

O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho

JAIR APARECIDO CARDOSO

“Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Resumo: O trabalho humano, na sua concepção atual, distancia-se da sua origem etimológica. Atualmente, busca-se a sua emancipação e dignificação. Objetivando a consecução do projeto jurídico constitucional, o direito ao descanso também se torna um direito fundamental do trabalhador, como elemento de defesa do seu direito existencial e de proteção à salubridade do meio ambiente do trabalho, a fim de que se preserve a própria liberdade do trabalho e se alcance a desalienação. Motivado pela aproximação desses institutos em defesa da dignidade humana e do trabalho, produziu-se esta reflexão.

Palavras-chave: Trabalho humano. Descanso. Meio ambiente do trabalho. Direito existencial.

1. Introdução

Em recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), foi reconhecido o dano existencial por violação ao direito de personalidade do trabalhador (BRASIL, 2013). Esta não foi a primeira decisão do TST sobre o assunto, mas ganhou destaque na mídia por acenar, juntamente com as demais, posicionamento que vem ganhando corpo naquele tribunal a respeito do tema. A motivação ideológica da decisão levou em consideração a supressão de direitos trabalhistas de forma reiterada e

Recebido em 25/4/14
Aprovado em 3/9/14

contumaz por parte do empregador, cerceando o direito de o trabalhador dispor livremente de seu descanso.

O cerceamento desse direito do trabalhador causa prejuízo à sua vida de relação, o que ocasiona o dano existencial.

O denominado dano existencial teve sua origem na Itália, mas ressoou em outros países da Europa. Agora vem encontrar terreno fértil nos tribunais pátrios, objetivando efetivar a concretude da proteção da dignidade humana.

A presente reflexão propõe-se a analisar a proteção da vida do trabalhador, pelo viés de seu direito ao descanso, sem olvidar, obviamente, de que não é somente este o fator que causa o dano ao direito existencial da pessoa humana, notadamente no campo do direito do trabalho.

Modernamente, quando se fala em direito ao descanso, parece que o termo não encontra dificuldade de entendimento e aceitação, e a todos parece ser um legítimo direito do trabalhador: entretanto não foi sempre assim, em especial em épocas em que nem mesmo o trabalho era tido como algo inerente à dignidade humana. Quando o próprio trabalho não encontrava amparo na proteção da dignidade humana, perdia relevo a discussão sobre o descanso decorrente dessa atividade.

Diante disso, a discussão do direito ao trabalho clama pela discussão do direito ao descanso. Não há como falar em trabalho digno sem incluir nessa esfera o necessário tempo para o trabalhador repor suas energias físicas e mentais.

O trabalho e o descanso, tal como hoje os concebemos, tiveram uma evolução necessária para atingir o atual reconhecimento social; todavia, não são raras as notícias de seu aviltamento.

Para refletir sobre a essência do descanso na vida do trabalhador como um dos elementos de proteção contra o dano existencial, entende-

mos ser necessário localizá-lo no contexto da atividade laborativa que o motiva e, decorrente desta, a necessidade de sua concessão, sem perder de vista que a proteção ao trabalho digno também é elemento da proteção existencial.

2. A concepção contemporânea de trabalho

A história, como já tivemos a oportunidade de pontuar, mostra que o trabalho, em razão de sua evolução social, não pode ser tido como castigo, dor, pena ou como qualquer outro qualificativo que possa classificá-lo em sua vertente etimológica (CARDOSO, 2002, p. 12-16).

O trabalho, como registrou o papa João Paulo II, é para o homem, e não o homem para o trabalho; por isso mesmo, deve ser tido em sua dimensão criadora e ter sempre em mira seu sentido de libertação (IGREJA CATÓLICA, 1981).

Segundo a cultura religiosa, o primeiro castigo dado ao homem, por designação divina, foi o trabalho. Decorrente da cultura latina, o homem foi criado *ut operatur* – para trabalhar. Na cultura da Grécia Antiga, o trabalho era destinado aos escravos. Nessa época, todavia, a concepção do trabalho era de pena ou atividade destinada como castigo a determinada categoria social, que deveria exercer essas atividades como expiação por sua condição social. As atividades políticas ou a elas assemelhadas não se enquadravam nessa categoria. Assim, certas atividades intelectuais, como filosofar, ensinar, dentre outras, não eram consideradas trabalho.

O trabalho, em uma visão antropológica, pertence à condição originária do homem. Por outro lado, desprendendo-se de sua origem etimológica e em sua ação libertadora, mostra-se como ferramenta eficaz contra a pobreza e torna o homem digno de seu resultado, e, por isso, deve ser sempre honrado.

O homem é o criador, realizador e destinatário último de seu resultado; por isso, o trabalho é o fio condutor de toda questão social (DENNY, 2001, p. 235). Eis aí também, e por essa mesma razão, o seu valor ético. Seu valor consolida-se, não no produto feito, mas no fato de quem o faz: a pessoa humana. É nessa perspectiva que deve ser analisado o trabalho. É, portanto, um direito fundamental do homem, pois por meio dele o homem mantém a si e à sua família, adquire produto, propriedade e contribui para o bem comum.

Nessa trilha – e por paradoxal que possa parecer, com relação ao trabalho –, o homem não pode ser tolhido em sua liberdade de ser explorado por seu semelhante. Em outras palavras, o homem não pode ter cerceada sua liberdade de trabalhar, mas, sobretudo, devem ser observados limites que garantam sua dignidade e a dignidade de seu trabalho (CARDOSO, 2008).

Para Ercílio Antonio Denny, para se compreender o valor do trabalho, basta consultar a pessoa que se encontra desprovida dele (DENNY, 2001). Por essa razão, devem ser compatibilizados os interesses entre capital e trabalho, ou, no dizer do papa Leão XIII, não há capital sem trabalho e não há trabalho sem capital; por isso mesmo, o homem não deve ser amado somente nos limites de suas forças físicas ou somente pela extensão de seus braços (IGREJA CATÓLICA, 1891).

Por esse prisma, a compatibilização entre capital e trabalho é o núcleo central da efetiva proteção a essa atividade humana.

Por isso, a proteção do trabalho não pode ser pensada somente por meio de uma lógica dogmática, mas em uma perspectiva dinâmica, que leve em consideração as reais condições do meio ambiente do trabalho, para que seja extirpado do espírito do trabalhador qualquer sentimento de dor, pena, castigo e humilhação.

Assim, a proteção ao trabalho deve ser pensada em uma perspectiva que respeite a dignidade do trabalho, mas, sobretudo, a dignidade humana.

É por essa dimensão que deve ser pensado o trabalho, buscando honrá-lo como elemento natural da dignidade humana, em seu valor social e também como elemento fundante do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica e social.¹

Dessa forma, é crível conceber que qualquer ofensa à dignidade do trabalho repercute diretamente na dignidade humana, que, por sua vez, ocasiona o dano existencial. Esse dano, mesmo que individual, tem repercussão social. É, portanto, difuso, por lesar o Estado Democrático de Direito com repercussão direta na ordem social.

¹ CF/88, art. 1º, III e IV; art. 6º; art. 170, *caput* e inciso VIII (BRASIL, 1988).

3. O direito ao descanso como direito natural

A par da consideração histórica sobre o trabalho humano – mesmo que em apertada síntese, somente para situá-lo em uma perspectiva evolutiva e considerá-lo em uma conjuntura social atual, na qual ele perde seu sentido etimológico para ser visto como direito fundamental –, merece relevo também o aspecto histórico e antropológico do descanso, em razão do direito natural decorrente do exercício dessa atividade humana.

Todo ser vivente manifesta, de forma natural, sua predisposição ao descanso. É de fácil constatação que nenhum animal pode ser sujeito a uma atividade contínua e prolongada sem que isso o leve a algum tipo de fadiga. Como mecanismo natural de defesa, reagirá buscando seu direito de recompor suas energias. O direito ao descanso, portanto, é um direito natural de qualquer ser vivente para que ele possa repor suas energias, mesmo que para sujeitar-se às mesmas atividades novamente.

Além do aspecto da prevenção da fadiga pelo exercício da tarefa inerente a cada espécie, devem ser consideradas, ainda, suas características, o clima, dentre outros fatores.

Para o ser humano não é diferente. Para prevenir-se da fadiga decorrente do labor, o homem deve descansar; e este seu direito natural ao descanso deve ser respeitado.

No caso do ser humano, entretanto, o descanso previne a fadiga em suas dimensões física e mental, além de contribuir para inseri-lo no convívio social.

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

A despeito de ser o descanso um direito natural do ser humano, a história sinaliza sua origem com apelos a fortes argumentos culturais. Se for verdade que o descanso é um direito natural, o homem, mesmo em sua origem mais remota, deve ter, evidentemente, realizado tal prática após suas atividades normais de sobrevivência. Mas é por meio da origem teológica que encontramos diversos registros históricos sobre o assunto.

O descanso no sétimo dia, por exemplo, já é antigo, tendo sua procedência no povo hebreu, que guardava o sábado como dia de descanso porque a Sagrada Escritura dizia que Deus havia descansado no sétimo dia.² Posteriormente, no Decálogo de Moisés, passou-se a observar o

² Gn. 2.2-3; Ex16.26, 20.8, 31.16, Lv 16.31, 19.30, e Dt 5.12-14.

descanso semanal no domingo, por ser este dia o destinado à descida do Espírito Santo sobre os apóstolos. A ressurreição de Cristo ocorre em um domingo, por isso, na cultura cristã, o domingo substituiu o sábado judeu como dia de adoração.³

Segundo o evangelho de São Marcos, “o sábado foi estabelecido por causa do homem, e não o homem por causa do sábado” (BÍBLIA, 1969).⁴

Há, ainda, registros de que na Grécia Antiga os trabalhadores do campo descansavam a cada nove dias para poderem ir a Roma fazer compras. Tudo isso em razão de valores culturais da época; neste caso, não havia apelo religioso.

A primeira regra sobre o assunto, ainda na Roma Antiga, foi uma norma de Constantino que proibia o trabalho aos domingos (321 d.C.).

A paralisação do trabalho, pelo fundamento religioso, ocorria, como visto, no sábado ou no domingo, considerados dias dedicados à purificação; mas havia também a paralisação para os dias festivos, para comemoração de grandes datas históricas ou o fim da colheita; com isso, o fundamento religioso vai cedendo espaço a outros apelos culturais.

Com exceção da Rússia soviética, na qual o descanso era concedido após o quinto dia de trabalho, independentemente do dia da semana, o que se plasmou à cultura foi a fixação do descanso semanal. Nos países de cultura cristã, deu-se a fixação do descanso semanal aos domingos. Na Idade Média, a Igreja Católica exerceu forte influência sobre o repouso dominical; as corporações de ofício incluíam em seus estatutos a obrigação do descanso aos domingos. Entre o final do século XV e o início do XVI, com a legislação das Índias, Felipe II, na Espanha, torna obrigatório o descanso dominical e em

dias de festas religiosas. Na Turquia e no Irã, o descanso semanal é na sexta-feira, assim como na tradição do povo hebreu, o dia de descanso é o sábado (SÜSSEKIND, 1995, p. 769).

Com o passar do tempo, o descanso ganha espaço na cultura do trabalho, mantendo sua raiz de cunho religioso, mas pendendo para outros apelos, forçando o governo de diversos países a tomarem iniciativas nesse sentido: a França, em 1814; a Suíça, em 1890, e a Alemanha, em 1891, generalizando-se a partir daí, sendo que, em 1919, a Conferência da Paz, pelo Tratado de Versalhes, recomendou o descanso hebdomadário, de vinte e quatro horas, no mínimo, aos estados membros.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) abordou expressamente o assunto em 1921, em Genebra, aprovando a Convenção nº 14, sobre repouso semanal nas indústrias, recomendando-o também para os comerciários. Posteriormente, em 1930, aprovou-se a Convenção nº 30, para regular o trabalho nos comércios e nos escritórios. Em seguida, foram aprovadas a Convenção nº 106 e a Recomendação nº 103, também tratando do repouso hebdomadário.

Nessa trilha, diversos países passaram a consagrar o descanso semanal em suas normas internas, tendo-o como necessidade humana, a despeito da cultura religiosa.⁵

A evolução social fez com que o apelo religioso cedesse espaço, no campo normativo, para erigir um novo fundamento para justificação do repouso semanal, notadamente após a Revolução Industrial: o biológico, o social e o econômico. O biológico, com o objetivo de eliminar a fadiga física; o social, para propiciar melhor convívio familiar, além de outras atividades

³ Mt 28.1, Lc 24.1, Jô 20.1, Ap 1.10.

⁴ Mc 2.27.

⁵ Argélia, Benin, Birmânia, Brasil, Bulgária, Checoslováquia, China, Honduras, Iraque, Itália, Iugoslávia, México, Paraguai, URSS (SÜSSEKIND, 1995, p. 771).

recreativas; e o econômico, para equilibrar o desemprego e aumentar a produção.

Em síntese, assim como a concepção de trabalho evoluiu, para atingir *status* de direito fundamental, o direito ao repouso também evoluiu para além do seu valor teológico, como direito do homem do trabalho, para repor suas energias, melhor conviver com sua família e contribuir para produção social. Inquestionável, portanto, o direito ao repouso como direito natural do ser humano. Eis aí a sua finalidade e fundamento.

4. O descanso e a sua relação com o meio ambiente do trabalho e a dignidade humana

Pela ótica do descanso como direito natural, destacamos alguns aspectos históricos e sociológicos para o pleno desenvolvimento do trabalhador como ser social pelo prisma do necessário momento de repouso e dedicação à convivência familiar e social.

Ocorre que a legislação do trabalho também prevê diversos institutos que visam a garantir outros momentos de descanso ao trabalhador, tais como os descansos semanais remunerados, os intervalos entre e intrajornadas, férias e feriados etc. Todos esses institutos visam, guardadas as devidas regras de suas incidências, à mesma coisa: garantir ao trabalhador o momento de descanso para repor suas energias físicas e mentais, e poder gozar dos meios de sociabilidades afetas a cada indivíduo.

Por isso, todo instituto que estabeleça algum tipo de descanso ao trabalhador, mesmo que mínimo, como o intervalo intrajornada, por exemplo, está vinculado à norma de ordem pública de proteção ao trabalho e deve obedecer, por isso mesmo, a preceitos que vão além da legalidade para buscar a concretude do princípio de proteção à dignidade do trabalho

a fim de propiciar ao trabalhador seu necessário momento de descanso com a liberdade de poder gozá-lo fazendo a programação social de sua vida.

Assim, esta situação não pode ser modificada pela vontade das partes: deve obedecer a preceito maior. O interesse individual deve ser protegido, mas este deve curvar-se ao interesse coletivo, ao passo que este, apesar da primazia da autonomia privada coletiva, na mesma medida, deve submeter-se ao interesse público.

Aí está a essência e a virtude da liberdade do trabalho: é o ponto de equilíbrio que, juntamente com outros direitos de proteção à dignidade humana que também precisam ser respeitados, deve extirpar do espírito do trabalhador o sentimento de escravização, subjugação, submissão integral ao capital.

Não pode ser furtado do trabalhador o direito de dispor livremente de seu horário de descanso, com exceção à possibilidade de ele negociar esse direito com o empregador.

A legislação é farta em previsões de proteção ao descanso, e a jurisprudência também tem tido o cuidado de estabelecer regras e limites para tal mister. Tudo isso com o fulcro de proteção à higidez do trabalho.⁶

⁶Sobre o assunto, o TST tem os seguintes entendimentos: “Súmula 360. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALOS INTRAJORNADA E SEMANAL. A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988”. “Súmula 391. PETROLEIROS. LEI Nº 5.811/72. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS E ALTERAÇÃO DA JORNADA PARA HORÁRIO FIXO. I – A Lei nº 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros. II – A previsão contida no art. 10 da Lei nº 5.811/1972, possibilitando a mudança do regime de revezamento para horário fixo, constitui alteração lícita, não violando os arts. 468 da CLT e 7º, VI, da CF/1988” (BRASIL, 2003). “Súmula 423. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (NAÇÕES UNIDAS, 1948) destaca, em seu artigo XXIV, que “toda pessoa tem direito ao descanso e à remuneração, especialmente a uma limitação racional das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Todavia, a história das férias é anterior: na Inglaterra surgiu em 1872, na Áustria, em 1919, e, depois da Primeira Guerra Mundial, em diversos países, até mesmo em decorrência das diversas convenções e recomendações da OIT.

Assim, diversos países têm ajustado os seus entendimentos com relação à concessão do devido descanso ao trabalhador; embora diverjam em alguns aspectos na normalização interna, o denominador comum tem sido a necessidade dessa concessão para evitar custo social maior.

Consoante já destacado, o repouso e o lazer, em seu sentido lato, são direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e também pelo nosso sistema constitucional, como direito social. Portanto, qualquer ofensa a esses direitos fere os postulados referidos e ainda o inciso III do art. 1º, e o inciso XXII do art. 7º, da CF/88 (BRASIL, 1988), causando dano ao meio ambiente do trabalho e também ao existencial. Mitigar o direito ao descanso é ofender a essência da liberdade, a qual decorre da própria natureza humana – por isso, fundamental.

Sobre essa liberdade, pontuou Proudhon (2008, p. 25):

“[...] Jo homem quer na verdade se submeter à lei do dever, servir sua pátria, obsequiar seus amigos, mas ele quer trabalhar naquilo que lhe agrada, quando lhe agrada, tanto quanto lhe agrada; ele quer dispor de suas horas, obedecer somente à necessidade, escolher seus amigos, suas diversões, sua disciplina; prestar serviços por satisfação, não por ordem; sacrificar-se por egoísmo e não por uma obrigação servil”.

negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras” (BRASIL, 2006). “Súmula 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT” (BRASIL, 2012b).

Na verdade, respeitada a posição do autor, o que está ínsito neste contexto é a noção natural de liberdade, a qual deve comungar com os objetivos sociais de proteção à dignidade humana.

Como afirmou Thomas Fleiner (2003, p. 11):

“Encontrando-me em uma bela e ensolarada praia italiana, decidi-me livremente a trabalhar neste livro, em vez de sonhar, banhar-me, beber um café ou mesmo assistir à televisão. O que isso tem a ver com a dignidade humana? Muito! Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. [...] Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito ao âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana”.

Sobre o assunto, conclui o autor:

“O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas” (FLEINER, 2003, p. 20).

Nesse contexto, para respeitar o direito ao trabalho, deve-se considerar o direito ao descanso, para que, juntos, garantam a dignidade humana do homem do trabalho e a dignidade do trabalho.

Até mesmo nos discursos atuais sobre o emprego verde e trabalho decente, além de outros estudos que trilham esse caminho, deve ser considerado o direito ao descanso no seu sentido essencial à existência humana; tudo isso, portanto, com reflexo direto no meio ambiente do trabalho como um dos aspectos dos princípios da precaução e da prevenção.

5. A evolução social e o descompasso legislativo

Visto por esta ótica, o direito ao descanso deixa de ser mera previsão legal para figurar no cenário dos direitos de proteção à dignidade da pessoa humana. Desse modo, a não concessão do descanso não gera mera irregularidade administrativa, passível de multa, com eventual determinação do pagamento do trabalho realizado nesse período, mas poderá gerar dano maior, que é a usurpação da liberdade individual de programação da vida do trabalhador, a exacerbação do poder diretivo

do empregador, a extrapolação evidente do *jus variandi*, o que poderá acarretar, por via oblíqua, prejuízo significativo ao trabalhador, que terá cerceado, com ofensa à sua dignidade e à dignidade do seu trabalho, o seu projeto de vida e a sua vida de relação, em prejuízo, ainda, ao seu pleno desenvolvimento social.

O cerceamento à liberdade de programação da vida causa prejuízo à sua dimensão essencial e ao verdadeiro sentido de liberdade latente em cada indivíduo, com reflexo direto na dignidade da pessoa humana. Esse dano ao projeto de vida ocasiona vazio existencial em decorrência da renúncia forçada ao seu direito de escolha. Esse fenômeno fere profundamente o indivíduo, com reflexos e prejuízos psicológicos, evidenciando, com considerável frequência, a constatação de elevado grau de baixa estima pessoal, e, por esse motivo, passou a ser aceito pela doutrina e jurisprudência como dano existencial – dano à existência.

Para melhor localizar e estudar esse fenômeno no escopo deste trabalho, pensamos que dois importantes aspectos devem preceder seu enfrentamento. O primeiro é a tendência global do mundo jurídico de adequar-se ao projeto social globalizante – entenda-se projeto social em seu sentido lato, envolvendo o econômico, o político etc.

O outro aspecto é a tendência nacional de adequação do projeto jurídico ante os reclamos sociais em constante desenvolvimento com o surgimento de novas teorias tendentes a ocupar os espaços jurídicos lacunosos em socorro da constatação de novos fatos sociais que reclamam por proteção para concretude do direito.

O primeiro aspecto refere-se à tendência de aproximação cultural.

A globalização, que nada mais é do que uma nova fase do sistema capitalista, ao buscar o nivelamento econômico causa reflexos em outros setores, notadamente o cultural; por isso,

a aproximação de diversas culturas, em especial aquelas que comungam da cultura social cristã, por facilitar tal desiderato.

Tudo isso deságua também no nivelamento do projeto jurídico, por meio do qual o Estado busca a adequação da necessária paz social, reconhecendo, em seu terreno, direitos que emergem de outras culturas, contemplando-os de diversas formas, até mesmo antes da manifestação legislativa, por meio do judiciário, em decorrência também da própria cultura da omissão daquela casa.

Com efeito, surgem, no final do século XVIII e início do século XIX, os chamados direitos fundamentais.⁷ No início dessa fase, ainda com exacerbado apelo dogmático e positivista do direito, objetivou-se, no século XVIII, o desenvolvimento da cultura da defesa dos direitos civis individuais, preocupados com a garantia da liberdade individual, da propriedade, do direito de ir e vir, do direito à vida e à segurança. No século XIX, a preocupação foi com os direitos políticos, surgindo aí, de forma embrionária, o sentido do coletivismo em defesa da liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, participação política e eleitoral. Todos esses são direitos individuais, mas exercidos coletivamente, e ficaram conhecidos como direito de primeira geração.

A realização e concretização desta fase tinha por mote a teoria do Estado mínimo.

No século XX, surgiu o chamado direito de segunda geração, baseado na proteção dos direitos econômicos e sociais, visando à proteção ao direito do trabalho, saúde, educação, seguridade social; em síntese, visava à garantia de acesso aos meios de vida e ao bem-estar social.

⁷ Para fins de referência didática, adotamos o termo “geração”, em detrimento do termo “dimensão”, para não adentrar a discussão das posições doutrinárias diversas sobre o tema, porque o objetivo aqui não é aprofundar essa discussão.

A realização e concretização desta fase tinha por mote a teoria da forte presença e participação do Estado na adequação do projeto social.

Nesse constante evoluir social, surgem, na segunda metade do século XX, os chamados direitos de terceira geração. Visando à proteção de direitos de titularidade indeterminada, quebrando a lógica do individualismo e do coletivismo, surge a cultura do solidarismo, em defesa de direitos que não pertenceriam à pessoa, mas a grupos de pessoas – nação, coletividade, etnias, humanidade. Resulta dessa nova forma de pensar a defesa dos interesses difusos: meio ambiente, idoso, criança, adolescente, comunidade etc.

Hoje já se fala em direitos de quarta geração, com tendências à biodiversidade.

Todo esse movimento acena para um projeto social de defesa dos direitos humanos. É um processo por meio do qual se busca a garantia da dignidade humana. Por ser um processo, deve estar em constante evolução e, por isso, as sociedades travam constantes lutas, sem as quais poderiam acarretar sua estagnação ou seu retrocesso. Essas lutas também contribuem para as aproximações culturais.

Em decorrência dessa aproximação, com frequência constatamos decisões judiciais aplicando teses e teorias originárias de outros países, como são os casos, por exemplo, das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nas quais têm se aplicado teorias alemãs ou de outras vertentes jurídicas, e também diversas outras decisões agasalhadas pelo nosso sistema, até mesmo provenientes de outros tribunais, como a teoria da perda de uma chance, a do direito ao esquecimento, a do dano existencial, entre outras, ou buscando, com base em premissas internas, soluções inovadoras para socorrer as realidades sociais. É o caso do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e da paternidade socioafetiva.

Tudo isso é possível e de fácil compreensão no campo social em razão do fenômeno da globalização, que ocasiona, como vimos, o avanço tecnológico, mas também a aproximação cultural, desaguardando em novas dinâmicas de vida. Esse fenômeno é percebido pelo mundo todo e, como consequência, mostra que as normas jurídicas não acompanham tal processo, perdendo sua força como instrumento moldador e ordenador da sociedade.

Como podem tais teorias ser aplicadas em nosso sistema se não existe previsão legal? A resposta parece ser simples: elas objetivam a concretude da proteção constitucional em defesa dos direitos humanos.⁸ Trilhando esse caminho, podemos entrar na análise, mesmo que concisa,

⁸ Ver item sobre os fundamentos da aplicação da teoria, a seguir.

da tendência interna de adequação social por meio do projeto jurídico em construção.

Referimo-nos à tendência interna porque aqui nos propomos a falar do nosso sistema, mas vale a ressalva de que esta também é uma tendência mundial, de aproximação do próprio sistema jurídico – guardadas as devidas proporções de cada sistema, evidentemente.

Nos bancos acadêmicos aprendemos que nosso sistema jurídico é o *civil law*, o qual tem como fonte a lei e que se diferencia do *common law*, porque este tem como fonte a jurisprudência. Modernamente, todavia, já se sabe que os países que adotam o sistema do *common law* também têm adotado diversas normas para disciplinarem situações sociais internas, ao passo que observamos em nosso sistema um avanço na criação de proteções jurídicas por meio da jurisprudência, cujas decisões têm se tornado consistentes meios de adequação e orientação social.

O sistema jurídico fica em descompasso para atender aos mais diversos tipos de reclamações sociais, em busca da efetividade da prestação jurisdicional por meio da aplicação da lei ao caso concreto, quando essas reclamações, concretamente, não dispõem de previsão de moldação legal.

A partir daí a doutrina e a jurisprudência passam a trilhar o caminho da adequação social e jurídica, tendo como mote o fim social e as exigências do bem comum (BRASIL, 1942),⁹ em consonância com a defesa da dignidade da pessoa humana¹⁰ e dos direitos sociais.¹¹

Assim, não há como conceber o direito se não for em seu momento dinâmico. Essa dinâmica, em consonância com o objetivo de concretude constitucional, permite que diversas teorias e teses alienígenas encontrem manso terreno para trilhar em nosso sistema, ou que sejam criadas novas concepções e posturas de proteção à dignidade humana.

6. Da caracterização do dano existencial pela não concessão do descanso

Justificado esse processo, passamos a analisar a teoria do dano existencial e sua recepção pelo nosso sistema.

O dano existencial – por ser teoria de recente recepção em nosso sistema jurídico, por meio de acolhimento jurisprudencial –, após o passo da aceitação, trilha o passo da acomodação conceitual. Para Amaro Alves de Almeida Neto, o dano existencial é o dano à existência da pessoa, é

⁹ Art. 5º do DL 4.657/1942.

¹⁰ Inciso III do art. 1º da CF/88.

¹¹ Art. 6º da CF/88.

o dano ao direito à vida e ao direito de viver livremente – um dano ao direito à livre existência consistente:

“na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que cause uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer” (ALMEIDA NETO, 2005).

Não é outro o entendimento de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, para quem, no âmbito do Direito do Trabalho, o dano existencial

“[...] 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” (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Por consequência, provoca o vazio existencial. Assim, o reconhecimento do dano existencial é uma das tendências, ou modalidade, de proclamar a concretude da tutela à dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência parece não dissentir de tal entendimento, em especial no campo do Direito do Trabalho, objetivando a defesa do meio ambiente do trabalho, como se depreende da decisão anteriormente mencionada.

A defesa do meio ambiente do trabalho é a defesa de sua salubridade e hígidez, em todos os sentidos, incluindo-se o físico, mas também os meios de garantia da dignidade da pessoa humana nesse ambiente.

A partir das premissas para a caracterização do dano, como a existência do prejuízo, o ato ilícito do agente agressor e o nexo de causalidade, outros dois elementos são agregados para a caracterização do dano existencial; são eles o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relação.

O primeiro se refere ao dano no sentido de frustrar, dificultar ou impossibilitar ao indivíduo a plena realização de sua vida, no verdadeiro sentido de sua existência; ele fere sua liberdade de escolher sua forma de viver. O dano da vida de relação, por sua vez, decorre da ofensa física ou psíquica que impeça o indivíduo de desfrutar a vida com seus semelhantes, que lhe impeça a experiência humana de partilhar seus pensamentos, sentimentos, emoções, aspirações e projetos de vida com seus pares. “Nenhum homem é uma ilha isolada. O solipsismo do homem solitário abafa a existência que deseja se levantar, sair para fora, se expandir,

ser-para-o-outro. Não existe emancipação ou libertação na solidão do eu mesmo” (KROHLING, 2011, p. 86). É por essa razão que o homem precisa viver em sociedade e nela ter a liberdade de expressar-se e viver livremente: faz parte da natureza humana – *zoon politikon*.

Os entendimentos parecem não divergir também no campo jurisprudencial, como se depreende das decisões que seguem:

“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 do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores” (BRASIL, 2012a).

“DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, nº 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna” (BRASIL, 2013b).

Da mesma fonte e mesmo entendimento, destacamos ainda a decisão do TST em Recurso de Revista nº 727.76.2011.5.24.0002, em decisão do dia 28 de agosto de 2013, da lavra do ministro relator: Hugo Carlos Scheuermann, também pela caracterização do dano existencial pela não concessão de férias por prolongado período. Tais decisões fazem referência à não concessão do descanso, por ser o foco de nossa investigação neste momento; todavia, como destacamos alhures, a caracterização do dano existencial pode ocorrer por diversas outras situações que causem as ofensas anteriormente referidas. Nesse sentido, de forma elucidativa:

“A conduta da recorrente delineada nos autos mostra-se típica do quanto a doutrina e a jurisprudência têm definido como assédio moral. Trata-se de espécie de dano existencial decorrente de terrorismo psicológico e degradação deliberada da integridade, dignidade, das condições físicas e psíquico-emocionais do trabalhador mediante conduta de conteúdo vexatório e finalidade persecutória. Exterioriza-se por meio de isolamento forçado, considerações, insinuações, comentários, suspiros, olhares ou ameaças verbais e em atitudes que visam à desestabilização do trabalhador em seu local de trabalho, em relação aos pares e a si mesmo, com o fim de provocar o despedimento, a demissão forçada ou induzida, o prejuízo das perspectivas de progressão na carreira. Também se manifesta pelo retirar injustificado de tarefas anteriormente atribuídas, pelo constrangimento ao exercício de funções ou tarefas desqualificantes para a categoria profissional, como se avulta no caso em tela, ou ainda pela exclusão da comunicação de informações relevantes para a atividade do trabalhador ou pela desqualificação dos resultados já obtidos” (BRASIL, 2012c).

“Portanto, não há dúvida de que não apenas os danos materiais (de ordem econômica) são reparáveis, como também aqueles relativos aos valores psíquicos da personalidade, como os que ofendem a dignidade, a imagem e aqueles que causam abalo sentimental como a dor, o vexame, etc.

Entendo que a Autora faz jus a danos morais, pois sua integridade física foi afetada, sua vida profissional foi abortada quando contava com aproximadamente 35 anos de idade (ao que chamam de ‘dano existencial’), submete-se a constantes transtornos com tratamento médico, além do comprometimento de funções, o que fica indiscutível haja vista a concessão de auxílio-acidente” (BRASIL, 2010).

7. Dos fundamentos para a aplicação da teoria do dano existencial no plano interno

Encontramos nas lições de Direito Civil duas constatações básicas sobre a responsabilidade civil: a certeza de que este é um dos institutos que tiveram excepcional evolução no direito e o fato de que sua concepção atual permite o claro entendimento de que o que se busca hoje não é proteger somente o dano material – ou patrimonial –, mas também o moral. Portanto, o instituto da responsabilidade civil deixa de considerar a pessoa

pelo que ela tem e passa a respeitá-la pelo que ela é; ou seja, deixa de preocupar-se com o que ela perdeu patrimonialmente para protegê-la integralmente, como pessoa humana, inclusive quanto a eventuais danos não patrimoniais.

A doutrina, no campo da evolução desse instituto, deixa de referir-se ao dano como sendo patrimonial e moral para concebê-lo numa realidade mais consentânea à atual, caracterizando-o como material e imaterial, na qual se inserem as espécies de danos não materiais.

É nessa classificação que centraremos nossa análise para salientar o fundamento da aplicação da teoria do dano existencial em nosso sistema.

Como acentuou Eugênio Facchini Neto (2009), não se trata de mera alteração de nomenclatura, mas de novo enfoque, pelo fato de que nessa nova visão se permite que sejam consideradas outras subclassificações que possibilitam a identificação de diversas espécies de danos que integram o gênero danos imateriais.

Pela lógica anterior, o conceito de dano moral era genérico, alcançando todo dano que não fosse patrimonial; todavia, por ser genérica, a definição causava embaraços na evolução e consideração de novos parâmetros das diversas situações de danos imateriais, como é o caso, por exemplo, do dano existencial.

Outro aspecto da evolução do instituto é o dano em si, que era o grande vilão da discussão da responsabilidade pelo prejuízo causado a terceiro. Pela teoria originária, por considerar apenas o dano material, este era quantificado pelo valor do prejuízo efetivamente experimentado. Com o surgimento do dano moral, outra discussão estabeleceu-se quanto à sua quantificação. Não vamos entrar aqui nas filigranas dessa fase, mas o fato é que, se fossem caracterizados os danos patrimonial e moral, os dois seriam indenizados: o primeiro pela demonstração do efetivo prejuízo patrimonial

e o outro, decorrente de arbitramento ao caso concreto.

Em decorrência dessa característica, parte da doutrina passou a entender que os danos materiais seriam indenizados em razão do prejuízo efetivamente experimentado, ao passo que, no caso de dano imaterial, a situação não seria de indenização, mas de compensação em razão da situação efetivamente ocorrida e pelo caráter pedagógico da concessão.

Assim, a condenação por dano moral impunha a indenização em decorrência das mais diversas situações em que a doutrina e a jurisprudência consideravam sua ocorrência; o que não era material era moral. Por ser instituto em evolução, plasmou-se na cultura jurídica, nos mais variados pleitos judiciais, a inclusão do pedido de indenização a título de danos morais, forçando novos posicionamentos com o fito de estancar abusos e a industrialização de pedidos dessa natureza, no sentido de que nem tudo ocasionava o dano moral, como o simples constrangimento, por exemplo, ocorrido de maneira excepcional, entre outros fatores.

Por outro lado, enquanto a doutrina e jurisprudência caminhavam, corretamente, no sentido de estancar pedidos abusivos ou inconsistentes, não deixaram de observar o surgimento de novas tendências sociais que chamavam a atenção para novas situações que precisavam e mereciam ser socorridas para concretude das garantias constitucionais erigidas pela carta mandamental em vigor.

A nova concepção de responsabilidade civil, como vimos, passa a valorizar a pessoa ou, no dizer de Soares (2009, p. 23), “se a pessoa humana é o fundamento da existência de todas as ciências, ou, ainda, é a razão de ser do próprio direito, está justificada a análise das repercussões que uma lesão acarreta, diretamente, na pessoa”.

Entendemos que essa evolução fez-se possível em razão da evolução do próprio sistema,

que passa a valorizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Por essa razão, diversos outros institutos também marcaram sua evolução, notadamente aqueles referentes à pessoa humana. Na lição de Dias (2009, p. 11) encontramos a assertiva de que “é necessário adequar a justiça à vida e não ingressar a vida dentro das normas jurídicas, muitas vezes, editada olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade”. Conclui a autora, em outro momento, frisando que

“[...] na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocaria a despatrimonialização e a personalização de institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito” (DIAS, 2009, p. 62).

É sabido que a ordem constitucional emana efeitos sobre o ordenamento jurídico. Em razão disso, seus princípios devem ser observados por todo o ordenamento, os quais indicarão o caminho a ser trilhado pela nova tutela jurídica.

Assim, deve-se destacar que o princípio da dignidade humana, além de fazer parte do rol dos direitos fundamentais, figura como fundamento da República e, juntamente com os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e demais pilares da soberania, forma a base da sociedade e do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve relevar a defesa da pessoa humana em sua plenitude, razão pela qual a proteção contra o dano existencial encontra plena guarida em nosso sistema.

Pensamos ainda que esse reconhecimento não fere a livre iniciativa, pois esta deve ter sua expansão e aceitação, observando, também, limites que respeitem a dignidade humana. O lucro pelo lucro é prejuízo social; o lucro

deve respeitar a finalidade social para gerar sincronismo com o desenvolvimento inclusivo, conforme os ditames da justiça social.¹²

8. Conclusão

Nesta reflexão, discorremos sobre a origem do trabalho humano para demonstrar que de sua evolução decorre a necessidade do descanso como direito natural, e que essa mesma evolução o desprende de sua origem etimológica para alçá-lo como elemento da dignidade humana. Essa nova concepção de trabalho encontra amparo legal e social na perspectiva de acolher o trabalho como elemento de dignificação do homem e da sociedade, além de contribuir para a riqueza nacional. Na ótica da riqueza nacional, não podemos deixar de considerar a livre iniciativa também como elemento da ordem econômica, assim como a valorização do trabalho, mas tudo isso objetivando a existência digna.

Em nome dessa existência social digna devem ser compatibilizados os valores do trabalho e do capital. Não podemos olvidar a necessidade do desenvolvimento econômico, mas este não deve relegar o valor humano e do trabalho humano; deve ter em mira, ao perseguir seus objetivos evolutivos, a dignidade humana e a dignidade do trabalho.

Para tanto, a preservação do meio ambiente do trabalho, em seus mais amplos aspectos, deve evoluir na mesma proporção do crescimento econômico, sob pena de ferir os postulados da justiça social e da dignidade humana.¹³

É forçoso convir que essa convicção não decorre de uma leitura social interna, mas de uma concepção que ultrapassa fronteiras. Este

¹² Ver art. 170, *caput*, da CF/88.

¹³ Art. 170 e inciso IV do art. 1º, postulados do art. 3º, art. 6º, e inciso XXII do art. 7º, todos da CF/88.

é apenas um dos aspectos que demonstram a tendência das aproximações culturais, as quais, observadas as devidas realidades sociais de cada país, com maior frequência constataam as migrações de ideias e conceitos, os quais impactam e criam novos modelos e formas de pensamento, ou, como dissemos, criam novas dinâmicas de vida.

Os novos pensamentos, por sua vez, geram novos anseios sociais, e são estes que impulsionam novos desejos, precipitando novos conceitos, concepções e posicionamentos. Poderia, para fins de reflexão, ser considerada a seguinte indagação: por que, então, no dia 6 de outubro de 1988, tudo isso já não foi reconhecido e aceito e, somente agora, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, têm-se como tranquilos alguns reconhecimentos que na época pareciam impossíveis?

É exemplo claro disso a união estável de pessoas do mesmo sexo, a paternidade socioafetiva, dentre outras tantas situações já mencionadas algures.

A resposta que objetivamos com este trabalho releva a questão cultural, pois não basta o reconhecimento legal, mesmo que constitucional, mas este reconhecimento deve encontrar amparo no espírito dos atores que integram as mais variadas cenas e cenários sociais. Isso deságua em uma situação causticante, que é o reconhecimento de direitos aceitos em outros países, no plano interno, objetivando a concretude dos postulados constitucionais de proteção da dignidade humana, adequando-os, evidentemente, às nossas realidades sociais, cômicos de que a não observância de tais preceitos ocasionam dano à dignidade humana e prejuízo existencial.

Essa reação pode ser constatada quando há violação dos direitos fundamentais que causam danos no modo de ser do indivíduo, nas suas atividades diárias, ou no seu projeto de vida.

No campo do Direito do Trabalho, a conduta que fere a dignidade humana ou do trabalho gera o mesmo efeito por influenciar diretamente a vida diária ou o projeto de vida do trabalhador. É por isso que o dano existencial na relação de emprego está diretamente ligado ao meio ambiente do trabalho; este deve ser salutar, deve respeitar a higidez da saúde do trabalhador em seus aspectos físicos e emocionais, deve propiciar boas condições de trabalho, mas também viabilizar a não frustração do projeto de vida do trabalhador.

O poder diretivo do empregador, que pode, em determinadas situações, extrapolar os limites da empresa e gerenciar a vida do empregado em situações que obviamente tenham conexão com o contrato de trabalho, jamais poderá ser exercido de forma exacerbada, excedendo os limites do razoável e cerceando a liberdade do trabalhador de desenvolver seu projeto de vida ou sua integração social.

Essa exacerbação poderá ser contumaz ou ser desenvolvida por meio de ato único. No primeiro caso, temos as situações que se aproximam do assédio moral, em razão de sua forma reiterada, mas que com este não se confunde em razão da gênese específica de cada instituto, sendo certo também que um não exclui o outro, podendo ocorrer as duas situações. É nesse particular que a evolução da teoria do dano não patrimonial se mostra mais evidente e consistente.

No segundo caso, o dano existencial poderá ocorrer em ato único do empregador com o objetivo de humilhar, prejudicar ou causar mal-estar no empregado, causando dano ao seu projeto de vida ou à sua liberdade existencial, sendo evidente que a situação poderia ser resolvida de outra forma.

O homem tem o direito de determinar suas ações; quando essa liberdade é invadida, ele tem sua dignidade violada. Não podemos

olvidar que a subordinação é da essência da relação de emprego, mas esta também deve evoluir em sua concepção e estar atrelada à observância da dignidade humana e do trabalho.

O reconhecimento do dano existencial, portanto, é uma das formas de proclamar a concretude da tutela à dignidade da pessoa humana, cujo instituto se amolda perfeitamente à relação de emprego.

Para fins de compreensão do problema aqui estudado, elegemos o direito ao descanso como direito natural de todo ser vivente, mas que, para o ser humano, é direito fundamental ligado ao meio ambiente do trabalho e elemento de proteção à existência digna por ser um dos elementos de proteção à vida e à saúde do trabalhador. Sua não observância pode causar mal-estar físico e mental, influenciando em desfavor de outro direito natural, o direito à vida; mas, como também destacamos, este não é o único elemento que causa dano existencial na relação de trabalho, ficando, assim, o convite aos apreciadores da matéria para o seu desenvolvimento.

Sobre o autor

Jair Aparecido Cardoso é professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, doutor em Direito pela PUC-SP e especialista em Direito Tributário pela PUC-Campinas. E-mail: jaircardoso@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

THE RIGHT TO REST AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND A PROTECTION ELEMENT TO THE EXISTENTIAL LAW AND THE WORKING ENVIRONMENT

ABSTRACT: Human work in its current design, distances itself from its etymological origin. The current reality stands out for its freedom and dignity. Aiming at achieving the constitutional legal project, the right to rest also becomes a fundamental right of workers, as a defense element of your existential law and protection of health of the working environment, to maintain liberty itself work. The real search of their dealienation. Motivated by the approach of these institutes in defense of human dignity and labor, took place this reflection.

KEYWORDS: HUMAN LABOR. REST. ENVIRONMENTAL WORK. EXISTENTIAL RIGHT.

¹⁴ Sem revisão do editor.

Referências

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

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. *Súmula n. 360*. Tribunal Superior do Trabalho, 21 nov. 2003.

_____. *Súmula n. 394*. Tribunal Superior do Trabalho, 25 abr. 2005.

_____. *Súmula n. 423*. Tribunal Superior do Trabalho, 13 out. 2006.

_____. Processo n. TST-RR-9951000-81.2005.5.09.0009. Relator: Ministro Aloysio Côrrea da Veiga. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 9 jun. 2010.

_____. Processo n. TST-AIRR-1137-93.2010.5.04.0013. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 17 set. 2012a.

_____. *Súmula n. 437*. Tribunal Superior do Trabalho, 27 set. 2012b.

_____. Processo n. TST-AIRR-192700-09.2008.5.02.0465. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJ, 28 out. 2012. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 31 out. 2012c.

_____. [Leis etc.]. *CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012d. (CÓDIGOS 4 em 1 Conjugados).

_____. Acórdão do processo n. RR-727-76.2011.5.24.0002. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DJ, 28 ago. 2013. *Tribunal Superior do Trabalho*, 6 set. 2013a.

_____. Processo n. TST-RR-781-98.2010.5.02.0031. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DJ, 25 set. 2013. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 4 out. 2013b.

CARDOSO, Jair Aparecido. *Contrato realidade no direito do trabalho*. São Paulo: Nacional de Direito, 2002.

_____. *Estabilidade no direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 2008.

DENNY, Ercílio Antonio. *Ética & sociedade*. Capivari: Opinião, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACCHINI NETO, Eugenio. Prefácio. In: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos*. Tradução de Andressa Cunha Cury. São Paulo: M. Limonad, 2003.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). *Rerum novarum*: carta encíclica de sua Santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Laborem Exercens*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1981. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 10 jun. 2015.

KROHLING, Aloisio. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução de J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Kairos, 1980.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos do homem*. 1948. Disponível em: <http://www.fpce.up.pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

NASH, Laura; MCLENNAN, Scotty. *Igreja aos domingos, trabalho às segundas: o desafio da fusão de valores cristãos com a vida dos negócios*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *A propriedade é um roubo*. Porto Alegre: L&M, 2008.

SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.