitimando a gozar de atividades que o tornem feliz, seja intimamente ou socialmente.

O direito ao não-trabalho é de suma importância para a regeneração física e mental do empregado, manutenção de seus círculos sociais, bem como para a consagração de seus projetos pessoais.

Se o dano existencial não for aplicado frente a utilização de mão de obra em jornadas desmedidas (algo que retira a dignidade do ser humano), estar-se-ia tratando o trabalhador e o trabalho como meras mercadorias, e assim a ideia defendida por Kant, citado por SARLET, de que todo “ser racional, existe como um fim em si mesmo; não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade⁵⁰”, estaria extremamente desatualizada, devendo ser assim reescrita: **todo ser humano é um meio para um fim, um mísero objeto industrial.**

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

Referências

1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em:

<
<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Biblioteca/Confer%C3%AAsncias,%20Palestras,%20etc/1%20Jornada%20JT.pdf> > Acesso em: 30/10/2014.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014.

BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antonia Mara Vieira. Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 12/10/14.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12/10/14.

BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/sumulas> > Acesso em: 13/10/14.

CALVET, Otavio Amaral. A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho. Disponível em: <
http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1185> . Acesso em: 29/09/2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo Goldschmidt ; LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no Direito do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3951, 26 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27899> >. Acesso em: 31/10/14.

LUNARDI, Alexandre. Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho. 1 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. Direitos fundamentais trabalhistas. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013.

SANTOS, Rodrigo Maia. O excesso de jornada como ofensa do direito ao lazer. Disponível em: < http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/PDF_27_34.pdf > Acesso em: 10/10/14.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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, 2012.

SEVERO, Valdete Souto. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf. Acesso em: 28/09/2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 3a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Jornada Especial dos Bancários. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312880/1.+Jornada+especial+dos+banc%C3%A1rios> > Acesso em: 31/10/14.