

A violação do direito ao lazer em razão do excesso de jornada, o dano existencial e sua reparação

Violation of the right to leisure due to excess journey, existential damage and its repair

Fabio Empke Vianna*

Resumo: A violação do direito ao lazer causa dano existencial e o dever de reparação. Neste contexto, uma das causas da supressão do direito ao lazer é a jornada excessiva de trabalho, que retira do trabalhador a possibilidade de utilizar seu tempo ocioso para a convivência com familiares, amigos, se dedicar aos estudos ou descansar. Por muito tempo desprezou-se o tempo de lazer, por se entender que não era produtivo. Porém, concluiu-se que se trata de necessidade e deve ser concedido ao trabalhador, pois além de um direito é uma forma de preservar sua saúde, física e mental. A evolução legislativa e a jurisprudência vêm acompanhando o reconhecimento desta necessidade.

Palavras-chave: excesso de jornada; violação do direito ao lazer; dano existencial; reparação.

Abstract: *Violation of the right to leisure causes existential damage and the duty of reparation. In this context, one of the causes of the suppression of the right to leisure is excessive work day, which removes from the worker the possibility of using his idle time to live with family, friends, devote himself to studies or rest. Leisure time was long despised because it was understood that it was not productive. However, it was concluded that it is a need and should be granted to the worker, because in addition to a right it is a way to preserve his health, physical and mental. Legislative developments and jurisprudence have been accompanying the recognition of this need.*

Keywords: *over-journey; violation of the right to leisure; existential damage; reparation.*

* Mestre em Constituição de Processo pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor da graduação em Direito das Faculdades Integradas de Jaú. Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito da Escola Superior de Advocacia e das Faculdades Integradas de Bauru. Advogado.

Sumário: 1 Introdução | 2 Da duração do trabalho | 3 Direito ao lazer | 4 O excesso de jornada de trabalho e o dano existencial | 5 Considerações finais

1 Introdução

Segundo o disposto no artigo 6º da Constituição Federal, além de outros direitos sociais, são reconhecidos o direito ao trabalho e ao lazer.

O direito ao trabalho possui previsão mais específica nos artigos seguintes, assegurando ao empregado diversas garantias que balizam o surgimento de normas infraconstitucionais.

Já o direito ao lazer, não menos importante, foi abordado em alguns dispositivos constitucionais esparsos, consolidando a necessidade de seu gozo.

Em determinadas circunstâncias o trabalho pode prejudicar o exercício do direito ao lazer, trazendo ao trabalhador e à própria relação de emprego consideráveis prejuízos.

E tais prejuízos são passíveis de reparação, por serem considerados, de acordo com a legislação vigente, consequências da prática de ato ilícito.

2 Da duração do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Constituição Federal estabelecem os limites da jornada de trabalho, assim como algumas regras sobre as horas de sobreaviso e à disposição. Analisemos as principais.

O artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal estabelece a

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.

O artigo 58 da CLT tem previsão semelhante, embora não trate sobre o limite de horas semanais.

A jornada de trabalho é tema de grande importância no contrato de trabalho. O descumprimento da jornada de trabalho estabelecida pode gerar consequências para as partes, seja no aspecto físico, psíquico ou econômico, conforme será discutido mais adiante.

Ainda sobre a duração do trabalho, temos a previsão do artigo 4º da CLT, que trata sobre o tempo à disposição:

Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Quando se trata de tempo à disposição, verifica-se que em diversas ocasiões, mesmo não estando fisicamente nas dependências da empresa, mas aguardando ordens em qualquer localidade, será considerado como período à disposição, ou seja, de serviço.

Em várias oportunidades a prática de determinadas atividades foi considerada como tempo à disposição pelo fato de o trabalhador permanecer nas dependências da empresa, conforme demonstrado nas ementas a seguir:

TRAJETO INTERNO. TEMPO À DISPOSIÇÃO. HORAS EXTRAS DEVIDAS. Embora o tempo gasto dentro das dependências da reclamada, entre a entrada e o local da marcação de ponto, não implique diretamente tempo executando ordens, o empregado encontra-se à disposição do empregador na forma do art. 4º da CLT, uma vez o tempo despendido pelo trabalhador em face da empresa se dá em detrimento do tempo útil para seu proveito particular. Aplicável os entendimentos consubstanciados na Súmula 429 do TST e Tese Jurídica Prevalente 21 deste E. Regional. Recurso ordinário do reclamante a que se dá parcial provimento. (BRASIL, 2022a).

HORAS EXTRAS - TEMPO À DISPOSIÇÃO DA EMPRESA - DEFERIMENTO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O tempo despendido pelo reclamante no deslocamento da boca da mina ao subsolo, deve ser remunerado pela reclamada como hora extra. Sentença que se mantém. (BRASIL, 2018b).

A reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017 estabeleceu, de forma exemplificativa, algumas hipóteses que não são consideradas tempo à disposição, como buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, ou, ainda, por iniciativa própria adentrar nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, dentre elas, práticas religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, atividade de relacionamento social, higiene pessoal e troca de roupa ou uniforme quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa (artigo 4º, da CLT).

Oportuna se faz a discussão do período em que o trabalhador se

encontra no trajeto entre sua residência e o trabalho e o tempo de retorno, conhecido como *in itinere*. O artigo 58, §2º da CLT estabelece que não se considera tempo à disposição o tempo despendido pelo empregado no transporte de sua residência até o trabalho, assim como para seu retorno.

Embora a alteração legislativa tenha assim estabelecido as horas *in itinere*, sabe-se que no trajeto o empregado não tem ampla liberdade de seu tempo, motivo pelo qual entendemos que, em determinados casos, são devidas como tempo à disposição.

Ainda em relação ao trajeto, temos a Súmula 429 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que assim prevê:

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO
Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários. (BRASIL, [2011]).

Em algumas ocasiões, o trabalhador permanece em transporte por considerável período após acessar a portaria da empresa. Tal fato é comum nas atividades rurais, nas quais o trabalhador demanda grande tempo no trajeto dentro das dependências da empresa. Analisando casos como este, seja na esfera rural ou urbana, deve-se aplicar a previsão da Súmula 429 do TST, considerando-se à disposição tempo de deslocamento superior a 10 minutos diários.

Há, ainda, o tempo de sobreaviso, previsto no artigo 244, §2º da CLT, inserido na seção que trata sobre o serviço ferroviário, definindo-o como o tempo em que o empregado permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço.

Importante ressaltar quanto a tal previsão a necessidade de o empregado permanecer aguardando ordens. Isso quer dizer que não pode se deslocar a qualquer lugar em que não possa ser encontrado.

Pertinente a análise da previsão da Súmula 428, do TST, que assim prevê:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT
I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. (BRASIL, [2012]).

Atualmente há diversos instrumentos telemáticos ou informatizados capazes de localizar o empregado e convocá-lo para o trabalho, caso necessário.

Mencionada Súmula deixa claro como deve ser a interpretação do artigo 244, §2º da CLT.

O simples fornecimento de instrumentos telemáticos ou informatizados pela empresa não caracteriza horas de sobreaviso. Isso porque, não raras vezes o empregador fornece smartphones, tablets, notebooks, dentre outros, para que o trabalhador desempenhe suas atividades, mas não são utilizados como controle patronal ou como forma de chamá-lo ao serviço.

De outro lado, se tais instrumentos forem fornecidos com o objetivo de convocá-lo para o serviço durante o período de descanso, será considerado sobreaviso.

Para melhor elucidar tal condição, analisemos o ensinamento doutrinário que, embora lecionado quando da redação anterior da Súmula 428 do TST, deixa claro o objetivo da norma:

Num primeiro momento, o fato de o empregador instalar aparelho telefônico na residência do empregado nada significa. O importante é que o empregado seja cientificado de que o aparelho está sendo instalado na sua residência para que possa ser chamado a qualquer momento. Ficando o empregado na sua residência, aguardando a qualquer momento ser chamado, estará configurada a hora de sobreaviso, pois não pode sair ou locomover-se. (MARTINS, 2015, p. 268).

Conforme já dito, caso os instrumentos sejam fornecidos com o intuito de controlar o empregado para chamá-lo ao trabalho a qualquer momento, estará configurado o sobreaviso.

Enfim, ao analisarmos as previsões legais sobre a duração do trabalho, verificamos que o legislador teve como objetivo preservar a integridade física e psicológica do trabalhador, além de fomentar a geração de emprego e permitir ao empregado o gozo de seu direito

ao lazer, assumindo compromissos sociais em companhia de amigos e familiares.

3 Direito ao lazer

Ao iniciar o estudo do direito ao lazer, necessário mencionar a previsão do artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual estabelece que "Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas."

Sendo assim, verifica-se, desde logo, que o direito ao lazer não é algo supérfluo, que fica a critério dos envolvidos gozá-lo ou permitir-lhe o gozo. Trata-se de um direito reconhecido à pessoa humana, superando qualquer previsão legal ou constitucional que tente reduzi-lo ou suprimi-lo.

Em algumas oportunidades, a Constituição Federal menciona o direito ao lazer, o que representa o reconhecimento do legislador constituinte à importância de seu exercício.

Além do já mencionado artigo 6º da Constituição Federal, temos o artigo 7º, inciso IV, que prevê que o salário mínimo deverá atender às necessidades básicas do trabalhador, dentre elas, o lazer.

Há, ainda, a previsão do artigo 217, §3º, que estabelece a obrigação do Poder Público em incentivar o lazer como forma de promoção social.

Por fim, o artigo 227 atribuí à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito ao lazer.

Note-se, dessa forma, que o legislador constituinte dedicou algumas previsões para tratar sobre o direito ao lazer, reconhecendo sua importância à pessoa e ao trabalhador.

A legislação trabalhista estabelece períodos de descanso, tais como o intervalo intrajornada, o intervalo interjornadas, o descanso semanal remunerado e as férias.

E o direito ao lazer é de grande importância para o desenvolvimento do trabalhador, pois permite sua convivência com amigos e familiares, além de permitir sua evolução como pessoa.

No entanto, ainda há a cultura de trabalhar mais para receber maior remuneração. Sabe-se, porém, que a jornada em excesso pode trazer melhores condições financeiras, mas subtrai do trabalhador diversos direitos, dentre eles o direito ao lazer.

Analise-se a ponderação da psicopatologia do trabalho:

Se levarmos em conta o custo financeiro das atividades fora do trabalho (esporte, cultura, formação profissional) e do tempo absorvido pelas atividades inelásticas (tarefas domésticas, deslocamentos), poucos são os trabalhadores e as trabalhadoras que podem organizar o lazer de acordo com seus desejos e suas necessidades fisiológicas: todavia, alguns dentre eles conseguem usá-lo harmoniosamente, de maneira a contrabalançar os efeitos mais nocivos da O.C.T. (despersonalização e formação profissional em cursos noturnos exigências posturais dos empregados e esporte etc.).¹ (DEJOURS, 1992, p. 45).

A evolução das relações de trabalho trouxe a compreensão de que o direito ao lazer precisa ser exercido e que não pode ser substituído por remuneração, como é o caso, por exemplo, da supressão dos descansos previstos na legislação.

Assim, seja para descansar, praticar esportes, estudar, frequentar o clube, passear com a família ou se divertir com os amigos, o trabalhador precisa gozar do seu direito ao lazer.

4 O excesso de jornada de trabalho e o dano existencial

Em diversas circunstâncias o trabalhador excede a jornada de trabalho além do permitido pela legislação e, via de consequência, prejudica seu direito ao lazer.

A redução ou supressão do direito ao lazer causa ao trabalhador o chamado dano social ou existencial, ou ainda, dano ao projeto de vida.

Para melhor elucidação, analisemos o entendimento doutrinário:

Assim, muitas vezes fará parte do sonho de vida do trabalhador cursar uma faculdade ou pós-graduação, estudar música ou tocar bateria numa banda, jogar futebol, tênis ou mesmo praticar artes marciais ou pintar quadros artísticos. Da mesma forma, engloba-se na noção de projeto de vida participar de atividades associativas, recreativas ou religiosas nos períodos fora do expediente de trabalho. Há outros que planejam realizar viagens em suas férias ou visitar seus amigos em finais de semana. Cada vez que o empregado se vê tolhido injustamente em um desses itens de seu plano de vida ele estará frustrado e infeliz, caracterizando um dano existencial. (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 179).

1 O.C.T.: abreviação de Organização Científica do Trabalho.

Portanto, não basta a remuneração do direito suprimido, como o pagamento das horas extras, do intervalo ou das férias. O trabalhador precisa do tempo disponível para realizar qualquer atividade que seja de seu interesse.

Mas existe a hipótese, infelizmente, da violação do direito ao lazer e, como já vimos, a consequência é o dano existencial.

Conforme estabelecido pelo artigo 186 do Código Civil, "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." Assim, quem causa dano existencial comete ato ilícito.

No que tange ao ato ilícito, há a previsão sobre sua reparação no artigo 927 do Código Civil, que dispõe "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Há, ainda, a previsão do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal o qual prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

E, por fim, tem-se a redação do artigo 223-C da CLT no sentido de que "A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física."

Portanto, o dano existencial é passível de reparação. Analise-se a jurisprudência sobre o tema:

O dano existencial, espécie de dano imaterial, nas relações de trabalho, ocorre quando o trabalhador sofre limitações à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares e outras, ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. A sobrejornada habitual e extremamente excessiva, exigida pelo empregador, em tese, configura o dano existencial, pois afronta os direitos fundamentais do trabalhador, por prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e as suas relações sociais. É o que ocorre *in casu*, diante da comprovada a conduta ilícita por parte da empresa que implica no dever de indenizar além da esfera puramente patrimonial. (BRASIL, 2022b).

DANO MORAL EXISTENCIAL. TRABALHO EXAUSTIVO/EXCESSIVO. VIOLAÇÃO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS (ART. 7º, XIII E XXII, E ART. 6º, CAPUT, DA CRFB). LIMITAÇÃO DA JORNADA, REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO E DIREITO AO LAZER. O controle do tempo feito pelo empregador é de especial relevância. Inexistente regime de compensação válido, serão exaustivas as jornadas em que o empregador exija do empregado, sem motivo imperioso, força maior ou acontecimento imprevisto, de modo habitual, jornadas excessivas e exaustivas. Quando se exige trabalho suplementar, ordinariamente, não se respeita o limite máximo previsto nos artigos 58 e seguintes da CLT e se deixa de remunerá-lo, as condições de trabalho se configuram como degradantes. A ilicitude da submissão do empregado a condições degradantes de trabalho e o abuso do direito de exigir horas extraordinárias configuram-se em ilícitos capazes de atrair a responsabilidade civil, *in re ipsa*. É importante observar que o bem jurídico atingido é a própria sociabilidade e identidade do trabalhador, tendo sido desconsiderados direitos constitucionais tais como de convivência familiar (artigos 226 e 227 da CRFB), participação sindical (art. 8º da CRFB), qualificação profissional e educacional (art. 205 da CRFB), direito ao lazer (artigo 6º da CRFB) e ao exercício dos direitos culturais (art. 215 da CRFB). Ou seja, a plena fruição autônoma da existência humana foi comprometida pela colonização da vida pelo labor subordinado. Recurso autoral provido nesse ponto. (BRASIL, 2018a).

Pertinente a discussão da necessidade de prova do dano existencial. Conforme já estudado, o dano existencial decorre da supressão do direito ao lazer em razão do excesso de jornada de trabalho, da supressão dos intervalos, dos descansos semanais ou das férias, dentre outros.

Diante de tal panorama, verifica-se desnecessária a prova do dano existencial, sendo suficiente a prova da violação do direito como, por exemplo, do excesso de jornada de trabalho. Trata-se do dano *in re ipsa*.

Não há dúvida, porém, que o empregado que sofreu dano existencial tem direito a ser indenizado.

A indenização deverá observar os critérios estabelecidos pela CLT, no artigo 223-G, considerando o grau de ofensa (leve, média, grave ou gravíssima), assim como os limites da condenação, considerando os valores previstos.

5 Considerações finais

Por muito tempo pensou-se que a supressão do direito ao lazer não trazia qualquer prejuízo ao empregado. Afinal, a princípio, não era o exercício de atividades essenciais ao desenvolvimento do indivíduo.

Com o passar do tempo, houve o seu reconhecimento como direito da pessoa humana e, posteriormente, foi inserido em nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal.

Mesmo assim, em diversas oportunidades, entendia-se que a supressão do direito ao lazer poderia ser compensada com o pagamento das horas extras e dos descansos semanais, por exemplo, sendo, atualmente, afastada essa possibilidade.

A vedação do gozo do direito ao lazer se trata de ato ilícito, passível de indenização, já que traz ao empregado prejuízos em sua vida social, educacional, em sua saúde e, como estudamos, ao projeto de vida.

Assim, é necessária a preservação da aplicação dos direitos, evitando danos ao trabalhador e prejuízos ao empregador, consequências estas do dano existencial.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 1.). *Recurso Ordinário 01009592520165010079*. Dano moral existencial. Trabalho exaustivo/excessivo. Violação a direitos constitucionais (Art. 7º, XIII e XXII, e art.

6º, caput, da CRFB). Limitação da jornada, redução dos riscos inerentes ao trabalho e direito ao lazer. 7ª Turma. Relatora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, 3 de outubro de 2018a. Disponível em: <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0100959-25.2016.5.01.0079/2#b3c89b6>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 2.). *Recurso Ordinário 10009260620175020254*. Trajeto interno. Tempo à disposição. Horas extras devidas. 3ª Turma. Relator: Wildner Izzi Pachery, 4 de março de 2022a. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000926-06.2017.5.02.0254/2#30ceedb>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 20.). *Recurso Ordinário. Processo n. 00016071320155200011*. 2ª Turma. Relatora: Maria das Graças Monteiro Melo, 5 de novembro de 2018b. Disponível em: <https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001607-13.2015.5.20.0011/2#6d7c6ea>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 428*. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Brasília, DF: TST, [2012]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 429*. Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários. Brasília, DF: TST, [2011]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 108340820155150030*. 5ª Turma. Relator: Min. Douglas Alencar

Rodrigues, 27 de abril de 2022b. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10834&digitoTst=08&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0030&submit=Consultar>. Acesso em: 3 jul. 2022.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.