



## A EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER FRENTE AO ABUSO DA JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA

Giancarlo Delmar Kersting<sup>1</sup>  
Luiz Henrique Menegon Dutra<sup>2</sup>

### RESUMO

Busca-se com este estudo mostrar a importância do lazer em relação ao trabalhador que tem sua jornada de trabalho estendida continuamente causando assim uma afronta aos seus direitos insculpidos na constituição. A tendência do empregado no mercado de trabalho é se submeter às ordens do seu empregador, fazendo com que o empregado se torne refém das solicitações cumprindo a necessidade da empresa trabalhando excessivamente sacrificando seu tempo para o lazer. Contudo, esta pesquisa tem o intuito de destacar a forma como vem se tratando os trabalhadores, e o que realmente lhes é de direito perante as leis vigentes nesse país. É um assunto ainda não muito abordado pela doutrina, portanto, busca destacar a importância de ser observado o cumprimento das normas de direito do trabalho, (CF e CLT) em se tratando de jornada excessiva de trabalho continuamente e o direito do empregado ao descanso e ao lazer, caso estas não sejam cumpridas faz-se necessário à busca por estes direitos no âmbito jurídico ensejando indenização.

**Palavras Chaves:** Direito ao Lazer – Horas Extras – Direito Fundamental – Jornada de Trabalho;

### ABSTRACT

Search up to this study show the importance of leisure in relation to a worker who has a well extended working hours continuously causing an affront to their rights sculptured in the constitution. Employee trend in the labor market is yielding to the orders of his employer, causing the employee to become hostage to requests fulfilling the need of the company working excessively sacrificing your time for leisure. However, this research aims to highlight how comes it comes workers, and what really is rightfully theirs under the laws in force in the country. It is a subject still not much addressed by the doctrine, therefore, aims to emphasize the importance of being subject to the fulfillment of the law of work, (CF and CLT) in the case of excessive working hours continuously and the employee's right to rest and leisure, if these are not met it is necessary to search for these rights in the legal framework entailing

**Key-words:** Right to Leisure - Overtime - Fundamental Right - Day of Work

1 Autor. Estudante do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. Endereço eletrônico: giancarlokersting@msn.com

2 Orientador. Mestre em Direito (UNISC). Professor da Faculdade Dom Alberto (Santa Cruz do Sul) e Faculdade Antonio Meneghetti. Advogado. Email: adv.dutra@hotmail.com.



## INTRODUÇÃO

O respectivo trabalho científico tem o condão de acostar-se a matéria de direito ao lazer que vem esculpida constitucionalmente no rol dos direitos fundamentais sociais<sup>3</sup>, definindo quais as formas de abuso são praticadas, observando a relação do empregado frente às exigências de cumprimento de jornada excessiva pelo empregador.

O estudo referente ao direito ao lazer visa demonstrar que todo trabalhador tem o direito a uma limitação da jornada de trabalho assegurando-o a um período mínimo de bem-estar ou lazer, considerando uma dignidade ínfima de usufruir estes direitos que predominam na sociedade humana.

A Constituição Federal e a CLT garantem aos trabalhadores direitos fundamentais, que devem ser assegurados pelo Estado garantidor, indo ao encontro ao constitucionalismo do Estado Social.

Sendo assim, o pagamento de adicional de horas extras habituais, paga somente pelo esforço do trabalhador que está cansado, não compensando as horas de lazer perdidas o que enseja indenização.

Dessa forma vem à tona a probabilidade de uma possível indenização por dano existencial, pois o trabalhador teve um prejuízo quanto ao seu direito fundamental, direito este que está intrinsecamente ligado a dignidade da pessoa humana, ou seja, da existência humana, que vem sendo assim classificado na doutrina como um conceito de dano imaterial pois frustra o projeto de vida e à liberdade de escolha do empregado, impossibilitando assim que o empregado conviva em sociedade nas atividades cotidianas de cultura, esporte e convívio social com a família deixando de ter o convívio familiar afetivo e até mesmo o acompanhamento do crescimento dos filhos, e ainda perdendo seu direito ao descanso, como também, atividades psíquicas impedindo dessa forma a busca da felicidade.

---

<sup>3</sup> 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.



Tem-se por objetivo com este estudo buscar uma solução para que o empregado tenha o ressarcimento devido quando violado esse direito fundamental, buscando verificar a possibilidade de uma indenização por dano moral na esfera da justiça do trabalho em decorrência da ausência de reparação deste dano, no momento em que o empregado realiza horas extraordinárias de forma habitual.

## 1. REVISÃO DA LITERATURA

A classe trabalhadora nem sempre teve direitos e condições para execução do seu labor, somente após a revolução industrial iniciou-se então de forma lenta e gradual algumas mudanças que trouxeram melhores qualidades e a efetivação de direitos aos trabalhadores. No Brasil, a partir do surgimento da carta Magna de 1988, os trabalhadores foram amparados pela lei maior que trouxe expressamente direitos e garantias constitucionais, a sua promulgação então, veio para consolidar e servir de norte para a efetivação desses direitos.

### 1.1. Surgimento de Garantias Constitucionais

Após a Revolução francesa, é que surge por força de reivindicações das classes trabalhadoras através dos movimentos Sindicais na Inglaterra a busca por garantir direitos aos trabalhadores.

Conforme ensinam, Rodrigo Goldschmidt e Ilse Marcelina Bernarde Lora, (2014),

A Revolução Francesa (1789), com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, deu origem ao liberalismo, afastando a intervenção do Estado da economia e conferindo-lhe a condição de mero árbitro das disputas sociais, o que prejudicou sensivelmente o desenvolvimento do direito do trabalho.

A intensa exploração dos trabalhadores deu origem ao movimento sindical, iniciando na Inglaterra, a partir de pequenos clubes que tinham em vista garantir direitos trabalhistas. A reunião dos trabalhadores assegurou-lhes mais força de negociação, passando então o direito do trabalho a ganhar contornos. Juntamente com o incremento dos sindicatos, passou a intensificar-se a intervenção do Estado na economia e nas relações entre os particulares, inclusive nos contratos de trabalho, o que propiciou o efetivo



nascimento do direito do trabalho. <http://jus.com.br/artigos/27899/o-dano-existencial-no-direito-do-trabalho/21>. Acessado em 22/10/2015.

No período da Revolução Industrial ocorreram vários registros de empregados submetidos a uma jornada de trabalho abusiva sem qualquer condição digna a pessoa do trabalhador, nesta época na Inglaterra a jornada de trabalho era de 16 horas por dia 6 dias na semana e a contraprestação era realizada no sistema “*truck sistem*”.<sup>4</sup>

Conforme ensina Schwarz (2007, p.136.),

Historicamente, a limitação da jornada de trabalho impõe-se a partir da revolução industrial em virtude da posição intervencionista então adotada pelo Estado, si tratando de reconhecer, à época fundamentos de ordem biológica social e econômica legitimadores da limitação do tempo de trabalho diário. A primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho, não por acaso, consagrou o princípio da jornada de oito horas diárias ou de 48 horas semanais. A duração do trabalho e regulamentada com vistas à tutela da saúde da vida moral e social do indivíduo, da economia em geral e, ainda, da liberdade individual.

A partir da Constituição Federal de 1988, o legislador expressamente elencou garantias constitucionais que tratam da jornada de trabalho e dos descansos dos empregados, justamente em decorrência de ser direito do trabalhador o lazer, segundo prescreve:

Art. 7º. (...)

- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Tem-se como conceito de jornada de trabalho segundo Martins, (2014, p. 556), a quantidade de labor diário do empregado, devendo ser analisado sob três

<sup>4</sup> “*truck sistem*” é o sistema pelo qual o empregador mantém o empregado em trabalho de servidão por dívidas com ele contraídas, ou seja, é a condição de trabalho similar ao de escravo.



prismas: período em que esta efetivamente trabalhando, período que esta a disposição do empregador e tempo *in itinere*.

O primeiro prisma não é aceito em nossa legislação pois não contabiliza o tempo que o empregado esta na empresa e não esteja produzindo, já a segunda teoria de disposição do empregado conforme elenca o art. 4º da CLT considera-se o período em que o empregado estiver a disposição aguardando as ordens do empregador, e a terceira teoria que considera o inicio da jornada a partir do momento em que o empregado sai de sua residência.

Conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas em seu art. 4º é considerado, para computo do período de labor o tempo em que o trabalhador estiver disponível aguardando ordens do seu empregador, essa é a teoria usada na legislação brasileira pode-se ainda adotar a terceira teoria, aquele empregado que estiver a disposição do empregador, a exemplo do empregado que esta em casa de plantão sob aviso aguardado a necessidade de ser chamado, dessa forma se faz necessário tratarmos no próximo ponto uma breve explanação do conceito do que se trata para horas normais da jornada de trabalho.

## 1.2. Conceito Jornada de Trabalho

Em se tratando de jornada de trabalho, a legislação vigente dispõe que o tempo diário de (08) horas, com limite semanal de (44) horas semanais, sendo que o tempo que exceder esse número de horas será computado como horas extraordinárias. Com exceção de redução de jornadas e a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de Trabalho.

Nesse mesmo assevera Carrion, (2009, p. 107),

Jornada normal é o lapso de tempo durante o qual o empregado deve prestar serviço ou permanecer a disposição, com habitualidade, excluídas as horas extraordinárias; nesse sentido amplo, há uma "jornada" normal diária e semanal. Pelo limite imposto pela Carta Magna a diária é de 8 horas, limitada pela semanal, que é de 44 horas.

Conforme disciplina Mascaro, (2009. p.1135), o conceito de jornada diária de trabalho, o vocábulo *Giornata* que, em italiano quer dizer dia e pode se entender



sob vários aspectos, relação do tempo, que pode ser assim a medida da duração desse tempo, distribuído em repartições, diário, semanal, mensal, ou anual, podendo ainda ser mensurado pela contagem destes horários de começo e fim deste tempo, e a ainda a classificação por períodos ou seja noturno, diurno, normal, extraordinário, sobreaviso e assim por diante. O Autor segue a mesma linha de pensamento de Martins, supra citado, separando o estudo em três critérios básicos já citados anteriormente: o tempo efetivamente trabalhado, o tempo a disposição do empregador, o tempo “*in itinere*” e os intervalos para descanso ou alimentação.

Alice Monteiro de Barros (2010, p. 662), traz a distinção de jornada e horário de trabalho, ao qual jornada de trabalho é o período, durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens (art. 4º da CLT), Já o horário de trabalho abrange o período que vai do início ao término da jornada, como também os intervalos que existem durante o seu cumprimento.

Em se tratando de jornada extraordinária Carrion, (2009, p.57), traduz o art. 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregado e empregador, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§1º Do acordo ou contrato coletivo de trabalho deverá contar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será pelo menos 50% superior à da hora normal.

Quando pensamos em horas normais, são aquelas que o empregado está subordinado pelo contrato de trabalho, a carga horária normal que ele tem o dever de cumprir diária, semanal ou mensalmente, ou seja 8 horas diárias, 44 semanais e 220 horas mensais. Qualquer acréscimo à essas horas normais estaremos diante de jornada extraordinária.

### 1.3 Jornada Extraordinária

Entende-se por horas extraordinárias aquelas que ultrapassarem a jornada normal de trabalho, sendo que a legislação permite que seja autorizado a realizar no



máximo duas horas extras diárias, importante dizer que tudo aquilo que exceder o período normal de horas trabalhadas será computado como horas extraordinárias tendo um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento, caso ultrapasse esse limite estamos falando de uma afronta a princípios constitucionais.

As horas extraordinárias seguindo doutrina de Mascaro, (2009, p. 1144), são as que excedem as normais:

Horas extraordinárias são as excedentes das normais estabelecidas em um dos instrumentos normativos ou contratuais aptos para tal fim, modo que a regra básica da sua verificação não é a da invariabilidade, mas da pluralidade da sua configuração, porque tanto excederão as horas normais aquelas que ultrapassarem a lei como, também, as leis fixam diferentes jornadas normais, e ainda, os convênios coletivos podem, por seu lado, respeitados os máximos legais, determinar, fruto da autonomia coletiva das partes, outros parâmetros que os contratos individuais não podem, por sua vez, desrespeitam *in pejus*.

Assim conforme Martins, (2014, p. 596), Atualmente o adicional de horas extras é pelo menos 50% (art. 7º, XVI). Assim estão derogados qualquer preceito da CLT ou legislação ordinária que fale em menos de 50%, não impedindo a majoração do percentual. Dessa forma, o valor das horas extras habitualmente prestadas integra o calculo dos haveres trabalhistas, independentemente de limitação de duas horas diárias, segundo dispõem o art. 59, caput, da CLT e Súmula 376, II do Tribunal Superior do Trabalho.

Carrion (2009, p.113-114), espõem o mesmo entendimento, a limitação de duas horas diárias não exime o empregador de pagar as horas que excederem e as horas prestadas habitualmente prestadas integrarão o calculo para os haveres trabalhistas, independente da previsão do art. 59 da CLT, conforme sumula 376 TST, assim integram a este calculo, férias, 13º salário, aviso prévio e FGTS é pacífico.

A habitualidade das horas extras determina a integração não somente de pagamento sob repouso remunerado semanal e de feriados como por força de jurisprudência o calculo sobre outros pagamentos. (MASCARO, 2009, p. 1150).

Conforme texto constitucional a jornada de trabalho normal não deve ser superior a oito horas diárias. No entanto é facultado através de acordo ou convenção



coletiva de trabalho, a redução da jornada. Além disso, autoriza a compensação da jornada de trabalho o que acaba por restringir esta garantia supracitada.

O aumento somente será autorizado se não ultrapassar 2 horas e se o empregado concordar por escrito com a realização da jornada extraordinária.

Segundo Alessandro Severino Váller Zenni (2009, p. 162),

O próprio inciso XVI do art. 7º da CF prevê remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, encontrando vozes de eco na doutrina a combater a política de manutenção das horas suplementares habituais, chegando o Ministro Vantuil Abdalla a defender que “por serviço extraordinário não se pode entender outra coisa que não aquele prestado além da jornada normal, mas de forma excepcional”.

Encontra-se consolidado na Doutrina majoritária, o que exceder á oito horas normais será caracterizado como hora extraordinária, as quais não deverão ser superiores á duas horas extras dia de forma excepcional, ou seja, quando estas se tornarem habituais descaracterizamos a excepcionalidade tornando-as como rotineiras, o que vem a ferir o direito constitucional ao lazer, pois o empregado deixa de executar tanto planos para o futuro como o próprio convívio com a família se tornando um refém, pois necessita do emprego para o sustento, mas em contra partida não consegue reclamar esse direito por correr o risco de ser demitido.

#### **1.4. Direito ao Lazer**

Conforme já citado anteriormente, os direitos Constitucionais do trabalhador no Brasil surgiram com a promulgação da CF, de 1988 que trouxe em seu dispositivo legal, direitos e garantias constitucionais, como o direito ao lazer, que vem elencado em seu no art. 6º que corrobora conjuntamente com o principio da dignidade humana e o principio da liberdade, demonstrando assim que todos tem o direito ao lazer. O que ocorre, é que no em nosso País a fiscalização governamental frente aos empregadores não é frequente o que acaba tornado a prática de abusos aos direitos dos trabalhadores algo corriqueiro por parte da classe empregadora.

De acordo, com Flávia da Cruz Santos, (2011), esta faz uma relação do direito ao lazer com mínimo fundamental para uma vida digna.



existiram muitas maneiras de compreender o lazer na Assembleia Nacional Constituinte. Ele foi entendido como uma simples atividade, e também, de modo mais complexo, como um fenômeno social e uma ferramenta educacional relevante. Ao mesmo tempo em que ele era entendido como atividade, era entendido como uma necessidade básica e como um direito fundamental dos cidadãos. Um direito fundamental indica o mínimo necessário para que o cidadão tenha uma vida digna. [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/junho2011/ju499\\_pag9.php](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/junho2011/ju499_pag9.php)

Nesse mesmo sentido Antônio Pires, (2013), coloca que o lazer não abrange só o descanso, mas ajuda o trabalhador a renovar as forças para o próximo dia de trabalho.

Temos também o direito ao esporte como lazer. Não o esporte como prática esportiva profissional, mas o esporte-lazer e, também, o brinquedo-lazer, para as crianças. Lazer abrange não só o descanso, mas o divertimento. O lazer ajuda a refazer das forças. As empresas não podem avançar no fim de semana do trabalhador (excetuados os permissivos legais), exigindo-lhes trabalho nas horas de lazer. Neste ponto, o Estado pode agir com mais intensidade, editando leis protetivas do trabalhador hipossuficiente. <http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940598/direito-constitucional-ao-lazer-como-anda-o-seu>.

Além disso, a falta de tempo para o lazer pode trazer prejuízos a qualidade de vida e patologias associadas ao estresse emocional e até depressão, como explica, Josiane Ribeiro Minardi, (2010).

O lazer como direito fundamental apresenta-se como necessidade biológica, pois a pessoa que dispõe de tempo livre para dedicar-se a si mesma, sem prejudicar seu trabalho, tem menos chances de adquirir uma depressão, uma doença de pânico, estresse emocional, pois desenvolve seu tempo livre de forma tornar prazeroso seu labor, e com isso ter qualidade de vida. Tratando-se o direito ao lazer de direito fundamental, consagrado no artigo 6o. da Constituição Federal e de eficácia plena e imediata, tem dimensão objetiva no sentido de irradiar seus efeitos para o Poder Público e entre os particulares, para que todos o mantenha e o promova. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8081](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8081)

Segundo, Bernardo Augusto Ferreira Duarte, (2009), devemos entender o direito constitucional ao lazer não somente como um período para o descanso, mas perceber que negligenciar esse direito, poderá fazer com que a falta desse, acabe por afetar outro direito fundamental, que é o direito a saúde do trabalhador.

O direito ao lazer não consiste apenas na entrega à ociosidade repousante. Pelo contrário, existe uma diversidade incontável de dimensões contedísticas que integram o sentido da(s) norma(s) que pode(m) ser



construída(s) a partir do texto que define o direito ao lazer, a(s) qual(is) só se desvela(m) à luz de uma realidade vivenciada.<sup>14</sup> dizer que o lazer consiste na entrega à ociosidade repousante significa negligenciar, por exemplo, a realidade de que esse direito pode relacionar-se diretamente com os direitos trabalhistas, a ponto não apenas de contribuir para construção da norma que se desvela, numa determinada situação vivenciada, a partir da interpretação do art. 7º, IV, da Constituição da República. Da mesma forma, significa negligenciar a realidade de que o lazer está tão relacionado ao direito fundamental à saúde que a compreensão deste último, de certa forma, não prescinde da consideração do primeiro. DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; Levando o direito ao lazer a sério revista do tribunal de contas do estado de minas gerais outubro | novembro | dezembro 2009 | v. 73 — n. 4 — ano XXvii 75doutrina.

Conforme ensina, José Afonso da Silva, (2007, p.315), “lazer e recreação são funções urbanísticas”, são manifestações do direito urbanístico. São de natureza social o decorre de prestações estatais, que estão ligadas a condições de trabalho, qualidade de vida e direito ao meio ambiente equilibrado.

Já os autores Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, (2004), em seu trabalho, tratam do assunto referente ao desrespeito para com a classe trabalhadora que ocorre com grande frequência devido a impossibilidade de fiscalização governamental.

Esses períodos de descanso, contudo, não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações, muito mais graves, de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país.<sup>5</sup> [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12735&revista\\_caderno=25](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12735&revista_caderno=25) acesso em 16|09|14.

Nos danos desse gênero, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, desrespeitando o direito alheio, livre dispor de seu

<sup>5</sup> O modelo de tutela das relações de trabalho no Brasil infelizmente privilegiou mecanismos de tutela repressiva da relação de emprego em detrimento de mecanismos de tutela preventiva. A dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, normalmente acionada individualmente após o rompimento do vínculo empregatício de determinado empregado e que, portanto, destina-se muito mais a reprimir às irregularidades cometidas pelos empregadores do que a preveni-las, é bastante superior à do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja função compreende autorizar a instalação e o início de atividades das empresas e fiscalizar periodicamente o seu funcionamento, atuando, portanto, de forma preventiva.



tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana. (ALMEIDA, 2005, p. 48).

O Trabalhador sofre ainda grande pressão psicológica pois encontra-se em situação de vulnerabilidade na relação de emprego, caso este se negue a realizar as atividades de forma excessiva, não tem como manifestar sua vontade contrario pois esta sujeito a perder o emprego.

Conforme descreve Patrícia Reche, apud Senta Della,

Neste contexto, a indisponibilidade acaba por ser um desdobramento da irrenunciabilidade, e, portanto, protegida por lei, em razão da figura da hipossuficiência, ora atribuída ao empregado. Torna-se importante, a diferenciação do momento, pois, “o ato de renunciar só é viciado quando uma das partes está em desvantagem, impedindo-o de manifestar sua vontade livremente” No momento da contratação a vontade do trabalhador encontra-se sujeita a sua vulnerabilidade, em decorrência da figura do desemprego. Assim, esta vulnerabilidade poderá também surgir no decorrer do contrato de trabalho, principalmente no caso da demanda de mão de obra for maior, onde poderá ocorrer a perda do emprego (DELLA SENTA, 2003, p. 01).  
<https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/patriciareche/dano-existencial-983>

Princípios constitucionais do direito a liberdade e dignidade humana, que estão intimamente e intrinsecamente ligados ao direito ao lazer garantido em nossa Carta Magna, a não observância deste ofende princípios expressamente insculpidos no texto constitucional, ofensa que acaba gerando uma nova modalidade de dano o dano existencial, dano esse que está relacionado ao bem e a qualidade de vida do ofendido, pois acaba por frustrar planos e projetos de vida do trabalhador, prejudicando convívio com a família, como podemos verificar no decorrer dessa pesquisa.

### 1.5 Direito ao Dano Existencial por violação ao Direito do Lazer

Como podemos verificar o Dano existencial no direito do trabalho, está diretamente ligado ao direito ao lazer, os tribunais vem reconhecendo timidamente este direito, pois é algo muito novo ainda, por se tratar de um novo instituto muitos



trabalhadores nem mesmo sabem que detêm esse direito e por isso o número de ações ainda não é muito elevado.

O nascimento do Dano Existencial no Brasil tem origem no direito comparado ensinam, Rodrigo Goldschmidt e Ilse Marcelina Bernarde Lora, (2014), essa espécie de dano tem origem na Doutrina Italiana,

Deve-se à doutrina italiana a construção de nova moldura da responsabilidade civil, incluindo nos danos indenizáveis nova categoria, denominada “dano existencial”, fundada nas atividades remuneradas ou não da pessoa, relativa aos variados interesses da integridade física e mental, de que são exemplos as relações sociais, de estudo, de lazer, comprometidas em razão de uma conduta lesiva.

A nova categoria passou a ser estudada em razão de que, no direito italiano, segundo a lei, somente são admitidas duas espécies de dano indenizável praticado contra a pessoa, quais sejam: a) o dano patrimonial, fundado no art. 2043 do Código Civil; e b) o dano extrapatrimonial, previsto no art. 2059 do mesmo Código, com a ressalva, entretanto, de que a indenização somente é devida nos casos previstos em lei ou se o dano for causado por uma conduta criminosa.

A falta de previsão em lei para a reparação do dano imaterial decorrente de ato ilícito civil levou a doutrina italiana, no início dos anos 60, a classificar nova espécie de dano injusto causado à pessoa, que foi denominado de dano à vida de relação e que consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa, que obstaculiza, total ou parcialmente, usufruir as benesses propiciadas por atividades recreativas, fora do âmbito laboral, como praticar esportes, frequentar clubes e igrejas, fazer turismo, dentre outras. A lesão provoca intensa interferência no estado de ânimo e, por consequência, no seu relacionamento social e profissional, reduzindo as chances de progresso no trabalho, com reflexo patrimonial negativo. Como exemplos, a doutrina cita erros médicos que comprometem a higidez física e impossibilitam a prática de esportes.

O dano existencial distingue-se do dano moral porque não se limita a uma amargura, a uma aflição, caracterizando-se pela renúncia a uma atividade concreta.

No âmbito do Direito do Trabalho pode estar presente, exemplificativamente, nas hipóteses de assédio moral e doença ocupacional, na medida em que tais eventos, além de ensejar sofrimento e angústia (dano moral), também podem causar prejuízos ao projeto de vida, às incumbências do cotidiano, à paz de espírito (dano existencial), registrando-se acolhimento, pela magistratura trabalhista, de pedido de indenização calcado em renúncia involuntária às atividades cotidianas do trabalhador em razão de conduta ilícita do empregador (TRT/4ª Região. Processo 0000105-14.2011.5.04.0241). <http://jus.com.br/artigos/27899/o-dano-existencial-no-direito-do-trabalho/21>. Acessado em 22/10/2015.

Conforme podemos analisar já existe em nossa jurisprudência casos de provimento a favor do Dano Existencial consolidando o direito ao lazer.



A Desembargadora Ana Luíza Heineck Kruse, em decisão do processo nº 0000713-72.20011.5.04.0027<sup>6</sup>, cita os autores Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao tratar sobre o dano existencial e o direito do trabalho, ao qual

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

(...)

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.

O tipo de dano ora em estudo, segundo Flaviana Rampazzo Soares, é capaz de atingir distintos setores da vida do indivíduo, como: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, tendo em vista que qualquer pessoa possui o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou ao lazer, etc. (grifei).

Em outra passagem, consignam:

Os tribunais vêm, ainda timidamente, reconhecendo essa nova figura. O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, em decisão relatada pelo Desembargador Federal do Trabalho José Felipe Ledur, estabeleceu o pagamento de indenização à trabalhadora que fora vítima de dano existencial por ter trabalhado sobre jornada excedente ao limite de tolerância, veja-se: DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade

<sup>6</sup> Acórdão do processo 0000713-72.20011.5.04.0027(RO) Data: 09/10/2013 Origem: 27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre Órgão julgador: 1a. Turma Redator: Ana Luiza Heineck Kruse Participam: Iris Lima De Moraes, Marcelo José Ferlin D Ambroso.



do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.

No referido processo, o Desembargador relator José Felipe Ledur ainda aduz que a prestação de horas extras não representa, em regra, dano imaterial/Existencial. Na verdade, é o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, é que representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e uma forma de aviltamento do mesmo. Portanto, é o trabalho prestado em jornadas extenuantes que autorizam a conclusão de ocorrência do dano in re ipsa. Extrai-se ainda do aludido julgado essa relevante passagem: Os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso 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) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a asseguaração do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa) e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares)

Acórdão do processo 0000713-72.2011.5.04.0027(RO) Data: 09/10/2013  
Origem: 27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre Órgão julgador: 1a. Turma  
Redator: Ana Luiza Heineck Kruse Participam: Iris Lima De Moraes, Marcelo José Ferlin D Ambroso

Nesse sentido, asseveram os autores Júlio César Bebber e Neto Almeida que o dano existencial é a impossibilidade do empregado executar seus projetos de vida, não deixando escolhas para seu futuro e também impedindo diversas formas de atividades recreativas e de entretenimento, ou seja, o direito ao lazer.

O primeiro deles Júlio César Bebber associa a tudo aquilo que determina a pessoa decidiu fazer com a sua vida. Como bem pondera o aludido autor, o ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso, afirma que qualquer fato injusto que frustre esse destino, impedindo a sua plena



realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial. (BEBBER, 2009, p. 28).

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 extra laborativas, tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz, com isso, suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 52)

O Dano existencial está ligado diretamente com a impossibilidade do trabalhador conseguir realizar seus projetos de vida, tanto na busca do crescimento pessoal e profissional pois lhe é impedido em função do comprometimento que a este é imposto pelo empregador, de ter que trabalhar excedendo o limite de horas o permitidos, tendo que deixar de lado conseqüentemente seu convívio com a família e período de descanso e de lazer.

### 1.6 Dano Extrapatrimonial

Dano extrapatrimonial é aquele que advém da natureza moral, social e psicológica, uma espécie de lesão que atinge o indivíduo no seu íntimo, fazendo com que esse indivíduo vá se esvaziando, deixando de ter sentido a sua existência.

O surgimento de danos extrapatrimoniais veio a ser concebido após a atual Magna Carta conforme demonstram, Rodrigo Goldschmidt e Ilse Marcelina Bernarde Lora (2014),

A responsabilidade civil incluía, tradicionalmente, apenas os danos materiais, que alcançavam os danos emergentes e os lucros cessantes. No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, a indenização por danos extrapatrimoniais era reconhecida em caráter excepcional. A admissão da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais somente passou a existir, de forma ampla, a partir da atual Carta Magna, mas sob a denominação de dano moral. No contexto nacional, a exemplo do que se verifica no direito comparado, historicamente doutrina e jurisprudência classificaram o dano injusto indenizável em dano patrimonial – aquele que atinge diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata – e em dano moral – aquele que causa abalo psicológico, emocional, aflição, sensação dolorosa ou angústia, a que foi acrescentado, posteriormente, o dano estético como terceira categoria de dano indenizável. <http://jus.com.br/artigos/27899/o-dano-existencial-no-direito-do-trabalho/21>. Acessado em 22/10/2015.



Seguindo este raciocínio conforme, Soares (2009 p. 44), trata-se de dano extrapatrimonial porque este está ligado diretamente à ordem pessoal e social do sujeito, pois modifica seu cotidiano fazendo assim com que o indivíduo tenha que abrir mão de seus planos e projetos por não ter a possibilidade de efetiva-los por ter sido suprimida em seu dia a dia.

[...] ele é uma espécie de lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

Este mesmo autor ressalta que atividades em estágio avançado que alterem os hábitos do cotidiano do trabalhador, se caracterizarão como dano existencial, logo como supracitado este é dano de ordem pessoal e social.

A LER, em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais como obsta o exercício de tarefas singelas do dia a dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial. (Soares, 2009. p. 76).

Analisando o artigo do professor Calvet (2011, p.19) conclui-se, no que diz respeito à prática reiterada do excesso de jornada, sem motivo excepcional, salta aos olhos o exemplo de grave lesão ao direito social ao lazer em favor do ser humano, o que faz com que o agente agressor possa ser demandado a reparar o dano causado.

Alguns pontos devem ser analisados sobre este assunto, principalmente no que se refere ao adicional de 50% a hora trabalhada durante o trabalho extraordinário previsto constitucionalmente e dentro do limite imposto, ao qual, não há de falar em dano ou lesão ao direito ao lazer, pois essa pode ser uma forma do trabalhador de aumentar os ganhos e renda familiar.

O dano é assim devido quando decorre de trabalho acima do limite previsto constitucionalmente, no sentido de que o empregado que recebe o adicional de 50%



de remuneração apenas o recompensa pela energia despendida em seu labor, não restituindo o prejuízo de se ausentar do convívio familiar e deixando para traz seus planos e projetos de vida, então sim desse modo é devida indenização decorrente da perda do direito ao lazer.

O fato de o empregador pagar horas extras ao trabalhador, não o exime ao pagamento de indenização em detrimento do direito ao lazer, sendo de grande valia esta constatação para que haja uma mudança, já que nas praxes forenses buscam tão somente o pagamento das horas extraordinárias.

Importante salientar que pode haver casos em que o empregado tenha desejado a realização destas horas extras para a majoração salarial o que acabaria por livre manifestação adentrar em outra celeuma jurídica, pois este querendo renunciar a tal direito fundamental se fosse sua vontade como direito lidaria com este instituto.

Tema bastante aceito é de que nenhum direito é absoluto, mesmo assim os direitos humanos são estes reconhecidos como fundamentais, e estes são normas chaves para o ordenamento jurídico que leva a crer que em regra é irrenunciável, o que já vem pacífico na doutrina trabalhista que em si tratando de normas cogentes nesse ramo do direito o princípio da irrenunciabilidade são pilares desta construção.

Ainda a de se fazer menção ao direito comparado, que conforme disciplina Canotilho, (2003, p.503), quanto a garantia de acesso aos Tribunais, como a proteção jurídica individual,

(...) pois é configurada como garantia de *proteção jurisdicional* ( dirige-se à proteção dos particulares através dos tribunais), e possui, ela própria, a *qualidade ou natureza de direito análogo* aos direitos, liberdades e garantias (CRP, artigo 17.º). o texto constitucional, na redação da LC 1/97, fornece a abertura inequívoca para processos de justiça administrativa relativamente aos quais a doutrina, legislador e jurisprudência, se mostravam até agora reticentes(...). O fato de se tratar de uma imposição legiferante não significa que o juiz não possa aplicar diretamente este preceito interpretando o direito ordinário em conformidade com a constituição. Isso terá desde logo relevância prática: (1) na desaplicação por inconstitucionalidade de normas erguidas como impedimento legal a uma proteção adequada de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares; (2) na *formação judicial constitucionalmente adequada* de instrumentos processuais já existentes (ex.: providências cautelares não especificadas, “aceleração” de processos para de forma equitativa, eficaz e expedita, se defenderem direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 20.º/4 e ss).



Moraes (2010, p. 33), Assim o direito brasileiro vários doutrinadores, fazem uma distinção entre *direitos e garantias fundamentais*, o autor remonta a Rui Barbosa, ao dizer que são meramente declaratórias, as que imprimem direitos reconhecidos e assecuratórias as que em defesa do direito restringem o poder, não sendo raro se juntarem no dispositivo legal, tanto na garantia como na declaração do direito. Moraes, (2010, p.34) seguindo o mesmo raciocínio cita Jorge Miranda, afirmando que a contraposição clássica e bem atual, dos direitos fundamentais e as garantias se dão pela sua estrutura natureza e função, direitos são principais e garantia são acessórias adjetivas mesmo que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo. Assim os direitos permitem a realização imediata e as garantias se projetam pelo nexos que possuem direitos, portanto os “direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*”.

Tanto os direitos como as garantias devem ser invocados, ou seja, direitos insculpidos constitucionalmente poderão ser pleiteados nos tribunais, ainda que o direito ao lazer no Brasil vem timidamente se inserindo na jurisprudência, esse direito está positivado e deve ser respeitado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nítido é que o direito ao Lazer não pode ser inobservado tanto estatal como privadamente, precisa ser garantido este direito em qualquer das esferas, tanto na seara trabalhista quanto em outros setores da sociedade no que tange o direito das crianças e idosos.

No tocante ao direito do trabalho tornasse ainda pulsante quando evidenciado este direito sendo tolhido, o que acaba por interferir na qualidade de vida digna desse trabalhador, sendo uma ofensa a Carta Magna que elencou em seu texto constitucional a garantia desse direito.



Portanto se perfaz que o direito ao lazer é algo que está positivado, aquele que se sentir lesado basta reivindicá-lo quando estiver sendo impedido de exercê-lo, pois goza de proteção constitucional.

Ainda se faz mister dizer que se o direito ao lazer estiver suprimido pelo excesso de jornada de trabalho habitual, durante um período significativo e assim o trabalhador tenha interrompido seu planos e projetos de vida, ou ainda aja um prejuízo psíquico ou social, que acarrete dano ao trabalhador pela falta de convívio com a família ou em sociedade, a este além do pagamento das horas extras habituais que já haviam sido pagas, o mesmo é merecedor de indenização por dano existencial, pela supressão do seu direito ao lazer, o que acaba por prejudicar a vida desse trabalhador tendo serias consequências pela não observância desse direito.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010.6. ed.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações**. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

CALVET, Otávio Amaral. **Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado**. Artigo utilizado como material da Aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Anhanghera-Underp, 2011.

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

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**. 34. Ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; **Levando o direito ao lazer a sério**. Revista do tribunal de contas do estado de minas gerais outubro | novembro | dezembro 2009 | v. 73 — n. 4 — ano XXVII 75doutrina.

FILHO, Cavalcanti Boucinhas; ZANOTELLI, Rubia. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12735&revista\\_caderno=25](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12735&revista_caderno=25). Acesso 19/09/2014.



GOLDSCHIMIDT, Rodrigo; LORA Ilse Marcelina Bernarde. **O dano existencial no Direito do Trabalho.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27899/o-dano-existencial-no-direito-do-trabalho/21>. Acessado em 22/10/2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2014. 30 ed.

MINARDI, Josiane Ribeiro; **O direito ao lazer e as relações de trabalho.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8081](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8081) acessado em 29/03/15.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional:** São Paulo: Atlas, 2010. 26 ed.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2009. 24. ed.

NETO, Amaro Alves de Almeida. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

PIRES, Antônio; **Direito constitucional ao lazer: como anda o seu?** Disponível em: <http://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940598/direito-constitucional-ao-lazer-como-anda-o-seu>. Acessado em 29/03/15.

RECHE, Patricia; **Dano Existencial.** Disponível em: <https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/patriciareche/dano-existencial-983> Acessado em 29/03/15.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Flávia da Cruz; **O lazer é um direito social no Brasil?** Disponível em: [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/junho2011/ju499\\_pag9.php](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/junho2011/ju499_pag9.php). Acessado em 29/03/15.

SILVA, José Afonso Da; **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2008. 31. ed