

# LIMITE CONSTITUCIONAL DE JORNADA, DANO EXISTENCIAL E TRABALHO ESCRAVO

## CONSTITUTIONAL JOURNEY LIMIT, EXISTENCIAL DAMAGE AND SLAVE LABOR

Amauri Cesar Alves\*

### RESUMO

Os Tribunais Trabalhistas insistem em interpretar o disposto no inciso XIII do artigo 7º da Constituição da República como mera referência para pagamento de contraprestação por disponibilidade de trabalho, e não como limite (diário e semanal) de exploração da força produtiva. É necessário, entretanto, que se perceba que apenas extraordinariamente (inciso XVI do artigo 7º) pode haver extrapolação do limite diário de 08 horas e da disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Não há que se falar em jornada legal de 10 horas e nem muito menos em horas extras habituais. Caso o empregador inobserve o limite constitucional de jornada e exija sobrejornada habitual poderá haver caracterização de conduta trabalhista ilícita que enseja indenização, seja por trabalho escravo, seja por dano existencial.

**Palavras-chave:** Constituição. Jornada. Limites.

### ABSTRACT

The labor courts insist on interpreting the provisions of section XIII in article 7th of the Constitution as a mere reference to payment for job availability and not as (daily and weekly) limit of labor power exploitation. However, it's necessary to realize that only extraordinarily (section XVI of article 7th ) extrapolation can happen from the daily limit of 8 hours and the maximum weekly availability of work, set in 44 hours. There is no need to talk about neither legal labor journey of 10 hours nor usual overtime. If the employer doesn't respect the constitutional limit hours and requires regular overtime it may be characterized as illicit conduct implying labor compensation either by slave labor or existential damage.

**Keywords:** Constitution. Journey. Limits

---

\* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito – PUC Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Editor do *site* [www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br). Correspondência para/Correspondence to: Rua Alvorada, n. 211, Bairro Ferreiras, Pedro Leopoldo, Minas Gerais, CEP 33.600-000, e-mail [amauri.alves.dte@gmail.com](mailto:amauri.alves.dte@gmail.com). Telefone (31) 98702-6870.

## INTRODUÇÃO

Impressiona, negativamente, o déficit de efetividade de certos dispositivos constitucionais no cenário jurídico brasileiro, mesmo em se tratando de direitos fundamentais. A norma constitucional, não obstante sua centralidade e supremacia, parece ser apenas um programa, uma proposta, um projeto a ser concretizado futuramente. O futuro, mais de 25 anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, parece sempre distante... Apenas para exemplificar, brevemente, a pouca preocupação (sobretudo do Poder Judiciário e do Poder Legislativo) brasileira com a efetividade de normas constitucionais, as seguintes regras do art. 7º: inciso I, que trata do emprego protegido contra dispensa arbitrária ou sem justa causa; inciso XI, que trata da participação nos lucros e resultados e na gestão da empresa; inciso XXI, que trata da proteção à mulher no mercado de trabalho; inciso XXIII, que trata do adicional por atividades penosas; inciso XXVII, que trata da proteção ao emprego em face da automação. Também não recebem correta interpretação e implementação as normas constitucionais fundamentais referentes ao salário-mínimo e às férias (incisos IV e XVII), pois podem ser reduzidos e fracionados livremente pelo empregador nos casos de trabalho em tempo parcial (CLT, art. 58-A). Na mesma linha padece o art. 8º da Constituição da República de implementação fática, sobretudo decorrente da interpretação que lhe dá o Tribunal Superior do Trabalho, que aplica restritiva e retrospectivamente regras e princípios de Direito Sindical. Por fim merece destaque no presente estudo o reiterado descumprimento dos limites de jornada estabelecidos nos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República, bem como a equivocada interpretação de seu inciso XVI.

É perceptível que muitos são os magistrados e demais intérpretes do Direito do Trabalho que não aplicam as regras dos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República<sup>1</sup> como definidoras de *limites constitucionais de jornada*, mas, sim, como meras referências legais para pagamento ordinário do salário. Limitação de jornada é, historicamente, conquista elementar da classe trabalhadora. As primeiras regras protetivas trabalhistas, que remontam à Europa do final do século XVIII e início do século XIX, diziam respeito aos limites de jornada, pois a superexploração do trabalho é prejudicial à saúde e à segurança do trabalhador, bem como à sua inserção familiar, comunitária, religiosa e política. Não é admissível que o trabalhador se submeta a trabalho sem limites. Cabe ao Estado, qualquer que seja ele (central ou periférico, liberal ou intervencionista), limitar objetiva, clara e sufi-

---

<sup>1</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

cientemente a disposição máxima de trabalho diária e semanal. O Brasil, entretanto, parece negligenciar a importância da imposição de limites à ganância patronal.

A Constituição da República fixou limite de oito horas para a disposição diária de trabalho. Entretanto, é muito comum verificar, mediante pesquisas científicas ou mesmo empiricamente, que basta ao empregador uma simples ordem para que tal limite seja ultrapassado. O mesmo se dá com a disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Qual é a explicação para que um direito fundamental do cidadão trabalhador, fixado constitucionalmente, seja descumprido sem que haja maior repercussão? A resposta parece estar no disposto no art. 59, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabeleceu, em 1943, que “a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”. Assim, parece ainda hoje preponderar a equivocada interpretação de que o limite de exploração de trabalho no Brasil, se é que há, é de 10 horas diárias (8 constitucionais + 2 celetistas) e 50 semanais... Para os intérpretes retrospectivos, que analisam a Constituição da República em consonância com o disposto na CLT, e não o contrário, o empregador pagará salário sem acréscimo até a 8ª hora, pagando o adicional de horas extras na 9ª e 10ª, sem se preocupar com a ideia de limite. Aqui o que há, então, é uma mera *referência* para pagamento ordinário ou extraordinário, sendo pouco relevantes os conteúdos normativos constitucionais. Pouco importa, também, o motivo ensejador da exigência de sobrejornada, desde que haja seu pagamento (hoje excepcional) ou sua compensação no “banco de horas”.

Ocorre que as tais “horas suplementares” previstas na CLT não se encontram em consonância com o disposto na Constituição da República. O que pode haver, excepcionalmente, é a exigência de horas extraordinárias, nos termos da melhor interpretação do art. 7º, XVI, da Constituição da República, que prevê “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”. Deveria ser simples e bastaria uma análise terminológica para se alcançar o comando constitucional: *extraordinário*, ou seja, não ordinário; fora do comum; espantoso; que só ocorre em dadas circunstâncias; imprevisto; extremo; excepcional; fora do habitual. Ora, como explicar, hoje, as expressões (não se discute a correção dos enunciados das súmulas quanto ao mérito, dada a interpretação majoritária) contidas nas Súmulas 115 e 172 do TST? O Tribunal

---

<sup>2</sup> SUM-115 HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.

SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

Superior do Trabalho se refere às *horas extras habituais* como se isso fosse juridicamente possível. Com o devido respeito, isso não é possível sequer do ponto de vista terminológico. Ou algo é extraordinário ou é habitual! Jamais pode haver, a não ser em textos poéticos, o extraordinário habitual. É um contrassenso. Um paradoxo. Mas é a prática brasileira, que deve ser revista e combatida, para que se restabeleça o comando constitucional.

## SOBREJORNADA NO BRASIL

Quando das discussões sobre limites de jornada na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, o Brasil permitia disponibilidade semanal de 48 horas, limite (ou padrão) excepcional no mundo capitalista ocidental de então. Já àquela época os empregadores em geral reclamavam (como sempre)<sup>3</sup> da pouca produtividade do trabalhador brasileiro, que podia se tornar fator insustentável caso houvesse significativa diminuição da disponibilidade semanal de trabalho. O discurso patronal não considerava, é claro, o baixíssimo valor do salário-mínimo praticado à época no Brasil, como se pode perceber da tabela a seguir:

**Tabela 1** – Salário-mínimo e disponibilidade semanal de trabalho em 15 países em agosto de 1986

PAÍS	SALÁRIO-MÍNIMO (COTAÇÃO EM DÓLAR)	HORAS/SEMANA
França	617,61	39:00
Inglaterra	555,68	37:30
Itália	504,68	40:00
Japão	455,50	44:00
Índia	344,05	44:00
Paraguai	300,00	40:00
Espanha	271,17	48:00
Nicarágua	152,14	44:00
Argentina	139,45	40:00
Portugal	110,00	42:00
Equador	104,44	40:00
Colômbia	84,01	40:00
Uruguai	74,58	44:00
Brasil	58,39	48:00
Peru	53,05	40:00

**Fonte:** DIEESE. In: BOITO Jr. Armando. *O Sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. São Paulo: Hucitec, 1991, p. 223.

<sup>3</sup> Sobre a eterna insatisfação, ainda que teórica, do empregador brasileiro em geral veja nosso artigo intitulado “Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil”, publicado na *Revista LTR*, ano 77, set. 2013, p. 1.067-1.082. Disponível em: <www.direitodotrabalhoessencial.com.br>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

A situação brasileira no final dos anos 1980 era vergonhosa, como se pode facilmente perceber pela tabela, pois, ainda que o salário-mínimo peruano fosse menor, exemplificativamente, sua disponibilidade semanal máxima de trabalho era 40 horas, patamar que até hoje não foi alcançado pelo Brasil! Também desconsideravam os detentores do poder político e econômico do final da década de 1980 o fato de que o trabalhador brasileiro sempre teve de trabalhar mais do que o ordinário para poder subsistir. Dados do Dieese revelam tal situação, historicamente:

**Tabela 2** – Horas de trabalho necessárias para a compra da cesta básica de alimentos prevista na Constituição

ANO	HORAS DE TRABALHO	ANO	HORAS DE TRABALHO
1965	88:16 min.	1975	149:40 min.
1966	109:15 min.	1976	157:29 min.
1967	105:16 min.	1977	141:49 min.
1968	101:35 min.	1978	137:37 min.
1969	110:23 min.	1979	153:04 min.
1970	105:13 min.	1980	157:32 min.
1971	111:47 min.	1981	149:40 min.
1972	119:08 min.	1982	163:45 min.
1973	147:04 min.	1983	243:58 min.
1974	163:32 min.	1984	228:22 min.

**Fonte:** DIEESE. In: SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: Gefase, 1990, p. 155.

O texto constitucional de 1988, no que concerne à jornada, resultou, como em diversos outros temas, no consenso possível, ponderado entre as pretensões dos trabalhadores (40 horas) e os dramáticos apelos patronais por manutenção dos padrões de disponibilidade semanal de trabalho (48 horas). Assim, o limite constitucional de 44 horas de trabalho semanais já nasceu defasado em relação a diversos outros países (Tabela 1). Hoje, poucos são os Estados nacionais que ainda permitem tal exploração. Apenas exemplificativamente, o Dieese relacionou, em 2010, alguns países que têm como limite 40 horas semanais: Áustria, Canadá, Camarões, Casaquistão, Congo, Costa do Marfim, China, Coreia do Sul, Croácia, Bulgária, Bahamas, Benin, Egito, Equador, Espanha, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Finlândia, Holanda, Indonésia, Itália, Japão, Lituânia, Luxemburgo, Nigéria, Nova Zelândia, Noruega, Macedônia, Madagascar, Mali, Maurítânia, Moldávia, Mongólia, Polônia, Portugal, República

Tcheca, Romênia, Rússia, Senegal e Togo<sup>4</sup>. O brasileiro, então, trabalha mais do que seus companheiros de boa parte do mundo. O pior, entretanto, é que, aqui, como já exposto e conforme será desenvolvido, as horas extraordinárias são admitidas como algo que pode ser habitual. Também por isso a proporção de assalariados que trabalham mais do que a jornada legal é significativa no Brasil. Apenas exemplificativamente, tomem-se os assalariados da indústria na Região Metropolitana de São Paulo, os do comércio da Região Metropolitana de Belo Horizonte e os dos serviços na Região Metropolitana de Recife, conforme dados históricos do Dieese.

**Tabela 3** – Proporção dos assalariados que trabalham mais do que a jornada legal

PERÍODO	SÃO PAULO	BELO HORIZONTE	RECIFE
	INDÚSTRIA	COMÉRCIO	SERVIÇOS
1988	21,3	–	–
1989	42,1	–	–
1990	34,8	–	–
1991	38,3	–	–
1992	36,7	–	–
1993	38,7	–	–
1994	39,8	–	–
1995	42,5	–	–
1996	41,4	57,2	–
1997	42,2	58,1	–
1998	37,9	56,0	37,7
1999	40,7	58,1	38,5
2000	44,4	57,1	37,1
2001	43,4	56,8	37,5
2002	44,1	56,2	36,9
2003	43,2	55,3	39,0
2004	42,4	51,8	39,1
2005	38,8	51,9	39,4
2006	36,7	49,0	39,5
2007	33,3	48,4	37,0
2008	31,6	53,7	38,4

**Fonte:** PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego – Convênio Dieese/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. Elaboração: DIEESE. Organização do autor.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2010/notatec91JornadaTrabalhoMundo.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

Dados recentes demonstram que não houve alteração significativa no plano pesquisado pelo Dieese e acima destacado, conforme se vê na Tabela 4:

**Tabela 4** – Proporção de ocupados que trabalham mais que a jornada legal, segundo setores de atividade econômica (em %) – Regiões Metropolitanas 2012-2013

SETORES	BELO HORIZONTE		FORTALEZA		SÃO PAULO		PORTO ALEGRE		RECIFE		SALVADOR	
	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013
Total de ocupados	29,4	30,0	40,7	42,6	33,0	32,3	34,9	30,8	52,6	50,9	44,1	41,1
Indústria	30,3	34,2	40,8	41,7	23,8	22,8	25,6	20,3	58,9	55,6	42,0	39,7
Comércio	46,5	47,7	54,2	56,1	51,1	49,8	54,3	50,7	67,7	66,7	60,5	58,1
Serviços	23,8	23,8	37,1	37,1	29,9	28,9	30,6	26,7	42,9	42,9	38,5	35,2
Construção civil	28,2	27,5	35,1	35,1	34,8	35,1	36,5	31,0	60,4	60,4	51,2	47,0

Fonte: Dieese/Seade, MTE/FAT e convênios regionais. PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego. Elaboração: DIEESE.

Além da sobrejornada típica, que diz respeito à extrapolação do termo final do horário de trabalho, há outras possibilidades cada vez mais comuns no cenário laboral brasileiro, como exemplificativamente os minutos residuais, o sobre-aviso e o teletrabalho.

Horas extraordinárias podem ser definidas como período de disponibilidade de trabalho em que o trabalhador desenvolve seu labor além do que é ordinariamente previsto em seu contrato (verbalmente ou por escrito, observado o princípio da primazia da realidade sobre a forma) ou do que é fixado como limite constitucional ou legal (nos casos de jornadas reduzidas).

Os minutos que antecedem o início do efetivo trabalho (denominados comumente “minutos residuais”), ainda que o empregado não esteja cumprindo ordens, também integram a jornada, desde que este se coloque à disposição do empregador em seu estabelecimento empresarial. O conteúdo do § 1º do art. 58 da CLT é nesse sentido<sup>5</sup>. Somente não são considerados integrantes da jornada as frações de tempo iguais ou inferiores a cinco minutos antes ou após o horário contratual. Assim, se o horário contratual do empregado é das 8 às 17 horas, com uma hora de intervalo para alimentação e descanso, e ele ingressa no estabelecimento empresarial às 7h45, por exemplo, ainda que não haja ordens para tanto, estará à disposição, devendo ser tal tempo remunerado. No exemplo citado haverá

<sup>5</sup> “§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.”

15 minutos extraordinários por dia. No mesmo sentido o disposto na Súmula 366 do TST<sup>6</sup>.

Considera-se em sobreaviso o trabalhador que, em seus períodos de descanso, aguarda eventual ordem patronal para retornar ao trabalho. Em tal período não há efetivo trabalho, mas há, de modo inequívoco, contingenciamento da liberdade do trabalhador durante o descanso, o que traz potencial prejuízos à sua inserção familiar, comunitária, política e religiosa (por exemplo) em tais momentos. O “trabalhador de plantão”, como é conhecido na prática o sobreaviso, não está tecnicamente em sobrejornada, pois não há trabalho, mas também não descansa plenamente. Por isso a ordem jurídica determina o pagamento de 1/3 do valor da hora normal de trabalho como remuneração do período, nos termos de interpretação do art. 244, § 2º, da CLT e em conformidade com o disposto na Súmula 428 do TST<sup>7</sup>. É claro que se o empregado for efetivamente chamado ao trabalho durante o período de descanso haverá repercussões próprias de sobrejornada, com o pagamento de horas extras.

Os avanços vistos nas áreas de telecomunicações e de tecnologia da informação nos últimos anos acarretam, em diversas situações fáticas, aumento na disponibilidade de trabalho, em vez de possibilitar, como seria de se supor, maior oportunidade de tempo livre. É o que se dá em situações de teletrabalho, por exemplo<sup>8</sup>.

A relação entre o tempo de trabalho e o tempo extratrabalho (tempo livre) foi objeto de estudo desenvolvido pelo Ipea, por meio de seu Sips (Sistema de Indicadores de Percepção Social), sob a coordenação de Sandro Pereira e denominação “Trabalho e tempo livre”. Embora não se refira especificamente ao

---

<sup>6</sup> SUM-366 CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 23 e 326 da SBDI-1) – Res. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25.04.2005. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-OJs da SBDI-1 n. 23 – inserida em 03.06.1996 – e 326 – *DJ* 09.12.2003).

<sup>7</sup> SUM-428 SOBREAVIDO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – *DEJT* divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

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.

<sup>8</sup> As ideias aqui parcialmente revisitadas com relação ao teletrabalho foram publicadas no jornal do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho (2012), organizado pela Editora LTr (p. 122-125).



teletrabalho, a pesquisa do Ipea traz dados relevantes à compreensão do mundo do trabalho em geral e deste fenômeno em particular. As respostas aos questionamentos feitos a 3.796 trabalhadores (empregados e autônomos) brasileiros são relevantes para a compreensão do tempo cotidianamente gasto com trabalho remunerado e interessam diretamente ao presente estudo. A pesquisa Ipea/Sips “Trabalho e tempo livre” revelou que 45,4% dos entrevistados têm dificuldade para se desligar totalmente do trabalho remunerado (subordinado e autônomo). Desses trabalhadores, 26% ficam de prontidão (leia-se sobreaviso) para eventual atividade extraordinária e 8% planejam ou desenvolvem atividades via internet ou celular. A percepção que o trabalhador tem hoje de que seu tempo livre vem diminuindo foi relatada por 37,7% dos entrevistados, destacando-se, nesse grupo, motivos como o excesso de atividades no trabalho (18%), o fato de levar trabalho para casa (8%) e estar de prontidão para emergências (2,6%). No que se refere ao comprometimento de seu bem-estar decorrente do tempo dedicado ao trabalho, a pesquisa revelou que 39,5% dos entrevistados acham que suas atividades laborais cotidianas comprometem sua qualidade de vida. Nesse ponto os destaques são o estresse (13,8%), o comprometimento de relações familiares (9,8%), do tempo de estudo, de lazer e de atividades físicas (7,2%)<sup>9</sup>.

Nesse contexto entrou em vigor a Lei n. 12.551/2011, que criou o parágrafo único do art. 6º da CLT e que vem ensejando polêmica entre juristas, patrões e empregados<sup>10</sup>. Tem havido, em decorrência do dispositivo celetista, questionamentos sobre serem ou não devidas horas extras no trabalho a distância, sobretudo naquela modalidade específica que ficou conhecida como *teletrabalho*. A resposta, de antemão, é que é possível, sim, a ocorrência de sobrejornada no trabalho a distância, sobretudo naquele qualificado como teletrabalho, sendo necessária análise fática para a distinção entre as figuras jurídicas passíveis de caracterização e pagamento das horas extraordinárias em casos concretos. Para melhor compreensão vale partir de um primeiro caso corriqueiro para a definição dos seus conteúdos jurídicos: determinado trabalhador empregado, em vez de desenvolver seu labor no estabelecimento empresarial do empregador o faz em outro local, com destaque aqui para sua residência<sup>11</sup>. Independentemente do disposto no parágrafo único do art. 6º da CLT, o período de labor do teletrabalhador deve ser compreendido na

<sup>9</sup> Pesquisa Ipea/Sips “Trabalho e tempo livre”, disponível em <www.ipea.gov.br>.

<sup>10</sup> “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

<sup>11</sup> O teletrabalho pode se dar em *centro satélite* (*Satellite Office Center*), em *centro local* (*Telecenter*), em *escritório em casa* (*Home office*), em *escritório virtual* (*Virtual office*), dentre outras diversas formas, conforme ALVARO MELLO, *Teletrabalho* (Telework). Rio de Janeiro: Qualimark, 1999. p. 6.

forma do art. 4º consolidado, ou seja, considera-se como tempo de serviço efetivo o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Assim, desde que seja possível o controle de jornada, na forma da interpretação constitucional do art. 62 da CLT, o teletrabalhador que fica à disposição além da 8ª hora diária estará em sobrejornada, fazendo jus à remuneração extraordinária.

Há uma segunda situação fática, também bastante comum, que é a de determinado trabalhador que, ao findar seu expediente no escritório, continua, em casa ou em qualquer outro local, *on-line*, dedicando-se às suas tarefas profissionais cotidianas (vendas, projetos, análises, pesquisas, contatos com clientes, exemplificativamente). Tem havido, desde a edição da Lei n. 12.551/2011, o entendimento de que tal trabalho será, somente agora, remunerado como extraordinário. Independentemente do disposto no parágrafo único do art. 6º da CLT, tal período de disponibilidade do trabalhador, por qualquer meio, sempre foi, legal e constitucionalmente, período de sobrejornada, ensejando, portanto, o pagamento de horas extras, desde que, é claro, o teletrabalho seja suscetível de controle patronal. Ora, se o trabalhador cumpre sua jornada ordinária em escritório, mas continua à disposição do empregador executando ordens, ou seja, cumprindo suas tarefas cotidianas fora dele, então tal tempo sempre foi de *efetivo serviço*, nos termos do art. 4º da CLT, devendo ser remunerado como sobrejornada se tal trabalho externo for compatível com o controle pelo empregador, conforme previsão do art. 62, I, consolidado.

Há ainda uma terceira possibilidade concreta, também usual, que poderá caracterizar o sobreaviso: determinado trabalhador termina seu expediente no escritório, mas sabe que deve manter-se *on-line* e/ou atento ao telefone (fixo ou celular) para um eventual chamado de seu empregador. Nesse caso, no período em que não está no escritório, o trabalhador somente desenvolverá suas tarefas se for expressamente convocado para tanto pelo seu empregador. O caso, então, é e sempre foi de sobreaviso, que deve ser remunerado pelo empregador em conformidade com a já citada Súmula 428 do TST.

Entrevistas realizadas recentemente em Minas Gerais sinalizam a realidade laborativa dos trabalhadores em geral com relação aos temas aqui tratados. Foram entrevistados 151 trabalhadores, sendo 132 empregados celetistas, 1 empregado doméstico, 11 servidores públicos e 6 trabalhadores autônomos. Aqui, por motivos óbvios, interessam os 132 empregados celetistas ouvidos entre os dias 13.03.2013 e 03.04.2013 nas cidades de Belo Horizonte, Betim, Contagem, Divinópolis, Juiz de Fora, Pedro Leopoldo, Lagoa Santa, Matozinhos e Sete Lagoas<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Tais informações não seriam colhidas não fosse a colaboração inestimável de prezados amigos advogados, meus sempre alunos de graduação e pós-graduação: Adriana Castilho Ramos,

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

Entre os empregados celetistas, cerne da presente análise, 17,42% são comerciantes, 31,06% são industriários, 38,64% são trabalhadores nos serviços e 12,88% trabalham em outros ramos de atividade econômica.

Interessante destacar, de início, que número expressivo dos entrevistados chegam mais cedo ao local de trabalho: 71,21% têm jornada elástica em decorrência do que aqui se denomina “minutos residuais”. Com relação ao fato de deixarem o local de trabalho depois do horário ordinário 54,54% responderam positivamente. Também significativo foi o número de trabalhadores em sobreaviso: 38 dos entrevistados responderam que ficam atentos a eventual chamado do empregador durante períodos de descanso, o que corresponde a 28,79% dos entrevistados, sendo que 28 deles (73,68% dos empregados em sobreaviso) não recebem qualquer valor em decorrência de tal fato. Na mesma linha, 30 dos entrevistados disseram que acessam a internet para trabalhar durante o período que deveria ser destinado exclusivamente ao descanso, o que corresponde a 22,73% dos entrevistados. Aqui também o pagamento da sobrejornada decorrente do teletrabalho não é feito como deveria: 28 dos 30 teletrabalhadores em sobrejornada, 93,33%, não recebem nenhum valor em decorrência do excesso de trabalho.

É importante, então, que haja especial atenção para o problema da inobservância impune dos limites de jornada no Brasil, com destaque para a atuação dos sindicatos, do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário Trabalhista. Uma releitura do ordenamento jurídico brasileiro deve fixar a norma constitucional do art. 7º, XIII, como limite de disponibilidade de trabalho, e não como mera referência para pagamento ordinário.

163

## ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIMITE DE JORNADA

Inicialmente, é necessário reafirmar a supremacia das normas constitucionais no plano da interpretação e aplicação de direitos trabalhistas (constitucionais e infraconstitucionais) nos diversos casos concretos que envolvem relações empregatícias. Infelizmente ainda há intérpretes do Direito do Trabalho, magistrados inclusive, que solucionam controvérsias aplicando uma incompreensível e inexistente (no plano teórico) “pirâmide normativa invertida”, que tem no topo as Súmulas de Jurisprudência do TST, seguidas de Orientações Jurisprudenciais,

---

Ariane Priscila de Almeida e Alves, Danielle de Jesus Dinali, Elisângela Maria Cordeiro, Flávio Soares da Cunha Filho, Josiane Veridiana Carmelito, Lucilene Aidê Rabelo, Marcos Roberto da Costa, Moacyr Moreira Penido Jr., Pamela Gandra Dornas, Paula Iziz Moreira Melo, Ramon Figueiredo Minas Costa, Roberto Henrique Silva Rocha, Silvânia Ferreira, Thiago Moraes, Valdene Lucena Soares e Companheiros do Sinticomex (Pedro Leopoldo e Região). A todos meu muito obrigado!

regras celetistas, legislação infraconstitucional e, na base, utilizadas apenas supletivamente, normas constitucionais. Há uma clara inversão de valores, que deve ser rechaçada para o bem do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho no Brasil.

Nunca é demais então lembrar que a melhor interpretação de uma situação concreta envolvendo disposição (diária, semanal, mensal) de trabalho é aquela que reconhece a supremacia das normas constitucionais e de que trata o disposto no art. 7º, XIII e XIV, como limites e não como meras referências para pagamento ordinário. A supremacia da norma constitucional decorre de seu conteúdo, da posição de preeminência do Poder Constituinte originário, da rigidez constitucional e de sua vocação de permanência, conforme esclarece Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>. Tal preponderância da norma constitucional, entretanto, somente desponta clara no mundo a partir da segunda metade do século XX, e, no caso brasileiro, após a Constituição da República de 1988, o que talvez explique (embora não justifique) a interpretação retrospectiva que insistentemente se vê em julgados trabalhistas. Mesmo após 1988, há ainda intérpretes e julgadores que não conseguem compreender a supremacia constitucional e optam, talvez sem maior reflexão, por uma falsa regra de especialidade, como se aplicar a CLT em detrimento do texto constitucional se justificasse pela especificidade das regras infraconstitucionais trabalhistas em certos casos. Some-se ainda o fato de que o texto constitucional promulgado começou a ser implementado, e sobretudo interpretado, em um momento de agressão ao sistema protetivo trabalhista vigente no plano infraconstitucional, o que impôs aplicação restritiva e limitadora de direitos, em consonância com o neoliberalismo hegemônico, que como tal atingiu também o Poder Judiciário. Houve a promulgação de uma Constituição Social seguida dos governos neoliberais<sup>14</sup> de Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, o que talvez explique a interpretação conservadora, e muitas vezes retrospectiva, que se faz de seu texto.

Muito do que se decide hoje em termos de limite de jornada está fundamentado em termos positivistas, de aproximação quase plena entre direito e regra legal, sem que se estabeleçam juízos de valor nas razões de decidir. Há, ainda, um legalismo acrítico e que não reconhece a normatividade de princípios constitucionais e sua preponderância (em relação à regra infraconstitucional) em toda e qualquer relação jurídica intersubjetiva. É necessária, então, uma postura pós-positivista, que supere o positivismo por meio da reconstrução dos valores

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>14</sup> Sobre os impactos do neoliberalismo no Direito do Trabalho, veja artigo deste autor intitulado “Neoliberalismo, ‘flexibilização a sangue-frio’ e perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil”, publicado na *Revista LTr*, ano 74, out. 2010, p. 1245-1255. Disponível em: <www.direito-dotrabalhoessencial.com.br>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

éticos da sociedade, materializados que estão em princípios constitucionais, conforme bem leciona Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>.

Apenas a título de exemplificação e com a devida vênia, veja-se a “jornada de 10 horas” que vem sendo usada como limite<sup>16</sup> pelo Poder Judiciário Trabalhista:

EMENTA: HORAS EXTRAS. ACORDO. LIMITE. Mesmo o Acordo válido está sujeito ao **limite de 10 (dez) horas diárias**, pena de desrespeito ao artigo 59, parágrafo 2º, da CLT (TRT, 3ª Região, 5ª Turma, processo n. 00347-2004-099-03-00-0 RO, publicação em: 25.09.2004. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA VÁLIDO. Conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 85 do colendo TST, em se tratando de compensação de jornada, é necessária, para sua validade, a existência de acordo escrito prevendo-a, coletivo ou mesmo individual, quando inexistir norma coletiva dispendo em contrário (inteligência dos itens I e II da referida súmula). Na espécie, havendo autorização coletiva para o denominado “banco de horas”, e restando extrapolado o **limite diário de 10 horas** para a validade da compensação (CLT, art. 59, § 2º), é o caso de se aplicar o entendimento que encerra o item III do verbete sumular em questão, sendo devido apenas o adicional correspondente às horas excedentes à jornada normal diária (TRT, 3ª Região, 6ª Turma, processo n. 0118400-49.2009.5.03.0098 RO, publicação em: 31.05.2010. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2014. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: REGIME ESPECIAL DE JORNADA. VALIDADE. EXIGÊNCIA DE ACORDO. O turno de trabalho de 12 horas, como situação especialíssima de excesso de jornada, que ultrapassa o **limite de 10 horas diárias** previsto no artigo 59 da CLT, só pode existir mediante acordo expresso que, consoante jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 444 do TST, deve ser coletivo. Ainda que se admita a negociação individual entabulada diretamente com o trabalhador, esta deve ser específica, delimitando claramente os limites de jornada, sob pena de ser invalidado o ajuste (TRT, 15ª Região, 4ª Turma, 7ª Câmara, processo n. 0000154-39.2012.5.15.0136 RO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Grifos não constam do texto original).

EMENTA: REGIME DE COMPENSAÇÃO. INVALIDADE E CONSEQUÊNCIAS. APLICABILIDADE DA SÚMULA 85, DO TST. O art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República de 1988, quando estabelece o

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>16</sup> As decisões não desconhecem o padrão de oito horas como referência para horas ordinárias, sendo a nona e a décima horas remuneradas como extraordinárias ou compensadas.

limite máximo de jornada diária em oito horas e semanal de quarenta e quatro, facultando a compensação de horários, exige que esta ocorra mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, com previsão expressa acerca dos dias em que haverá excesso e daqueles em que haverá redução ou supressão de jornada, para não deixar cláusula essencial do contrato de trabalho ao arbítrio do empregador (art. 122, do Código Civil). A seguir, é necessário estabelecer acordo escrito com o obreiro, para a pactuação e especificação de tal regime, contendo todas e quaisquer cláusulas limitativas do direito do empregado aos limites legais de jornada. Ainda, a validade do acordo condiciona-se à inexistência de desrespeito ao **limite diário fixado no artigo 59 da CLT (10 horas)**; à ausência de horas extras juntamente com a compensação e à ausência de trabalho em sábados, quando visada a supressão do labor em tais dias. A consequência da não observância desse roteiro, com o desrespeito aos requisitos formais ou materiais para o acordo de compensação semanal enseja o pagamento de horas extras, não se aplicando a Súmula 85 do TST (TRT, 9ª Região, 4ª Turma, processo n. 42392-2013-001-09-00-4, publicação em: 12.08.2014. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 04 set. 2014. Grifos não constam do texto original).

166

Não se pretende aqui dizer que são injustas as decisões acima, mas apenas que trabalham com um limite que não é aquele fixado na Constituição da República. Não tem havido espaço jurídico processual (teses, antíteses e sínteses) para discussão sobre a essência da norma constitucional de limitação de jornada. O que se aceita, equivocadamente, é que o empregador pode exigir dez horas de trabalho diariamente desde que pague como extraordinárias a 9ª e a 10ª horas ou promova a sua compensação. Não se discutem processualmente os fatos ensejadores da exigência de sobrejornada ou se a regra constitucional do inciso XIII do art. 7º estabelece limite ou referência. Há, ainda, interpretação no sentido de que o inciso XIII do art. 7º da Constituição da República estabelece a apenas a disposição *normal* de trabalho, sendo possível a exigência ordinária de labor em sobrejornada.

É urgente, então, interpretação coerente das normas constitucionais dos incisos XIII e XIV, bem como do disposto no inciso XVI, todos do art. 7º. Há que se compreender, de antemão, que “em qualquer operação de concretização do Direito haverá a aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta. Será direta quando determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional”<sup>17</sup>. Assim, situações controvertidas envolvendo limitação de jornada deverão considerar o limite constitucional de oito horas, em interpretação

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

direta do texto constitucional, com sua aplicação, com força normativa, para a solução do caso concreto. A interpretação será indireta sempre que uma “pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado”<sup>18</sup>. No que concerne à situação analisada, então, é necessária uma releitura do disposto no art. 59, *caput* e § 2º, da CLT, em conformidade com o art. 7º, XIII e XVI, da Constituição da República.

A Constituição da República em seu art. 7º limita a jornada de trabalho a oito horas (inciso XIII), podendo haver extraordinariamente (inciso XVI) a extrapolação desse limite, circunstância ensejadora de pagamento de adicional. A pretensa liberdade celetista de elasticidade do limite de jornada a dez horas, ainda que remunerado o trabalho com acréscimo de adicional, não encontra respaldo constitucional, não sendo minimamente razoável falar-se em horas extras habituais, como já foi acima destacado.

A norma do art. 59, *caput*, da CLT deve ser compreendida como regra que fixa, em consonância com a Constituição, limite de jornada de 8 horas, sendo possível que haja a exigência de trabalho em sobrejornada em situações extraordinárias. Na mesma linha o § 2º do mesmo art. 59 da CLT, que permite a compensação de horas extraordinárias pela figura do “banco de horas”<sup>19</sup>, mas apenas havendo, no caso concreto, situação também extraordinária. A referência normativa a regular o que é extraordinário está fixada no *caput* do art. 61 da CLT, que trata da *necessidade imperiosa* de jornada extraordinária, “seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto”. É claro, então, que o empregador só pode exigir trabalho em sobrejornada extraordinariamente, e não como estratégia ordinária de gestão. Não se pode compreender lícita a extrapolação dos limites constitucionais como forma de redução de custos. O empregador que exige sobrejornada habitualmente deve se abster de tal prática e contratar mais empregados para o desenvolvimento das tarefas ordinárias de seu empreendimento.

As normas constitucionais do art. 7º, XIII e XVI, deverão ser interpretadas em consonância com a ideia fundamental da República Brasileira consistente em valorização social do trabalho (Constituição da República, art. 1º, IV), bem como sempre em conformidade com o princípio basilar de dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1º, III). Assim,

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

<sup>19</sup> A figura do “banco de horas” é de duvidosa constitucionalidade, ideia desenvolvida pelo autor em diversos artigos, disponíveis no site <[www.direitodotrabalhoessencial.com.br](http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br)> e no livro *Direito do trabalho essencial*, publicado pela Editora LTr.

somente extraordinariamente pode haver exigência de jornada de trabalho superior a oito horas, devendo tal extrapolação de limites ser remunerada com acréscimo de adicional constitucional.

Com relação à expressão “facultada a compensação de horários” do art. 7º, XIII, da Constituição da República, não é justificável manter interpretação no sentido de que é possível, ordinariamente, a inobservância ao limite de oito horas. Pode ocorrer, sim, a conhecida “compensação de sábado”, situação em que o trabalhador tem sua jornada elasticada para que complete suas 44 horas semanais de trabalho de segunda a sexta-feira. Também é possível, consoante jurisprudência majoritária, a compensação anual, por meio do “banco de horas”, mas sempre em situações extraordinárias.

Tal postura interpretativa, por óbvio, não depende de alteração normativa. Trata-se de mutação constitucional decorrente apenas da mudança no sentido da norma por revisão da interpretação preexistente<sup>20</sup>. O inciso XIII do art. 7º da Constituição da República deve ser interpretado como limite, e não como mera referência para pagamento de remuneração ordinária.

Em análise sistemática, que privilegia o princípio da unidade da Constituição, deve-se compreender que a norma constitucional do inciso XXII do art. 7º<sup>21</sup> está em consonância com a interpretação aqui lançada no que concerne aos incisos XIII e XIV. Maurício Godinho Delgado<sup>22</sup> defende que “a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa”. Ora, não é possível a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” prevista na Constituição da República se não se compreender e aplicar efetivamente limitação de jornada e de disponibilidade semanal de trabalho no Brasil.

## EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS SOCIAIS TRABALHISTAS

A questão central do presente artigo se põe, necessariamente, no plano da efetividade dos direitos sociais constitucionais trabalhistas. Não basta a garantia constitucional de “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (Constituição da República, art. 7º, XIII), facultada

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>21</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

<sup>22</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 901.



a compensação de trabalho. É necessária a concretização de tais limites no plano dos contratos de emprego, ressalvadas apenas situações extraordinárias (Constituição da República, art. 7º, XVI).

A efetividade dos direitos constitucionais não se confunde, obviamente, com a sua eficácia. O estudo da eficácia das normas constitucionais se contenta, em síntese, com a sua aptidão para a produção de efeitos, imediatamente ou não, de modo pleno ou contido (consoante doutrina majoritária). O estudo da efetividade das normas constitucionais, por outro lado, pretende pesquisar a realização concreta do direito posto, ou seja, “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais” o que conduz necessariamente a uma “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”, consoante lições de Luís Roberto Barroso<sup>23</sup>. Há, então, como anteriormente delineado, a necessidade de análise da realidade social, política e econômica que envolve o fenômeno jurídico e, mais do que isso, o estudo de possibilidades jurídicas para enfrentamento do déficit de efetividade da norma constitucional em análise.

De início vale aqui destacar a fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas. Em síntese, são os direitos constitucionais trabalhistas fundamentais? Há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (arts. 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República? Por fim: os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais? A resposta, para todas as perguntas, deve ser positiva.

Os direitos constitucionais trabalhistas, fixados principalmente nos arts. 7º, 8º e 9º da Carta da República, são direitos fundamentais. Tal afirmação pode decorrer tanto de uma análise formal, topográfica, quanto material, que destaca a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Formalmente, em análise topográfica dos direitos constitucionais sociais trabalhistas, é simples a constatação de sua fundamentalidade. Basta verificar que as normas contidas nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição da República se inserem no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Visto, então, que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 decidiu, soberanamente, gravar como fundamentais os direitos sociais trabalhistas, o que, por si só, já deve servir de argumento para seu tratamento jurídico em tais termos. Mas não é só.

Materialmente, nos termos da análise de Ingo Wolfgang Sarlet, há que se reconhecer também a fundamentalidade dos direitos sociais constitucionais, dentre eles os trabalhistas. Para o citado autor, “os direitos fundamentais só

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional”<sup>24</sup>. Tal regime jurídico privilegiado consiste, em síntese, em proteção especial contra revisão do legislador constitucional reformador (cláusulas pétreas) e aplicação direta e imediata. Em síntese, a fundamentalidade material decorre da aplicação, aos direitos sociais, das regras constitucionais dos arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 1º.

Com relação ao segundo critério (aqui visto primeiramente), de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, a análise parece ser mais simples, pois a norma constitucional do art. 5º, § 1º, expressa e claramente dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não restringindo tal comando ao disposto no Capítulo I, do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Não obstante tal compreensão, há quem sustente que o fato de ser parágrafo (primeiro) do art. 5º restringe a aplicação da norma às situações de seu *caput* e incisos, sem que se irradie para os demais artigos constitucionais. Ingo Wolfgang Sarlet, reafirmando a fundamentalidade material e em interpretação sistemática do Texto Constitucional, rebate a crítica e explica:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu (e nem é legítimo presumir isto!) excluir, os direitos políticos, de nacionalidade do âmbito do art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Carta, que, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. (...) Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do parágrafo 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico<sup>25</sup>.

Com relação ao primeiro critério, impossibilidade de reforma, a defesa é um tanto mais complexa, vez que a análise literal do disposto no art. 60, § 4º e inciso IV, pode conduzir a uma compreensão distorcida. A regra citada define a

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 488.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

impossibilidade de reforma constitucional por emenda apenas no que concerne aos “direitos e garantias individuais”, o que excluiria, em perspectiva literal, os direitos constitucionais fundamentais que não constam do rol do art. 5º. De início Sarlet afasta tal leitura com os seguintes argumentos:

Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do parágrafo 4º do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada<sup>26</sup>.

Para o citado autor, a proteção referente às cláusulas pétreas deve decorrer de interpretação sistemática do texto constitucional. Explica o citado autor que a Constituição da República não faz distinção expressa entre “direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos”. O autor defende também a existência de “íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado”, conforme normas do art. 1º, I, II e III, bem como do art. 3º, I, III e IV<sup>27</sup>. Tal constatação permite inferir uma identidade da Constituição, que consagra limites materiais implícitos à reforma constitucional. Além disso, insiste o citado autor, em perspectiva lógica, ao argumentar que “um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída”<sup>28</sup>. Por fim e não menos importante no que concerne ao presente estudo, há direitos constitucionais trabalhistas que são claramente de titularidade individual, em consonância então com a literalidade da regra do art. 60, § 4º,

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 490.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 491-492.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

IV. Ora, o destinatário do direito a férias, 13º salário, salário-mínimo e limitação de jornada é o indivíduo, da mesma forma que “é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc.”<sup>29</sup>. Por fim, sintetiza Sarlet que “a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte”<sup>30</sup>.

Assim, não há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (arts. 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República. São todos fundamentais, gravados de imutabilidade, reveladores das mais importantes decisões do legislador constituinte originário. E mais, os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais. É possível inferir, portanto, que empregadores e Estado têm o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista. A norma empresarial, o agir patronal ou a atuação estatal contrários ao direito constitucional fundamental social devem receber competente reprimenda, nos termos da ordem jurídica vigente<sup>31</sup>.

Portanto, limite de jornada não superior a oito horas e de disponibilidade semanal de trabalho em 44 horas é expressão de garantia básica de direito fundamental, insuscetível de redução de seu alcance por norma infraconstitucional ou por interpretação retrospectiva. Como tal limite é atualmente visto apenas como referência, forçoso é constatar que a norma constitucional do art. 7º, XIII, não tem a efetividade que deveria ter. Tal constatação, entretanto, impõe um desafio: como efetivar tal conteúdo constitucional? Duas são as possibilidades, sendo uma no campo da interpretação constitucional e outra no plano da aplicação estratégica de seu conteúdo. No que concerne à interpretação, é necessário que se reafirme o anteriormente exposto no presente trabalho: somente extraordinariamente pode haver exigência de jornada de trabalho superior a oito horas, devendo tal extrapolação de limites ser remunerada com acréscimo de adicional

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

<sup>31</sup> Sobre a aplicação direta e imediata de direitos constitucionais sociais trabalhistas, veja artigo deste autor, intitulado “A eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas”, publicado na *Revista LTr*, ano 75, out. 2011, p. 1209-1218. Disponível em: <<http://www.direitodotrabalhoessencial.com.br>>.

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

constitucional. Sobre aplicação estratégica, há duas perspectivas, dependendo da situação concreta: caracterização de trabalho escravo e/ou de dano existencial, o que atingirá, efetivamente, o empregador.

### TRABALHO ESCRAVO E SOBREJORNADA

O trabalho escravo é uma das maiores vergonhas do Brasil desde sempre, e persiste, ainda que com novos contornos, neste início de século XXI. É triste constatar que 2.063 trabalhadores tiveram que ser resgatados da escravidão pelo Ministério do Trabalho e Emprego no ano de 2013, em 179 operações que inspecionaram 300 estabelecimentos. Pior ainda é saber que os números certamente são bem maiores do que os oficiais. Os dados, alarmantes, constam da seguinte tabela:

**Tabela 5** – Quadro geral das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – SIT/SRTE 1995 a 2013

ANO	OPERAÇÕES	ESTABELECIMENTOS INSPECIONADOS	TRABALHADORES RESGATADOS
2013	179	300	2.063
2012	141	255	2.750
2011	170	341	2.485
2010	142	310	2.628
2009	156	350	3.769
2008	158	301	5.016
2007	116	206	5.999
2006	109	209	3.417
2005	85	189	4.348
2004	72	276	2.887
2003	67	188	5.223
2002	30	85	2.285
2001	29	149	1.305
2000	25	88	516
1999	19	56	725
1998	17	41	159
1997	20	95	394
1996	26	219	425
1995	11	77	84

**Fonte:** Ministério do Trabalho e Emprego. Relatórios Específicos de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo.

Quem explora trabalho em condições análogas à escravidão certamente faz pouco do Estado Democrático de Direito, que consagrou princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais inafastáveis, conforme visto anteriormente. A reprimenda nesses casos deve ser extremamente severa, sob pena do reconhecimento da falência do Estado. No trabalho escravo o ser humano é visto pelo explorador como sua propriedade, ou apenas uma peça integrante de seu complexo empresarial, em uma repugnante relação dominial, em que não há mera subordinação jurídica, mas verdadeira sujeição pessoal. O alcance do poder de fato do patrão escravista não se restringe ao modo da prestação laborativa e invade os mais elementares aspectos da vida privada do trabalhador. Tais absurdos não decorrem de ausência de regra legal, mas da sensação de impunidade que vigora nas relações capital-trabalho. O Código Penal brasileiro tipifica, em seu art. 149, o crime de redução a condição análoga à de escravo<sup>32</sup>. Tal conformação legal pode e deve servir de parâmetro também para punições trabalhistas concernentes à reparação de danos (individuais e coletivos).

Análise da Constituição da República em conjunto com o disposto no *caput* do art. 149 do Código Penal permite a determinação dos bens jurídicos protegidos no caso em exame: dignidade da pessoa humana, liberdade, vida, saúde e segurança do cidadão trabalhador.

174

Ainda há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da exigência de privação da liberdade de locomoção (liberdade de ir e vir) para que se configure o ilícito penal, o que tornaria insuficiente a caracterização das condutas de agressão à dignidade, à vida, à saúde e à segurança do trabalhador para a criminalização do agente. Tal compreensão se baseia na topografia do tipo penal do art. 149, inserido que está no Capítulo VI, “Dos crimes contra a liberdade individual”, do Título I, “Dos crimes contra a pessoa”. Assim, a restrição da liberdade de ir e vir seria imprescindível à caracterização do ilícito. Os Auditores

---

<sup>32</sup> “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Fiscais do Trabalho Vitor Araújo Filgueiras e Jeane Sales Alves<sup>33</sup> discordam da compreensão supra e explicam:

Além de poder atentar diretamente contra a liberdade individual (apesar de não haver, em geral, tal necessidade), a compulsão do capital ameaça a saúde dos trabalhadores, dignidade, segurança, e, inclusive, desconhece o limite físico do próprio elemento que lhe sustenta. Segundo Silva (2006), a vida útil dos trabalhadores no corte de cana nas décadas de 1990 e 2000 girava entre 10 e 15 anos, ou seja, menor do que os referidos 20 anos dos escravos do século XIX.

Também no sentido mais amplo do tipo penal José Cláudio Monteiro de Brito Filho<sup>34</sup> esclarece que o STF já decidiu que “o crime tipificado no art. 149 do Código Penal deve ser entendido como uma das hipóteses de crime contra a administração do trabalho, uma vez que esses crimes (...) não estariam previstos, de forma taxativa” no título próprio (Título IV, “Dos crimes contra a organização do trabalho”).

A doutrina, tanto no âmbito penal quanto na seara trabalhista, é no sentido de que para a constatação do crime previsto pelo art. 149 do Código Penal é necessária a caracterização da *relação de trabalho*, que será ou não reconhecida como relação de emprego a depender das circunstâncias fáticas. Normalmente as situações de trabalho escravo indicam a presença dos requisitos do art. 3º da CLT. Condutas semelhantes e que não envolvem uma relação de trabalho (com ou sem vínculo de emprego) poderão caracterizar crimes diversos, como constrangimento ilegal, sequestro, cárcere privado, entre outros, mas não aquele previsto pelo art. 149 do Código Penal.

Sete são, basicamente, as condutas ilícitas previstas no art. 149 do Código Penal: trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes, restrição de locomoção, cerceamento de transporte, vigilância ostensiva e apropriação de documentos. Ao presente trabalho interessa a redução ao trabalhador à condição análoga à de escravo em decorrência de jornada exaustiva, que merece análise detida, visto não ser imediatamente associável (na prática cotidiana) ao trabalho escravo, pois o excesso de jornada no Brasil parece ser a regra, conforme anteriormente exposto.

José Cláudio Monteiro Brito Filho<sup>35</sup> defende que a caracterização do trabalho escravo por jornada exaustiva exige a extrapolação dos limites constitucionais

---

<sup>33</sup> FILGUEIRAS, Vitor Araújo; ALVES, Jeane Sales. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: regulação em disputa e recentes resgates no Estado da Bahia. *Revista do TST*. Brasília, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014, p. 313.

<sup>34</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Caracterização do trabalho escravo no Brasil: perspectiva penal. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 302, ago. 2014, p. 27.

<sup>35</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho*. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 70.

fixados no inciso XIII do art. 7º da Constituição da República, a inobservância aos limites celetistas para a sobrejornada (art. 59), além de prejuízo, ainda que potencial, à saúde do trabalhador. Destaca, por fim, a imposição da sobrejornada pelo contratante, com anulação da vontade do trabalhador.

Wilson Ramos Filho<sup>36</sup> faz análise objetiva do que seja jornada exaustiva:

Perseguindo a mesma linha de raciocínio que se adotou para a caracterização das “condições degradantes de trabalho”, constata-se que a legislação “legaliza” a prestação de horas para além da carga horária diária máxima, ao estipular que se remunere tal carga horária como “horas extras”, ou seja, com adicional de 50%. Sendo assim, o direito do trabalho autoriza o empregador a exigir do empregado horas de trabalho além do limite constitucional de oito horas diárias, cumpridas dadas condições, irrelevantes na presente linha de argumentação.

O tipo penal alude a jornadas exaustivas. Obviamente tal qualificação deve adequar-se à forma que cada trabalho assume, pois, em um trabalho mais intenso, mais rapidamente se atinge a exaustão, enquanto em um trabalho meramente contemplativo pode prolongar-se por muito mais tempo antes que condições de esgotamento equivalentes se instalem. Por essa razão, a legislação prevê intervalos intrajornadas mais frequentes naqueles. Mas, independentemente de tais ponderações, na busca de um critério objetivo para tal caracterização, seria possível identificar como jornada exaustiva (qualquer que seja a atividade) aquela exigida, regularmente, do trabalhador, para além da décima hora em uma mesma jornada diária; ou seja, para todo trabalho a décima hora, em um mesmo dia, se imporia como o limite quantitativo.

Note-se que o *caput* do artigo 149 menciona três situações que caracterizariam o trabalho em condições análogas à de escravo, sendo a primeira delas a submissão a trabalho forçado ou a jornadas exaustivas, e exatamente nesse contexto que se deve perquirir a melhor hermenêutica. Para o legislador, essa primeira forma de trabalho em condições análogas à de escravo consiste não apenas naquela descrita internacionalmente como “trabalho forçado”, muitas vezes associado à restrição à liberdade de locomoção, mas também naquele prestado em relações em que o empregador exige do empregado trabalho em quantidade (máximo de dez horas diárias) ou em intensidade superiores às forças humanas, remetendo a um critério qualitativo para mais adequada configuração. A questão adquire relevância quando se consideram as importantes alterações na maneira de se gerirem as empresas, experimentadas em nosso novo, e precário, mundo do trabalho (ALVES, 2000),

---

<sup>36</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*, v. 61, jul./dez. 2008.



identificadoras de um novo espírito do capitalismo (BOLTANSKI & CHIAPELO, 2002) no qual a intensidade do trabalho resta potencializada para ampliação crescente das margens de lucro.

Sendo assim, independentemente de o empregador remunerar as horas extras corretamente, sempre que exigir do empregado, com habitualidade, horas de trabalho que ultrapassem o limite máximo de dez horas diárias, uma situação fática de exigência de jornadas exaustivas se consuma.

O ponto referencial de compreensão do crime e ilícito trabalhista deve ser, assim, a imposição de sobrejornada sem que tenha o trabalhador, na prática, o direito de se insurgir contra a determinação patronal, de modo a prejudicar o empregado em sua vida privada (saúde e segurança, além de inserção comunitária, familiar, política, religiosa). Diante do exposto no presente estudo, caracteriza-se a jornada exaustiva sempre que houver, ordinariamente, inobservância ao limite constitucional de disponibilidade diária ou semanal de trabalho, independentemente do *quantum*, ou seja, de quantas horas extraordinárias empreendeu o trabalhador. Os pontos característicos serão a habitualidade da sobrejornada imposta pelo empregador<sup>37</sup> e o potencial prejuízo à integridade física ou moral do cidadão trabalhador.

### DANO EXISTENCIAL E SOBREJORNADA

177

Sem pretender incentivar o que se costuma cognominar “indústria do dano moral”, é necessário estudar a estreita relação existente entre o dano existencial e a sobrejornada. Doutrina e jurisprudência, além da normatização heterônoma, lidam cotidianamente com diversas possibilidades de responsabilidade civil no âmbito trabalhista, surgindo agora novo instituto, intitulado “dano existencial”. Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior<sup>38</sup> criticam tal “novidade” e se referem à “Torre de Babel das novas adjetivações do dano”. Compreendem tal fenômeno relacionado à positivação constitucional da dignidade humana como fundamento da República

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro acabou gerando uma

---

<sup>37</sup> Tal imposição, conforme será visto adiante no item 6, decorre de mera subordinação jurídica, não sendo exigível, para sua caracterização, sujeição pessoal, uso de força física ou coação moral. Tal constatação decorre da restrição fática ao inconformismo contratual obreiro decorrente da inaplicabilidade da regra constitucional de garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CR), o que, na prática, inviabiliza a recusa do trabalhador quanto ao cumprimento de trabalho em sobrejornada.

<sup>38</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, v. 78, n. 5, maio 2014, p. 557.

expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.

Entendem os citados autores que os danos extrapatrimoniais autônomos previstos no sistema jurídico brasileiro são apenas três: material, moral e à imagem. Os “novos danos” (estético, psicológico, existencial, biológico, dentre outros) seriam, em tal linha, meras adjetivações doutrinárias e jurisprudenciais. Não obstante a crítica, é possível a análise do dano existencial e de sua relação com a sobrejornada, ainda que se compreenda, conforme o caso, tratar-se de dano moral em sua conceituação clássica. O que importa, aqui, é o reconhecimento do dano indenizável e sua suficiente reparação em casos de sobrejornada ordinária.

Sônia Mascaro Nascimento<sup>39</sup> relata a criação da expressão “*danno esistenziale*” na doutrina italiana como originária do tratamento jurídico da situação juslaboral em questão no Brasil e traz sua conceituação:

[...] qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. [...] O dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

O dano existencial vem sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência trabalhistas no Brasil e tem como característica mais marcante a frustração de um projeto de vida em decorrência de ato ilícito trabalhista patronal decorrente de limitações impostas à plena realização de direitos de personalidade por excesso de trabalho. A reparação do dano impõe, portanto, a comprovação de ilícito trabalhista (relacionado ao excesso de trabalho, principalmente e com destaque para o presente estudo), prejuízo referente a projeto de vida e a nexos de causalidade entre ambos.

O dano existencial nas relações de trabalho decorre, regra geral (que comporta exceções), do desrespeito patronal aos períodos de descanso do empregado e aos limites de jornada. O empregado explorado tem comprometida sua inserção comunitária, religiosa, política e, principalmente, familiar. O excesso de trabalho prejudica a família do trabalhador não só por sua ausência física, mas, também,

---

<sup>39</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 8, ago. 2014, p. 967.

pela perda da qualidade da presença, vez que a exaustão física e mental prejudica a vida familiar plena. Assim, os projetos de vida e as relações pessoais do trabalhador ficam prejudicados em decorrência do excesso de trabalho imposto pelo empregador.

Na prática o principal ponto distintivo do dano existencial é o prejuízo ao projeto de vida do empregado, sendo, aqui, essencial a análise da imposição do excesso de trabalho pelo empregador. A pergunta básica é: exige-se sujeição pessoal ou a mera subordinação jurídica<sup>40</sup> é suficiente à caracterização da imposição ilícita de sobrejornada? A subordinação jurídica no contexto atual do capitalismo brasileiro e principalmente da legislação trabalhista permissiva no que tange à rescisão contratual injustificada tende a ser suficiente à caracterização da imposição de excesso de trabalho. Não há necessidade de que o empregador, pela força (física ou moral), imponha irremediavelmente sua vontade contra eventual decisão contrária do trabalhador. O risco de perder o emprego mesmo imotivadamente faz com que o trabalhador acate ordens patronais abusivas ou ilícitas (do ponto de vista trabalhista) e cumpra jornadas que comprometem sua inserção familiar e seus projetos de vida. Mesmo quando a sobrejornada é remunerada, interessando em tese também ao empregado, é possível a caracterização do dano existencial.

Os tribunais trabalhistas decidem litígios que envolvem o dano existencial decorrente de sobrejornada e determinam sua reparação:

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. A indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e do nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, a teor dos arts. 186, 927 do CC e art. 7º, XXVIII da CR/88. Verificando-se no caso em discussão que o reclamado exigia cumprimento de jornada desumana e extenuante de trabalho, com patente prejuízo ao direito ao descanso e ao lazer, não há dúvida quanto à configuração dos danos morais (TRT, 3ª. Região, 1ª Turma, RO, processo n. 0001527-60.2013.5.03.0086, Rel. juiz convocado Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves, publicação em: 06.08.2014. Disponível em: <[www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br)>. Acesso em: 04 nov. 2014).

---

<sup>40</sup> Maurício Godinho Delgado (2014, p. 303) estabelece distinção entre subordinação jurídica e sujeição pessoal: “Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação”.

JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. A excessiva jornada de trabalho a que era submetido o reclamante impossibilitava-o de relacionar-se adequadamente com sua família, bem como o impedia de sociabilizar-se, além de não assegurar ao trabalhador a reposição das energias despendidas ao longo da jornada laboral. Sua relação de trabalho era manifestamente sujeita a condição ilegal de domínio do empregador, pois submetido à jornada excessiva e de trabalho degradante, restando frustrado, inclusive, seu projeto de vida de angariar melhor colocação no mercado de trabalho, tendo em vista a dificuldade de realizar um curso profissionalizante em virtude de labor excessivo. Patente a configuração do dano, que corresponde à dor moral que uma pessoa sofre quando lesado um direito não patrimonial seu, que lhe atinge a personalidade e a dignidade da pessoa humana, a ensejar a reparação dos prejuízos (danos) causados, com previsão no art. 5º, X, da Constituição Federal e artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. Recurso patronal que se nega provimento, neste tópico (TRT, 6ª Região, 2ª Turma, processo n. 0000757-12.2012.5.06.0121 RO, Rel. Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

Ainda que tenham negado a pretensão obreira, são significativas, por seus fundamentos, as seguintes decisões do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

180

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO EXCESSIVA DE HORAS EXTRAS. 1. O e. TRT registrou que “o reclamante trabalhava essencialmente em atividades externas, consistentes em viagens bastante frequentes (vide diversos bilhetes aéreos carreados aos autos pelo próprio trabalhador, fls. 33/68), inclusive algumas internacionais (como admitido às fls. 03 e 432), e havia controle de sua jornada com, ‘o acesso ao sistema de ponto feito pela internet e de forma quinzenal’, conforme afirmou a testemunha”. Manteve a condenação derredor das horas extras, tendo por base a jornada fixada na origem (de 8h:30 às 22h:30), com 1h:30 de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira. Na sequência, consignou que “A prestação habitual de horas extras não enseja indenização a título de danos morais, até porque dispõe o empregado de meios legais e judiciais para enfrentar a situação. Cumpre registrar, ainda, que a conquista jurídica e sua elevação a nível constitucional (art. 5º, V, *in fine*) deve ser reivindicada de forma séria e bem fundamentada, sob pena de banalização e descrédito”. 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

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

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, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68), hipótese aqui não verificada. 3. Nesse contexto, não se divisa violação dos arts. 5º, V, e X, da Constituição da República e 927 do CCB. Agravo de instrumento conhecido e não provido (TST, 1ª Turma, AIRR 308-86.2012.5.03.0008, Reç Min. Hugo Carlos Scheuermann, publicação em: 23.05.2014. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

EMENTA: DANOS EXISTENCIAIS. INDEFERIMENTO. JORNADA EXAUSTIVA NÃO CONFIGURADA. Dano existencial é expressão usada para designar as lesões que comprometem a liberdade de escolha e frustram o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Nos danos desse jaez, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livremente dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê alijado em seu direito à liberdade e ferido em sua dignidade. E esse, não é o caso dos autos, vez que não provada a jornada exorbitante contida na peça de ingresso. Recurso patronal a que se dá parcial provimento (TRT, 6ª Região, 2ª Turma, processo n. 0000655-84.2012.5.06.0122, Rel. Des. Paulo Alcântara. Disponível em: <www.trt6.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

Recentemente e pela primeira vez a imprensa brasileira deu destaque a processo judicial trabalhista envolvendo dano existencial. O título da notícia no site do TRT da 4ª Região (21.07.2014) foi bastante efetivo no sentido de trazer o tema à reflexão mais ampla: “Trabalhadora que teve o casamento prejudicado por exigência de jornadas muito extensas deve ser indenizada por dano existencial”. O assunto gerou debates tanto na grande mídia quanto nas redes sociais. Parte considerável dos entrevistados entendeu injustificada a indenização, vez que a trabalhadora não foi fisicamente obrigada ao trabalho extraordinário e que na prática teria optado por investir em sua carreira em detrimento do casamento. Tal “escolha” não deveria, segundo muitos, ensejar reparação a cargo do empregador. Nos autos do processo, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por sua 4ª Turma, foi no sentido de que a “árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada” da trabalhadora, o que comprometeu a realização de seu projeto de vida consistente na vida matrimonial<sup>41</sup>. A fundamentação do acórdão e os detalhes do processo merecem o destaque dado pela imprensa brasileira e pelo presente estudo:

---

<sup>41</sup> EMENTA: DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um

No presente caso, o contrato de trabalho da reclamante com a parte ré estendeu-se de 04.06.2007 a 01.09.2012 (termo de rescisão das fls. 54/55). Seu trabalho na reclamada – empresa de logística – desenvolveu-se como analista de gestão, com o controle de indicadores (de custo, de movimentação de carga, abastecimento de veículos, melhoria contínua) e como coordenadora de processos (controle de diesel, financeiro, recursos humanos, faturamento) de unidades da ré neste Estado. Portanto, o trabalho da reclamante envolvia o controle de inúmeros setores da empresa de logística. Ainda, constata-se que, durante a contratualidade, a trabalhadora executava extensa jornada laboral, das 08h às 20h de segunda a sexta-feira, das 08h às 16h aos sábados e das 08h às 13h em dois domingos ao mês. Também está demonstrado nos autos que teve, por exemplo, que comparecer à empresa em razão de acidente de trabalho fatal quando se encontrava em um parque aquático com o marido em um domingo. Resta incontroversa, igualmente, a realização de viagens ao interior do Estado para visitação das estações da reclamada (depoimento da preposta – fl. 324, verso).

As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência do dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia o exercício das atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. De fato, a reclamante tinha poucas horas para dedicar-se, por exemplo, ao descanso, ao convívio familiar e social e ao lazer, atividades que orientam o plano existencial de cada indivíduo. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se têm como lastreado nas exigências da vida profissional da autora. Acerca do tema, a testemunha Juliana Leal Nunes afirma saber “que a separação dela foi porque ficava pouco em casa”. Sobre o assunto, a autora refere em seu depoimento pessoal: “*que a depoente se separou na época em que trabalhou para a reclamada; que a depoente no período em que estava desempregada ficava bastante em casa e seu marido chegava em casa por volta das 17h; que quando entrou na reclamada queria muito crescer profissionalmente; que passaram a se ver pouco em razão do trabalho; que quando a depoente passou para Canoas passava muito tempo em trajeto (viagens); que a depoente passou a ficar muito tempo fora; que o marido da depoente passou a viver “a vida dele”; que não se*

---

prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora. (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, RO, Processo 1533-23.2012.5.04.0006, publicação em 10/07/2014, disponível em [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br), consulta em 04/11/2014).

## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

*viam mais; que acabaram se separando; que a iniciativa para a separação foi do ex-marido da depoente”.*

O trabalho desenvolvido na reclamada assumiu proporção prejudicial à vida particular da autora, inviabilizando a execução das atividades capazes de lhe trazer realização pessoal. Há efetiva comprovação do dano existencial advindos com a conduta da reclamada resta demonstrado no fato de que ocorreu o rompimento conjugal da reclamante. Estas conclusões são corroboradas pela minuciosa descrição das reações da autora realizada pelo Julgador de origem em sentença: “*na audiência, o questionamento a respeito da separação foi deixado para o final. A pergunta foi direta: “O Rodrigo que teve iniciativa de se separar?” A reclamante contraiu os ombros, apertou os lábios, ficou com os olhos marejados. Não respondeu de imediato. Respirou e falou que sim. Não teatralizou. Tentou esconder a emoção, mas não conseguiu. Foi contida, sincera e não deixou a menor sombra de dúvida de que sua narrativa é verdadeira”.* Resta, portanto, demonstrada que a reclamada provocou lesão existencial à reclamante (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, processo n. 0001533-23.2012.5.04.0006 RO, publicação em: 10.07.2014. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

Neste e em outros casos concretos similares não há que se falar em liberdade do trabalhador para licitamente se insurgir contra os abusos patronais. Por certo a trabalhadora necessitava do emprego e, por isso, empreendeu sobrejornada excessiva. Ora, o ser humano não pode ser reduzido a instrumento de trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana traz em si um *valor comunitário*, consistente até mesmo na proteção do indivíduo contra si próprio. Assim, mesmo que razoável fosse a tese de que a trabalhadora livremente optou pelo crescimento profissional em detrimento da vida pessoal, esposada em voto vencido<sup>42</sup>, não seria lícita tal “opção”. Eis as lições de Luís Roberto Barroso<sup>43</sup>:

O *valor* comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais,

---

<sup>42</sup> Voto vencido, parcialmente transcrito: “Emerge de tais declarações o fato de que a reclamante optou pelo crescimento profissional, circunstância que, como é consabida, muitas vezes, acarreta maior tempo de dedicação ao trabalho, deslocamentos, estudos, etc., em detrimento da vida pessoal, o que, por evidente, ocasionou um contraste com a situação pessoal do tempo de desemprego. Nessa perspectiva, ainda que lhe fossem exigidas extensas jornadas, não verifico conduta ilícita da reclamada a ensejar a indenização postulada” (TRT, 4ª Região, 4ª Turma, Processo n. 1533-23.2012.5.04.0006 RO, publicação em: 10.07.2014. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014).

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46.

mas responsabilidades e deveres a ela associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover, sobretudo:

(...)

b) *a proteção do indivíduo contra si próprio*: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhe causar lesão.

Assim, não é razoável supor que o trabalhador livremente concorde com a supressão de seus mais básicos direitos pelo simples fato de se ter silenciado durante a prestação laborativa exaustiva. Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego impedir violações e, caso ocorram, ao Poder Judiciário determinar a reparação do dano.

Em síntese no que concerne à sobrejornada, é possível compreender que sua exigência habitual pode acarretar dano existencial, desde que comprove o trabalhador, também, prejuízo referente a projeto de vida e afronta a direito de personalidade.

## CONCLUSÃO

184

É possível concluir, diante de todo o exposto, que a Constituição da República consagrou, em seu art. 7º, XIII, limite de jornada e não mera referência para pagamento ordinário. Sendo assim, apenas extraordinariamente (inciso XVI do art. 7º) pode haver extrapolação do limite diário de oito horas e da disponibilidade semanal máxima de trabalho, fixada em 44 horas. Não há que se falar, portanto, em jornada legal de 10 horas e nem muito menos em horas extras habituais. Caso o empregador inobserve o limite constitucional de jornada e exija sobrejornada habitual, poderá haver caracterização de conduta trabalhista ilícita que enseja indenização, seja por trabalho escravo, seja por dano existencial.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOITO Jr., Armando. *O sindicalismo de estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. São Paulo: Hucitec, 1991.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Caracterização do trabalho escravo no Brasil: perspectiva penal. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 302, ago. 2014, p. 24-33.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*. Curitiba, a. 33, v. 61. jul./dez. 2008.



## Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo; ALVES, Jeane Sales. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: regulação em disputa e recentes resgates no Estado da Bahia. *Revista do TST*. Brasília, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MELLO, Alvaro. *Teletrabalho (Telework)*. Rio de Janeiro: Qualimark, 1999.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 8, ago. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, v. 78, n. 5, maio 2014.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista do TRT – 9ª Região*, v. 61, jul./dez. 2008.

SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: Gefasi, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

