

FACULDADE AUTONOMA DE DIREITO - FADISP

PEDRO HENRIQUE ABREU BENATTO

O DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO
AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA

SÃO PAULO

2022

FACULDADE AUTONOMA DE DIREITO - FADISP

PEDRO HENRIQUE ABREU BENATTO

O DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO
AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito Faculdade
Autônoma de Direito - FADISP como
requisito parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pereira de
Freitas Guimarães

SÃO PAULO

2022

Ficha catalográfica:

BENATTO, Pedro Henrique Abreu

O dano existencial no teletrabalho – ausência de limitação da duração da jornada / Pedro Henrique Abreu Benatto - 2022.

126f, 30 cm.

Tese (doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Linha de Pesquisa: Função social do Direito. São Paulo, 2022.

Orientador: Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Inclui bibliografia

1. Direito do Trabalho. I. Benatto, Pedro Henrique Abreu. II. Faculdade Autônoma de Direito. III. O dano existencial no teletrabalho – ausência de limitação da duração da jornada.

PEDRO HENRIQUE ABREU BENATTO

O DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO
AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito Faculdade Autônoma de Direito -
FADISP como requisito parcial para obtenção do
título de Doutor em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

(Orientador)

FADISP

Prof. Dr.

Instituição:

Prof. Dr.

Instituição:

Prof. Dr.

Instituição:

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a minha família, nas pessoas da minha querida amiga Natalia Siqueira, meu filho Pedro Siqueira a razão da minha vida, meus pais, Pedro Benatto e Claudia Benatto que sempre acreditaram em mim mesmo em momentos complicados bem como a minha avó, Marlene Sollymar Dias Aranha que sempre me incentivou na carreira.

Dedico também a todos os meus alunos que me mantêm diariamente firme na caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores que tanto estiveram comigo e até hoje estão e agradeço a Deus, pois acredito muito que ele sempre escuta meus pedidos, angustias.

Também agradeço a todas as pessoas que passaram na minha vida e me ensinaram muito, como no colégio, na pessoa do professor Augusto, de História, na faculdade na pessoa da professora Maria Vitória Queija Alvar e Fábio Franco Pereira os quais tenho a honra de partilhar meu dia a dia, na pós graduação, na pessoa do professor André Cremonesi, quem me ensinou demais, no mestrado nas pessoas dos professores Roberto Senise Lisboa e Greice Fuller, que foram muito importantes para o meu aprendizado, no doutorado na pessoa dos professores Ricardo Castilho e Ricardo Guimarães, que tenho como espelho.

Na vida cotidiana agradeço aos meus pais que sempre estiveram comigo nos melhores e piores momentos e também ao meu irmão Allan Matos e parceira de vida Stephanie Perez.

“Mas pra quem tem pensamento forte o impossível é só questão de opinião.”

BENATTO, Pedro Henrique Abreu. O dano existencial no teletrabalho – ausência de limitação da duração da jornada. Tese de Doutorado – Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, São Paulo, 2022.

RESUMO

A modernidade em sua busca desenfreada por mais informações e tecnologia, fez com que muitos setores da sociedade se reestruturassem, ocasionando invariavelmente novas formas de trabalho. Preliminarmente, a abordagem se insere no contexto lastreado do patamar da sociedade humana, sob o enfoque da habitual e notória característica conflituosa das relações de emprego. Nesse desiderato, a presente pesquisa trata inicialmente da evolução e alteração dos danos na sociedade cotidiana e como ele se diferenciam entre si. Posto isso, será dado enfoque a uma nova forma de trabalho que ganhou nova roupagem com advindo da reforma trabalhista que é o teletrabalho. Fato é que com advindo da reforma trabalhista, trazendo inovações ao teletrabalho, se verifica que houve inúmeras lacunas na legislação, sobretudo, quanto a fixação da jornada de trabalho que pela letra pura e simplesmente da lei não há necessidade de tal controle, fazendo com que o trabalhador permaneça à disposição de seu empregador a qualquer tempo sem qualquer direito a chamada desconexão. Com a tecnologia avançada de forma desenfreada, as novas formas de trabalho surgindo se unindo a tal tecnologia, o empregado começa a exercer mais de uma função e consequentemente sem o devido descanso que por lei deveria ser ao menos respeitado, passa a ter uma carga de trabalho absurda, desencadeando o denominado dano existencial. Sim, pois diferente dos outros danos, este afeta diretamente o projeto de vida da pessoa, podendo trazer prejuízos irreparáveis para a vida e cotidiano do ser humano. Obviamente será verificado que tal tese vem sendo ventilada e abordada nos tribunais, ainda que haja falta de legislação específica sobre o tema, sendo que alguns tribunais começam a entender que caso devidamente comprovado pelo trabalhador, ou seja, não seria um dano presumido, poderá a parte contrária ser condenada ao pagamento de danos na modalidade de dano existencial, inclusive podendo este dano ser cumulado com outros danos já existentes tanto na doutrina quanto na legislação ou jurisprudência.

PALAVRAS CHAVE: direito a desconexão, teletrabalho, dano existencial, tempo à disposição e projeto de vida

ABSTRACT

Modernity, in its unbridled search for more information and technology, has made many sectors of society restructure, invariably causing new forms of work. Preliminarily, the approach is inserted in the context supported by the level of human society, under the focus of the usual and noted conflicting characteristic of employment relationships. In this desideratum, the present research initially deals with the evolution and alteration of damages in everyday society and how they differ from each other. That said, focus will be given to a new form of work that has gained new guise as a result of the labor reform that is teleworking. The fact is that as a result of the labor reform, bringing innovations to telework, it appears that there were numerous gaps in the legislation, especially regarding the establishment of the working day, which by the pure and simple letter of the law there is no need for such control, causing the worker remains at the disposal of his employer at any time without any right to so-called disconnection. With the technology advanced in an unbridled way, the new forms of work appearing joining to such technology, the employee starts to exercise more than one function and consequently without the due rest that by law should at least be respected, he starts to have a load of absurd work, triggering the so-called existential damage. Yes, because different from other damages, this directly affects the person's life project, and can bring irreparable damage to the life and daily life of the human being. Obviously it will be verified that this thesis has been aired and addressed in the courts, even though there is a lack of specific legislation on the subject, and some courts are beginning to understand that if duly proven by the worker, that is, it would not be a presumed damage, the opposing party be ordered to pay damages in the form of existential damage, including this damage that may be cumulated with other damages that already exist both in doctrine and in legislation or jurisprudence.

KEYWORDS: right to disconnect, telework, existential damage, time available and life Project.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1.DANO.....	15
1.1 Significado de dano à pessoa.....	15
1.2 Dos Danos em geral: Espécies de Danos no Direito Brasileiro.....	20
1.2.1 Dano Moral.....	22
1.2.1.1 Histórico do Dano Moral.....	24
1.2.1.2 Danos Morais e Direitos da personalidade.....	28
1.2.3 Dano Estético.....	33
1.2.4 Dano Existencial.....	34
2. DOS DANOS SOFRIDOS PELA PESSOA HUMANA NA RELAÇÃO DE TRABALHO.....	37
2.1 Considerações Históricas sobre relações de trabalho e relações de emprego	37
2.2 Dignidade da Pessoa Humana e o Dano Existencial nas relações de trabalho	39
2.3 Danos Morais e Patrimoniais na Justiça do Trabalho.....	42
3. DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA AVULSA DE DANO À PESSOA.....	46
3.1 Elementos Constitutivos desta modalidade de Dano.....	52
3.2. Dano ao projeto de Vida.....	54
3.2.1 Proteção jurídica ao projeto de vida e relações sociais da pessoa	58
3.3 Distinção entre Dano Moral e Dano Existencial.....	63
4.TELETRABALHO.....	72
4.1 Conceito de Teletrabalho.....	72

4.1.1 Dos elementos caracterizadores do teletrabalho	77
4.2 Regulamentação no Brasil e outros países.....	79
4.3 Supressão de Direitos pós reforma trabalhista.....	80
4.4 Ausência de Controle de Jornada.....	80
4.4.1 Da ausência do controle de jornada.....	84
5. DO DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO	87
5.1 Dano Existencial no Teletrabalho.....	87
5.2 Do direito a desconexão	95
5.2.1 Da dignidade à serviço da hiperconexão	103
5.3 Ônus da prova do dano existencial	108
5.4 – Presunção do dano existencial	113
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

A Sociedade e o próprio Direito sofrem mutações com o passar dos anos, eis que tudo vai se alterando e consequentemente se modernizando. No Direito do Trabalho tal situação não é diferente, eis que dia após dia passa por constantes transformações e também flexibilizações para que a legislação consiga acompanhar a revolução tecnológica bem como questões incidentes atuantes dessas relações promovidas pelos atores diretamente envolvidos, empresa e trabalhadores, bem como medidas governamentais e, por óbvio, deve-se acrescer à essa realidade, os procedimentos e posicionamentos específicos do jurisdicionado.

Com os novos desafios que foram mais constantes no período posterior ao ano de 2020 em decorrência da pandemia do novo Coronavírus, verificar-se-á a amplitude do teletrabalho, onde não raro se defrontam com a expansiva virtualização das relações no cenário laboral.

Com o avanço do teletrabalho, notoriamente o direito do trabalho se aperfeiçoou com esta prática que já era algo com o que o mundo se preparava, com a consequente vinda de uma nova modalidade de dano, qual seja, o dano existencial, em razão do trabalhador, graças a própria tecnologia não conseguir simplesmente se desconectar.

A presente pesquisa, por efeito, se aplica a investigar as condições e abrangência desta transformação. Do aludido, tem por escopo trazer para o debate os aspectos inerentes e decorrentes à sua satisfativa e efetiva prestação, enfatizando a problemática envolvida acerca deste importante instrumento de realização social.

Este estudo, portanto, abordará a modalidade de execução do labor à distância, com o surgimento deste novo dano, justamente em razão da falta de desconexão do trabalhador, tendo por objeto a compreensão da realidade em que se insere o instituto na caracterização global, analisando anteriormente a mudança legal que o tema e os atos normativos que ensejaram tentativa de consolidação de tal prática veiculadas nas leis trabalhistas (CLT) e, como efeito tal, foi impactado com a moderada alteração pós-reforma, para enfim chegar nas implicações e consequências do condicionamento deste regime de trabalho remoto com a falta do denominado direito a desconexão.

Para tanto, o esposado trabalho procurará desenvolver a atual implementação do fenômeno teletrabalho, tendo por especificidade a construção progressiva deste regime no

âmbito da informatização sob o prisma da intitulada Reforma Trabalhista. Assim, será abordada suas características, conjecturas e contextualização, pautando-se às dimensões e matizes da vigente legislação, onde de sobremaneira o modelo da atividade extramural, encontrou amparo regulamentar nas profundas alterações da Lei 13.467/17, trazendo inovações expressas ao ordenamento celetista, elencadas no art. 75, A e seguintes.

Obviamente serão abordados os tipos de dano que existiam antes da consolidação tanto da Constituição Federal, quanto posteriormente a isto e também será feita a análise do dano existencial, eis que este tipo de dano ao projeto de vida das pessoas vem sendo cada dia mais procurado nos tribunais brasileiros, eis que nitidamente há falta de tempo para os empregados terem o direito ao lazer, convívio familiar, ocasionando prejuízos irreparáveis posteriormente.

De incipiente, tecer-se-á explanações sobre a digressão histórica dando enfoque inicialmente aos danos, ou seja, quais são os danos existentes e suas características, para posteriormente ser compreendido a individualização do trabalho envolvendo a causa da ampla verticalização e a perda da integração. Num próximo momento se trará a demanda do controle e duração da jornada face ao direito à desconexão e divergência normativa, sem olvidar as ponderações trazidas com direito comparado pelo primordial respeito aos princípios da dignidade e proteção. Sequencialmente, investigar-se-á o paradigma informacional na questão das TICs, se tais contribuem para uma mudança relevante no convívio de trabalho, acarretando situações distintas, mas que de igual maneira submetem os trabalhadores a condições exploratórias e subordinação ilimitada, muitas vezes revestida de uma ilusão de autodeterminação do trabalhador frente a ele mesmo. Em prosseguimento, enfatizar-se-á se resta veemente dificuldade na supervisão da jornada de telelabor, de modo que, na prática, os tomadores deixam o horário e limite da jornada ao exclusivo critério do trabalhador, de tal sorte que rotineiramente o prestador acaba laborando em sobrejornada. E por fim, analisar-se-á conceituadas ponderações plicadas ao direito, colacionando os julgados atinentes.

Assim, é objeto deste garantir minimamente a preservação da saúde equânime do teletrabalhador, para tanto, admitir a pretensa desconexão do labor na defesa dos interesses e direitos do bem jurídico tutelado é dever de que se descuidou esta recente legislação. Observa-se ainda, que os aspectos jurídicos deste regime são desafios, relativizados a falta de interpretação específica que possa conciliar a atual legislação às suas particularidades, priorizando as garantias desta relação laboral, tendo guarida o intuito de assegurar proteção

adequada que viabilize sua efetividade, eis que a falta desta desconexão vem gerando o que a doutrina denomina como dano existencial.

Nessa senda, alinhado ao contemporâneo clamor social, na análise reflexiva do direito à desconexão, a finalística deste não atenta, tão apenas, a levantar questionamento acerca da excludente recepção do art. 62 da CLT, inclusa pela Lei 13.467/17, tampouco se oportunizar tratar da divergente correção do assente enquadramento legal do instituto, dentre as hipóteses excetivas do regime de duração e limite do trabalho, previstas nos correlatos incisos I, e III, mas sim e principal, aqui se cuida debater e aclarar sem pretensão esgotamento, a escusa realidade da atual reforma trabalhista pela sistêmica consequência paradoxal da conduta empregadora, que controla o efetivo período de trabalho do empregado que telelabora em sobrejornada.

Tais práticas afetam a vida pessoal e familiar do teletrabalhador, onde a dignidade é diuturnamente prejudicada com todas as repercussões patológicas em sua saúde física e mental em virtude do labor excessivo, quer pela ausência e indefinição ou pela confusão e prolongamento de exaustivas jornadas. No entanto, a tecnologia não deve ser utilizada como uma ferramenta de pressão e exploração do empregador, cujo respectivo gravame da conexão permanente é doutrinariamente análogo ao que se convencionou chamar de escravidão digital.

Destarte, a hiperconectividade tem furtado e desrespeitado os limites razoáveis da jornada de trabalho, onde ganha relevo a perniciosa prestação habitual das horas demasiadas sem o devido percebimento. O inestimável direito ao período de descanso, se vê como essencial mecanismo capaz de concretizar a efetiva aplicação do não trabalho para o lazer e cultivo das relações, nos casos em que tal desproteção dos filtros reparadores, por arraigado costume, além de fomentar o desemprego estrutural, provoca danos irreparáveis à saúde e à dignidade dos trabalhadores.

Isto consequentemente gera um dano inestimável ao trabalhador ao seu projeto de vida e até mesmo a sua própria existência, fazendo com que ajuíze demandas na justiça do trabalho, pleiteando o direito de existir, ou seja, o dano existencial que sofreu por todo este tempo dispensado em prol única e exclusivamente de seu labor.

1.DANO

Os novos tempos trouxeram inúmeras mudanças no que diz respeito as relações de trabalho. Pode se destacar com uma das principais mudanças o reconhecimento por parte do poder judiciário o do dano à pessoa. com direito a indenizações estipuladas pelo próprio poder judiciário. Desta forma necessário se faz abordar os tipos de dano, eis que cada dia que passa as pessoas sofrem com mais formas e espécies de dano oriundos da relação de trabalho.

Este trabalho tem como objeto de estudo o dano existencial no teletrabalho, especificamente a questão da ausência de limitação da duração da jornada na relação de trabalho. Para abordar o tema objeto desta pesquisa também serão analisados outros assuntos pertinentes e necessários.

Neste capítulo serão abordados todos os tipos de danos, iniciando-se pela análise do que se entende como dano à pessoa e posteriormente passando pelos danos em espécie.

A seguir, será abordado o dano moral, bem como os danos estético e existencial.

Em um segundo momento, passaremos a analisar de forma individualizada os danos sofridos na relação e trabalho, sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana e dos danos morais e patrimoniais na justiça do trabalho.

A seguir, será analisado o tema do dano existencial como categoria avulsa de dano à pessoa para então ser analisado o dano de forma individualizada.

Ao final, partindo de um estudo do teletrabalho, seus elementos caracterizadores e sua regulamentação no Brasil, passaremos a analisar de forma aprofundada a questão central deste estudo, qual, seja, a presença do dano existencial no teletrabalho.

Iniciaremos com o estudo do significado de dano à pessoa.

1.1 Significado de dano à pessoa

As pessoas são seres em constante transformação. Temos que nos adaptar tanto ao tempo quanto a sociedade em que vivemos, eis que esta sempre enfrenta grandes mudanças.

Destaca-se também que a pessoa além de ser responsável por seu próprio projeto de vida, o que por si só traz desafios e dificuldades, também tem liberdade para busca de novas oportunidades, fazendo com que haja um maior relacionamento com outros pares, com o objetivo de ampliar suas proteções e seus direitos.

O objetivo deste tópico é demonstrar o que se entende por dano à pessoa, entendendo o sentido deste dano, descobrindo a existência ou não de limitações que possam ampliar a própria caracterização deste dano.

O ser humano se mostra livre, seja essa liberdade absoluta ou condicionada, por razões íntimas da pessoa, pelo mundo exterior (onde o homem desenvolve sua existência, onde estão os “outros” e as “coisas” onde transita, em torno de si, as circunstâncias.¹

O que as pessoas sonham, creem, e decidem posteriormente são oriundos de sua própria liberdade, sendo reflexo de suas realizações externas.

Para Sessarego, por ser livre é que o homem projeta a sua vida e projeta seus valores, percebendo-os, vivenciando-os, para, a partir daí, condicionar-se a valorá-los. Projetos de vida, critérios de vida e paradigmas de conduta fazem parte do discutir existencial.²

Em suma, a pessoa se torna o que ela mesmo quer, ela se projeta da maneira que pretende viver, desde que em condições adequadas. Cada pessoa livre, via de regra é responsável por todo seu futuro e consequentemente seu próprio destino. Importante destacar que apesar de toda pessoa via de regra ser livre, coexiste com outras pessoas, ou seja, trata-se de um ser social e coexistencial.

Sessarego ainda afirma que: “o que fazer na vida”, determinante do que será o seu histórico temporal. O ser humano, ainda que livre, é um ser que coexiste com os demais, é um ser social e coexistencial. O social não é algo exterior ao indivíduo. O social só tem razão de

¹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021.

² SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.19.

ser quando alguém está em comunicação com os demais, só existe o “eu” se existe “todos os outros”.³

Desta forma, haja vista que os direitos são exercidos em razão de vivermos em uma sociedade, pode se afirmar que é possível entender que há uma relação coexistencial. Obviamente o direito tem de ter uma função social, não podendo se abster da própria realidade que cerca o ser humano como um todo.

Segundo Sessarego:

(...) a proteção jurídica da pessoa humana tem como fundamento sua qualidade ontológica, pelo que ela é em si, enquanto sujeito de direito e bem supremo da sociedade e do Estado, nas suas relações existenciais, na interferência que produz no seu coexistir em sociedade e sua dinamicidade na unidade do ordenamento jurídico.⁴

A pessoa e a própria proteção dos danos a pessoa deve ser encarada como premissa inicial da elaboração das normas constitucionais. A pessoa convive e faz parte de uma sociedade, inevitavelmente se relaciona com outras pessoas, desenvolvendo-se de forma social e pessoal. A Carta Magna e as legislações mais atuais caminham no sentido de que é necessário prevenir e também reparar os danos. Fato é que a legislação deve ter meios eficazes para reparar, compensar ou até mesmo indenizar prejuízos que a pessoa possa vir a ter.

A proteção da pessoa humana deve ser sempre prioridade nos ordenamentos jurídicos. Fato é que as mudanças bruscas que a sociedade vem enfrentando, inclusive dentro das relações de trabalho fez com que a doutrina e também a jurisprudência passassem a se atentar a novos direitos da personalidade que apesar de não constarem de forma expressa na Carta Maior estão dentro do aspecto dignidade da pessoa humana.

As ações diárias da sociedade devem motivar a sociedade como um todo a praticar o bem, mesmo que em contrário a legislação. Em razão da própria ampliação do conceito de tolerância, de manifestações além de movimentos sociais há a necessidade de adaptar a própria legislação vigente para que seja reparado qualquer tipo de dano que vier a ocorrer.

³ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.19.

⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.125.

Dessa forma pode-se dizer que cabe a análise do denominado dano existencial, que é diverso dos danos já existentes.

O magistrado deverá levar em conta os anseios da sociedade, eis que por inúmeras vezes ficou claro e evidente que a legislação não consegue dar conta de todos os anseios da nossa sociedade.

Para prevenção ou até mesmo reparação do dano à pessoa, não é mais levado somente em conta o descumprimento do contrato ou não. Prevalece o entendimento de que o mais importante é que todo e qualquer dano causado às pessoas possam ser indenizados, devendo ser analisado caso a caso.

Atualmente não se pode afirmar que o dano à pessoa está restrito apenas ao dano moral e também não se pode se afirmar que tal fato se trata de dano matéria. O próprio interesse pessoal e as consequências que o dano causa à própria pessoa devem ser levados em consideração para fins de fixação dos valores que serão aplicados em uma possível condenação por parte do magistrado.

O fato que venha a ser lesivo ou a própria lesão da integridade física avivam a piora na qualidade de vida podendo permanecer de forma permanente na pessoa, atrapalhando o próprio direito existencial da pessoa, afetando isto diretamente e não apenas moralmente.

O dano à pessoa repercute sobre os próprios direitos garantidos constitucionalmente e refletem diretamente nas realizações pessoais, tornando-se algo totalmente nocivo a quem sofre. Com passar do tempo verifica-se que a própria categoria de dano se destaca mais pela sua dimensão e proporção e não somente por sua qualidade.

O dano sofrido pela pessoa pode ser temporário ou até mesmo permanente, eis que a depender do ocorrido uma pessoa pode ficar totalmente impedida de realizar atividades sozinhas, sendo necessário uma assistência feita por terceiros que convivem com a pessoa, como por exemplo uma pessoa que por infortúnio de outra deixa de andar, de uma hora para outra.

O dano será auferido de acordo com o efeito que ele causou na pessoa, podendo inclusive existir mais de um dano no mesmo caso concreto, não sendo necessário focar em apenas uma espécie de dano, a depender do ocorrido.

Primordial entender que a legislação é variável, sofrendo inúmeras alterações eis que os direitos historicamente são reconhecidos a partir da própria experiência do dia a dia, sendo desenvolvida e sedimentada pela doutrina e jurisprudência.

Fato é que o poder legislativo nem sempre promulgam normas que se aplicam a todos os casos concretos, se preocupando de uma forma geral com os temas, devendo então ser analisado minuciosamente o alcance do direito jurídico lesado.

Perlingieri aduz que:

A pessoa como centro do ordenamento jurídico é também o sujeito para quem as leis são produzidas. Estas tomam cada vez mais forma a partir do fortalecimento da proteção dos direitos invioláveis do homem, sobretudo quanto aos valores relativos à pessoa humana, em seu mais amplo senso, ganha cada vez mais forma e visibilidade.⁵

Pode se afirmar que o dano à pessoa se dá pelas circunstâncias que prejudicam o ofendido em sua vida pessoal, podendo ocorrer problemas nos locais onde o ofendido exerce sua atividade, onde tem suas expectativas de vida depositadas.

Nos desenvolvemos a partir do próprio coexistencialismo, ou seja, em contato diário com a sociedade e outras pessoas, enfrentando situações peculiares dia após dia.

A própria divisão que se encontrava e ainda se encontra tanto na legislação vigente quanto nas doutrinas dividia de forma clássica o dano como moral ou material (será estudado nos capítulos posteriores), não conseguem suprir as pretensões sociais, ainda que haja uma reparação do dano. O próprio Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência inseriu mais uma forma de dano que será também objeto de estudo neste trabalho.

O italiano Paolo Russo afirma que:

A doutrina, que costumava ter uma perspectiva eminentemente dogmática dos institutos do Direito Civil, a partir de sua constante intersecção com Tribunais foi se tornando base para a formação da jurisprudência. Por isso atualmente pode-se dizer que dentro de cada nova orientação jurisprudencial, existe quase sempre uma doutrina.⁶

⁵ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padua, 31, jul/set, 2007. p.33.

⁶ RUSSO, Paolo. La responsabilità civile. I danni esistenziale. Milano: Giuffrè Editore, 2014. p.34.

Obviamente deverá se partir da premissa que tanto doutrina quanto jurisprudência devem passar a admitir a existência de um dano diferente dos existentes na legislação, quais sejam: moral e patrimonial.

Imperioso destacar que a própria Corte Americana dos Direitos Humanos trouxe como precedente judicial o dano coexistencial, eis que deve ser levado em conta o dano a vida do indivíduo, considerando as perdas de uma forma geral.

Próprio Hidemberg afirma que:

(...) as bases dos aspectos jurídicos do dano existencial estão correlacionadas com o direito à vida de relações e com os conceitos de *ser-ai*, *ser-no-mundo*, *ser-com* e *ser-no-mundo-com-os-outros* e se analisa o direito ao projeto de vida à luz de concepções existencialistas, como a liberdade de escolha, a autenticidade, a resolutividade, a angústia e a temporalidade.⁷

O aumento da proteção dos direitos da personalidade ocorreu de uma forma bem ampla, com o objetivo de fomentar maior qualidade de vida e bem estar a todos os indivíduos que convivem em sociedade.

Pode se afirmar que esta ampliação da proteção aos direitos da personalidade ganha maior destaque nos anos noventa, de forma que há o reconhecimento do valor humano como fato primordial para existência do dano existencial.

Assim, pode se afirmar que os direitos inerentes as pessoas não estão restritos apenas as legislações vigentes, eis que o rol trazido pelo próprio legislador é apenas exemplificativo. Todo e qualquer dano deve ser evitado e consequentemente indenizado pelo ofensor.

1.2 Dos Danos em geral: Espécies de Danos no Direito Brasileiro

Os chamados danos não materiais ou não patrimoniais de forma bem genérica são divididos em apenas dois grupos, quais sejam: Dano moral, que em regra ocorre quando a vítima cai em sofrimento em razão de ter seus direitos a personalidade lesados ou o

⁷ BIÃO, Fernanda; FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial in Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>. Acesso em 21/08/2021.

denominado dano existencial, que representa um dano mais específico, podendo comprometer inclusive a saúde do ofendido.

Conforme timidamente exposto, a Constituição Federal de forma genérica e aberta admite o reconhecimento de outros direitos invioláveis, sendo que o próprio dano existencial tem como característica principal causar um dano permanente, irreparável ou até mesmo de difícil reparação, como por exemplo o sujeito que por engano foi preso e ficou cumprindo anos de pena, algo bem cotidiano na nossa sociedade.

Como já demonstrado, o dano à pessoa vai muito além do moral, pois com o avanço das relações em sociedade nota-se uma urgência em se proteger de forma mais amplas todos os seres humanos que habitam o mundo de forma geral.

Note-se que a própria Carta Maior ao se referir por exemplo dos direitos de igualdade, previsto no artigo 5º não os trata como estritamente direitos da personalidade. Os próprios direitos sociais elencados no artigo seguinte não podem ser encarados como direitos da personalidade.

Segundo Bruno Miragem:

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se sustenta na compreensão de que estes estabeleçam influência significativa no âmbito das relações entre os privados, os quais poderão se apresentar de diversos modos. São exemplos o desenvolvimento jurisprudencial do conteúdo e extensão dos direitos fundamentais, bem como sua consideração na interpretação de aplicação das normas de direito privado. Nesse sentido, uma relação jurídica sob normas de direito privado não mais permanece adstrita a este, operando as normas de direito público e, em especial, os direitos fundamentais, como elementos de influência e eficácia na interpretação dessas normas jurídico-privadas, bem como na determinação de limites e possibilidades da ação humana nas diferentes relações na vida.⁸

Fica demonstrado que além dos chamados direitos da personalidade, outros direitos previstos na Constituição Federal, se violados devem ser igualmente considerados como um dano a pessoa, merecendo assim uma reparação, por meio de uma categoria que vá além do que se propõe o próprio dano moral.

Assim, há uma ampliação de proteção contra o dano à pessoa sendo acrescentada outra hipótese de dano não patrimonial, não sendo o dano moral.

⁸ MIRAGEM, Bruno. O novo direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. 2º ed. Revista dos Tribunais. P.22-26.

1.2.1 Dano Moral

O dano moral pode ser entendido como uma lesão em que o ofensor causa a um ou a mais direitos da personalidade, levando em conta que tal ofensa não afeta o patrimônio da vítima e sim a pessoa propriamente dita, levando em conta seus aspectos mais íntimos. Desta forma não há como se obter uma avaliação econômica dos danos de forma direta.

O dano ocorrido de forma exclusivamente moral, ou seja, sem afetar qualquer tipo de material foi reconhecido pela própria doutrina e posteriormente pela jurisprudência como uma categoria autônoma, não tendo a necessidade da vítima ter sofrido qualquer tipo de dano patrimonial/material.

Outrora o dano moral era considerado um pedido acessório do dano material, não sendo mais o entendimento tanto da legislação quanto da doutrina, eis que as indenizações requeridas no poder judiciário podem ser cumuladas, ou seja, dano material mais dano moral.

A própria Constituição Federal traz em seu artigo 5º, V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O próprio inciso X deste mesmo artigo aduz 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”. Assim, pode ser afirmar de forma categórica que desde o advento destes incisos o dano moral ficou totalmente autônomo e independente do dano material.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37, que determina: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, sendo que posteriormente com advento do Código Civil de 2002, por meio do artigo 186, que aduz que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, a questão foi totalmente superada.

O Código Civil de 2002 explicitou que o dano causado a outro, ainda que de forma moral deverá ser ressarcido.

Desta forma fica claro e evidente que não há nenhuma necessidade de haver um dano material para se ter um dano moral, ou seja, um dano independe de outro.

O legislador tendo em vista não ter restringido a espécie ou forma de dano, fica prevalecendo o entendimento de que a pessoa poderá ser protegida contra qualquer tipo de dano que venha lhe causar prejuízo, podendo ser ou não um dano patrimonial.

O denominado dano não patrimonial valorizou a dignidade da pessoa humana ao esclarecer que esta fica presente no moral da pessoa e não material.

Utilizando uma lógica, pode se entender que se todo dano patrimonial é passível de indenização, todo dano não material também tem de ser indenizado.

Qual a lógica de apenas o dano patrimonial ser indenizável? Certo que é facilmente quantificado, entretanto, tanto dano patrimonial quanto não patrimonial tem de ser indenizado.

Caio Mario da Silva Pereira afirma que:

Na atualidade o dano adquiriu papel central na responsabilidade civil. A consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa e da solidariedade social associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível, assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas inovações. Não parece exagerada, neste cenário à era dos danos.⁹

Os danos chamados não patrimoniais que causam as chamadas lesões extracontratuais ganham mais força com advindo da Carta Magna de 1988, eis que ali fica demonstrado a importância de haver reparação integral do dano também psicológico. A Constituição Federal entende que a pessoa lesada não poderá permanecer sem ser ressarcida.

Com passar dos anos o próprio dano moral começa a ganhar campo nas relações que dizem respeito aos direitos da personalidade, eis que não se pode desprezar o fato de uma lesão moral não ter a quantificação exata.

⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. I - Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil: Volume 1. Rio de Janeiro: Gen, 2020. p.235.

Segundo Gregor Christandl:

A proteção aos bens não patrimoniais é uma questão que acompanha o processo civilizatório e, quanto mais desenvolvido for o processo civilizatório, maior é a consciência social. Quanto maior for a consciência social, maior será a exigência quanto à ampliação de tutela dos bens juridicamente protegidos.¹⁰

Assim, além dos danos patrimoniais que eram consagrados há anos no ordenamento jurídico, surge também a compensação pelos danos à personalidade.

1.2.1.1 Histórico do Dano Moral

O dano moral já era debatido tanto nas cadeiras acadêmicas quanto nas doutrinas, muito antes de ser reconhecido pelo poder legislativo.

Rizzato Nunes faz uma referência acerca da alma como componente de uma intimidade da pessoa, quando aduz:

Assim, o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo. A imagem denegrida, o nome manchado, a perda do ente querido ou até mesmo a redução da capacidade laborativa em decorrência de acidente, traduz-se em uma dor íntima. (...) O problema quanto ao dano moral era e sempre foi essa falta de objetividade e materialidade (que só existem enquanto dano físico, que- como também se verá- ganha objetividade parcial na forma de dano estético).¹¹

Sempre quando se falar em ofensa aos direitos da personalidade que será encontrado o dano moral, não havendo necessariamente dor ou prejuízo da parte ofendida. Pode se afirmar que na legislação pátria tal instituto ainda é uma novidade, eis que por muitos anos o único dano reconhecido de forma legal era o dano patrimonial.

¹⁰ CHRISTANDL, Gregor. Il diritto privato oggi. La risarcibilità del danno esistenziale. Milano: Giuffrè Editore, 2007, . p.69

¹¹ NUNES, Rizzatto. Mais uma tragédia. E a indenização por danos morais prevista na CLT é inconstitucional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/295423/mais-uma-tragedia--e-a-indenizacao-por-danos-morais-prevista-na-clt-e-inconstitucional> <Acesso em 19.03.2022>

Sim, pois analisando de forma histórica, se denota que no próprio Código Civil de 1916 não havia nenhuma previsão que culminaria com dano moral, tratava-se apenas dos chamados atos ilícitos. Tal situação deixava tanto a doutrina quanto a própria jurisprudência dividida, eis que para alguns era admitido ainda que de forma implícita o dano moral e para outros isto sequer poderia ser ventilado em matéria processual.

Cahali afirmava que: “o texto do Código Civil de 1916 admitia a possibilidade de reparação do dano moral, somente nos casos em que a lei previsse a liquidação decorrente de atos ilícitos”.¹²

Fato é que ainda que não houvesse de forma explícita o denominado dano moral, este código¹³ de forma indireta trazia alguns artigos que poderiam ser encarados como uma indenização por dano moral, senão vejamos:

Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

Art. 1.543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.544), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contando que este não se avante àquele.

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I. Se, virgem e menor, for deflorada.

II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

¹² CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.134.

¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 25/08/2021.

III. Se for seduzida com promessas de casamento.

IV. Se for raptada.

Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

Monteiro Filho também traz que:

No ano de 1913, o Agravo nº 1.723, que tratava de verificar o quantum indenizatório, decorrente de acidente ferroviário, que resultou na morte da vítima, foi submetido à análise do Supremo Tribunal Federal. Que julgou inicialmente o agravo no sentido de conceder a indenização por dois danos, o material e o moral. Decisão esta que, em 26 de junho de 1915 foi reformada por acórdão, excluindo da indenização o dano moral.¹⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal, com o Ministro Pedro Lessa, defendeu uma indenização que poderia ser aplicada a todos os danos que fossem causados à uma pessoa, entretanto, à época foi voto vencido.

O Supremo Tribunal Federal voltou a retomar tal tema em novembro de 1942. Neste ano, por meio do ministro Orozimbo Nonato, ficou meio que em aberto futuro reconhecimento dos danos morais.

Importante esclarecer que em vários momentos no ordenamento jurídico brasileiro se aguardou a tese dos danos morais. Entretanto, apenas em setembro de 1952, a Corte Suprema reconheceu danos morais, nos casos em que houver deformidades com à vítima. No caso concreto os danos à época absurdamente foram relativizados eis que a vítima era uma mulher casada.

O fatídico caso era acerca de uma mulher que ao viajar e sofrer acidente, na Companhia Cantareira e Viação Fluminense, teve sua perna esquerda esmagada e posteriormente amputada.

¹⁴ FILHO, Raphael de Barros Monteiro. Indenização por dano moral: Evolução da jurisprudência. Exposição feita em 30.3.95, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região in “Fórum de Debates”, São Paulo: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 9.

Inicialmente a sentença foi procedente tanto em primeira quanto em segunda instância, condenando a empresa ao pagamento de indenização, na forma de pensão, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo, atribuindo caráter alimentar a indenização.

Em apelação o Tribunal de Justiça foi negado para autora o pagamento de forma única, em vez de pensões mensais, fazendo com que esta recorresse ao Supremo Tribunal Federal, com o Recurso Extraordinário 19.272, pleiteando danos morais de forma global, tomando como base a estimativa de vida média da população à época.

O Ministro Mário Guimarães em seu voto dissertou sobre danos morais, até então mencionada nas doutrinas e bancos de faculdade, entretanto, pouco utilizada ou aceita nos Tribunais Brasileiros.

Inicialmente em seu voto já aduz que não teria nenhuma dúvida que a indenização pleiteada pela recorrente traria o denominado senso de justiça, eis que a dor causada foi muito superior ao prejuízo material, devendo, portanto, ser reparada. Aduz que o próprio artigo 76 do Código Civil de 1916 já traria a legitimidade para propositura desta ação, senão vejamos:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou a sua família.

Afirma também que não havia sequer chance de restituir a vítima ao seu status anterior, ou seja, o dano era estritamente moral. Trouxe o caráter punitivo para a indenização, aplicando por analogia o artigo 1.538 do Código Civil de 1916, que preconiza:

Art. 1.538 No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Mas, em se tratando de vítima casada, a última não teve o direito ao dote previsto no §2º do artigo 1.538 do mesmo Código.

Pode se destacar que com o advento da Carta Magna de 1988, é criado o Superior Tribunal de Justiça, que passa a enfrentar com maestria o tema de danos morais, dirimindo as questões que ali chegavam, tendo inclusive editado a súmula nº 37, que aduz que: “São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

A própria jurisprudência entende que o dano moral é independente, ou seja, não há necessariamente uma conexão com dano patrimonial, sendo posteriormente incorporado uma espécie de dano não patrimonial, representando, portanto, toda e qualquer lesão aos direitos da personalidade.

O grande problema é a dificuldade da própria jurisprudência em quantificar tais valores, eis que sua própria indenização de status de algo compensatório e não reparável ao status anterior. O dano moral visa compensar os prejuízos sofridos pela parte.

1.2.1.2 Danos Morais e Direitos da Personalidade

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, importante destacar que tanto danos morais quanto direitos da personalidade não eram vistos como objetos autônomos do próprio direito.

Com a entrada em vigor da Carta Magna tais direitos passam a serem reconhecidos com autonomia, sendo importante destacar o doutrinador Paulo Lôbo, que aduz:

(...) a repersonalização não se confunde com um vago retorno ao individualismo jurídico do século dezanove e de boa parte do século vinte, que tinha como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato pólo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações, mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana.¹⁵

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. O Direito de Família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.p.2.

Obviamente os direitos da personalidade não abarcam natureza patrimonial, melhor dizendo, são direitos indisponíveis, devendo ser exercidos tão e somente pelos próprios titulares.

Sem denominar fator econômico, a Constituição Federal de 1988 de forma expressa passa a reconhecer e proteger os direitos da personalidade bem como os danos morais, com intuito de tutelar os direitos inerentes aos da personalidade.

O que era anteriormente visto apenas no âmbito do direito civil passa a ser visto no rol dos direitos fundamentais constitucionais.

Pela perspectiva do próprio direito constitucional, os direitos da personalidade são as espécies, onde os direitos fundamentais são gênero. Já sob a perspectiva do direito civil os direitos da personalidade podem ser considerados aqueles que fazem parte da pessoa humana.

As normas constitucionais tem como base forte a própria dignidade da pessoa humana, ou seja, um princípio fundamental. Este princípio serve como alicerce para os direitos da personalidade.

Note-se que as doutrinas mais atualizadas, bem como a própria Carta Magna tem como cláusula geral a tutela da personalidade, que integra a própria dignidade da pessoa humana.

Prevalece o entendimento de que os danos morais não se aplicam tão somente aos casos previstos no Código Civil, sendo algo muito mais abrangente, devendo ser analisados caso a caso.

Obviamente os direitos da personalidade são mais extensivos do que o disposto na legislação civilista, podendo serem compreendidos os previstos tanto no Código Civil, quanto na Constituição Federal e por fim na Consolidação das Leis do Trabalho, com advindo da Reforma trabalhista.

Silvio Romero Beltrão afirma que:

O problema dos direitos da personalidade atípicos pode ser resolvido satisfatoriamente pela adoção do *numerus apertus* de direitos especiais da personalidade, tendo como ponto de partida a cláusula geral. Ou seja, a partir da cláusula geral é possível delimitar novos direitos da personalidade, fundamentando o novo tipo nas manifestações da dignidade da pessoa

humana. Contudo, não se quer atribuir à cláusula geral o sentido de direito pertencente à natureza humana, como instrumento de reação ao poder estatal, tal como advertia Adriano de Cupis, onde o direito inato não tem como consequência o controle dos poderes do Estado; tal atribuição é da declaração dos direitos do homem e do cidadão. O fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que todas as manifestações desta sejam juridicamente tuteladas. Assim, o reconhecimento do regime aberto dos direitos da personalidade fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos devem respeitar esse princípio, objetivando sua caracterização como direito absoluto.¹⁶

Os direitos da personalidade são imprescindíveis no tocante aos danos morais, sendo estritamente necessário que o magistrado, ao se deparar com um caso concreto deverá se basear em fatos e parâmetros mais próximos da realidade, para que não haja nenhum tipo de insegurança jurídica.

Assim, além do dano moral propriamente dito, é necessário a violação a um direito da personalidade.

Como exposto o dano moral, seja na esfera civil, trabalhista, corresponde a um direito cuja natureza não é patrimonial.

Não há como o magistrado mensurar a dor desta lesão, entretanto, há como mensurar o tamanho da ofensa praticada pelo autor do dano, sendo que há o dever de não provocar nenhum tipo de dano não patrimonial a outrem, nos termos da legislação vigente.

Segundo Maria Cecília Bodin de Moraes, a “jurisdicização da vida social está representada na transferência dos problemas relativos à sobrevivência da pessoa em sociedade, para o campo jurídico”.¹⁷

A condenação da parte ao pagamento de danos morais deve ter caráter de compensação, ou seja, de forma alguma pode ser exorbitante, eis que também é vedado o enriquecimento sem causa da vítima. Obviamente também não poder ser um valor ínfimo, pois o caráter punitivo trará a prevenção do ofensor no futuro, a fim de evitar causar mais danos a outrem.

¹⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55.

¹⁷ MORAIS, Maria Cecília de. Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Sucesso, 2017. p.19.

Nos termos da própria Constituição Federal, o dano moral deverá ser proporcional ao ato, ou seja, o magistrado deverá aplicar uma pena que faça o ofensor não trazer mais este tipo de dano para o próximo.

Apesar de uma controvérsia doutrinária fica claro que a função do dano moral é compensatória e não punitiva, eis que o valor determinado será pago para compensar o ato contra o ofendido.

Lembre-se que a pessoa, não tem nenhum direito de reduzir sua condição humana, não pode abrir mão dos seus direitos de personalidade, sendo também claro e evidente que também para as pessoas são impostas dever de abstenção geral, representado na obrigação de não violar os direitos da personalidade de qualquer um.

Partindo da premissa de que os direitos da personalidade são totalmente subjetivos, encaixada a própria dignidade da pessoa humana, Paulo Lobo aduz que:

(...) os tipos mais gerais de direitos da personalidade, consolidados nos sistemas jurídicos dos povos e no sistema jurídico brasileiro, máxime em nossa Constituição (...). O recurso à cláusula geral ou ao princípio fundamental dispensa a identificação dos direitos da personalidade em planos suprajurídicos, principalmente em argumentos jusnaturalistas ou políticos.¹⁸

Os direitos da personalidade não denotam e tampouco acossam valores econômicos, melhor dizendo, são direitos de natureza não patrimonial.

Perceba que estes direitos estão explícitos na Carta Maior, não havendo prejuízo aos outros direitos, como por exemplo o direito a vida, liberdade, integridade tanto física quanto psíquica, imagem, entre outros.

Obviamente os danos morais estão linkados diretamente aos direitos da personalidade, ou seja, quando o direito da personalidade é violado, haverá condenação por danos morais.

Lobo ainda afirma que:

O dano moral, como visto, viabiliza a tutela jurídica dos direitos da personalidade. A previsão expressa dos danos morais representa a existência

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. O Direito de Família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.p.4.

de uma sanção adequada, em caso de descumprimento do dever absoluto de abstenção.¹⁹

Em inúmeras outras situações a Constituição Federal traz os danos morais como uma proteção dos direitos da personalidade.

No entender de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição podem ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, caput (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, caput (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).²⁰

Destaca-se que o magistrado ao aplicar a condenação de outrem por danos morais utiliza-se da chamada equidade, podendo inclusive ser utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Silvio Romero Beltrão:

Os direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana. A justificativa teórica para atribuir o caráter inato aos direitos da personalidade volta-se à circunstância de se tratar de direitos essenciais, naturais à pessoa humana

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. O Direito de Família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.p.2.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. O Direito de Família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.p.2.

que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa.²¹

A violação por si só dos direitos da personalidade já traz a responsabilidade pelo praticante do ato, ou seja, fazendo com que haja a reparação por danos morais independente de ter ou não ter havido prejuízo.

Diferentemente do dano patrimonial, onde o que se busca é a reparação do prejuízo, o dano moral tem como maior objetivo criar uma maneira de compensar algo que não tenha como ser reparado, ou seja, algo de natureza compensatória.

Demonstrado na peça exordial o dano moral, o magistrado, conforme acima mencionado deverá analisar o caso concreto e aplicar a equidade, para fixar a indenização para cada caso.

1.2.3 Dano Estético

Inicialmente cumpre ponderar que ao se mencionar o dano estético há de haver uma lesão a beleza de outrem, ou seja, uma pessoa com aparência lesada por outrem.

O chamado dano estético pode ser definido como aquele dano que provoca a vítima uma lesão em sua beleza, que conseqüentemente causa constrangimento, desgosto, atingindo a sensibilidade moral, que conseqüentemente causa uma piora na imagem da vítima. Importante destacar que o dano estético não fica limitado as partes físicas totalmente expostas, como por exemplo rosto ou mãos, mas também a toda e qualquer região corporal, que inclusive pode ter sua estrutura corporal alterada.

O dano estético é aquele em que a vítima sofre uma modificação em sua aparência, fazendo com que esta fique com sentimento de constrangimento, depressiva, inclusive perante a terceiros, eis que a aparição em público pode causar constrangimento, humilhações de terceiros por inúmeros motivos, como discriminação.

²¹ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24-25.

Assim, conforme já frisado o próprio dano estético ocorre com a modificação da vítima, como por exemplo cicatrizes, feridas, mutilação entre outros. Basta a alteração da pessoa que é modificada em seu estado a quo.

Vale destacar que este tema também é assunto na área penal e trabalhista, sob a responsabilidade civil do empregador pelos seus empregados e no aspecto penal podendo ocorrer crimes, como lesão corporal entre outros.

Outro requisito do dano estético é o estado e tempo de duração da deformidade ou lesão.

Portanto, para que seja reconhecido o dano estético serão necessários que estes dois requisitos estejam presentes, ou seja, a lesão torna a pessoa esteticamente mais feia e não satisfeita com o ocorrido e que isto ocorra de forma permanente ou duradoura. Caso estes requisitos não estejam presentes poderá ocorrer a chamada perdas e danos, entretanto, não dano estético.

Dessa forma, para que seja concluído o dano estético o ofendido deverá ter sido lesionado em sua aparência de forma permanente ou duradoura, com a piora do visual, não podendo haver comparação de beleza com outras pessoas.

1.2.4 Dano Existencial

Trata-se de um dos pilares que serão demonstrados também mais a frente neste trabalho, entretanto, inicialmente, é importante demonstrar as diferenças existentes entre os danos não patrimoniais.

Maria Rita Trazzi define o dano existencial como:

(...) uma categoria autônoma dos danos não patrimoniais, que diz respeito às repercussões pessoais e existenciais de qualquer tipo de ilícito, uma modificação negativa na maneira do indivíduo desenvolver sua própria personalidade.²²

²² TRAZZI, Maria Rita. Il danno esistenziale: elementi e definizioni. Disponível em: www.filodiritto.com/diritto/penale/dannoesistenzale. Acesso em 25/03/2022.

Já Paolo Cendon faz referência a este dano como:

(...) as atividades realizadoras da pessoa humana (comprometidas, mais ou menos, definitivamente); o turbamento da agenda cotidiana, um relacionamento diferente com o tempo e com o espaço, a renúncia forçada a — muitas ou poucas — ocasiões felizes. O pioramento da qualidade da vida.²³

Quando confrontado com dano moral o dano existencial se revela diferente nos termos de como se demonstra Matteo Maccarone, ao afirmar que:

O dano moral é essencialmente um ‘sentir’; o dano existencial é mais que um ‘fazer’ (isto é um ‘não poder mais fazer’, um ‘dever agir de outro modo’). O primeiro refere-se à natureza ‘interior’ da pessoa, à esfera emotiva; o outro se relaciona ao ‘externo’, o tempo e espaço da vítima. O primeiro destina-se à consideração do que se sofreu, das angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada de compromissos firmados.²⁴

No âmbito da inevitável comparação com o dano moral, o dano existencial não é um tipo de sofrimento ou dor pela vítima, mas sim um dano que leva a vítima a largar de vez uma atividade ou algo concreto. Também se diferencia do dano estético eis que não necessariamente ocorre uma lesão que compromete a beleza da vítima em questão.

Assim, este dano pode ser conceituado como o dano não econômico, sendo completamente irrelevante que a vítima tenha ou não rendimentos, eis que pertencente a categoria dos danos não patrimoniais.

Este dano começa a ser discutido pelos juristas brasileiros após a realização de um estudo de direito comparado entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, sendo destacado a obra Responsabilidade Civil por dano Existencial, da autora Flaviana Rampazzo Soares, tema este muito questionado na justiça do trabalho, como será visto mais a frente.

Prevalece o entendimento de que a doutrina traz três tipos de danos, quais sejam: patrimoniais, morais e existenciais.

Conforme afirma Amaro Alves de Almeida Neto:

O dano existencial causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade — no aspecto de

²³ CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. Il danno esistenziale una nova categoria della responsabilità civile. II Volume. Torino: Zanichelli Editore, 2000.

²⁴ MACCARONE, Matteo. Le immissione. Tutela reale e tutela della persona. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

felicidade e bem estar — comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico.²⁵

Assim, pode se dizer que o dano existencial esta linkado com a falta de poder para realização de tarefas outrora feitas, em decorrência de algum acontecimento, podendo durar por um determinado tempo ou até mesmo por toda a existência da pessoa.

Para que seja concretizado o chamado dano existencial é requisito que o ato ilícito tenha ocasionado a vítima privação do próprio projeto de vida.

Sim, pois ocasionando o dano ao projeto de vida de uma pessoa provoca uma lesão a própria vida e ao sentido desta para vítima. Um dano deste pode comprometer a existência da própria vítima, sendo que isto poderá acompanhar a vítima por todo tempo de vida, comprometendo tanto o presente quanto o futuro.

A vítima pode acabar sofrendo o chamado vazio existencial, ou seja, compromete seriamente seu futuro em razão do dano sofrido.

²⁵ 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.4.

2. DOS DANOS SOFRIDOS PELA PESSOA HUMANA NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Inicialmente deve se considerar que desde que o mundo é mundo sempre houve o trabalho. Por óbvio o trabalho inicialmente não era algo digno, tendo inclusive a palavra trabalho, oriunda de “Tripalium”, que era um instrumento de tortura medieval.

O trabalho com o passar dos anos foi evoluindo, passando por vários períodos históricos até chegarmos no que conhecemos nos dias de hoje.

2.1 Considerações Históricas sobre relações de trabalho e relações de emprego

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, no que diz respeito à natureza jurídica do vínculo existente entre os sujeitos da relação de emprego e trabalho, se destacam duas teorias: a contratualista e a anticontratualista²⁶

Para os adeptos da teoria contratualista a relação de emprego tem natureza contratual, eis que tanto empregado quanto empregador somente adquirem esta qualidade se manifestarem sua vontade para tal. O nascimento desta teoria ocorre no denominado Direito romano, no qual há o contrato de locação de mão de obra.

Em reforço à tese contratualista do contrato de trabalho houve por bem o legislador inserir o par. ún. ao art. 444 da CLT, que determina:

Art. 444 (...)

Parágrafo único As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Já para os adeptos da teoria anticontratualista o vínculo entre empregado e empregador independe de qualquer contrato.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.45.

Bezerra Leite aduz que: “o empregado aqui, simplesmente se insere no contexto empresarial, independente de sua vontade, em face de natureza de ordem pública das normas que regem a relação entre empregado e empregador”.²⁷

Assim, para alguns doutrinadores é ramo do Direito público tamanho é o grau de intervenção do Estado nas relações jurídicas trabalhistas ao editar normas cogentes, enquanto para outros doutrinadores é ramo do Direito privado tendo em vista que o contrato de trabalho é oriundo do contrato de prestação de serviços do Direito Civil.

No que diz respeito a relação de emprego importante destacar que toda relação de emprego é uma relação de trabalho, entretanto, nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego.

A relação de trabalho trata-se de um termo mais amplo, o gênero do qual a própria relação de emprego é espécie.

A relação de trabalho, além da relação de emprego, abrange outros trabalhadores, como o trabalhador eventual, trabalhador avulso, trabalhador autônomo, estagiário, entre outros.

A relação de emprego, conforme já exposto, é uma espécie dentro das relações de trabalho. Todos os trabalhadores que fazem parte de uma relação de emprego estão amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Entretanto, para que um trabalhador seja enquadrado dentro de uma relação de emprego, será necessário o preenchimento de cinco requisitos, denominado “SHOPP”, conforme se denota abaixo:

- Subordinação: trata-se, exclusivamente, de uma subordinação jurídica, ou seja, há uma hierarquia entre empregado e empregador. A subordinação econômica ou científica não pode ser considerada como requisito para vínculo empregatício.
- Habitualidade: a CLT a denomina como não eventualidade, ou seja, o trabalhador presta serviços de forma habitual. Cuidado, trabalho habitual é aquele que gera uma perspectiva de direito, ou seja, não precisa necessariamente ocorrer apenas de segunda a sexta-feira, podendo ser em dias alternados, entretanto, de forma habitual.

²⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 172.

- Onerosidade: nenhum trabalhador presta serviços por esporte. Todo trabalho regido pela CLT deverá ter a contraprestação do pagamento, ou seja, todo trabalhador fará jus a um salário.
- Pessoalidade: o trabalho deverá ser prestado de forma pessoal, não podendo o empregado colocar outra pessoa no lugar. Obviamente, em casos excepcionais, um dia de substituição poderá ser admitido; entretanto, não pode ser uma regra. Exemplo: Paulo foi contratado pela empresa A. Paulo deverá trabalhar lá, não podendo colocar Pedro em seu lugar.
- Pessoa física: visa combater a denominada pejetização no direito do trabalho. O trabalhador deverá receber como pessoa física. Obviamente, tal situação fática poderá ser comprovada pelo princípio da primazia da realidade.

Portanto, pode-se afirmar que a relação de Trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie. O trabalho vem sofrendo inúmeras mutações com o avanço da Sociedade da Informação e tecnologia avançada.

2.2 Dignidade da Pessoa Humana e o Dano Existencial nas relações de trabalho

Antes de adentrar ao tema, importante frisar que na jurisprudência brasileira dificilmente se encontra o termo “dano existencial”, nas decisões proferidas pelos magistrados. Mais comum a utilização do termo “dano moral existencial”. Note-se que se trata de um tema relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, os próprios tribunais aos poucos começaram a admitir esta nova modalidade de dano, diferenciando este do dano moral e também do dano material.

No que diz respeito ao dano existencial dentro das relações de trabalho, cumpre destacar que a Justiça do Trabalho é competente para proferir decisões, reconhecendo também além das verbas não pagas uma indenização por danos imateriais causados pelo desgaste no dia a dia do trabalho.

Pode-se afirmar que na Justiça do Trabalho é comum verificar a ocorrência de dano existencial, quando por exemplo o empregador ofende a dignidade da pessoa humana, eis que se trata de um princípio constitucional que deve ser totalmente respeitado. Dentro deste

princípio se encontra o direito da livre personalidade do trabalhador, dando direito a ele a ter um trabalho digno com condições dignas, devendo os empregadores observar todos os princípios fundamentais.

Obviamente o que se verifica na parte dos atos ilícitos por parte do empregador, ocorre inevitavelmente a violação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Ato contínuo, o dano existencial ocorre principalmente quando se violam os seguintes direitos da Carta Maior:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Veja que os preceitos constitucionais acima destacados demonstram que o próprio legislador procurou defender e assegurar os direitos mínimos para os trabalhadores, para que esses possam ter condições dignas de trabalho, vinculando tanto o Estado quanto os

empregadores em adequar os direitos fundamentais, melhor dizendo, deixando condições e situações favoráveis para um trabalho digno.

Assim, no direito do trabalho verifica-se que isso ocorre quando o trabalhador tem seus direitos fundamentais no que diz respeito ao direito do Trabalho violado.

Nas palavras de Agra²⁸:

O princípio preponderante que condensa os direitos humanos, garantindo-lhes uma feição sistêmica, é a dignidade da pessoa humana. Ela é a base nuclear dos demais direitos, que vão paulatinamente densificando seu conteúdo antológico. Todos os direitos fundamentais têm a função de desenvolver e assegurar a dignidade da pessoa humana, concebida como a carga valorativa mais intensa da Constituição Federal de 1988.

Ainda neste aspecto, cabe ressaltar a afirmação de Ingo Sarlet, nos seguintes termos:

(...) na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à assecuração de uma existência com dignidade.²⁹

Não é coincidência que as práticas que ensejam o dano existencial violam a dignidade da pessoa humana, lembrando que quando isto é violado, conseqüentemente há o dano existencial.

Ainda sobre este assunto, Sarlet afirma:

(...) o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.³⁰

²⁸ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo. Horizonte: Fórum, 2018. p.895.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.104.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Nas palavras do referido autor, há a imperiosa necessidade de que o empregador assegure as mínimas necessidades para uma existência digna, fazendo assim com que seja cumprida a constituição federal no que diz respeito a dignidade da pessoa humana.

Já no que diz respeito a própria dignidade do trabalhador é importante frisar que o mesmo não pode nunca ser visto como coisa ou até mesmo objeto, somente pelo fato de que este depende economicamente de seu empregador, colocando em risco sua saúde e própria dignidade, se colocando como indigno e a beira da infelicidade.

Neste aspecto, Almeida Neto determina que:

(...) [o reconhecimento judicial ao] dano existencial visa proteger a dignidade da pessoa humana, considerando que a ocorrência deste dano causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade – no aspecto de felicidade e bem estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima (...).³¹

Fato importante é entender que por mais que haja a subordinação jurídica bem como a dependência econômica na maioria das vezes, na relação entre empregador e empregado, não há como o empregador ultrapassar os limites constitucionais a fim de humilhar ou colocar o empregado em situações vexatórias, devendo ser respeitado os preceitos constitucionais, eis que o trabalho digno é um direito de todo cidadão.

2.3 Danos Morais e Patrimoniais na Justiça do Trabalho

Antes mesmo de adentrar ao tema dos danos morais pós reforma trabalhista, é de suma importância destacar que os danos morais foram admitidos na justiça do trabalho somente após a Emenda Constitucional 45/2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, que ampliou significativamente a competência material da justiça do trabalho, fazendo com que, nos termos do artigo 114, da Carta Maior, os danos morais oriundos das relações de emprego fossem questionados da esfera trabalhista e não mais na cível, como era feito outrora.

³¹ 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.62.

Posto isso, válido lembrar que a reforma trabalhista de 2017 trouxe determinações acerca dos danos morais.

A Consolidação das Leis do Trabalho passa a denominar isto como dano extrapatrimonial.

O dano extrapatrimonial, assim entendido como termo genérico, do qual são espécies o dano moral, o dano material, o dano estético e o dano existencial, nunca foi regulamentado na CLT, embora esses pedidos pudessem ser formulados na Justiça do Trabalho em variadas situações, tudo com base na aplicação subsidiária do Direito comum ao Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT.

Especificamente no pedido de indenização por danos morais, a fixação da indenização respectiva era baseada, por analogia, na Lei de Imprensa (até 200 salários mínimos) e na Lei de Telecomunicações (até 100 salários mínimos). Contudo, essas leis não mais se encontram em vigor, o que implica em arbitramento a cargo de cada juiz do Trabalho.

As situações mais comuns que geram esses pedidos são, entre outras (rol exemplificativo): a) ofensas físicas e morais; b) discriminação; c) assédio moral; d) assédio sexual; e) acidentes do trabalho com sequelas; e f) doença ocupacional (profissional e do trabalho).

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. 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.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I – a natureza do bem jurídico tutelado;
- II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII – o grau de dolo ou culpa;
- VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
- IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X – o perdão, tácito ou expresso;
- XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII – o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Quanto ao art. 223-B da CLT, pensamos que o legislador omitiu a possibilidade de fixação de dano extrapatrimonial em ricochete.

Quanto ao art. 223-G, X, da CLT, estranhamos que tal tenha sido inserido em lei, posto que a Justiça do Trabalho é a justiça dos desempregados. Nesse sentido, como admitir que, por exemplo, três anos depois de cometido o dano pelo empregador, o empregado seja despedido sem justa causa e que, por conta do tempo transcorrido, não possa mais postular indenização por dano moral, em razão de perdão tácito, ou que, dada a hipossuficiência da maioria dos empregados, um documento escrito, que foi assinado pelo empregado, no qual ele tenha perdoado expressamente o empregador por um dano moral praticado possa afastar uma condenação nesse sentido.

Válido também destacar que quanto alguns artigos supracitados estão com sua constitucionalidade sendo questionada perante o Superior Tribunal Federal (STF) é quem está incumbido de definir se há uma solução para os questionamentos feitos acima. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.870. O julgamento ainda não ocorreu.

3. DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA AVULSA DE DANO À PESSOA

Inicialmente, destaca-se que antes mesmo de ser plasmado na jurisprudência como uma nova modalidade de dano não patrimonial, o dano existencial em si já era discutido nas cadeiras acadêmicas, em especial no direito italiano.

No ordenamento jurídico brasileiro tal tema é timidamente explorado, sendo mais encontrado nos julgados brasileiros do que propriamente na doutrina, o que por si só justifica o tema proposto neste trabalho.

A figura do dano existencial se aprofunda como uma forma de proteger os próprios valores humanos. Há de se frisar que tal hipótese de dano começa a ser ventilada em uma doutrina voltada aos estudos dos danos à pessoa.

Ainda que no Brasil se utilize a palavra como dano moral, podem ser considerados como formas de dano existencial a lesão a saúde do nascituro, prisões indevidas (algo corriqueiro no Brasil) ou danos que impedem que a pessoa outrora independente não consiga mais executar suas tarefas, como por exemplo se vestir, se alimentar ou se locomover.

Sapone afirma que: “Os valores existenciais da pessoa e as conquistas pela ampliação de sua proteção ganharam destaque na Itália, nos anos noventa do século passado”.³²

Obviamente o que será analisado em juízo é se a lesão ao bem protegido tem ou não patrimonialidade. Este tipo de dano estará ligado as realizações pessoais, como o projeto de vida de uma pessoa, ou seja, não há ligação direta com os direitos da personalidade.

Assim, o dano existencial está relacionado com o não fazer, é dizer, com o fato de uma pessoa restar impossibilitada de exercer suas atividades cotidiana, por exemplo, fazendo com que todo seu projeto de vida seja desfeito por algo que sofreu no caminho.

É possível presumir o momento em que este tipo de dano ocorreu, entretanto, as consequências deste dano se prolongarão no decorrer dos anos, fazendo com que a pessoa que sofreu tal lesão possa ficar sem realizar todos os seus projetos de vida, podendo inclusive comprometer sua própria existência. O dano existencial deve levar em conta as consequências

³² SAPONE, Natalino. BIANCHI, Angelo. *Le ragione del danno esistenziale*. Roma: Aracne Editrice, 2010.

que trará a pessoa para os anos futuros e não somente o ocorrido no prévio momento, eis que a pessoa poderá sofrer muito mais posteriormente em decorrência de tal situação

Sapone também afirma que:

O dano existencial propõe uma visão segundo a qual o valor do homem depende de modo essencial da qualidade das relações, dos bens relacionais e do patrimônio de relações. Nas palavras de Spinoza, ao homem nada mais útil que o homem. A identidade do homem visualizado pelo dano existencial é construída dos encontros com os outros; um homem cuja história é feita do enredo com as histórias dos outros; a partir dos genitores, terminando com os netos pequenos, passando pelos amigos, o cônjuge, os filhos, o empregador, os colegas de trabalho, os companheiros de partido, de associações.³³

Este tipo de dano não atinge apenas a pessoa que sofreu o dano, mas também diretamente ou indiretamente as pessoas que convivem com a vítima.

Sobre este ponto, Melchiorre aduz que:

O status mais originário do homem não é aquele de singularidade, de isolamento, mas sim o de “coexistir [...] se somos uma unidade, uma relação originária, a ruptura desta relação é também a ruptura do meu existir. De agora em diante tudo que eu podia ser fazer e amar com o outro não será mais possível [...] trata-se da perda de um apoio, de uma pessoa e até a perda de um centro, de uma fonte pessoal de possibilidade que eu mesmo tenho com o outro.”³⁴

Esse tema começa a ser debatido na própria doutrina italiana, ou seja, a possibilidade de haver um dano não patrimonial não ressarcido.

O Código Civil Italiano em seu artigo 2059 trouxe em voga tal discussão. O que se debatia era a possibilidade de ressarcir um dano, ainda que o fato que desencadeou tal dano não fosse explícito, sem a necessidade de estar enquadrado na legislação. Assim, prevalecia o entendimento de que o dano iria além da previsão do próprio ordenamento jurídico, devendo apenas ser considerado um dano relevante.

Assim, havia uma interdisciplinaridade entre as matérias, pois além do artigo 2059 do Código Civil era também utilizado o artigo 185 do Código Penal Italiano. Ainda assim, se

³³ SAPONE, Natalino. BIANCHI, Angelo. *Le ragioni del danno esistenziale*. Roma: Aracne Editrice, 2010.p.31.

³⁴ MELCHIORRE, V. *L' f L à vita. Filosofi e psicologi a confronto*, Atti de Covegno ideato e diretto da G. Trentini e C. Vigna, Franco Angeli. Milano: Giuffrè Editore, 2002.p.25.

discutia qual seria a solução para os casos onde o dano causado não estivesse tipificado por nenhum destes dois artigos. Haveria reparação de tal dano?

Inicialmente se não houvesse previsão legal ele seria negado, eis que se analisava puramente a letra da lei, sem outras interferências.

O questionamento que a doutrina fazia era na hipótese de o dano ter causado lesões permanentes e irreparáveis, independe de haver ou não lesão corporal, entretanto uma lesão que causaria sequelas pelo restante da vida da vítima.

O ordenamento jurídico italiano o primeiro a debater sobre tal hipótese) não tinha nenhuma proteção para tal tema, ou seja, danos que modificavam a vida do indivíduo na sua casa, no seu trabalho, nas amizades não eram sequer cogitadas outrora.

A chamada dignidade da pessoa humana à época eram totalmente diferentes e distantes da realidade social, ou seja, ainda que houvesse tal fundamentação não tinha como ser acolhida pelos valores e sociedades que conviviam aquele tempo.

Com o passar dos anos tal assunto foi se aprofundando e as pessoas também ocupando mais postos, surgindo inevitavelmente situações em que ocorriam preconceito, discriminações e falta de diálogo

Com todas estas questões ascendendo mundo afora, a própria sociedade começa a requerer maiores direitos e proteções, inclusive requerendo reparações de danos sofridos.

A pressão também existia a fim de que se estipulasse proteções mais rigorosas e eficazes que visariam o combate destas atitudes, visando maior proteção jurídica da sociedade.

Com isso começam a ser reconhecidas novas espécies de dano, onde há uma proteção jurídica constitucional sobre tais fatos. A sociedade faz por meio de suas pressões com que os danos sejam devidamente ressarcidos.

Apesar de aparentar que novos direitos tenham sido reconhecidos, prevalece o entendimento de que era apenas necessário estender a dignidade da pessoa humana para outras hipóteses, com intuito de proteger de forma apropriada os indivíduos que convivem em sociedade, com ressarcimento adequado a cada situação.

A Corte de Cassação Italiana foi a primeira a sustentar o dano existencial como uma nova categoria de dano, derivado da exigência de caráter exclusivamente prático, que, de um lado, fosse apto a ressarcir cada prejuízo que atinja a pessoa e, de outro, representasse a proteção à realização do desenvolvimento individual

Com a evolução jurisprudencial há o reconhecimento do dano existencial como uma sub espécie de dano não patrimonial. Não se pode confundir o dano existencial como dano que se considera apenas o resultado final da ação ou omissão do agente. Também não se confunde com dano a saúde, pois é um dano diferente que vai atingir diretamente o futuro do indivíduo, afetando o projeto de vida além das relações interpessoais da vítima.

Pelo fato do ordenamento jurídico italiano ser pioneiro em tal tema pode ser considerado como marco referencial e teórico, razão pela qual fica de forma mais explícita na presente tese. Sim, pois tal ordenamento jurídico foi quem tratou de forma concreta, quando destaca a existência de outro dano não patrimonial, diferente dos danos morais.

O artigo segundo da Constituição Italiana é quem traz de forma expressa a preocupação no que diz respeito ao reconhecimento e quem garante os direitos invioláveis do homem.

O que a própria jurisprudência italiana fez foi desenvolver o dano existencial como um dano autônomo, melhor dizendo, desvinculado do dano moral.

O bem estar do indivíduo e a própria realização deste como um ser com direitos, com respeito as liberdades e garantias individuais estão acima dos valores patrimoniais que se ligam as lesões.

Os magistrados com o dever de fundamentar todas as decisões começam a trazer para sentenças as cláusulas gerais do direito, com representação dos princípios jurídicos da própria pessoa humana, tendo como fundamentação a reparação integral,

Os juristas italianos serviram de base para que nos bancos acadêmicos tanto no Brasil quanto em outros locais o dano a pessoa possa alcançar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Obviamente uma tarefa primordial é o reconhecimento dos aspectos do que possa ser entendido como dano à pessoa.

Na Carta Magna de 1988 o ordenamento jurídico pátrio passa a reconhecer dentro do princípio da dignidade da pessoa humana e também pelos valores da pessoa o início para que fossem reconhecidas outras normas jurídicas que protegeriam a pessoa contra o dano existencial.

O princípio da dignidade da pessoa humana passa a crescer e ganhar força nos tribunais brasileiros. O indivíduo é o sujeito para quem as normas jurídicas são produzidas.

O dever de reparação por qualquer tipo de dano causado, seja por qualquer situação, dolo, imprudência ou outra situação nada mais é do que um reconhecimento de que há sim a responsabilidade do causador do dano para com a vítima, seja o dano material ou não.

O que se debatia era a denominada responsabilidade civil. O que era analisado era a relação entre autor e vítima do dano, pois isso com o tempo fez que se ampliasse os tipos de danos sofridos.

Maria Celina Bodin de Moraes determinava que:

A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político- filosóficas do que a evidência lógica racionais, decorrente da natureza das coisas. A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo- assertiva que se desdobra nessa outra: será a excessiva coligação a um sujeito determinado que vá servir a tornar um dano ressarcível. De fato, o dano, em si, por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”. A decisão, ética, política e filosófica, antes de jurídica- deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento.³⁵

Importante destacar que a patrimonialidade ou não, não está no dano propriamente dito mas sim no interesse jurídico tutelado. O denominado dano não patrimonial por muito tempo foi utilizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como um sinônimo de dano moral, servindo apenas como contraponto ao dano material (patrimonial).

Claro que com o decorrer dos anos e consequentemente com a evolução da sociedade não se pode mais tratar ambos institutos (dano não patrimonial e dano moral) como sinônimos. Sim, pois os devem ser analisados também o dano ao projeto de vida bem como o dano à vida de relações.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. 4ª tiragem. São Paulo: Renovar, 2009. p.54

O dano pode atingir qualquer pessoa que se insere dentro de uma sociedade, vivendo e se relacionando com todos outros pares, lembrando que a pessoa é o centro que se pauta a Constituição Federal.

A responsabilidade civil não tem como objetivo apenas trazer a justiça e ressarcimento a vítima pelo autor, mas também deverá se observar a solidariedade social.

Roberto Senise Lisboa³⁶ já afirmava que a Constituição Federal é solidária e deveria ser observada em toda e qualquer situação.

Assim a própria responsabilidade civil não se direciona apenas para a indenização ou ressarcimento no que tange aos danos causados em outrem, pois com a Carta Magna traz isto como um direito social, um direito fundamental.

Flaviana Rampazzo Soares afirmava que:

A partir das novas formas e funções atribuídas à jurisprudência - na busca pelo alcance da tutela integral dos danos à pessoa – para acompanhar os novos danos que passam a surgir, a doutrina iniciou a análise da teoria dos direitos aos danos e visualizou no dano existencial uma nova modalidade de dano, diferente do dano moral, mas ainda não abordado de forma aprofundado pelos doutrinadores pátrios, o que dificultava o seu estudo.³⁷

A pessoa deve ser compreendida como um ser existencial, sendo portadora de direitos de deveres, previstos no ordenamento jurídico, sendo que o desrespeito aos direitos ou deveres trazem direito a outrem procurar a justiça, a fim de se resguardar e ter seus direitos que outrora foram desrespeitados resguardados pelo poder judiciário.

Fernando Sessarego defende que: “na realidade existe um só direito da pessoa que se sustenta em sua própria dignidade de ser livre e temporal e consequente dever dos demais respeitar essa condição”.³⁸

Denota-se que com o passar do tempo as constituições apesar de serem alteradas tiveram como foco e objetivo a proteção do ser humano, com liberdades que devem ser

³⁶ LISBOA, Roberto Senise. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.p.35.

³⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p.69.

³⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.21.

respeitadas, para que as pessoas possam desenvolver de forma livre sua personalidade humana. Todas as pessoas com seus atos e condutas desenvolve seus projetos de vida.

Assim, como já defendido outrora, o objetivo do presente trabalho é apontar a necessidade de ser reconhecido o dano existencial, de forma clara, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, demonstrando também que o dano existencial não se pode ser confundido com as outras espécies de dano, já existentes no próprio ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro o próprio dano existencial começa a ser estudado a partir da fundamentação filosófica.

Aliás, vem se tornando um fato a busca pelo ressarcimento oriundo do dano existencial, eis que há inúmeras decisões que ressarcem vítima que foi presa indevidamente, pensões vitalícias no caso de acidentes graves no ambiente de trabalho, entre outros.

A vítima do dano existencial sofre com as dificuldades de retomar sua vida cotidiana, melhor dizendo, fica impossibilitado por vezes de se projetar novamente na vida que tinha, deixando para traz todos os objetivos outrora traçados, fazendo também com que as conquistas passadas deixem de ter importância.

No aspecto de dano existencial se encaixam todas as lesões que prejudiquem a própria liberdade que a pessoa tem de escolher e determinar seu projeto de vida, algo inerente a todo ser humano.

Assim, pode ser afirmar que o dano existencial em si é um dano no próprio projeto de vida da pessoa, onde o prejuízo traz uma frustração ou termina com esse projeto, não deixando mais a vítima ter a liberdade de escolha sobre seu futuro, lhe restando aceitar o que o dano lhe causou.

3.1 Elementos Constitutivos desta modalidade de Dano

Sabe-se que podem ser considerados como elementos constitutivos do dever de indenizar, inicialmente a conduta dolosa ou culposa de um agente, que comete um ato ilícito em face de outrem. Some-se a isto o nexo de causalidade, bem como o prejuízo causado pelo dano propriamente dito.

No que diz respeito a responsabilidade civil do dano existencial, além de todos os elementos acima citados, será necessário a cumulação de mais dois outros danos, quais sejam: o dano ao projeto de vida, que será mais abrangido abaixo e o próprio prejuízo a vida e as relações da vítima com outros membros da sociedade.

O próprio projeto de vida, que será mais detalhado, importante frisar que segundo Júlio Cesar Bebber pondera:

(...) o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.³⁹

Verifica-se que nas palavras do autor o dano ao projeto de vida ocorre quando algo injusto ocorre e prejudica totalmente o projeto de vida pessoal de outrem, trazendo para vítima um vazio existencial, melhor dizendo, trazendo um futuro sombrio, sem maiores perspectivas para permanecer existindo.

Por sua vez, Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Bião defendem que:

(...) vertente do dano existencial relacionada ao impedimento de que determinado ser humano tenha a possibilidade fática de praticar, baseado em seu livre-arbítrio, conjunto de atos imprescindíveis à execução de planejamento razoável e adaptável de metas e aspirações pessoais (plausíveis e exequíveis) que dão sentido à sua existência e representam aspecto central de sua busca pela autorrealização.⁴⁰

Para estes dois autores as pessoas devem buscar a chamada autorrealização, ou seja, chegar ao que projetou sem percalços no caminho, razão pela qual um dano existencial certamente impediria da vítima alcançar essa realização.

Agora no que diz respeito ao prejuízo a vida de relações, prevalece o entendimento de que o dano existencial afeta inclusive as relações pessoais do ser humano, seja com a família,

³⁹ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações in Revista LTr.São Paulo: LTr, v. 73, n. 1, jan. 2009

⁴⁰ BIÃO, Fernanda; FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial in Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>. Acesso em 21/08/2021. p.238.

seja com os amigos, impedindo por alguma razão que seja o convívio com familiares ou amigos, da forma que outrora era.

Nas palavras de Flaviana Rampazzo Soares: “o dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc.”⁴¹

Abrange todo acontecimento com o lazer abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre a sua existência. (...) O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal. (...)

O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc.

Assim, nota-se que o dano existencial no que diz respeito ao prejuízo a vida traz impedimentos a vítima de ter suas relações sociais que outrora tinha, trazendo frustrações a vítima por não poder coexistir com os demais e participar da sociedade como participava antes de tal situação.

3.2. Dano ao projeto de Vida

Em meados de 1950, Carlos Fernández Sessarego, sustentou em sua tese o denominado “projeto de vida”, afirmando:

O homem, enfim é liberdade que se projeta. Liberdade para que? Para viver, para escolher; para fazer nossa vida - que é luta ou pacto com o mundo - de acordo com os fins, aos valores que escolhemos graças àquela liberdade. Por liberdade de escolha, decido ser tal ou qual coisa, mas a decisão se põe em marcha pela conduta e tem que lutar contra as resistências. Sucumbe ante

⁴¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.p.54.

elas, pára ou as vence. Por intermédio de minhas potências psicofísicas ponho em marcha minha decisão, a realizou o desejo realizar.⁴²

Projeto pode ser definido como uma série de atividades que se relacionam e se integram, visando um fim determinado. Assim, pode se dizer que projeto de vida é aquele conjunto de atos integrados no qual a pessoa dá à sua vida e seu existir, melhor dizendo, é a direção que a pessoa dá à sua vida e seu existir, desenvolvendo projetos e objetivos pessoais.

Obviamente tal projeto só pode ser desenvolvido por um ser humano, que tem liberdade para poder traçar seus atos e coordenar suas ações. A própria liberdade é o que permite que as pessoas possam coexistir em uma sociedade, permitindo que projetos sejam criados por cada indivíduo podendo ser realizados de forma mediata ou imediata, pelo simples fato de que uma sociedade propriamente dita deve ter a solidariedade como um princípio fundamental.

Sessarego afirma que: “O homem, ao tomar decisões, ao praticar atos e ao determinar seu próprio comportamento no mundo em que vive em um dado momento existencial, revela o seu existir”.⁴³

O dia a dia do ser humano estabelece uma rotina cotidiana, fazendo com que este ser possa unificar e estabelecer seu projeto de vida. Sim, pois com o passar dos dias o próprio indivíduo traçara seus planos e metas, objetivando seu projeto de vida, ou seja, demonstrando quais passos seguirá para que haja uma razão na sua vida.

Sassarego reitera que “o “projeto de vida” é o que o homem decide fazer “com” sua vida e “em” sua vida. O homem pode se autodeterminar e se projetar no mundo e com as pessoas com quem convive”.⁴⁴

⁴² SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.21.

⁴³ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.21.

⁴⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.21.

O correto é que a pessoa tenha ampla liberdade para que possa optar por suas vontades e projetos, com frustrações e expectativas, dando um total sentido de existência para o ser humano. Toda pessoa tem aspirações e desejos, sendo responsável por escolhas e atos, eis que conforme já mencionado, todos tem direitos e deveres bem plasmados no próprio ordenamento jurídico. Até no aspecto de relacionamento, as pessoas devem ter essa liberdade, pois a partir de situações cotidianas há planejamentos e objetivos de vida traçado pelas pessoas.

Dentro do próprio projeto de vida devem ser ponderadas as próprias limitações das pessoas, como por exemplo as limitações psíquicas, física entre outras.

Fato notório que em alguns casos não há para as pessoas a chamada liberdade para o projeto de vida, eis que por vezes tais projetos são impostos por terceiros a pessoa, que fica totalmente cerceada no seu próprio destino.

Aqui vale ponderar a razão da imposição de projetos alheios a vontade do ser humano, eis que também podem ser impostas em razão da própria condição da pessoa. Assim, é sempre válido se questionar se tal imposição se deu pelas condições ou por atuação ou omissão de outrem que realmente eliminou o projeto de vida da pessoa?

Caso a imposição do projeto de vida ocorra pelo fato da pessoa sofrer com limitações e restrições, o projeto deverá levar em conta a própria condição da pessoa, com suas limitações sendo considerado o dia a dia cotidiano.

Entretanto, caso a imposição seja feita por terceiro, sem que haja nenhuma restrição a pessoa, acarretará em um dano projeto de vida desta pessoa, melhor dizendo, há um dano totalmente injusto, pois atingirá a pessoa de todas as maneiras que terá nestas atitudes uma lesão a sua vida, ao seu futuro e que irá repercutir durante toda a vida do lesionado.

Por obvio o homem tem inúmeros projetos, entretanto, aquele considerado como projeto de vida é aquele onde há o direcionamento e o rumo da vida cotidiana, trazendo sentido para a própria existência.

O que a pessoa faz com a vida e como ela leva a vida pode ser entendido como a própria razão da existência das pessoas.

As pessoas determinam suas ações tendo como base seus planejamentos internos, baseado em valores. Simploriamente o projeto de vida pode ser definido como um projeto em

que a pessoa traça tendo como base sua realidade objetiva, ou seja, de acordo com a vivência do dia a dia.

Definir e determinar o projeto de vida é de suma importância eis que é demonstrado como a própria razão de ser do ser humano.

Os próprios meios que são definidos como parte do projeto de vida, como por exemplo o corpo ou a mente, podem também serem os mesmos meios que levam a derrota ou a perda da vontade de existir, pois a própria vida é cercada de emoções como felicidade e frustrações.

Obviamente se o projeto de vida do indivíduo falhar por erro ou fracasso próprio, não caberá reparação judicial ou sequer questionamento sobre tal situação, eis que cada um é responsável pelos próprios atos.

Conforme já esmiuçado acima, o projeto de vida é eleito pelo próprio indivíduo, o qual decide os rumos que irá tomar e os passos que irá seguir, sendo possível tal situação apenas quando este indivíduo realmente for livre.

Este projeto se inicia pelo simples fato de que a pessoa ao existir, se devidamente livre, exerce escolhas buscando no dia a dia concretizar tarefas e objetivos que serão consideradas como projeto de vida. Este próprio projeto é que trará sustentação ao direito de existir.

O próprio direito foi criado para que as pessoas entendam que há limitações no existir, ou seja, existem regras para coexistir em sociedade que devem ser respeitadas. Estas regras são as que permitem que uma convivência seja pacífica e harmônica, sem que haja maiores conflitos. E dentro deste contexto de direitos e deveres, o homem busca seus objetivos e ideais buscando atender seu próprio anseio e projeto que estipulou como meta de vida.

Quando se lesiona o projeto de vida de alguém ou há uma interrupção deste há uma ofensa ao indivíduo propriamente dito.

3.2.1 Proteção jurídica ao projeto de vida e relações sociais da pessoa

Com o advento da Constituição Federal pode-se afirmar que houve maior respeito à dignidade da pessoa humana e também com isso dentro da própria dignidade o projeto de vida e o dano ao projeto de vida foi ganhando importância e sendo totalmente acolhida pela doutrina e jurisprudência, sobretudo no que diz respeito à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A lesão ao projeto de vida traz via de regra a responsabilidade objetiva a quem causa, entretanto, transformar esse dano em pecúnia, como forma de ressarcimento é algo ainda bem complexo e de difícil compreensão, eis que é uma novidade tanto na doutrina quanto na própria jurisprudência, lembrando que o *quantum debeatur* deverá ser analisado caso a caso, eis que não se pode afirmar que os danos ao projeto de vida são iguais.

Pode-se colocar como exemplo de dano ao projeto de vida o caso de um jogador de futebol famoso sair de carro, para encontrar seus familiares em outra cidade e no meio do percurso, outra pessoa embriagada atravessa a faixa proibida e colide de frente com o jogador, que por sua vez não perde a vida, entretanto, tem a necessidade de amputar uma perna, em razão do acidente. Ora, certamente um jogador de futebol famoso além de amar o que faz tem toda sua vida pautada pelo futebol e seus proventos faz com que ele possa se sustentar e também dar apoio a outros familiares.

Ainda há um enorme grau de dificuldade tanto para doutrina quanto para a jurisprudência diferenciar o denominado dano existencial do projeto de vida, razão pela qual ambas por vezes em decisões são consideradas como sinônimos, apenas com a leve diferença que no dano existencial há a ocorrência do dano à vida em relações.

No exemplo acima citado temos caso fático tanto de dano moral quanto de dano patrimonial. Entretanto, também não pode ser esquecido que há a falta de elementos que determinam o dano ao projeto de vida. Trata-se de um fator do dano existencial que abrange dano à vida em relações.

Sim, pois devido ao acidente sofrido pelo jogador de futebol a lesão final física e até mesmo psíquica, pois houve lesões que comprometeram o psíquico do jogador além do dano físico, que obviamente vão atingir o bem-estar da vítima, pois ele nunca mais poderá ser o

mesmo. Outro fator importante a se destacar é o fato de que o dano irá se perdurar até o final da vida da vítima, acabando totalmente com o projeto de vida de existir no mundo.

No caso concreto o magistrado deverá apreciar o caso nos termos da própria legislação, dos pareceres médicos e tentando trazer equidade.

Há de se levar em conta que no exemplo mencionado fala-se de um atleta de futebol, reconhecido por todos ao redor, por seu talento e dotes, desempenhando uma atividade que todos conheciam, qual seja, futebol e em razão do acidente teve seu projeto de vida e o próprio sentido da vida totalmente prejudicado.

Veja-se no caso não há que se falar em um mero dissabor, desconforto ou até mesmo uma frustração, visto que todo o redor e todo o projeto restante de vida foi altamente prejudicado pelo referido acidente. Isto pode acarretar no prejuízo emocional, fazendo com que a parte perca o prazer da vida, sem contar que em razão disso a própria carreira profissional se dá por encerrada, ao menos no futebol profissional, por razões óbvias.

Deve ser enfatizado e verificado como será o futuro deste profissional, que além de já viver e ter feito seu projeto de vida dentro de uma sociedade, realizava uma atividade profissional que dependia exclusivamente de seu físico, qual seja, as pernas por jogar bola. O que acontece com esta pessoa que teve sua perna amputada?

Sessarego aduz que:

Será que vai ser capaz de superar tão enorme frustração? Terá força suficiente, à necessária incomum reserva moral, para encontrar nova razão para continuar vivendo? Sucumbirá frente ao devastador dano ou, pelo contrário, se sobreporá a sua catástrofe pessoal? Será capaz de delinear seu vazio existencial, que é a maior consequência de a frustração de seu projeto pessoal? Estas são algumas das múltiplas interrogativas que podem formular-se ao contemplar o abatimento existencial de um ser humano que se enfrenta a frustração que é de tal magnitude que lhe subtrai nada menos, que o sentido valioso de sua vida.⁴⁵

Fato é que alguns danos destroem a pessoa de tal forma que estas acabam perdendo a vontade de viver e de existir, eis que ao ser atingido e impossibilitado de dar continuidade ao

⁴⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2021. p.21.

seu projeto de vida, há a perda da vontade de permanecer vivo, pois sequer se adaptam a nova realidade que foi submetido.

Estes danos podem ocorrer no dia a dia, eis que todos estão sujeitos a qualquer tipo de dano, ainda que existam tutelas jurídicas contra tal situação.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que este tipo de dano vai além do dano moral, devendo ser integrado as espécies de dano mas devendo ser analisado de outra forma, para que a vítima possa ter ao menos um ressarcimento compatível com o dano que sofreu.

O magistrado ao se deparar com o caso concreto deverá fazer uma análise de como tal dano impactou na vida da vítima, pois, ainda que não seja possível retornar ao status quo, possa fixar um valor ao menos compatível para que os danos sejam reparados de forma satisfatória. Analisar-se-á a própria história de vida da vítima, como era antes do dano e como está posteriormente ao dano causado, a forma de readaptação também deverá ser analisada e como estas situações impactam o projeto de vida da vítima, verificando até mesmo se tal projeto foi anulado em razão deste dano.

Não se pode dizer que é algo fácil, eis que o magistrado deverá se debruçar sobre o caso para conseguir tentar ter a real percepção que o projeto de vida propriamente dito foi interrompido, melhor dizendo, lesado por outrem, deixando claro em sua decisão que tal situação se difere dos danos morais, pois há algo mais complexo que envolve toda a temática do caso. A decisão se pautará tanto na Constituição Federal quanto nos princípios que a regem.

De forma bem objetiva, há se de esclarecer que o dano ao projeto de vida ocorre quando o ser humano, outrora livre, torna-se impedido de realizar os projetos que escolheu para sua continuidade, melhor dizendo, o limita em tudo que um dia se propôs a fazer.

Todo ser humano que em tese é livre opta com o crescimento em um projeto, melhor dizendo, impõe metas de acordo com aquilo que se sente a vontade para exercer, como uma vocação. Pode ser com habilidades físicas, científicas, motoras entre outras, quem determina o projeto é o ser humano.

O tema “dano ao projeto de vida” é algo relativamente novo na doutrina e jurisprudência, razão pela qual serão trazidos neste trabalho espécies de dano à pessoa em alguns países.

Ainda sobre o dano ao projeto de vida, há de se esclarecer que inicialmente a ideia de dano à pessoa foi defendida no Peru e posteriormente passou para toda América do Sul.

Falar em dano à pessoa esta intimamente ligado ao próprio projeto de vida, eis que se por um acaso ocorrer alguma lesão a este projeto, fatalmente afetará o ser humano que ficará totalmente frustrado por não poder realizar as atividades que optou pelo trajeto da vida ou que até mesmo interrompa algo cotidiano da própria pessoa.

Pode ser afirmar categoricamente que dano à pessoa é gênero da qual o dano ao projeto de vida é uma espécie, ou seja, o dano ao projeto de vida seria encarada como uma subespécie de dano à pessoa, eis que ambos estão intimamente ligados.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica reconheceu em jurisprudência o dano ao projeto de vida.

Desta forma, prevalece o entendimento que tal dano deverá ser reconhecido de forma autônoma em algum julgado, eis que conforme esmiuçado neste trabalho, este é diferente do dano moral, ainda que ambos não sejam danos materiais.

O próprio projeto de vida vem sendo entendido como uma necessidade que ganhou mais força com ampliação dos Direitos Humanos, razão pela qual há mais dispositivos que tutelam as pessoas contra possíveis danos. Ainda que não se encontre de forma explícita na jurisprudência o “dano ao projeto de vida”, nota-se que ela já vem sendo aplicada, como por exemplo, o REsp 1349968/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, em julgamento proferido em 14/04/2015, publicado no Diário Oficial em 04/05/2015, a saber:

Civil e processual civil. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Acidente de trânsito que deixou o autor paraplégico. Empresa de transporte concessionária de serviço público. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Majoração do valor das indenizações por danos morais e estéticos. Cabimento. Pensionamento mensal. Pagamento em parcela única. Art. 950, parágrafo único, do cc. Descabimento, no caso. Necessidade da constituição de capital. Súmula 313/stj. Juros de mora. Termo inicial. Data da citação. Provimento parcial apenas do recurso do autor. 1. Consoante dispõe o art. 535 do CPC destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao re julgamento da causa. 2. O dano moral decorrente da perda de parente, em regra, traduz-se em abrandamento da dor

emocional sofrida pela parte, mas que tende a se diluir com o passar do tempo. Já nas hipóteses de amputação de membros, paraplegias ou tetraplegias, a própria vítima é quem sofre pessoalmente com as agruras decorrentes do ato ilícito praticado, cujas consequências se estenderão por todos os dias da sua vida. No presente caso, entre outras circunstâncias, o fato de o autor ter ficado paraplégico quando tinha apenas 20 (vinte) anos de idade, no auge de sua juventude, recomenda a majoração do valor da indenização por danos morais para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e dos danos estéticos para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). 3. A regra prevista no art. 950, parágrafo único, do CC, que permite o pagamento da pensão mensal de uma só vez, não deve ser interpretada como direito absoluto da parte, podendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, sobre a conveniência de sua aplicação, a fim de evitar, de um lado, que a satisfação do crédito do beneficiário fique ameaçada e, de outro, que haja risco de o devedor ser levado à ruína. Na espécie, a fim de assegurar o efetivo pagamento das prestações mensais estipuladas, faz-se necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para esse fim, nos termos da Súmula 313 deste Tribunal. 4. Nos casos de responsabilidade contratual, o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da citação. 5. Recurso especial do autor provido parcialmente e desprovido o recurso da ré (REsp nº1349968/DF, 2015,p. 101)

Fato é que toda pessoa que sofre acidente, por responsabilidade de outrem e em razão disto sofre perda de membros ou até mesmo a paralisação total de partes do corpo sofrerá as consequências do ato ilícito até o final da vida. Assim, no caso acima mencionado, para melhor elucidar, trata de um jovem, vítima de um acidente de trânsito, que no auge da idade, com 20 anos ficou paraplégico.

Obviamente apesar de não ser tratado de forma explícita, tal caso se encaixa perfeitamente no dano ao projeto de vida. Verifica-se que na própria ementa há nas palavras do Ministro consequências do acidente que serão eternizadas até os últimos dias de vida da vítima.

Ainda que no processo o que seja pedido verse sobre dano moral e dano estético, o que foi totalmente prejudicado foi o projeto de vida da vítima, eis que as consequências do acidente perdurarão por toda vida do jovem.

3.3 Distinção entre Dano Moral e Dano Existencial

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o dano moral começa a surgir nas relações de trabalho. O próprio artigo 5º, inciso X, da Carta Maior já traz a possibilidade de haver condenação por danos morais a favor da pessoa que tiver sua intimidade, imagem, privacidade violados. Cabe destacar que até meados dos anos 80 não se cogitava reparações por danos morais. Doutrinadores inclusive afirmavam que o dano moral existia apenas em segmentos específicos e fora da área trabalhista.

A característica do dano moral é a própria ofensa dos bens que dizem respeito à ordem moral da pessoa, melhor dizendo, quando a ofensa atinge diretamente a intimidade, a imagem e a própria privacidade de outra pessoa, seja privando a liberdade ou atingindo a própria honra do trabalhador.

Mauricio Godinho Delgado aduz que: “são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício, como por exemplo os procedimentos discriminatórios, falsa acusação de cometimento de crime, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório”.⁴⁶

Dano moral e existencial nas palavras de Rúbia Zanutelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

São espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante a sua personalidade. Já o dano existencial independe de repercussão financeira ou econômica e não diz respeito a esfera íntima do ofendido. Diz respeito a uma decorrência de frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador.⁴⁷

É diferente do dano existencial haja vista que este dano traz consequências futuras para o trabalhador, obrigando o mesmo a se reprogramar e refazer seus planos em decorrência de algo causado por outrem que afetou desta forma. O dano moral traz algo para o íntimo, gerando dor, tristeza, sofrimento.

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 45.

⁴⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, v. 21, n. 1, p. 240, abr./jun. 2013. p. 242 p. 37

Acima já foi tratado o dano existencial, razão pela qual será dado mais ênfase ao dano moral nas relações de trabalho.

Vale esclarecer que no direito do trabalho, após a celebração do contrato de trabalho entre empregado e empregador, será demonstrado as obrigações de ambas as partes, eis que uma das principais características do contrato é que ele é sinalagmático. Via de regra o empregador determina as ordens e o empregado as cumpre, desde que estas não sejam contrárias a legislação vigente.

Mauricio Godinho Delgado aduz que: “esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade”.⁴⁸

Fica claro e perceptível que quando há na relação de trabalho o excesso de poder, cumulado com as denominadas práticas abusivas, trará limitações ao próprio direito da personalidade do empregado, inclusive ferindo o princípio da dignidade do trabalhador.

Quando se fala em lesão a própria personalidade, Mauricio Godinho Delgado⁴⁹ faz a separação em: “em dois grupos relevantes: o dano moral individual e o dano moral coletivo”.

Assim, para que se aborde o próprio dano existencial, Mauricio Godinho Delgado explica que necessário se faz estudar também o dano moral individual, senão vejamos:

O dano moral possui caráter individual, atingindo o patrimônio imaterial da pessoa humana. Atando-se ao complexo da personalidade do ser humano, espalha-se em múltiplas dimensões e facetas, capazes de produzir repercussões jurídicas diferenciadas no quadro das relações a que se integra a pessoa.⁵⁰

Existem várias formas de se ocorrer as chamadas práticas discriminatórias no ambiente de trabalho, melhor dizendo, elas podem ocorrer tanto na admissão, no curso do contrato ou até mesmo após a rescisão contratual, lembrando que o que será analisado é se houve lesão a dignidade do trabalhador.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 45.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 57.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 55.

Assim, nas relações de trabalho, conforme dito, existem várias formas de dano moral individual, que Mauricio Godinho Delgado divide desta forma:

- 1- Pré-contratação trabalhista: há a possibilidade de danos, caso verificada a ocorrência de forte expectativa frustrada e/ou de despesas necessárias efetivadas. Nos dois casos refere-se essencialmente à hipótese de dano material, também podem ensejar dano moral, desde que as circunstâncias fáticas envolvam desproporcional ferimento de alguma dimensão do patrimônio moral da pessoa humana policitada.
- 2- Dinâmica da seleção e da contratação trabalhistas: podem incluir temas relativos a discriminação: a abuso e prerrogativas empresariais (abuso de direito); a ofensas morais e à imagem; à utilização de meios abusivos de seleção, como agressivos e desrespeitosos testes psicológicos ou teste de polígrafos.
- 3- Ofensas Físicas: podem ocorrer no ambiente laborativo e, em certas circunstâncias até mesmo fora dela, mas com repercussões contratuais.
- 4- Ofensas morais: também podem ocorrer no ambiente de trabalho e até mesmo fora dele, tendo, em certas circunstâncias, repercussões contratuais.
- 5- Assédio sexual: ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo, ter também, dimensão física.
- 6- Revistas íntimas: são expressamente proibidas quanto às trabalhadoras, de maneira geral, caso realizada por homens. No caso de revista íntima realizada por trabalhador (a) do mesmo sexo, torna-se como regra geral, lícita, podendo neste caso, ensejar ou não a obrigação de reparação
- 7- Revista em pertences obreiros, embora não íntimas: tema bastante controvertido na jurisprudência, as revistas em bolsa e sacolas, atraem debate sobre a incidência ou não dos princípios da dignidade da pessoa humana trabalhadora e do respeito à sua privacidade consideradas revistas íntimas pela maioria da jurisprudência, pois no caso concreto: efetiva necessidade de revista, segundo o segmento empresarial, inviabilidade de se exercitar do poder fiscalizatório por outros meios menos invasivos.
- 8- Limitação de uso de banheiro no ambiente laborativo: o poder empregatício argumenta que tratar-se de mera gestão de tempo, situada nos limites do poder de controle e das necessidades de produtividade do trabalho. A jurisprudência tem considerado abusiva essa conduta, por afrontar o direito à privacidade do empregado e em certa medida o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.
- 9- Divulgação de nomes e dados contratuais de empregado especialmente salários: tal divulgação tem sido considerada afronta à tutela da privacidade, além, da tutela de segurança, ambas de direito fundo constitucional.
- 10- Câmeras Televisivas de segurança em banheiro: afronta princípios e regras constitucionais de tutela à privacidade e à intimidade das pessoas que trabalham no respectivo estabelecimento empresarial é manifesta em tal situação.

- 11- Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças: embora a livre iniciativa seja reconhecida pela Constituição, os instrumentos para alcance e maior produtividade do trabalho tem como limites os princípios e regras constitucionais tutelares da dignidade da pessoa humana trabalhadora. A adoção de métodos, técnicas e práticas de fixação de desempenho e de realização de cobranças tem de se compatibilizar com os princípios e regras constitucionais prevaletentes, sob pena de causar dano.
- 12- Uso de técnicas motivacionais e abusivas e desrespeitosas: a adoção de métodos, técnicas e práticas de motivação pessoal que fustiguem as fronteiras conferidas por princípios e regras constitucionais referentes à tutela da dignidade do trabalhador, sua segurança e bem estar, além de sua saúde, desrespeitando ainda os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, implicam a incidência da obrigação de reparar lesões perpetradas.
- 13- Assédio Moral: trata-se de figura de apreensão nova na doutrina e jurisprudência trabalhistas, a partir da percepção de dinâmica ilícita experimentada na relação de emprego, porém sem o necessário destaque antes da Constituição de 1988.
- 14- Controle de correspondência no ambiente laborativo: a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas é direito fundamental constitucional, somente podendo ser quebrado por ordem judicial. Atado à direta tutela do patrimônio da identidade, da via privada, da honra, da imagem dos indivíduos, esse direito ao sigilo, sendo desrespeitado, naturalmente proporciona a reparação por dano moral.
- 15- Controle de correspondências eletrônicas: o mesmo preceito constitucional referente à inviolabilidade da correspondência. Entretanto, naturalmente, há que se realizar uma decisiva diferenciação nos casos de ambientação com os e mails que a empresa fornece a seu empregado como estritos instrumentos de trabalho
- 16- Controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet: cabe ao empregador ofertar ferramentas de trabalho a seus empregados, para uso no ambiente de trabalho, no exercício de seu poder diretivo de regulamentar. O rigor excessivo empresarial, quanto à regência normativa dessa matéria, pode alcançar o status de abuso de poder ou de prerrogativas.
- 17- Quebra de sigilo bancário de empregados de Banco: a simples circunstância de a Consolidação das Leis do Trabalho tipificar como justa causa do empregado bancário a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, não implica permissão tácita para o exame informal, pelas instituições financeiras, das contas correntes e de investimento de seus trabalhadores.
- 18- Danos derivados de acidente do trabalho, doença ocupacional e doença profissional: o tema da infortunística do trabalho, como se sabe, pode ensejar a reparação de danos materiais e morais, inclusive danos estéticos, em benefício do trabalhador acidentado sob doença ocupacional ou profissional.
- 19- Condições degradantes no ambiente de trabalho: cabe ao empregador ofertar a seus empregados ambiente do trabalho hígido, regular, digno.

Dispõe a constituição que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que é a essência sadia à qualidade de vida.

20- Atrasos reiterados de salário: a principal obrigação do empregador é o pagamento tempestivo dos salários, parcela que constitui a principal vantagem trabalhista do empregado face do seu contrato laborativo.

21- Exercício de função perigosa não integrante do contrato: A submissão do trabalhador ao exercício de função perigosa, sem previsão no contrato de trabalho, submete-o a injustos e desproporcionais riscos à inviolabilidade física e notório estresse emocional, ferindo seu direito constitucional à inviolabilidade do direito à vida e à segurança, além do direito a um meio ambiente equilibrado.

22- Afronta a violabilidade física e à segurança ou estresse acentuado em face de violência decorrente do exercício de função perigosa: O exercício de certas funções contratuais, ainda que dentro da esfera original do pacto empregatício, tem submetido o empregado a risco consideráveis de violência física e emocional. Trata-se de situação fática que se enquadra na hipótese de responsabilidade objetiva especificada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

23- Conduta de discriminação no ambiente laborativo: a discriminação é afronta direta à dignidade da pessoa humana. Conceitua-se como a diferenciação em vista de favor injustamente desqualificante.

24- Desrespeito a direitos intelectuais, especialmente relativos à autoria: Os direitos intelectuais estão tutelados pela Carta Magna e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O desrespeito a esses direitos além da indenização por danos materiais podem incidir o dano moral, dependendo das circunstâncias da situação fática.

25- Violação à imagem: o conceito de imagem traduz a ideia de projeção da pessoa em seus relacionamentos próximos e na comunidade mais ampla. A Constituição Federal tutela a imagem da pessoa, situando-a dentro do patrimônio moral do indivíduo (a imagem, situa-se também dentro do patrimônio imaterial das pessoas jurídicas, porém não a honra, intimidade, a vida privada e outros bens e valores estritamente ligados à pessoa humana).

26- Acusação não comprovada de ato ilícito: pode ensejar reparação por dano moral ou À imagem a acusação pelo empregador ao empregado de prática do ato ilícito. A mera acusação de ato ilícito pode afrontar gravemente a honra e a imagem da pessoa humana caso não comprovada.

27- Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho: o lançamento de observações indevidas na Carteira de Trabalho, mesmo que referentes à existência de ação trabalhista ou de determinação judicial quanto à anotação de dados contratuais, considera-se conduta maliciosa do empregador ou de seus prepostos, voltado a causar prejuízo ao trabalhador, ao instituir potencial discriminação em sua busca por trabalho na comunidade empresarial.

28- Dispensa discriminatória: Configurada a conduta discriminatória no momento da ruptura do contrato, incide o dever de reparação do dano moral perpetrado. Além de indenização de danos morais, cabe relatar os efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito no que tange ao próprio rompimento do contrato.

29- Supressão injustificável de plano de saúde: a jurisprudência tem considerado subsistente a obrigação empresarial de manter o plano de saúde ofertado aos empregados durante o contrato de trabalho, nos casos em que a licença previdenciária estende-se no tempo, convertendo-se na chamada aposentadoria por invalidez, uma vez que esta não extingue o contrato de trabalho, mantendo-o apenas suspenso.

30- Elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores: a confecção e divulgação de lista de nomes de trabalhadores que tenham proposto ação judicial contra seus empregadores tem sido compreendida pela jurisprudência como conduta deflagradora de manifesto dano moral, seja com respeito a cada indivíduo presente na lista, seja com respeito a toda comunidade de trabalhadores.⁵¹

Como Godinho Delgado demonstra, tratam-se de situações que demonstram como foram valorizadas as proteções aos direitos imateriais, com maior proteção. No que diz respeito ao dano moral, conforme já esmiuçado, trata-se da situação que causa abalo emocional, psicológico, aflição entre outras situações para o trabalhador.

Desta forma fica demonstrado que há grande diferença entre tais danos, eis que o dano moral advém da própria lesão aos chamados direitos da personalidade, enquanto o dano existencial não há como ser presumido. O dano existencial conforme esboçado, atinge o projeto de vida em relação ao convívio social e familiar.

Como acima foi esboçado formas e formas de dano moral, abaixo um acórdão que versa exclusivamente de danos existenciais, em razão de tortura, a época da ditadura militar, senão vejamos:

Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos morais. Regime militar. Perseguição e prisão por motivos políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da pessoa humana. Inaplicabilidade do art. 1.º do decreto n.º 20.910/32. Responsabilidade civil do estado. Danos morais. Indenização. Configuração, redução do quantum indenizatório. Súmula 07/stj. Violação do art. 535, ii, CPC. Inocorrência. Art. 538, do cpc. Imposição de multa. Súmula n.º 98/ STJ. 1. Ação Ordinária, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar nos anos de 1964 a 1979. 2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. À

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 62.

luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 4. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 5. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. 6. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 7. A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. 8. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". 9. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual. 10. A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186 do Código Civil) e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, resta inequívoca, bem como escoreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexo causal entre a suposta conduta omissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implicam em análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a *ratio essendi* da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag 556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002. 11. In casu, o acórdão recorrido assentou que: "(...) O autor comprovou, com os documentos juntados aos autos, que efetivamente foi preso político do regime militar. A certidão da Justiça Militar Federal de fl. 18 certifica que o autor foi denunciado pelo Ministério Público Militar em 30/10/1969, e foi preso em 10/08/1970. Coerentemente com o relato do autor de fls. 24/32, no sentido de que foi logo enviado ao Rio de Janeiro para julgamento, consta na certidão que este se deu em 29/08/1970, tendo sido pela absolvição. Dois anos após, foi julgado e negado provimento ao recurso. Vê-se, à fl. 19, cópia do fichário do DOPS, fazendo referência ao autor e à sua mulher, na época sua namorada. Está registrada no fichário a preferência esquerdista do casal,

e que o autor supostamente faria parte do MR-8. Até mesmo a visita do autor à namorada, no Presídio do Ahú, está anotada. Às fls. 20/23, cópia do Auto de Qualificação e Interrogatório do autor, lavrado pela Delegacia Especial de Ordem Política e Social- DOPS- de Curitiba, no qual o autor "confessa" a participação ou o contato com movimentos de esquerda e ter lido livros marxistas. O relato pessoal que se segue, de fls. 24/32, é muito interessante e de importância histórica. Nele está descrito detalhadamente o procedimento dos agentes da ditadura e o sofrimento pessoal do autor, inclusive as torturas. À fl. 33, declaração do Hospital das Clínicas de São Paulo de que o autor esteve internado por motivos psiquiátricos em 1974 e 1975. Às fls. 34, atestado médico de que o autor está sob tratamento psiquiátrico desde 1978. Mais documentos e relatórios médicos-psiquiátricos às fls. 35/37. O autor é aposentado por invalidez desde 1988 (fls. 38 e 39), contando apenas quatro anos de serviço. Também constam nos autos, da fls. 41 a 44, declarações de três pessoas que testemunharam a prisão e tortura de Cândido. O nome do autor, Cândido, lembra a personagem Cândido, da obra do filósofo francês Voltaire, chamada "Cândido ou o Otimismo". Trata-se de obra em que o escritor ironizou a filosofia otimista de Leibniz, segundo a qual tudo corre no mundo do melhor modo possível, tudo vai bem, e segundo a qual a divina inteligência criadora deste mundo escolhera, entre os diversos mundos possíveis, o que associava o máximo de bem e o mínimo de mal, criando, pois, o melhor dos mundos possíveis. O Cândido fictício de Voltaire passou pelos maiores dissabores do mundo e presenciaram as maiores atrocidades, tudo extraído pelo autor dos acontecimentos reais da época, registrados na História (no "melhor dos mundos possíveis"), mas absurdamente sem nunca deixar de acreditar na visão otimista ensinada pelo seu mestre Pangloss, quase ao ponto de negar a realidade dos acontecimentos que se sucediam. De qualquer maneira, sobreviveu com alguma riqueza que obteve em um país imaginário da América do Sul chamado Eldorado (onde tudo ia às mil maravilhas e os diamantes e o ouro eram abundantes como o lodo e o cascalho), que lhe trouxe, e aos seus companheiros de aventuras, alguma insuficiente compensação material à angústia da existência, pois lhe permitiu comprar um pouco de tranquilidade, enquanto, de quebra, mudava, enfim, sua visão do mundo, pelas conclusões a que chegou no final da obra. Trata-se, este Cândido que veio ao Judiciário, de personagem real que também sofreu algumas das maiores atrocidades de que é capaz a humanidade, consistentes na perseguição política e na tortura, com o total desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano. Este Cândido não conheceu o Eldorado, mas conheceu o que pode haver de pior neste mundo, merecendo a justa compensação daquele que lhe causou tal sofrimento, o próprio Estado (...)" fls.125/127 12. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade 13. O Tribunal a quo considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter sofrido perseguições políticas decorrente do regime militar de 1964, ocasionando depressão e dependência alcoólica, bem como sérias dificuldades financeiras na família e transtornos psicológicos no ambiente escolar, manteve o valor fixado em sentença, a título de danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). 14. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, incorrentes no caso sub judice. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 681482 / MG; Rel.

Min. JOSÉ DELGADO, Relator (a) p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30.05.2005; AG 605927/BA, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 04.04.2005; AgRg AG 641166/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 624351/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 28.02.2005; RESP 604801/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.03.2005; RESP 530618/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 641222/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.03.2005 e RESP 603984/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. 15. A exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ. 16. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 17. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, parcialmente provido, apenas, para excluir a multa imposta, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC (REsp nº 1085358/PR, 2009, p. 415, grifo nosso).

O dano existencial é sempre visto sob o aspecto das atividades que não podem mais ser realizadas, ou de forma diferente do que era feito outrora.

4. TELETRABALHO

4.1 Conceito de Teletrabalho

O Teletrabalho vem ganhando muito destaque desde o advento da reforma trabalhista, sendo crucial no período pandêmico, não podendo deixar de lado que apesar de ser analisado de várias formas, tal instituto foi determinante e essencial para a continuidade de inúmeros serviços, fazendo com que empregado e empregador se adaptassem a um novo cenário com uma importância crucial para sobrevivência de inúmeras empresas.

O instituto do Teletrabalho pode ser definido e conceituado de várias maneiras, entretanto, necessário se faz a análise minuciosa e etimológica da referida expressão. De forma breve a palavra teletrabalho é constituída formalmente por duas palavras, quais sejam: “tele”, que advém do grego, que significa de longe e também a palavra “trabalho”, que vem do latim “*Tripalium*”, e que significa instrumento de tortura medieval, que inicialmente era utilizado em animais. Há também quem afirme que a expressão Teletrabalho advém da união da palavra Grega “*telou*”, que em seu significado é Longe com a palavra de origem Latina Tripaliare, que nada mais é do que trabalhar.⁵²

De acordo com Luiz Ojima Sakuda:

(...) a definição de teletrabalho não é unívoca: encontra-se na literatura, tanto nacional como internacional, a utilização de diferentes termos para se referir à mesma coisa e de um mesmo termo para aludir a diferentes especificidades.⁵³

Nesta esteira, Erica Adriana Bernardi afirma que:

(...) uso da tecnologia e local de trabalho distante das estruturas da empresa, independente do período em que se realize a atividade, como ponto comum e consensual entre pesquisadores, em razão de inexistir um acordo para uma definição estruturada.⁵⁴

⁵² CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 760.

⁵³ SAKUDA, Luiz Ojima. Teletrabalho: desafios e perspectivas. 163 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) –Programa de Pós-Graduação em Administração, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2001. p.45.

⁵⁴ BERNARDI, Érica Adriana. O Direito a Hora Extra do Teletreballador. Associação Educacional e Assistencial Santa Lúcia, 2014.

Disponível em: http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2015/08/070815_ERICA_teletrabalho.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

Já para Jack Nilles, o qual segundo doutrina foi o primeiro a utilizar a expressão teletrabalho, nada mais é do que a substituição do trajeto de ida e volta ao trabalho dos empregados pelas telecomunicações e/ou informática. De outro ângulo, define que:

(...) a prática como sendo quaisquer formas de conversão de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho.⁵⁵

De forma peculiar também cabe destacar a definição do conceito nas palavras de Pinho Pedreira, que define teletrabalho como:

(...) atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede principal da empresa, de forma telemática. Total ou parcialmente, porque há teletrabalho exercido em parte na sede da empresa e em parte em locais dela distantes.⁵⁶

O Teletrabalho é um trabalho realizado longe dos escritórios, das empresas ou do estabelecimento onde o empregado foi contratado para sua prestação de serviços. Por óbvio há sim o contato entre empregado e empregador corriqueiramente, por meio da utilização de tecnologias, onde empregado e empregador possam estar em constante contato.

Dentro deste cenário também cabe destacar os denominados “*telework e telecommuting*”, por serem expressões muito utilizadas tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, sendo que Cháris Telles da Rocha e Fernanda Spanier Amador, assim complementam:

O primeiro termo enfatiza o deslocamento entre o centro demandante do trabalho e o local onde é realizado, sendo substituído pelo uso de ferramentas telemáticas. O segundo enfoca as atividades realizadas por tais meios tecnológicos. Ambos os termos, porém, dizem respeito a um mesmo universo de organização do trabalho, referindo-se à atual tendência das atividades laborais serem realizadas com uso de meios telemáticos sem necessidade de deslocamento do trabalhador ao local onde os resultados devem ser apresentados. Também se encontra com frequência o termo *home office* – contudo, diz respeito a uma categoria específica dentro do contexto maior do *telework* ou *telecommuting*, que trata da peculiaridade de ser realizado na casa do trabalhador.⁵⁷

⁵⁵ NILLES, Jack. Fazendo do teletrabalho uma realidade. São Paulo: Futura, 1997, p. 28.

⁵⁶ PEDREIRA, Pinho. O Teletrabalho. Vol. 64, nº 05. 64-05/583-587. São Paulo: Revista LTr, 2000, p. 583.

⁵⁷ ROCHA, Cháris T. M.; AMADOR, Fernanda S.; O teletrabalho: conceituação e questões para análise publicado Cad. EBAPE.BR vol.16 no.1 Rio de Janeiro jan./mar. 2018. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 15 jun. 2018. p. 153.

Há diversas outras denominações para este tipo de trabalho, como por exemplo: telecommutação, trabalho à distância, remote working, trabalho remoto, sendo que no país adota-se na legislação vigente o Teletrabalho.

Importante frisar que nos países onde o inglês é a língua oficial, popularmente a expressão denota-se como *home office* ou até mesmo *smart working*. Na Alemanha o termo utilizado é *telearbeit*. Segundo Alice Monteiro de Barros: “nos países de língua portuguesa utiliza-se o termo teletrabalho; nos de idioma francês, télétravail; nos países de idioma espanhol teletrabajo e nos de idioma italiano telelavoro”.⁵⁸

Para João Hilário Valentim, a aplicação do teletrabalho não deve ser entendida como:

(...)

1) Trabalho a domicílio. Embora seja frequentemente desenvolvido na casa do empregado, este não é o único lugar de prestação do trabalho, que também pode ser executado num estabelecimento satélite da empresa (numa filial, por exemplo), longe da sede ou da unidade principal à qual o empregado efetivamente se vincula; 2) Trabalho executado todo o tempo em casa. A atividade não precisa ser desenvolvida contínua e sistematicamente na residência do empregado, podendo ser realizada também na sede da empresa. O trabalhador pode laborar alguns dias da semana em casa e outros na própria empresa; 3) Trabalho a título precário ou “informal”. Ao teletrabalhador deve ser estendida toda a gama de direitos dos trabalhadores comuns, devendo estar integralmente abrangido pela legislação trabalhista; 4) Trabalho típico de informática. O empregado que passa a desenvolver em casa o trabalho, que normalmente executava no escritório, pode fazê-lo com o suporte do computador, como também do telefone, do fax. Ele não precisa ser um programador, um analista de sistemas, um expert em informática. Pode ser um consultor, um gerente, um tradutor ou outro tipo de profissional. Dependendo da natureza da atividade exercida, a informática poderá ter uma importância maior ou menor, mas não constitui o objeto em si do teletrabalho; 5) Não há ausência do poder de comando, de direção. O empregado está interligado com a empresa, com seu patrão, com seus colegas de ofício, com a divisão do trabalho, com o processo produtivo, com o modelo de organização, etc. Nesta interligação, o trabalhador geralmente executa o seu ofício com liberdade, porém dentro de certos parâmetros. Há regras, ordens, determinados protocolos, que devem ser seguidos para o bom desenvolvimento de seu trabalho, em especial naquilo que esteja relacionado ao trabalho executado por outros profissionais. Entretanto, o empregador controla menos o processo e mais o resultado do trabalho do empregado.⁵⁹

Já no livro Verde, da Sociedade da Informação, há a menção de que o teletrabalho está em um novo paradigma, onde o trabalho vai de encontro ao trabalhador, melhor dizendo, não

⁵⁸ BARROS, Aline Monteiro de. 2011. Curso de Direito do Trabalho. 7. s.l. : LTR, 2011. p. 257.

⁵⁹ VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano X, nº 19, Brasília, 2000. pp. 58-62.

há mais a necessidade do trabalhador ir ao seu posto de trabalho, com o fenômeno da descentralização física.

Sobre o tema, Tadeo Takahashi afirma que:

O Livro Verde estabelece que a economia virtual demanda organizações atuando em rede e o teletrabalho vai ao encontro do desenvolvimento destas organizações produtivas. O teletrabalho constitui uma nova abordagem de trabalho por parte dos trabalhadores, no sentido destes estabelecerem diferentes e novos tipos de vínculos de relações de trabalho com os empregadores.⁶⁰

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), devido ao grande aumento do teletrabalho, veio conceituar sobre o tema, deixando claro que pode ser qualquer tipo de labor realizado em localização, longe do estabelecimento, em que o próprio trabalhador não tem contato pessoal com seus superiores hierárquicos e também com seus colegas, se comunicando por meio das novas tecnologias.⁶¹

No mesmo sentido, Guilherme Caputo Bastos afirma que:

Segue também o entendimento da OIT ao definir que o teletrabalho é a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação.⁶²

No ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Reforma Trabalhista, é possível afirmar que o conceito de Teletrabalho está definido na própria Consolidação das Leis do Trabalho, seguindo o conceito que se considera teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

O professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia, no que diz respeito ao artigo supra mencionado, entende que a melhor definição para o instituto Teletrabalho é:

⁶⁰ TAKAHASHI, Tadao. Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde. Ministério da Ciência e da Tecnologia, Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em 27 fev 2022.

⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 26-29.

⁶² BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. TELETRABALHO (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. Brasília, 2013, Disponível em: . Acesso em: 15 fev 2022.

Uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônica e de informática, principalmente o computador e a internet.⁶³

O Teletrabalho veio para atender os anseios de empregadores e também de empregados, suprimindo a necessidade de estar presente todos os dias no ambiente de trabalho.

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães afirma que:

O encurtamento dos espaços globais, ocasionado pela ampla conexão das redes, tornou possível a ausência de fixação num único território (rua, bairro, município, estado, país) do humano. Empresas e trabalhadores com um simples endereço de e-mail ou blog necessitam apenas de uma boa conexão para realização de grande parte dos trabalhos. Até mesmo a telemedicina e a advocacia já se atrevem a atuar através de plataformas para o atendimento de seus pacientes e clientes.⁶⁴

Sérgio Fernandes Junior entende que isso responde aos novos paradigmas do mundo digital, quando afirma:

Por isso mesmo é que essa modalidade de labor não se confunde com trabalho externo, visto que este, por sua própria natureza, não pode ser realizado nas dependências da empresa, enquanto no teletrabalho a prestação de serviços pode ser realizada na empresa, mas por opção de empregado e empregador, passa a ser realizado à distância.⁶⁵

Desta forma, o teletrabalho, atualmente pode ser considerado como uma das maiores transformações no mundo laboral, eis que se encontra aliado tanto a tecnologia quanto ao processo de globalização.

Ainda que existam diversos posicionamentos de diferentes doutrinadores, resta claro que o aspecto em comum entre todos é o fato do trabalho ocorrer de forma descentralizada.

⁶³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 249.

⁶⁴ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Nômades digitais: um futuro presente e um desafio para o Direito do Trabalho. Disponível em <https://noticiasdoes.com.br/noticia/9134/nomades-digitais-um-futuro-presente-e-um-desafio-para-o-direito-do-trabalho>. Acesso em 25/07/2022

⁶⁵ JUNIOR, Sergio Fernandes. A Regulamentação do Teletrabalho (Home Office) pela Reforma Trabalhista. Disponível em: <https://www.sescapldr.com.br/imprensa/novidades/9-8-2017/a-regulamentacao-do-teletrabalho--home-office--pela-reforma-trabalhista> Acesso em 16.02.2022.

4.1.1 Dos elementos caracterizadores do teletrabalho

Pelas próprias características, vale destacar que o instituto do Teletrabalho engloba inúmeras realidades de trabalho, com diversas modalidades.

Para Kate Lister e Tom Harnish:

Teletrabalho (ou telecommute work/remote work) se refere ao trabalho que é feito em casa (ou em alguns casos, em outro local), mas não é auto-emprego (autônomo), ou seja, empregados que se telecomunicam e colaboram por meio de diferentes ferramentas tecnológicas.⁶⁶

Como se nota, o elemento indispensável para caracterização do Teletrabalho é o fato do empregado não manter o contato direto (físico) com o local de contratação, podendo desenvolver as atividades para qual foi contratado à distância.

Para Denise Fincato, Cintia Guimarães e Maurício Matte:

O teletrabalho não apenas se resume na alteração do local ou meio escolhido para o desenvolvimento da atividade laboral, mas também, na utilização da tecnologia e na percepção do trabalhador quando se depara com uma nova proposta de execução de trabalho, mais livre e flexível, porém individual, eis que ausente o vínculo físico com a empresa empregadora.⁶⁷

Nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme já frisado outrora, o artigo 75-B dispõe que para que seja caracterizado o teletrabalho há a necessidade do preenchimento de três requisitos cumulativos quais sejam: a) atividade seja realizada fora das dependências do empregador durante mais da metade do tempo; b) utilização de meios telemáticos e; c) a não configuração de trabalho externo, uma vez que, o artigo determina que “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, não se constituam como trabalho externo”.

No meio desta novidade tecnológica, impulsionando novas formas de trabalho, Manuel Martín Pino Estrada aduz que:

⁶⁶ LISTER, Kate; HARNISH, Tom. The State of Telework in the U.S. - How Individuals, Business, and Government Benefit, 2011.

⁶⁷ FINCATO, Denise; GUIMARÃES, Cíntia; MATTE, Maurício (Orgs.). Direito e Tecnologia – Reflexões Sociojurídicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 87-96.

Surge o teletrabalho, caracterizando-se, fundamentalmente, pela descentralização física, enquanto realizado, integralmente ou em parte, fora do local típico de trabalho; e por pertencer a um contexto de trabalho fragmentado e de informação descentralizada em razão da utilização das novas tecnologias telemáticas e informacionais como ferramenta de trabalho e comunicação/interação com a empresa.⁶⁸

Percebe-se que a questão tecnológica é característica principal do teletrabalho, eis que para que este tipo de trabalho ser realizado, há a necessidade de que seja feito com ferramentas próprias, como por exemplo computadores, ou aparelhos que sejam do rol de tecnologia da informação e comunicação.

Para Scheila Stolz e Carlos Alexandre Marques, o Teletrabalho conta com outras três características que apontam para distinção total em relação as outras modalidades, senão vejamos:

Sobre o elemento localização, acrescenta-se, ademais, que além da residência do trabalhador, o teletrabalho pode ocorrer em locais diversos da matriz ou filial, como também: nos centros satélites; nos telecentros; nos telecottages; e de forma móvel, eis que ausente local definido e determinado. Referente ao elemento organizativo, tem-se que o empregador ou o tomador de serviços deve estar organizado em sua estrutura de recursos humanos para o teletrabalho. Já o elemento tecnológico, significa o desenvolvimento das tarefas do trabalhador mediante o emprego e utilização das tecnologias de informação e de comunicação.⁶⁹

E ainda:

(...) o teletrabalho, do empregado, para com o trabalhador autônomo, a essas três características pode-se acrescentar, como elemento accidental da relação de emprego, a subordinação do teletrabalhador ao seu empregador, que exerce sobre aquele o poder diretivo”.⁷⁰

Para Christian Marcello Mañas:

(...) as fundamentais características desta modalidade, consubstanciam-se na distância corpórea existente entre o trabalhador e a empresa, bem como na utilização das tecnologias da informação, que possibilitam a comunicação e troca de informações entre os sujeitos da relação, dispensando o contato pessoal.⁷¹

⁶⁸ ESTRADA, Manuel Martín Pino. *Análise Juslaboral do Teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008. p. 34.

⁶⁹ STOLZ, Scheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p.85.

⁷⁰ STOLZ, Scheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p.85.

⁷¹ MAÑAS, Christian Marcello. A externalização da atividade produtiva: o impacto do teletrabalho na nova ordem socioeconômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre*, v. 39, n., p.125-139, 2003. p. 172.

De outro lado, Cinara Rosenfield e Daniela Alves, analisam de forma fundamental que: “o teletrabalho caracteriza-se, portanto, como trabalho atípico e flexível, podendo ou não ser precário”.⁷²

Por sua vez, Cassio Mesquita Barros Jr. afirma que: “(...) há de se apreender tal realidade e todas as suas peculiaridades, com espírito aberto de inovação, independência e consciência de que o mundo é outro e o futuro é hoje.”⁷³

Assim, verifica-se que o teletrabalho é cercado por características especiais e peculiares.

4.2 Regulamentação no Brasil e outros países

Manuel Martin Pino Estrada, Diretor Acadêmico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades – SOBRATT, informa que alguns países já contam com leis específicas sobre o assunto, como o Chile (Lei n.19.759/2002) e a Colômbia (Lei n. 1221/2008) e outros estão em via de regulamentar a matéria.⁷⁴

Apenas para demonstrar, existem países que já o definiram juridicamente, ou seja, já regulamentaram por lei o teletrabalho, como, por exemplo, a Itália⁷⁵, Portugal⁷⁶ e Argentina⁷⁷, não podendo deixar de mencionar principalmente o Acordo Europeu sobre o Teletrabalho, que, conforme diz a própria nomenclatura, se trata de um acordo feito entre países que integram o Conselho Europeu, estabelecendo regras e parâmetros, acerca da regulamentação interna deste tema. Este acordo, feito pelo Conselho Europeu vem sendo amplamente

⁷² ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 01, n. 54, p. 207-231 2011, p. 217.

⁷³ BARROS JR, Cassio Mesquita. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: RT, 2001, p.31.

⁷⁴ ESTRADA, Manuel Martin Pino. Apud BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://blogdoteletrabalho.wordpress.com/2013/10/27o-teletrabalho-surge-em-resposta-aos-novos-paradigmas-da-sociedade-da-informacao/>>. Acesso em 12 fevereiro de 2022.

⁷⁵ Itália Lei n.191/1998 permite que o teletrabalho seja aplicado na Administração Pública. Disponível em <http://www.telalavoro.rassegna.it/LEGGE/1191.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

⁷⁶ O Código de Trabalho Português regulamenta o teletrabalho entre os artigos 165 a 171. Disponível em http://www.cite.gov.pt/pt/legis/Codtrab_indice.html. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

⁷⁷ A Argentina criou o projeto de Lei 829/2006, com base nas convenções da OIT sobre garantias e privacidade e segurança no trabalho. Disponível em <http://www.rmg.com.py>. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

utilizado por muitos países europeus, bem como entidades de representação econômica, para estabelecer as relações entre empregadores e empregados que utilizam o teletrabalho.

4.3 Supressão de Direitos pós reforma trabalhista

Neste capítulo será abordado como o teletrabalho sofreu piora em sua regulamentação com o advento da reforma trabalhista e todas as alterações por ela trazidas.

4.4 Ausência de Controle de Jornada

Historicamente sabe-se que com a revolução industrial e as péssimas condições de trabalho impostas à época, com consequentes manifestações fez com que o estado outrora liberal passasse a intervir nas relações de trabalho, a fim de garantir o mínimo de condição para os trabalhadores.

Nesta toada, fato é que a própria jornada de trabalho passa a ser limitada, sendo uma conquista comemorada pela classe dos trabalhadores. Vejamos que a própria OIT⁷⁸ (Organização Internacional do Trabalho), já em sua 1ª Convenção de 1919, tratou justamente da duração de trabalho, estabelecendo a adoção do princípio de oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais. Por sua vez, a convenção nº 40, em 1935 passou a recomendar a jornada de quarenta horas semanais. No Brasil, com o desenvolvimento organizacional mais tardio, os anseios e reivindicações à restrição da duração do trabalho, no entanto, só encontrou amparo legal no texto da Constituição de 1934, quando previu entre outros direitos, a duração do trabalho de oito horas diárias.

Vale destacar os ensinamentos de Luciano Martinez que distingue jornada, duração e horário de trabalho da seguinte forma:

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da organização internacional do trabalho, de 20 de abril de 1948. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_336957/lang-pt/index.htm. Acesso em: 15 mai.2021.

I) Duração do trabalho - é o tempo de labor legalmente outorgado ou contratualmente oferecido a um empregado. Exemplo: a duração legal do trabalho dos bancários é de seis horas diárias e trinta horas semanais. II) Jornada de trabalho - é o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador durante um dia. Por isso, é uma redundância falar em jornada diária; constitui, por outro lado, uma incoerência falar em jornada semanal ou mensal, por que jornada somente diz respeito ao dia, e nunca à semana ou ao mês. III) Horário de trabalho - é a duração do trabalho com seus limites bem especificados, inclusive com a fixação dos intervalos. Exemplo: um específico bancário trabalha das 10h às 16h15min, com quinze minutos de intervalo, gozados entre as 12h e as 12h15min. (MARTINEZ, 2018. p. 396)

Verifica-se pela leitura do artigo 6º, § único da CLT que ao retratar a igualdade do controle telemático e informatizado à supervisão direta do empregador fica claro a discussão que tal dispositivo mostrou a respeito de sua correta interpretação, senão vejamos:

Art. 6º – Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011) 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. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011).

Denise Pires Fincato aduz que a modificação da lei era insuficiente, eis que não traria a desejada segurança jurídica, eis que nada se tratava diretamente sobre normatização do teletrabalho, quando afirma:

A experiência brasileira com o artigo 6º da CLT beira o instituto das normas abertas, em que leis genéricas e permeáveis são lançadas para preenchimento conforme o caso concreto, o momento político-econômico-jurídico, o que, por ausência total de cultura social para sua compreensão, poderia dar espaço ao descumprimento genérico e a um ativismo jurídico exacerbado.⁷⁹

No que diz respeito a inversão da ordem estabelecida pelo aludido artigo da própria CLT, se meramente de forma gramatical pode se encaminhar para uma ideia de que o trabalhador quando está elencado no teletrabalho, desde que sem vínculo empregatício, não fará parte do capítulo que traz horas extras, não fazendo jus as horas extras, adicional noturno

⁷⁹ FINCATO, Denise Pires. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. RJLB, Ano 2 (2016), nº 2. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf>. Acesso em Ago. 2021. p.380.

e tampouco adicional noturno e intervalos sejam intra e interjornadas, ainda que haja o controle do empregador.

No caso do teletrabalho, eis que há uma grande peculiaridade no que diz respeito sobre a forma a qual o trabalho será feito, bem como de como será a forma de subordinação que será exercida pelo empregador, há uma equivalência nas categorias, conforme afirma Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Como explicita o parágrafo único, do art. 6º da CLT, a subordinação pode ser decorrente de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, os quais são equiparados aos tradicionais meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão de trabalho alheio, realizado por meio de recursos da telefonia e da informática, em especial com a utilização da internet.⁸⁰

Denota-se que o próprio artigo 4º da CLT conceitua como tempo de serviço “período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordem”.

Veja-se que a regra que foi estabelecida pelo art. 7º, inciso XIII, da CF/88, bem como pelos arts. 58 e 59 da CLT, é a de que a jornada de trabalho preleciona que não há como ultrapassar o período de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

Neste sentido, Pozelli Fernandes afirma:

Apesar de não existir norma específica, aplicável ao teletrabalhador, há entendimento de que o trabalho diário deve ser fixado em oito horas, consoante previsto no artigo 58 da CLT. Isto porque, se as atividades do trabalhador depender predominantemente de aparelhos estiverem em função da empresa, ocorrerá a expansão do local de trabalho.⁸¹

Com a própria mudança da legislação a categoria do teletrabalho foi redirecionada para o artigo 62, da CLT. Sobre o assunto, Sérgio Pinto Martins:

O teletrabalhador, por desenvolver trabalho à distância, realiza trabalho externo, sendo-lhe aplicável o inciso I, do art. 62, da CLT, que exclui a aplicação das normas relativas à duração do trabalho. Sendo aplicado o referido artigo, o teletrabalhador não fará jus ao pagamento de horas extras, face a ausência de controle de horário. Caberá ao teletrabalhador comprovar que havia controle de horário, quer por meio do controle da produção diária, incompatível com a jornada de oito horas, quer por meio do controle de

⁸⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 252.

⁸¹ HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho. São Paulo: LTr, 2011, p.70

número de toques no teclado, ou ainda, pelo controle do início e término da entrada de dados.⁸²

Como se verifica existe uma maior liberdade de horário de trabalho. Sobre o assunto, doutrinador Mauricio Godinho Delgado aduz que:

(...) podem surgir dificuldades quanto à comprovação de direito a horas extras, bem como discussões quanto à incidência da exceção prevista no art. 62, inciso I, da CLT, relativo à atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.⁸³

E ainda:

Presente o vínculo de emprego, a forma diferenciada de exercício de labor, verificada no regime do teletrabalho, não afasta a incidência dos demais direitos trabalhistas assegurados ao empregado”.²¹⁸ Pois, como explica Alice Monteiro de Barros, “estando o empregado em conexão permanente com a empresa, com controle do tempo de labor e da atividade a ser desempenhada, as regras referentes a jornada de trabalho passam a incidir normalmente”.⁸⁴

A reforma trabalhista trouxe mais novidades, com a regulamentação própria, mais precisamente no artigo 75-B, na CLT, onde há a definição do teletrabalho, definindo como a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que por sua natureza não se confundem como trabalho externo. Ponto também importante é a exclusão deste tipo de trabalho no controle de jornada, quando o legislador no inciso III, do artigo 62, exclui o empregado do controle de jornada, ou seja, para este profissional em suma não haverá adicionais de hora extra, a hora noturna, ao sobreaviso, a prontidão, ao intervalo intrajornada, e demais direitos regulados nesse capítulo.

Na mesma esteira de raciocínio, Daniela R. Vilela e Wemerson F. da Silva afirmam:

A Constituição Federal de 1988, traz previsão em seus referidos textos legais, acerca da limitação das horas de trabalho do obreiro, quando trata de garantia social fundamental de vida digna dentro e fora do trabalho, pois a jornada de trabalho fixa parâmetros no mesmo sentido que o lapso temporal

⁸² MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 354.

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013. pp. 904-905.

⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013. pp. 253.

do trabalho e, por obvio, o horário do tempo de não trabalho sendo todo aquele, não contido na própria jornada em si.”⁸⁵

Já Alice Monteiro de Barros, no que diz respeito a duração de trabalho afirma:

Têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Acrescenta que além desse fundamento de ordem fisiológica, as normas sobre duração do trabalho possuem, ainda, um outro de ordem econômica, discorrendo sobre a relação entre o empregado descansado e a qualidade de seu rendimento no serviço.⁸⁶

A mesma autora aponta o fundamento de ordem social, qual seja a necessidade de o empregado desfrutar do convívio familiar e de seus compromissos sociais.

Por fim, Bruno Hazam e Luciana Poli também ensinam:

A livre manifestação de vontade existente nas relações, muito embora, permanece como elemento de conceito essencial. Contudo, a funcionalização social assume um papel promocional, onde o interesse particular não se opõe, necessariamente, ao interesse social, essa dicotomia não mais subsiste. Indivíduo e sociedade não são opostos, o indivíduo encontra-se inserido no contexto social e dele não se desvincula.⁸⁷

Assim, conclui-se que a jornada de trabalho apesar de uma determinada previsão constitucional não segue a mesma sorte no teletrabalho.

4.4.1 Da ausência do controle e fiscalização de jornada

Inicialmente, importante esclarecer que com o advento da reforma trabalhista, pela lei 13.467/2017, ocorreram diversas alterações bruscas nos contratos de trabalho, conforme será objeto de análise nesta tese.

⁸⁵ VILELA, Daniela R. M.; SILVA, Wemerson F. Da. O Teletrabalho na perspectiva da lei 13.467/2017: a tecnologia a serviço da precarização do trabalho. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito - As Transformações do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho pelas Tecnologias-CONPEDI MG, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/4s56827c/HqQ91HN00zl7Bb4I.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2022.

⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 1. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2005. pp. 621-622

⁸⁷ HAZAN, Bruno F.; POLI, Luciana C. A proteção do meio ambiente como dever de solidariedade correlato à função social dos contratos. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 8, n. 2. 2018 Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/1926> . Acesso em: 12 fev 2022.

Fazendo uma análise neste capítulo, nota-se que não há a forma de como a jornada será efetivamente fiscalizada, bem como será fiscalizada pelo empregador. Neste aspecto, Raphael Miziara aduz que:

Demonstrou-se, após a análise do texto legal, os elementos que caracterizam o regime de teletrabalho, quais sejam, a) prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; b) utilização de tecnologias de informação e de comunicação; c) exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.⁸⁸

Verifica-se que o comparecimento do empregado na empresa para realização de atividades que se considerem essenciais para tal ato, não fará com que a figura do teletrabalho seja desconfigurada, permanecendo sem alteração a subordinação jurídica, que por si só não se mostra essencial controle de jornada de trabalho.

O que mais se nota neste tema da reforma trabalhista é o tema da jornada de trabalho. Verificou-se que os trabalhadores que estão neste regime de início tiveram maior rendimento em seus postos, entretanto, com passar do tempo as cargas de trabalho e demandas aumentaram de tal modo que o teletrabalhador passou a exercer jornadas de trabalho excessivas e pior, sem receber para tal.

Desta forma o que se verificou foi a grande problemática instaurada entre empregado e empregador, eis que em tese o controle da jornada ultrapassa os limites entre muros do empregador.

Manuel Castells, no que diz respeito ao tempo de trabalho, afirma que:

(...) que a distribuição acompanha a organização econômica, o estado da tecnologia, a intensidade das lutas sociais e os resultados de contratos sociais e reformas institucionais. Outrossim, indica que a jornada de trabalho remunerado estrutura o tempo social, na medida em que o próprio trabalho em si encontra-se no centro da vida das pessoas, de modo que a quantidade de horas que passam trabalhando implica em questões vitais como sofrimento, felicidade e até mesmo saúde.⁸⁹

⁸⁸ MIZIARA, Raphael. O Novo Regime Jurídico do Teletrabalho no Brasil. Publicado na Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 7, n. 62, p. 36-45, set./out. 2017. Disponível em: Acesso em: 15 fevereiro de 2022. P.36.

⁸⁹ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. volume. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 466

Ato contínuo, Mauricio Godinho Delgado afirma que:

Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual, ou seja, é a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta, sendo as horas extraordinárias objeto de remuneração adicional, conforme previsão legal.⁹⁰

Assim, não se pode ignorar o fato de que a falta de fiscalização por si só prejudica e muito o trabalhador, visto que este fica a margem do empregador que lhe triplica as tarefas, sem que o remunere para isto e também causando danos irreparáveis a própria vida e ao projeto de vida dos empregados.

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013. p. 936

5. DO DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO

5.1 Dano Existencial no Teletrabalho

Conforme já amplamente exposto, a internet e a tecnologia são parte do cotidiano de todo ser humano. Tal situação permitiu que o trabalhador pudesse efetuar seu labor fora das dependências de seu empregador, situação esta que aumentou gradativamente em razão da pandemia que assolou o mundo.

Fato é que uma das maiores problemáticas que envolve o teletrabalho seria a própria intimidade e vida privada do trabalhador, pelo simples fato de que no mesmo ambiente se conectam tanto a vida pessoal quanto a vida profissional deste.

Assim, leva-se em conta que o espaço outrora reservado para intimidade, descanso e até mesmo lazer do próprio trabalhador foi tomado também pelas atividades profissionais, trazendo inúmeras dificuldades para que o profissional consiga separar o lazer do trabalho, não havendo muito parâmetro para diferenciar o ambiente particular do novo ambiente de trabalho. Dessa forma começa a surgir danos para vida deste trabalhador, eis que esta dificuldade começa a prejudicar e muito sua vida privada.

Note-se que a Carta Maior de 1988⁹¹ consagra de forma expressa o chamado direito à privacidade (vida privada) e à intimidade como decorrência da própria dignidade da pessoa humana, trazendo as verdadeiras preocupações que um Estado Democrático de Direito deva ter com as pessoas, assegurando inclusive indenizações em razão de danos materiais ou morais que qualquer um possa vir a sofrer, caso esses direitos denominados fundamentais fossem violados.

Ainda nesta toada, o Artigo 21, do Código Civil⁹² também traz a baila que a vida privada da pessoa natural é inviolável, cabendo, portanto, ao magistrado adotar todas as providências que entender como necessárias para impedir ou cessar ato contrário a tal direito; e também a própria CLT⁹³, que com a reforma trabalhista tratou deste tipo de dano como um bem juridicamente tutelado e inerente às pessoas físicas.

⁹¹ Art. 5º (...) X - 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

⁹² Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁹³ Art. 223-C. 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.

Percebe-se que há grande preocupação do próprio legislador em resguardar os direitos fundamentais e básicos que são necessários a todas as pessoas. O Teletrabalho já vinha ganhando espaço no mercado de trabalho brasileiro, entretanto, com a pandemia do Coronavírus, houve uma expansão de forma rápida demais, colocando as pessoas em modo de teletrabalho praticamente do dia para noite, sem uma transição e um treinamento adequado, fazendo com que muitos direitos destes trabalhadores como por exemplo descanso e lazer sejam suprimidos ou até mesmo relativizados em detrimento do trabalho.

Sob esta situação, com a enorme tecnologia que assolou o mundo de trabalho, pode se afirmar que esta foi responsável por diminuir a qualidade de vida dos trabalhadores. Sobre tal tema Vivian Maria Caxambu Graminho destaca que:

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Eurofound, em fevereiro de 2017, elaboraram um relatório, o qual concluiu que a utilização das novas tecnologias de informação e comunicação no âmbito laboral vem ocasionando diversas desvantagens ao trabalhador, como a interferência do trabalho na sua vida pessoal e familiar, além da possibilidade de ocasionar estresse e síndrome de burnout, tendo em vista o ritmo de trabalho acelerado.⁹⁴

Ainda sobre tal contexto, Byung-Chun Han acrescenta que:

(...) a sociedade disciplinar, marcada pela negatividade da proibição, que gerava loucos e delinquentes, deu lugar a uma sociedade de desempenho, que estampa os valores de produtividade, iniciativa e motivação. Por conseguinte, o paradigma da disciplina é substituído pelo paradigma do desempenho ou pelo esquema positivo de poder, produzindo depressivos e fracassados, adoecidos psicologicamente.⁹⁵

Fato é que uma ausência de jornada para estes teletrabalhadores vem causando danos até mesmo acerca dos projetos de vida destes, sendo inclusive um fator de risco a saúde dos trabalhadores, eis que sua carga se torna ainda maior quando após o expediente legal responde e-mails, se comunica por meio de aplicativos no celular ou por outras plataformas criadas para tal situação.

O trabalhador nesta modalidade sofre de forma violenta tendo seus próprios objetivos de vida e projetos extremamente danificados, sofrendo o denominado dano existencial.

⁹⁴ GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. As novas tecnologias de informação e comunicação e o direito de desconexão do trabalhador: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado apresentada para a Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2019.p.14.

⁹⁵ HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.15.

Uma pesquisa da Harvard Business School⁹⁶ demonstrou que a carga horária dos empregados aumentou, apontando também uma ampliação no número de e-mails trocados e também de reuniões.

Analisando de forma imparcial, verifica-se que há um crescimento absurdo na exploração dos empregados nesta modalidade, impulsionadas pelas novas tecnologias e pelas novas ferramentas à disposição do trabalhador, a qual Ricardo Antunes denomina como “Escravidão Digital”, afirmando ainda que:

(...) quando a vida humana se resume exclusivamente ao trabalho – como muitas vezes ocorre no mundo capitalista e em sua sociedade do trabalho abstrato –, ela se converte em um mundo penoso, alienante, aprisionado e unilateralizado. (...) se por um lado necessitamos do trabalho humano e de seu potencial emancipador e transformador, por outro devemos recusar o trabalho que explora, aliena e infelicitiza o ser social.⁹⁷

Ainda sobre tal assunto Vólia Bomfim Cassaraduz que:

(...) a limitação do tempo de trabalho tem por fundamento os aspectos biológicos, sociais e econômicos, que se traduzem na saúde física e mental do trabalhador, para desfrutar de períodos de lazer com família e amigos.⁹⁸

Obviamente a partir do momento em que o teletrabalhador passa a ter uma jornada de trabalho e uma carga de trabalho extenuante os direitos básicos começam a ser prejudicados, como a dignidade humana, saúde, integridade, além de perder o direito de dispor de momentos privativos e prazerosos com sua família em decorrência do labor excessivo.

No que diz respeito a própria família do teletrabalhador em regime remoto, pode ser afirmar que todos que ali residem tiveram que se adaptar a mudanças em razão do escopo do trabalho, eis que há a necessidade de não incomodar o trabalhador, ainda que ele esteja em casa, ou seja, com toda certeza este tipo de trabalho além de fazer com que o trabalhador permaneça por mais tempo em labor, certamente prejudica todos os moradores da residência, pois ficam limitados ao usufruto do ambiente familiar.

⁹⁶ SENA, Victor. Como criar limites e deixar de trabalhar tanto tempo a mais no home office. Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/carreira/como-criar-limites-e-deixar-de-trabalhar-tanto-tempo-a-mais-no-home-office/amp/>. Acesso em: 19 julho. 2022.

⁹⁷ ANTUNES, Ricardo. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 35.

⁹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 613.

Jack Nilles entende que o teletrabalhador não é o único que precisa se adaptar a este estilo de trabalho, quando afirma:

Geralmente a parte mais difícil é conseguir que o resto da família entenda que quando você está trabalhando, está realmente trabalhando, e não deve ser perturbado mais do que seria no escritório principal. Não está disponível para ir ao supermercado fazer compras, para perguntas aleatórias, nem para interrupções do cônjuge ou filhos.⁹⁹

Vale realçar que as residências em sua grande maioria não foram feitas para ter um escritório ou local de trabalho, visto que se tornou comum a disputa por espaços dentro da casa, eis que é flagrante a falta de estrutura para tal situação. Existem poucos locais domésticos adaptados para o trabalho remoto e além disso, poucos equipamentos para realização de tal situação, caso haja mais de um morador que realize tal tipo de trabalho.

Fora o fato de que o teletrabalho realizado de forma demasiada pode e geralmente leva um conflito entre trabalhador e sua família, eis que começa a ter dificuldades de dissociação entre tarefas domésticas e tarefas laborais. Isso fica mais claro e evidente quando há crianças dentro da residência, que ainda não conseguem entender a necessidade dos pais em trabalhar não estando disponíveis para elas.

Nesta toada, uma pesquisa realizada por Alexandre Moço Barros e José Roberto Gomes da Silva demonstrou que:

Mesmo os que possuem um cômodo prioritariamente usado como escritório, precisam, às vezes, compartilhá-lo com outros familiares ou não conseguem mantê-lo isolado da agitação da casa. Para os que não têm esse tipo de espaço reservado, a dificuldade de criar limites parece ser ainda maior: “Uma coisa que realmente não tem como resolver é a questão de eu trabalhar no meio da minha sala e eu ter os meus filhos, principalmente, no período da manhã [...], estar ao telefone conversando [...] com o meu supervisor, com clientes [...] e, poxa, é cachorro latindo, é filho berrando, querendo conversar.”¹⁰⁰

Outro entrevistado afirmou que:

Um dia, [...] nós tivemos um problema sério de distribuição no Brasil. Cara, eu acordei às sete horas da manhã, liguei o celular e o celular começou a

⁹⁹ NILLES, Jack. M. Fazendo do teletrabalho uma realidade. São Paulo: Futura, 1997, p.196.

¹⁰⁰ . BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na shell brasil. estudo de caso na Shell Brasil. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512010000100006. Acesso em: 16 jul. 2022.

tocar. Eu parei de falar no celular às duas horas da tarde. Eu estava de pijama e não tinha tomado o meu café da manhã [...]. Você imagina a satisfação da minha família de estar acompanhando esse processo comigo.¹⁰¹

Com o surgimento da pandemia em razão do novo Coronavírus estas percepções tornaram-se mais reais, vez que houve a necessidade de isolamento social entre as pessoas, entretanto, com o trabalho remoto de forma ativa, onde os trabalhadores exerciam suas funções diretamente de suas residências, ou seja, houveram acúmulo de tarefas domésticas com tarefas profissionais.

Com essa denominada invasão da vida privada dos trabalhadores, obviamente houveram severas consequências, visto que o tempo de trabalho aumentou, deixando o físico e mental do trabalhador seriamente afetado, além do desgaste da relação familiar, tudo isto causado em razão da entrada das atividades profissionais na vida privada e residência privada do empregado.

Há anos houve um estudo publicado por Frone, Russel e Cooper, mais precisamente no ano de 1997, quando foi concluído que:

(...) verificou-se o impacto da família no trabalho, bem como as consequências que o trabalho traz para a família, revelando que ambos possuem impactos negativos na saúde dos profissionais. Os resultados demonstraram que os conflitos família-trabalho guardam relação com o aumento nos níveis de depressão, prejuízos para a saúde mental e com a incidência de hipertensão, enquanto os conflitos trabalho-família se relacionam com o aumento do consumo abusivo de bebidas alcóolicas.¹⁰²

Quando se opta pelo teletrabalho há de se entender que se não houver dosagem do tempo, inevitavelmente haverá prejuízos de saúde, sem contar o conflito na vida privada das pessoas que ali residem.

Dessa forma, há também de se enterrar o conceito de que o teletrabalho seria melhor em razão do fato que o teletrabalhador tenha mais contato com seu lar e sua família, pois na

¹⁰¹ . BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na shell brasil. estudo de caso na Shell Brasil. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512010000100006, Acesso em 17 jul. 2022.

¹⁰² FRONE, Michael R.; RUSSELL, Marcia; COOPER, M. Lynne. Relation of work-family conflict to health outcomes: A four-year longitudinal study of employed parents. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 1994, p. 325-335.

prática, apesar de isso ocorrer, o que se vê é aumento apenas nas cargas de trabalho, com pouco tempo de descanso e inevitáveis prejuízos na vida do empregado.

Entendendo que haviam excessos no teletrabalho, que aumentaram na pandemia do novo Coronavírus, o próprio Ministério Público do Trabalho¹⁰³, divulgou uma nota técnica com algumas recomendações para o teletrabalho, em setembro de 2020, conforme se denota abaixo:

Diante dos fundamentos expostos, o GRUPO DE TRABALHO – GT COVID-19 e o GRUPO DE TRABALHO GT NANOTECNOLOGIA, a fim de garantir a proteção de trabalhadoras e trabalhadores no trabalho remoto ou home office, instam as empresas, sindicatos e órgãos da administração pública, observadas, quanto a estes, a legislação específica e as determinações dos órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas, a adotarem as seguintes medidas e diretrizes:

1 RESPEITAR a ética digital no relacionamento com os trabalhadores e trabalhadoras, preservando seu espaço de autonomia para realização de escolhas quanto à sua intimidade, privacidade e segurança pessoal e familiar, bem como em relação à obtenção, armazenamento e compartilhamento de dados fornecidos pelos empregados e empregadas, sem prejuízo, neste último caso, das exigências legais aplicáveis (artigos 216, III, 221, IV, da CRFB);

2. REGULAR a prestação de serviços em regime de teletrabalho, mesmo no período de medidas de contenção da pandemia da COVID-19, por meio de contrato de trabalho aditivo por escrito, tratando de forma específica sobre a duração do contrato, a responsabilidade e a infraestrutura para o trabalho remoto, bem como o reembolso de despesas relacionadas ao trabalho realizadas pelo empregado, nos termos da legislação trabalhista, da legislação aplicável à administração pública e das limitações, procedimentos e determinações dos Órgãos de Controle, observando que:

2.1. O teletrabalho deve ser exercido em condições de qualidade de vida e de saúde do trabalhador, abrangendo não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho;

2.2. O teletrabalho exige necessariamente adaptação e treinamento (principal e complementar necessário), incluindo treinamento mínimo para o teletrabalho para fins de qualificação e motivação das pessoas, de forma a que sejam atingidos níveis adequados de segurança e higiene; 2.3. O teletrabalho exige comunicação e cooperação em toda a rede na qual se insere, seja no âmbito das equipes, dos grupos de trabalho, das chefias e de todos os demais níveis, inclusive o direito do trabalhador ser informado periodicamente sobre o resultado do seu trabalho, atividades a desempenhar, e outras questões objetivas;

¹⁰³ CAVALLINI, Marta. MPT estabelece 17 recomendações para trabalho em home office; advogado diz que normas não têm força de lei. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/10/05/mpt-estabelece-17-recomendacoes-para-trabalho-em-home-office-advogado-diz-que-normas-nao-tem-forca-de-lei.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2022.

3. OBSERVAR os parâmetros da ergonomia, seja quanto às condições físicas ou cognitivas de trabalho (por exemplo, mobiliário e equipamentos de trabalho, postura física, conexão à rede, design das plataformas de trabalho online), quanto à organização do trabalho (o conteúdo das tarefas, as exigências de tempo, ritmo da atividade), e quanto às relações interpessoais no ambiente de trabalho (formatação das reuniões, transmissão das tarefas a ser executadas, feedback dos trabalhos executados), oferecendo ou reembolsando os bens necessários ao atendimento dos referidos parâmetros, nos termos da lei, bem como limitações, procedimentos e determinações dos Órgãos de Controle, tais como Tribunais de Contas no caso da Administração Pública. 4. GARANTIR ao trabalhador em teletrabalho e em especial no telemarketing, a aplicação da NR 17, anexo II, prevendo-se períodos e procedimentos adequados de capacitação e adaptação, para introdução de novos métodos ou dispositivos tecnológicos que traga alterações sobre os modos operatórios dos trabalhadores (no item 3.4), a garantia de pausas e intervalos para o descanso, repouso e alimentação, de forma a impedir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombro, dorso e membros superiores; com a devida adequação da equipe às demandas da produção, de forma a impedir sobrecarga habitual ao trabalhador (5.2 a 5.4).

5. OFERECER apoio tecnológico, orientação técnica e capacitação às trabalhadoras e aos trabalhadores para realização dos trabalhos de forma remota e em plataformas virtuais, nos termos da Convenção 142 da OIT e art. 205 da Constituição da República.

6. INSTRUIR os empregados, de maneira expressa, clara e objetiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças, físicas e mentais e acidentes de trabalho, bem como adotar medidas de segurança como intervalos e exercícios laborais.

7. OBSERVAR a jornada contratual na adequação das atividades na modalidade de teletrabalho e em plataformas virtuais, com a compatibilização das necessidades empresariais e das trabalhadoras e trabalhadores responsabilidades familiares (pessoas dependentes sob seus cuidados) na elaboração das escalas laborais que acomodem as necessidades da vida familiar, especialmente nutrizes, incluindo flexibilidade especial para trocas de horário e utilização das pausas (NR 17, Anexo II, 5.1.2.1).

8. ADOTAR modelos de etiqueta digital em que se oriente toda a equipe, com especificação de horários para atendimento virtual da demanda, assegurando os repouso legais e o direito à desconexão, bem como medidas que evitem a intimidação sistemática (Bullying) no ambiente de trabalho, seja verbal, moral, sexual, social, psicológica, físico, material e virtual, que podem se caracterizar por insultos pessoais, comentários sistemáticos e apelidos pejorativos, ameaças por quais meios, expressões preconceituosas, pilhérias, memes, por aplicação analógica dos artigos 3º e 4º da Lei n. 13.185/2015.

9. GARANTIR o respeito ao direito de imagem e à privacidade das trabalhadoras e trabalhadores, seja por meio da orientação da realização do serviço de forma menos invasiva a esses direitos fundamentais, oferecendo a realização da prestação de serviços preferencialmente por meio de plataformas informáticas privadas, avatares, imagens padronizadas ou por modelos de transmissão online.

10. ASSEGURAR que o uso de imagem e voz, seja precedido de consentimento expresso das trabalhadoras e trabalhadores, principalmente quando se trata de produção de atividades a ser difundido em plataformas digitais abertas em que seja utilizado dados pessoais (imagem, voz, nome) ou material produzido pelo profissional.

11. GARANTIR a observação de prazo específicos e restritos ao período das medidas de contenção da pandemia da COVID-19 para uso do material produzido pela mão de obra subordinada, quando tiver havido alteração da forma de prestação contratual por força daquelas medidas.

12. GARANTIR o exercício da liberdade de expressão da trabalhadora ou trabalhador, ressalvadas ofensas que caracterizem calúnia, injúria e difamação;

13. ESTABELECEER política de autocuidado para identificação de potenciais sinais e sintomas de COVID-19, com garantia de posterior isolamento e contato dos serviços de saúde na identificação de casos suspeitos.

14. GARANTIR que o teletrabalho, na forma da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) seja oferecido ao idoso sempre de forma a favorecer a sua liberdade e direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

15. ASSEGURAR que o teletrabalho favoreça às pessoas com deficiência, obtenção e conservação do emprego e progressão na carreira, com reintegração da pessoa na sociedade, garantindo-se acessibilidade, adaptação e desenho universal, conforme artigo 2º do Decreto 6.949/2009 (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), com status de Emenda Constitucional, na forma do artigo 5º, § 3º, da CRFB e Lei 13.146/2015.

16. ADOPTAR mecanismo de controle da jornada de trabalho da trabalhadora ou trabalhador para o uso de plataformas digitais privadas ou abertas na realização de atividade capacitação, a qual é incompatível com medidas de redução da jornada de trabalho ou de suspensão do trabalho, nos termos da Medida Provisória n. 936/2020.

17. ESTIMULAR a criação de programas de profissionalização especializada para a mão de obra dispensada, podendo contar com apoio do poder público, para o caso de automação e automatização das atividades resultar em eliminação ou substituição significativa da mão de obra, nos termos do art. 7º, XXVII, da CRFB.

Se denota que dentro das recomendações há a observância para que seja respeitado a imagem e privacidade dos trabalhadores.

Gabriela Neves Delgado destaca que:

o direito ao trabalho, referido na Constituição Federal, compreende implicitamente o trabalho digno, pautado na dignidade da pessoa humana. Do contrário, existe o risco de se transformar o trabalhador em mero instrumento

da produção, quando na verdade o labor deveria ser um mecanismo de valorização e dignificação do indivíduo.¹⁰⁴

Assim, fica meio claro e evidente que o teletrabalho apesar de trazer alguns pontos positivos traz um dano que as vezes pode ser considerado irreversível na vida do trabalhador, visto que há inúmeros prejuízos em sua vida social e familiar, devendo ser observado o direito a desconexão deste, pois caso contrário, as desvantagens certamente superarão as vantagens do trabalho.

5.2 Do direito a desconexão

Conforme já esmiuçado, o teletrabalhador acaba por cumprir jornadas de trabalho exorbitantes e, embora tenha seus direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, certo é que o fato de estar trabalhando de sua própria residência fez com que seu tempo de labor aumentasse exponencialmente. Sim, pois como a própria CLT não delimita o controle de jornada deste empregado, este acaba por cumprir uma carga absurda de trabalho na sua própria residência.

Fato é que a dependência econômica de uma sociedade integrada e totalmente globalizada além da crise permanente que ronda o capital, exige um esforço maior dos trabalhadores, ou seja, há que se fazer mais se pagando menos. Some-se também ao fato de que com a revolução da tecnologia e o avanço das redes de comunicação fizeram com que passem a existir novos meios do trabalhador se comunicar com seu trabalho.

De forma silenciosa veio se atenuando a enorme barreira que existia entre trabalho e lazer, eis que atualmente é muito fácil se manter conectado e continuar trabalhando de forma constante, principalmente em razão do denominado teletrabalho, sendo necessário um debate sobre o direito a desconexão. Entretanto, ainda que tenhamos passado por uma reforma trabalhista, o legislador não teve o cuidado de ventilar tal tema, ficando apenas explícito os direitos de descanso já previstos outrora na Consolidação das Leis do Trabalho e também na Constituição Federal.

¹⁰⁴ DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006. p. 209.

Aos efeitos dessa nova ordem, porém edificante observar que, a humanidade ao longo do desenvolvimento se debruçou e intensificou esforços para sucedâneo laboral, do físico pelo intelectual. Dessa realidade, para Domenico De Masi:

Sempre consideramos o trabalho como uma atividade física, cansativa e desagradável, que desejávamos que acabasse o quanto antes. Esta é também a definição de cansaço, esforço ou fadiga. O oposto do cansaço é a motivação. Estamos motivados quando desejamos que alguma coisa continue, que não acabe. Durante milênios, ao contrário, desejamos que o esforço, já que era físico, acabasse tão logo quanto possível. Ninguém nunca afirmou ao iniciar o trabalho físico: “Que ótimo, posso começar a trabalhar!” Enquanto um trabalho criativo – filmar, escrever ou pintar – pode despertar o desejo de ser logo iniciado.¹⁰⁵

Defende-se que esta controvérsia quanto as condições que existem no mundo do direito do trabalho, se faz do ponto em comum que existe modernidade tecnológica e o trabalho humano. Quanto aos aspectos que trazem a própria juridicidade do direito à desconexão, importante destacar o que aduz o jurista Jorge Luiz Souto Maior.

Para ele há o argumento que:

(...) que a primeira das contradições reside na preocupação com o direito a deixar de trabalhar, em um ilógico contexto social do qual o desemprego causa grande e inquieta desaprovação. Já a segunda incongruência, se consiste no fato de que o avanço tecnológico, por antagônica duplicidade suprime do homem postos de trabalho, e diametralmente torna-o escravo por induzi-lo gradualmente a trabalhar mais. A terceira, por sua vez se traduz na infinita facilidade de informação gerada pelo fluxo das inovações das tecnologias, onde o indivíduo para manter-se atuante no mercado de trabalho, se vê coagido a estar informado e atualizado de forma contínua o todo tempo. Por fim, ainda sobre as contradições, a última antinomia se resume quanto ao fato de que o trabalho dignifica o homem, no entanto de forma reflexa e oblíqua também retira sua dignidade, quando impõe limites à sua intimidade e à vida privada.¹⁰⁶

Neste jogo de ideias fica claro que as contradições ocorrem pela utilização das tecnologias, fazendo com que se defenda o chamado direito a desconexão do trabalho, que são compreendidas como um direito fundamental, suscetível a proteção tutelar. Dessa forma,

¹⁰⁵ DE MASI, Domenico. O ócio criativo. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 229.

¹⁰⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: . Acesso em: 30 jul. 2022. p. 01.

cumprir destacar Castells¹⁰⁷, quando pontua que: “as mudanças sociais são tão drásticas quanto processos de transformações tecnológicas e econômicas”.

Esta chamada desconexão do trabalho, na visão de Geraldo Magela Melo¹⁰⁸ é “uma maneira de permitir ao cidadão encontrar-se a si próprio, ademais o direito ao convívio familiar é um dever concernente à responsabilidade social das empresas”.

Pode-se afirmar que as alterações e debilitações ocorridas nos métodos de trabalho aumentaram a própria necessidade da sociedade refletir quanto aos direitos fundamentais, seja empregado ou empregador. Não é que simplesmente se originou um novo direito, entretanto, os direitos que já existem tiveram sua interpretação ampliada com novas funções e maiores abrangências.

Se desconectar efetivamente, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior¹⁰⁹ se trata de uma inquietação estimulada pelas “características deste mundo do trabalho marcado pelo advento das tecnologias, pela deificação do mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo”. Por óbvio a tecnologia deveria estar a favor do trabalhador e não contra este, visto que a ideia era que agisse como um facilitador ao trabalho não como uma extensão deste.

Na sociedade atual nota-se que todos andam e vivem conectados e quanto ao tema, vale destacar o que traz Mauro César Cantareira Sabino, que aduz:

O direito à desconexão constitui premissa básica para preservação da saúde do empregado, do seu bem-estar social e de sua dignidade humana, sendo esse direito manifestado por meio do exercício de outro direito fundamental social, o direito ao lazer. [...] O lazer provindo da desconexão ao trabalho é garantia fundamental assegurada constitucionalmente e deve ser buscado por toda a sociedade, tutelando-se o direito à vida com dignidade, por meio de uma concepção humanística.¹¹⁰

Já Vólia Bonfimacerca desta relação aduz que:

¹⁰⁷ CASTELLS, Manuel. A era da informação economia, sociedade e cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 73.

¹⁰⁸ MELO, Geraldo Magela. A reconfiguração do direito do trabalho a partir das redes sociais digitais. São Paulo: LTr, 2018. p. 160.

¹⁰⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: . Acesso em: 30 jul. 2022.

¹¹⁰ SABINO, Mauro César Cantareira. A desconexão do trabalho e o direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: a dignidade da pessoa humana como princípio basilar no ordenamento jurídico. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 18, n. 4. abr. p. 25-31, 2012.

o trabalhador tem direito a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente e convívio domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.¹¹¹

Desta forma se direciona o chamado direito a desconexão, ou seja, trata-se do direito que o trabalhador tem de se afastar completamente do empregador, sem estar ligado de qualquer maneira a este fora dos horários de trabalho, finais de semana ou qualquer outro período em que esteja descansando, como por exemplo nas férias. Também pode ser compreendido como direito a desconexão o direito que o empregado tem de se desvincular totalmente em seus períodos de descanso com a empresa, ou seja, qualquer comunicação, ainda que virtual não poderá ocorrer durante os horários de repouso.

Jorge Luiz Souto Maior, no sentido de limitar a atividade laboral a fim de preservar a vida privada e a saúde bem como dignidade do trabalhador prega que:

Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no serviço e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho, representa a negação plena do descanso.¹¹²

Sob a justificativa da denominada equidade social, não se intenta como referido direito contemplar a total ausência de trabalho, mas deve se achar o equilíbrio entre a vida profissional e a vida pessoal, com a diminuição do trabalho em excesso, transformando em trabalho a níveis aceitáveis. De Massi¹¹³ pontua que: “ócio e trabalho são dois fatores que tendem a compor a vida do homem contemporâneo; do trabalho, ganhará a subsistência digna; do ócio, obterá a realização plena da personalidade e da cidadania”.

O fato de ser admitido o direito a desconexão pode ser entendido de forma literal como o direito de não trabalhar, lembrando que isto não se trata de um direito de forma leiga mas sim uma perspectiva para se identificar um bem da própria vida, qual seja, o não trabalho, sendo que sua preservação se possa dar em uma pretensão em juízo.

¹¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 660.

¹¹² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: . Acesso em: 30 jul. 2022.

¹¹³ ¹¹³ DE MASI, Domenico. O ócio criativo. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 234.

A própria desconexão do trabalho é algo totalmente necessário, visto que nas palavras de Mauro César Cantareira Sabino: “visa à efetividade dos direitos sociais e fundamentais, gerando, portanto, maior participação das pessoas na sociedade em seu tempo livre, promovendo-se uma plena cidadania, ou, pelo menos, uma cidadania mais ativa”.¹¹⁴

Fato é que quem pode requerer o direito a desconexão é apenas o trabalhador, eis que isto acaba atingindo uma sociedade como todo. Sim, pois o direito ao não trabalho também abre oportunidade a quem está sem emprego em razão do próximo que está fazendo serviços de duas ou três pessoas. É importante que sejam separados vida profissional e vida pessoal, eis que para Jorge Luiz Souto Maior tal situação propicia a desconexão laboral, senão vejamos:

O direito de desconectar-se do trabalho é prerrogativa a que faz jus o obreiro, pois sem a desconexão o trabalhador não terá meios de desenvolver relações coletivas, inclusive com seu núcleo familiar. Assim a desconexão é direito individual do trabalhador na medida em que lhe permite descansar e ter tempo para tratar de seus assuntos de cunho pessoal, como também é direito que atinge a toda a coletividade, pois é direito do trabalhador ter tempo disponível para nutrir relações de convívio social.¹¹⁵

Da mesma forma que ampliar a jornada de trabalho do empregado, inclusive com a prestação de horas extraordinárias pode aumentar as probabilidades de doenças do trabalho e acidentes de trabalho, sua diminuição reduzirá de maneira significativa estes riscos que o trabalhador enfrenta.

No que diz respeito a modulação da jornada e da própria duração do período de labor, importante destacar as considerações de Mauricio Godinho Delgado, que entende que isso também serve como combate ao desemprego:

A redução da duração do trabalho desponta, sem dúvida, como um dos mais eficazes instrumentos de redistribuição social de, pelo menos, parte dos enormes ganhos de produtividade alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico inerente ao capitalismo. De fato, a espetacular evolução da ciência e da tecnologia experimentada nas décadas mais recentes dos séculos XX e XXI pelo sistema capitalista, em seus vários segmentos, somente seria redistribuída mais equinamente ao conjunto da sociedade caso se permitisse a incorporação de novas pessoas ao próprio

¹¹⁴ SABINO, Mauro César Cantareira. A desconexão do trabalho e o direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: a dignidade da pessoa humana como princípio basilar no ordenamento jurídico. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 18, n. 4. abr. p. 25-31, 2012.

¹¹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em: . Acesso em: 30 jul. 2022.

mercado econômico – o que seria feito através da redução do tempo unitário de labor dos contratos de empregos existentes. Assim, a criação de empregos novos em face do encurtamento da duração do trabalho seria fundamental mecanismo de democratização do progresso científico e tecnológico alcançado pela humanidade nas últimas décadas.¹¹⁶

Já Alice Monteiro de Barros entendia que lazer e trabalho devem se perfazer enquanto períodos dispares da vida do trabalhador, portanto:

A tecnologia pode ser um fator de melhora da qualidade de vida do operário e de transformação social, desde que o operário oriente sua vida no sentido de diferenciar claramente seus momentos de lazer e relaxamento e em oposição os seus momentos de trabalho. Sua jornada de trabalho deve ser definida resguardando seus ciclos de desconexão, de lazer.¹¹⁷

Há de se lembrar que no mundo ideal para que uma sociedade seja igualitária é fundamental que o desemprego estrutural seja combatido, nos termos do inciso VIII, do artigo 170 da Constituição Federal de 1988¹¹⁸. É determinante que o direito a desconexão seja admitido no ambiente de trabalho, eis que caso não ocorra poderá provocar problemas na ordem social, sendo também indispensável políticas públicas destinadas a corrigir os absurdos nas sobrejornadas de alguns trabalhadores.

Em que pese a aplicação das excludentes de jornada, previstas nos incisos do artigo 62, fica claro e evidente a despreocupação do legislador quanto ao direito a desconexão, eis que existem trabalhadores que sequer são controlados em sua jornada. Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹⁹ alerta que: “em razão de haver flexibilidade na jornada extraordinária, estando o empregado em conexão permanente com a empresa, com controle do tempo de labor e da atividade a ser desempenhada, as regras referentes à jornada de trabalho passam a incidir normalmente”.

O revelado direito, ao resguardar as garantias sociais correlatas aos preceitos fundamentais da dignidade do obreiro, traz previsão no texto constitucional as normas do art. 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII, bem como, as contidas nos arts. 5º, inciso X, e 6º da

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 864.

¹¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2017. p. 206.

¹¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) dispõe: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]VIII - busca do pleno emprego;” (BRASIL, 1988, destaque nosso).

¹¹⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CF/88303 que dispõe tratar, entre outras, da saúde, da higiene, da segurança, da integridade, da jornada, das férias, das infortunisticas, do descanso e do lazer do trabalho.

Pode se dizer que o teletrabalho desafia a denominada desvinculação do excesso de trabalho, pois com a tecnologia existente, empregado e empregador permanecem conectados ainda que fora do ambiente de trabalho o dia e a noite inteira. Não pode ser admitido que os interesses econômicos do empregador se sobressaia aos interesses do empregado, eis que todos devem ter um projeto de vida além do trabalho e precisa estar desconectado para por tal projeto em prática.

De acordo com Salomão Resedá: “não se deve usar a liberdade do empregado, decorrente da mobilidade tecnológica, para justificar que este não está à disposição da empresa, o fato de ter mobilidade física, não quer dizer que este não esteja em conexão.”¹²⁰

Ora, veja que ainda que haja a mobilidade ali destacada o teletrabalhador de forma indireta passa a ter sua liberdade tolhida, em virtude da permanente disponibilidade a qual ocorre de forma direta todos os dias.

Acerca deste tema, havendo a própria permissão do trabalhador à desconexão, Ricardo Betiatto destaca que:

Mesmo aqueles que não realizam o teletrabalho veem sendo vitimados pela onipresença do empregador, (seja via mensagens eletrônicas, via aparelho de telefone celular - ou outros meios de comunicação) - em horários fora do expediente e em dias de repouso e que não permitem que o trabalhador se desligue do trabalho, ficando em “infinito estado de espera”, pois, não obstante o discurso daqueles que estão do lado do poder diretivo empresário no sentido de que o empregado não é obrigado a atender telefonemas ou responder mensagens fora do horário ordinário do expediente, há sempre a ameaça velada que paira no ar e que faz com que mesmo não sendo obrigado – contratualmente – sente-se o empregado impelido a responder as tentativas de contato realizadas, com vistas a, no futuro, não sofrer represálias, desde a não habilitação a progressão funcional até a própria dispensa do emprego.¹²¹

Fato é que com o crescimento do teletrabalho, não se pode afirmar de forma clara que o teletrabalhador consiga se desconectar totalmente do seu labor, haja vista que o empregador pode e consegue dar ordens de onde entender.

¹²⁰ RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. 2007. Disponível em: . Acesso em: 22 mai. 2018. , s/p.).

¹²¹ BETIATTO, Ricardo. Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho. R Betiatto - 2017 Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/116282>. Acesso em: 15 jul. 2022.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho¹²² trouxe um entendimento sobre o dano existencial sobre o direito a desconexão, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. 1. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. NÃO CONHECIMENTO. I. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a submissão do empregado a jornada extenuante que “subtraia do trabalhador o direito de usufruir de seus períodos de descanso, de lazer, bem como das oportunidades destinadas ao relacionamento familiar, ao longo da vigência do pacto contratual” configura dano existencial. II. Tendo a Corte Regional concluído que “da jornada descrita, denota-se claramente a falta de preservação do convívio familiar, bem como relaxamento, lazer, direitos estes inerentes a qualquer trabalhador”, a decisão regional está de acordo com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o que inviabiliza o processamento do recurso de revista, conforme os óbices do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula n. 333 do TST. III. Recurso de revista de que não se conhece. [...]. (RR-1001084-55.2013.5.02.0463, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 22.11.2019.)

Por óbvio é extremamente necessário que o trabalhador neste regime não só tenha o direito como a obrigação de se desconectar dos aparelhos que o integrem com seu empregador após a jornada de trabalho. Geraldo Magela¹²³ afirma que: “a volta ao lar que hoje se ensaia não significa menos tempo de empresa, mas, ao contrário, a empresa que chega ao lar”.

O fato do empregador em tese não impor limites para o trabalhador e também dar as ordens quando bem entender faz com que os danos aumentem para o teletrabalhador, eis que cada vez menos ele terá pausas para descanso e cada vez mais estará dentro da jornada de trabalho.

O Direito do Trabalho que se faz estear, em intervalos na sua forma ordinária, já estabelece a todo trabalhador permissão ao repouso e lazer, visando garantir a saúde evitando o labor excessivo. Desta forma, aplicado às relações hodiernas, é necessário que ao teletrabalhador, ao não se encontrar intensificado em sua categoria, seja acobertado por tal direito, assegurando-lhe a revitalização do limite do tempo efetivo desta divisão e, o respeito entre atividade profissional e descanso.

¹²² Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 17.07.2022.

¹²³ MELO, Geraldo Magela. O teletrabalho na nova CLT. ANAMATRA. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em 20.07.2022.

Com essas novas desregulações Márcia Vieira Mafrasustenta que:

Sendo possível a prestação de serviços à distância, especificamente às processadas por meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, não se é satisfatório a luz da razoabilidade o entendimento de que o teletrabalhador exerça atividade externa incompatível com o controle de jornada. Assim, é de rigor o reconhecimento do direito à jornada ao teletrabalhador, sob pena de negar a este prestador submetido a regime especial e mais gravos os direitos fundamentais básicos garantidos aos demais empregados, dentre eles o direito à desconexão.¹²⁴

Por essa arrazoada, salienta-se a importância em contraditar o incorreto juízo de que o trabalho exercido extramuros, que sobrevier os limites estabelecidos em sobrejornada ou labor excessivo não está sujeito ao alcance e cobertura das garantias. De certo, ao se tratar, do direito à desconexão conflita com que tem se debatido em nossos tribunais e, em países outros de inegável progresso na defesa do teletrabalhador, tal qual, se evidencia uma nefasta particularidade trazida pela não menos omissa, recente, reforma trabalhista.

Dessa forma é inegável a importância de resguardar a proteção ao trabalhador no que diz respeito a sua própria desconexão, para que sejam assegurados os direitos Constitucionais de todos de forma indistinta.

5.2.1 Da dignidade à serviço da hiperconexão

O pendular esforço do direito, na justeza da seara laboral, de garantir minimamente a preservação da saúde e segurança do meio ambiente de trabalho digno e decente, longe de ser um mero instrumento de negociação, nem tão apenas, meio de subsistência. São aspirações qualificadoras e inclusivas, em que são mantidas as condições de subjetivação do elevado padrão e valor da dignidade da pessoa humana, dos indivíduos na sociedade.

Entretanto, a reforma trabalhista apesar de trazer inúmeras alterações no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores não tratou do sensível tema do direito a desconexão e tampouco enfrentou temas no que tange a disponibilidade do teletrabalhador para com seu empregador, ainda que tenha promovido sensíveis mudanças no conceito de teletrabalho.

¹²⁴ MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho – Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>. 2015. v. 2, pp. 505-520 Acesso em: 15.07.2022.

Em razão desta falta de regulamentação trouxe a tona inúmeros preceitos, conforme o que traz Nelson Rosenvald, senão vejamos:

No âmbito estrito da intimidade, garante não apenas um espaço temporal imune a interferências externas, como franqueia um tempo para o livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, imune às pressões cotidianas. No tocante à privacidade, permite que a vida familiar e afetiva seja intensificada. Acautela-se ainda a integridade psíquica, à medida em que o saneamento do meio ambiente de trabalho é fator preventivo de doenças ocupacionais.¹²⁵

Apesar de o teletrabalhador em tese conseguir modular o tempo de trabalho e horário de trabalho, deve ser extremamente esclarecido que a jornada de trabalho nunca poderá ao menos na teoria ultrapassar o limite legal.

Nunca é demais lembrar que ainda que haja a dificuldade de desconexão ao trabalho, seu desrespeito, seja suprimindo intervalos, convívio social, lazer entre outros traz prejuízos que a própria Constituição Federal protege, como liberdade e dignidade da pessoa humana. Para Christiana D'arc Damasceno Oliveira:

A dignidade deste trabalhador deve ser preservada, assim como tenta ser para os demais, e para isso, nesta modalidade de trabalho a desconexão é o maior direito que pode ser evidenciado contra a exploração do trabalhador.¹²⁶

Obviamente as garantias fundamentais e sociais asseguradas em diferentes diretrizes nacionais e internacionais, decorrem da aplicação e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, como o direito à intimidade e à privacidade e também o direito ao lazer, uma vez que guarda íntima relação com a garantia e proteção da saúde do trabalhador.

Ainda que fora do ambiente de trabalho ou até mesmo fora da jornada de trabalho ocorrem contatos entre empregado e empregador, sendo altamente lesivos ao empregado eis que isso afeta diretamente o físico e psicológico do trabalhador, ainda que não haja contato de forma pessoal, eis que o trabalhador com essas novas tecnologias vive de forma indireta conectado ao seu empregador.

¹²⁵ ROSENVALD, Nelson. Direito de desconectar. 2017. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/01/09/O-direito-de-desconectar>. Acesso em: 22. Julho 2022. p.02.

¹²⁶ OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador – repercussão no atual contexto trabalhista. São Paulo: LTr, 2010. - v. 74, n. 10, p. 1180–1188 Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;2000892832>. Acesso em: 10 julh. 2022. p. 1186.

Assim, aos poucos e sorrateiramente o trabalho ocupa e se dissemina em torno de todas as esferas pessoais do trabalhador, ou seja, “a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa”¹²⁷.

Estas práticas por óbvio com já supracitadas afetam de forma contundente tanto a vida pessoal quanto a vida familiar do trabalhador, onde sua dignidade fica prejudicada diante do labor em excesso. A tecnologia não pode ser utilizada como forma de pressão para o trabalhador, eis que isso pode fazer com que o empregado torne-se escravo do trabalho, por meios digitais.

Francisco Lima¹²⁸ entende que: “o teletrabalho que poderia se perfazer como modelo de trabalho moderno se apresenta como forma de precarização do trabalho, de flexibilização negativa”.

O crescimento desenfreado da tecnologia e sua automática entrada no mercado de trabalho fez com que houvesse uma subordinação por parte do empregador indiscriminada. Segundo Castells, isso contribui para superexploração do trabalhador, veja-se:

O processo de transição histórica para uma sociedade informacional e uma economia global é caracterizado pela deterioração das condições de trabalho e de vida para uma quantidade significativa de trabalhadores. Essa deterioração assume formas diferentes nos diferentes contextos: aumento do desemprego na Europa; queda dos salários reais (pelo menos até 1996), aumentando a desigualdade, e instabilidade no emprego nos Estados Unidos; subemprego e maior segmentação da força de trabalho no Japão; “informalização” e desvalorização da mão-de-obra urbana recém-incorporada nos países em desenvolvimento; e crescente marginalização da força de trabalho rural nas economias subdesenvolvidas e estagnadas.¹²⁹

A chamada hiperconexão simplesmente desrespeitou os limites da jornada de trabalho, eis que o trabalhador fica conectado a ferramentas diretas de seu trabalho, prestando horas extraordinárias sem sequer receber por isso. Nunca é tarde lembrar que o período de descanso serve para que o trabalhador tenha seu lazer, cultive relações sociais e aumente seu convívio familiar.

¹²⁷ GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico*, São Paulo, LTr, 2003, p. 80.

¹²⁸ LIMA, Francisco. *Meton Marques de. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto*. Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017. pp. 46- 47.

¹²⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. Vol. I. Oitava Edição. Traduzido por Roneide Venancio Majer. – São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 345

O empregador ao abusar do direito do empregado pode fazer com que este na justiça do trabalho requeira sua rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483, da CLT, quando as ordens superiores forem aquém de suas forças ou alheias ao contrato de trabalho, eis que não haveria o respeito as condições previstas para o contrato de trabalho.

Às repercussões, é imperioso salientar que em relação as implicações dessa realidade, Rúbia Zanutelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

A simples inadimplência da contraprestação pecuniária pela sobrejornada não é o que torna seu uso indiscriminado e abusivo como uma estratégia de gestão prejudicial ao trabalhador. Ainda que a carga horária suplementar, em suas variadas formas, seja devidamente quitada, subsiste o prejuízo causado ao trabalhador por essa política, ao impedir que ele se deleite de seu convívio social e familiar, bem como de seus momentos de lazer, mediante atividades afetivas, recreativas, religiosas, esportivas, culturais e de descanso, que lhe trarão bem estar psíquico e físico e, por consequência, felicidade.¹³⁰

Importante frisar que ainda que esta hora de sobrejornada seja remunerada, o que geralmente não é, isto por si só não é suficiente para reparar o dano que o labor de forma extraordinária gera.

Nesta mesma toada, Jorge Luiz Souto Maior afirma:

O empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras. [...] O valor da indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944), mas isto não inibe o caráter punitivo da indenização, como forma de desestimular a continuação da prática da ação ilícita, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação dos limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.¹³¹

Fato é que tal conexão vem ocorrendo de forma corriqueira, se tornando um ciclo extremamente nocivo e vicioso. Ingo Wolfgang Sarlet reverbera nessa linha:

¹³⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, v. 21, n. 1, p. 240, abr./jun. 2013. p. 242

¹³¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003. p. 09

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³²

A realidade é que o teletrabalhador convive com uma excessiva conexão em razão do trabalho, com encontros simultâneos, reuniões ininterruptas, mensagens de texto, e-mails, tarefas além de cargas extenuantes de trabalho.

Em recente pesquisa realizada, ainda há pouco, pela Oracle e Workplace Intelligence (out/2020), com 12 mil funcionários de 11 países mostra que: entre os brasileiros que telelaboram pelo regime de home office, 42% declararam que estão trabalhando ao menos 40 horas a mais por mês, bem quanto, 60% dos que fazem 5 horas adicionais ou mais por semana – percentuais, estes, acima da média global (35% e 52%, respectivamente). A pesquisa, trouxe outros dados preocupantes: ainda no Brasil, 90% afirmaram que problemas de saúde mental no trabalho afetaram sua vida doméstica. E 21% relataram casos da síndrome de esgotamento profissional.¹³³

Dessa forma, não há como ignorar o fato de que o teletrabalhador permanece sempre conectado ao seu trabalho, vivendo em constante estado de alerta, devido as responsabilidades e obrigações impostas pelo empregador, com aumento de estresse e condições nocivas a saúde.

Lado outro, a ininterrupta conexão do trabalho atua, diretamente, na corrosão ou melhoria das condições internas de trabalho influenciando exponencialmente, a eficácia das medidas protetivas adotadas na ambiência laboral. É por conseguinte afronta aos preceitos garantidores, a hiperexploração subjetiva do trabalho exaustivo causa ao obreiro a reconhecida lesão do dano existencial. Outrossim, permanecendo preso por uma espécie de grilhão eletrônico, acarretando ao teletrabalhador, de sobremaneira, extenuante o colapso que

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09, 2007, pp. 361-388.

¹³³ FUTEMA, Fabiana. Hell's office: 42% dos brasileiros dizem trabalhar 40 horas a mais por mês com o teletrabalho Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/13523_hell-s-office-42-dos-brasileiros-dizemtrabalhar-40-horas-a-mais-por-mes-com-o-teletrabalho.html?fbclid. Acesso em: 23.07.202.

se convencionou chamar de síndrome de Burnout e outras enfermidades ocupacionais associadas.

5.3 Ônus da prova do dano existencial

No que diz a prova deste dano, vale ressaltar que como ocorre nos demais casos de dano, trata-se de requisito indispensável a comprovação de quem ofende, da culpa, conduta lesiva, além do nexo de causalidade e a prova da ocorrência do referido dano.

Há de se frisar que analisando o conceito do dano existencial, mencionado nos capítulos anteriores, se extrai que não é o bastante apenas a comprovação de uma conduta lesiva por parte do empregador, ainda que também se comprove o nexo causal, mas há também de ser provado os prejuízos acarretados nos projetos de vida, ou seja, não se trata de dano *in res ipsa*.

Flaviana Rampazzo Soares sustenta que:

De regra geral, porém, podem ser delineadas algumas constatações. No caso de responsabilidade civil extracontratual objetiva, o lesado não precisa comprovar a culpa do ofensor, contudo, não se exime da comprovação do nexo de causalidade e de imputação, além do dano. Na hipótese de responsabilidade civil extracontratual subjetiva, cabe ao lesado a comprovação da culpa, do dano, de quem seja o ofensor e o responsável, do liame entre a conduta e o dano. Tratandose de responsabilidade civil contratual, deve ser comprovada a existência do contrato e de seu conteúdo. Quanto ao descumprimento do contrato, tratando-se de obrigação de fazer do inadimplente, não é fundamental fazer a prova negativa, mas o devedor da prestação contratual, para liberar-se da responsabilização, deve comprovar que fez ou deixou de fazer o que foi comprometido através do contrato. [...] Na responsabilidade civil objetiva, é o ofensor quem deve realizar a prova de elementos que possam ser capazes de lhe eximir da responsabilidade, enquanto que, na responsabilidade civil subjetiva, a prova dos danos e do nexo de causalidade é do lesado. [...] Especificadamente, quanto ao dano existencial, a parte lesada, autora da ação, permanece sob a égide do exposto acima, ou seja, das normas gerais que tratam sobre o ônus da prova na responsabilidade civil. Deve, todavia, comprovar o dano, ou seja, demonstrar em que a conduta do ofensor afetou o seu cotidiano.¹³⁴

¹³⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2009. p.146.

Assim, prevalece o entendimento de que o lesado tenha o dever de demonstrar em juízo, por meio de provas, que as condutas do empregador afetou seu cotidiano de forma que um dano existencial foi nascendo.

Importante frisar que na reclamação trabalhista onde nos pedidos conste o requerimento de indenização por dano existencial, fato é que o reclamante será incumbido de comprovar suas alegações, ou seja, que antes das condutas lesivas do empregador que causaram o dano existencial, deve se provar o prejuízo nas atividades outrora feitas sem prejuízo. Exceção se faz nos casos em que o acidente de trabalho por si só altera o cotidiano do trabalhador, como no caso de um acidente no qual ocorra a perda da capacidade laboral, sendo neste caso um dano presumido, eis que acarretou sérias consequências ao trabalhador.

Flaviana Rampazzo Soares ao mais uma vez tratar sobre este tema afirma que:

O lesado deve comprovar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como a sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa. A prova deve ser considerada dispensável (apesar de não recomendada a sua dispensa) quando as próprias consequências do dano evidenciarem, segundo as normas da experiência comum, a alteração do cotidiano. Por exemplo, alguém que, em razão do dano, passa a utilizar cadeiras de roda. Como visto, o dano existencial, ligado ao dano à saúde, na maioria das vezes, é verificável por mera presunção, ao passo que os demais casos devem ser provados. É necessário destacar que se devem distinguir as alterações normais, que são todas as hipóteses em que a conduta lesiva impediu o lesado de realizar atividades comuns, das alterações específicas, aquelas ligadas à condição particular de vida da vítima e, mais em particular, se foi possível constatar uma modificação *in pejus* na vida da vítima, comparando-se o plano presente com o passado. Cabe ao réu demonstrar que não é o ofensor ou que não é o responsável, que teria ocorrido o nexo, a conduta ou o dano, ou que os danos não seriam na extensão indicada pelo autor, e que incidiria uma das causas excludentes de responsabilidade. Ao autor da ação cabe, sempre, a indicação, na petição inicial, de todos os elementos e circunstâncias incidentes e necessárias, não apenas à exata compreensão do ocorrido, mas também da indicação precisa e o mais completa possível dos danos experimentados (inclusive a chance perdida, conforme o caso), para auxiliar na compreensão da controvérsia pelo julgador e viabilizar a defesa do réu.¹³⁵

A própria justiça do trabalho entende que é necessário que o reclamante consiga comprovar tal dano conforme notícia publicada no site do Tribunal Superior do Trabalho abaixo transcrita:

¹³⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2009. p. 146.

Falta de prova de dano existencial faz Turma afastar indenização a gerente

A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho absolveu a WMS Supermercados do Brasil Ltda. (Rede Walmart) do pagamento de indenização por danos existenciais a um gerente que, constantemente, exercia jornada diária de 13h em Porto Alegre (RS). Segundo os ministros, o empregado não demonstrou que deixou de realizar atividades em seu meio social ou foi afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do empregador, o que deveria ter sido comprovado para o recebimento da indenização.

Relatora do processo no TST, a ministra Maria de Assis Calsing explicou que o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre limitações na sua vida fora do ambiente de serviço em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador que o impossibilitam de realizar atividades de lazer, conviver com a família ou desenvolver projetos particulares.

Na reclamação trabalhista, o gerente alegou que a jornada excessiva lhe causou prejuízos de ordem psicológica, social e moral. O juízo de primeiro grau deferiu reparação de R\$ 10 mil pelo dano existencial. Nos termos da sentença, houve excesso no poder diretivo do empregador, porque a exigência de jornadas de mais de 13 horas diárias em média, ao longo de dois anos, afeta o convívio social e familiar do trabalhador.

Como o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) manteve a decisão, a rede de supermercados recorreu ao TST, com o argumento de que o gerente não apontou efetiva frustração de algum projeto pessoal capaz de lhe conferir o direito à reparação nem apresentou provas de que a jornada praticada tenha prejudicado o seu convívio social e familiar.

De acordo com a ministra relatora, o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito do empregador e a comprovação do prejuízo por parte do trabalhador. Apesar do registro a respeito da extensão da jornada, para Calsing, não ficou demonstrado que ele deixou de realizar atividades sociais ou foi afastado do convívio familiar para estar à disposição do empregador. “No caso, não se pode afirmar, genericamente, que houve dano moral *in re ipsa*, isto é, independentemente de prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem do empregado”, concluiu.

Por unanimidade, a Quarta Turma acompanhou a relatora para afastar a indenização por danos existenciais. Processo: RR-20439-04.2015.5.04.0282.¹³⁶

Além disso, os Tribunais Regionais do Trabalho e outras turmas do Tribunal Superior do Trabalho têm o mesmo entendimento, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – DANO EXISTENCIAL – DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA NESSES DOIS ASPECTOS –

¹³⁶ Disponível em <https://www.tst.jus.br/-/falta-de-prova-de-dano-existencial-faz-turma-afastar-indenizacao-a-gerente>. Acesso em 19/07/2022.

NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA – ÔNUS PROBATÓRIO DO RECLAMANTE. O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. Nessa trilha, aperfeiçoou-se uma resposta do ordenamento jurídico àqueles danos aos direitos da personalidade que produzem reflexos não apenas na conformação moral e física do sujeito lesado, mas que comprometem também suas relações com terceiros. Mais adiante, a doutrina se sofisticou para compreender também a possibilidade de tutela do sujeito não apenas quanto às relações concretas que foram comprometidas pelas limitações decorrentes da lesão à personalidade, como também quanto às relações que potencialmente poderiam ter sido construídas, mas que foram suprimidas da esfera social e do horizonte de alternativas de que o sujeito dispõe.

Nesse sentido, o conceito de projeto de vida e a concepção de lesões que atingem o projeto de vida passam a fazer parte da noção de dano existencial, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O conceito foi aos poucos sendo absorvido pelos Tribunais Brasileiros, especificamente na seara civil, e, mais recentemente, tem sido pautado no âmbito da Justiça do Trabalho. No âmbito da doutrina juítrabalhista o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada “vida de relações”.

Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. No caso concreto, a Corte regional entendeu que o reclamante se desincumbiu do ônus de comprovar o dano existencial tão somente em razão de o trabalhador ter demonstrado a prática habitual de sobrejornada. Entendeu que o corolário lógico dessa prova seria a compreensão de que houve prejuízo às relações sociais do sujeito, dispensando o reclamante do ônus de comprovar o efetivo prejuízo à sua vida de relações ou ao seu projeto de vida.

Portanto, extrai-se que o dano existencial foi reconhecido e a responsabilidade do empregador foi declarada à míngua de prova específica do dano existencial, cujo ônus competiria ao reclamante. Embora exista prova da sobrejornada, não houve na instrução processual demonstração ou indício de que tal jornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito do reclamante. É importante esclarecer: não se trata, em absoluto, de negar a possibilidade de a jornada efetivamente praticada pelo reclamante na situação dos autos (ilicitamente fixada em 70 horas semanais) ter por consequência a deterioração de suas relações pessoais ou de eventual projeto de vida: trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu no caso concreto, em face da ausência de prova nesse sentido. Embora a possibilidade abstratamente exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do

projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovado, *in re ipsa*, a dor e o dano a sua dignidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte.

Recurso de revista conhecido e provido.¹³⁷

Verifica-se que o dano existencial pode ser reconhecido, entre tanto, conforme demonstrado será de responsabilidade do reclamante comprovar o alegado. Como regra, as consequências prejudiciais da conduta lesiva devem ser comprovadas, de modo que a presunção do dano caracteriza exceção.

No caso do dano existencial o ônus da prova pode ser considerado como especial, posto que irá competir a quem alega, nos termos do artigo 818, da própria CLT. Assim, o autor deverá utilizar todos os meios de prova em direito admitido para que seja comprovado os danos ao projeto de vida, por meio de documentos e testemunhas.

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho sustenta que:

Na verdade, é o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, é que representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e uma forma de aviltamento do mesmo. Portanto, é o trabalho prestado em jornadas extenuantes que autorizam a conclusão de ocorrência do dano *in re ipsa*.¹³⁸

Há, de expressão menor, corrente doutrinária que utiliza como parâmetro o limite legal de duas horas extras diárias, este disposto do texto constitucional. Assim, quando o labor extraordinário ultrapassar referido limite, no caso específico, tem-se o dano como presumido, por decorrer de dano *in re ipsa*, entendimento em que se presume o prejuízo aos projetos de vida e às relações de vida apenas pela comprovada inobservância da lei, que em tese, fixa normas mínimas que não podem ser descumpridas sob nenhuma hipótese.

¹³⁷ Disponível em <http://www.assadsallum.adv.br/tst-turma-afirma-necessidade-de-comprovacao-de-dano-existencial-para-deferimento-de-indenizacao-a-trabalhador>. Acesso em 19/07/2022.

¹³⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho, Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, n. 2, p. 240/261, abr/jun, 2013.

5.4 Presunção do dano existencial

Inicialmente, cabe frisar que o dano presumido é aquele no qual decorre da mera comprovação da prática da conduta ilícita, ou seja, o fato do agente praticar algo ilícito por si só faz com que haja o dano, sendo totalmente desnecessário a comprovação probatória deste dano.

Já no que diz respeito ao dano existencial propriamente dito, cabe-se frisar que ao menos no âmbito do direito do trabalho ele de maneira alguma pode ser presumido, ou seja, os trabalhadores que passaram a levar a discussão deste dano perante a Justiça do Trabalho tiveram a necessidade de comprovar o alegado, por todos os meios de prova em direito admitidos.

Um precedente judicial importante sobre esta temática veio do Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região, onde o relator, Desembargador José Felipe Ledur, que destacou a importância e eficácia horizontal dos direitos constitucionais para concessão do dano existencial, especialmente quanto a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, vejamos o precedente:

[...] O trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais e aviltamento da trabalhadora, o que autoriza a conclusão de dano in reipsa. [...] do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do que constitui projeção o desenvolvimento profissional mencionado no artigo 5º XIII, da Constituição Federal, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores em particular. [...] no que diz respeito ao direito a duração do trabalho normal não superior a 8 horas deriva a conclusão de que o trabalho em condições anormais (em jornada extraordinária) deve atender os parâmetros em que a legislação infraconstitucional estabelece à restrição a garantia jusfundamental. [...] consoante destacado, é incontroverso que a reclamada não atendeu a esse limite. Ao contrário, em conduta que revela ilicitude, converteu em ordinário o que é admissível excepcionalmente, interferindo indevidamente na esfera existencial da sua empregada, fato que dispensa demonstração. (Recurso Ordinário nº 000113793201005040013, primeira turma do Tribunal Regional da quarta região, relatou: José Felipe Ledur. Julgado em 16/05/2012).¹³⁹

¹³⁹ Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433316905/recurso-ordinario-ro-13393820155060143>. Acesso em 21/07/2022.

Acima vale considerar que o fato da trabalhadora ter comprovado uma extensa jornada de trabalho, fez com que esta fosse privada de sua vida social, eis que ficava praticamente de forma integral dentro de um supermercado, sequer podendo se desenvolver profissionalmente também, vez que ficava sempre dentro do local de trabalho.

O Desembargador Sérgio Torres Teixeira, em recente acórdão¹⁴⁰ entendeu que:

DIREITO DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JORNADA EXCESSIVA. DANO EXISTENCIAL. SENTENÇA. DEFERIMENTO. MANUTENÇÃO.

Há dano imaterial, na espécie existencial, quando a jornada excessiva, de forma habitual, impõe ao empregado um estilo de vida prejudicial, privando-o de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à convivência familiar, prejudicando o seu bem estar e a sua realização pessoal, social e até mesmo profissional. Na hipótese, o autor comprovou a existência de jornada excessiva que enseja a reparação almejada. Recurso a que se nega provimento. (Processo: RO - 0001339-38.2015.5.06.0143, Redator: Sérgio Torres Teixeira, Data de julgamento: 16/02/2017, Primeira Turma, Data da assinatura: 21/02/2017)

Decisão

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento ao apelo para excluir da condenação a indenização por dano existencial, tendo o Exmo. Desembargador Relator ressalvado entendimento pessoal.”

Neste caso como o outro já analisado, houve comprovação por parte do trabalhador que ao exceder e muito sua jornada de trabalho, há sim o dano existencial.

Note-se que nos acórdãos o entendimento foi de que há a necessidade de se comprovar o dano propriamente dito. Sim, pois caso contrário a empresa ao efetuar o pagamento de horas extras estaria em teoria sem nenhuma obrigação para com seu empregado, visto que toda hora trabalhada foi devidamente remunerada.

Os empregados optaram por buscarem seus direitos na justiça do trabalho, tendo em vista que o fato de receberem pelo trabalho extraordinário não fizeram com que o tempo em que dispenderam com tarefas voltasse, ou seja, convívio familiar, social e até mesmo o desenvolvimento profissional foi totalmente comprometido, pois no momento em que estas atividades poderiam estar sendo exercidas, eles permaneciam trabalhando, totalmente à disposição do empregador, sem qualquer chance de realizar desejos pessoais e sociais.

Nesta esteira, válido trazer a baila que o próprio Tribunal Superior do Trabalho¹⁴¹ entende que nos casos dano existencial, sobretudo em razão da jornada excessiva o trabalhador tem o dever de comprovar seus prejuízos, ou

¹⁴⁰ Disponível em <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433316905/recurso-ordinario-ro-13393820155060143>.

¹⁴¹ Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 21.07.2022.

seja, o fato de trabalhar de forma extraordinária por si só não se presume dano existencial, senão vejamos:

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXCESSIVA. Constatada possível violação do artigo 5º, X, da Constituição da República, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXCESSIVA. A prorrogação da jornada de trabalho, ainda que em excesso, não enseja, por si só, direito ao pagamento de indenização, cabendo ao empregado comprovar a lesão efetiva, visto tratar-se de fato constitutivo do direito postulado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. “(TST: RR-1882-84.2016.5.12.0031, Relator: MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho).

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho não nega a existência do instituto do dano existencial, entretanto, deixa claro a necessidade de que tal dano seja comprovado pela parte que alega.

Em tempo, com o avanço desenfreado da tecnologia o fato é que os trabalhadores passaram sim a despender muito mais tempo em prol de seus empregos, somados a crise em que o mundo atravessa, em razão do próprio medo de perder seu emprego estes se sujeitam a cargas de trabalho absurda, lembrando que mesmo após o fim da jornada contratual estes permanecem à disposição de seus empregadores, muitas vezes retornando a mesa de trabalho dentro da própria residência para adiantar ou terminar tarefas colocadas de forma extraordinária pelo empregador.

O dano existencial apesar de não ser presumido, pode muito bem ser comprovado com fotos, vídeos de antes de depois do trabalhador iniciar na empresa, eis que não existe única e exclusivamente por excesso de trabalho.

Dessa forma, prevalece o entendimento de que o dano existencial sim existe ao menos na nossa jurisprudência, entretanto, não pode ser presumido, devendo o trabalhador comprovar efetivamente os prejuízos que sofreu durante o contrato de trabalho que puseram a perder seus projetos.

CONCLUSÃO

A evolutiva transformação das relações sociais, decorrente das mudanças apresentadas pela sociedade em cada momento histórico. O fenômeno da globalização, potencializado, cada vez mais, pelas avançadas e complexas tensões neoliberais da modernidade, com vistas a introdução pelo advento das tecnologias da informação e comunicação no processo produtivo, flexibilizaram as formas convencionais de trabalho.

Assim, e de maneira estrutural ganham novos contornos frente a necessidade de uma força de trabalho descentralizada, na medida que melhor dialogam com as urgências, impulsionaram a criação de uma nova modalidade de trabalho, denominada teletrabalho.

Esta nova forma de trabalho foi se ajustando com o passar dos anos, até que com advindo da Reforma trabalhista houvesse uma maior regulamentação deixou de abordar série de fatos e temas importantes sobre este instituto, eis que apenas poucos artigos de lei foram explicados, trazendo muitas dúvidas e incertezas sobre o teletrabalho.

Em razão disto, assenta-se fatores que incidem negligenciados em detrimento das bases impermanentes, ao estabelecer as extremadas e arrazoadas aptidões mútuas entre os quais, comprovadamente inegável os inúmeros benefícios, bem como as copiosas e incontroversas desvantagens. Ademais, na sistemática dos direitos fundamentais à limitação da jornada, começa a ganhar esboço a possibilidade de assegurar o direito à desconexão do trabalho, garantido o direito ao descanso e lazer do empregado, fora da sua jornada laboral. Sem a obrigação da hiperconectividade permanente, consolidando a tutela de uma garantia jurídica.

A partir desse pensamento do direito ao não trabalho, tem assegurado suas pausas importando a imprescindível viabilidade de se desvincular, sob pena de impor uma disponibilidade excessiva, causadas pela exigência cultural de extensas jornadas, de controle incessante, de trabalho excessivo com conectividade permanente, assemelhando aos períodos de exploração, igualmente visto somente em tempos outrora sombrios.

Ao enlaço, a despropositada mitigação tencionada pela reforma, sedimenta as relações de trabalho em um patamar contextual histórico de nova precarização corrosiva e retrocesso social de disposições e garantias estabelecidas, advindas da competitividade

espúria e redefinição de papéis, e da acentuada e expansiva superexploração das condições de trabalho

Desse raciocínio, as bases fundantes do direito do trabalho estão sendo profunda e apressadamente transfiguradas, tal que o Estado por suas políticas públicas refreou sua primada atuação interventiva, com ênfase na imposição de medidas e tutela das relações, pois, onde se atenta para corrosiva efetividade das garantias do teletrabalhador, paralelamente buscando conferir o mínimo de proteção no controle e duração da jornada de trabalho, ainda se recomenda premissa maior. Assim, necessário se voltar para a valorização do emprego, da estabilidade e salvaguarda das relações, legitimamente assecuratórias de direito e garantidoras de mínima regulação e moderação social.

Com a legislação não sendo rígida quanto a jornada de trabalho do teletrabalhador, faz com que este se sobrecarregue de forma excessiva, fazendo com que seus projetos, outrora planejados para vida e família fossem colocados em segundo plano, ao passo de que o único ponto importante da vida seria o trabalho.

Este tipo de situação gera um dano para o trabalhador, qual seja, o dano existencial. Sim, pois quando o projeto de vida do trabalhador começa a ser deixado de lado, o convívio familiar, social e com pessoas ao redor começam a ser deixados de lado em detrimento única e exclusivamente do trabalho, pode se afirmar que este trabalhador está sofrendo um dano, ainda que no começo de forma imperceptível.

Com passar do tempo, este dano vai criando formato maior e derrubando o trabalhador de várias maneiras, pois todos seus planos passam a ser interrompidos em razão da super subordinação em que ele passa com seu empregador, que passa a enviar tarefas não importando o dia muito menos o horário, eis que o que no final importa é o trabalho elaborado.

O trabalhador pode sim requerer dano existencial na justiça do trabalho, entretanto, tendo a consciência de que tal dano não é considerado presumido pela jurisprudência trabalhista atual, devendo portanto fazer prova do alegado para que consiga sua indenização pleiteada.

Fato é que a ausência de limitação de jornada vem prejudicando e muito os trabalhadores, que atualmente encontram-se assoberbados de trabalho e com o temor de uma

dispensa acabam cedendo ao empregador todo e qualquer desejo, deixando em segundo plano seu convívio social e até mesmo o aprimoramento de seus conhecimentos.

Por fim, também é importante destacar que trata-se de um tipo diferente de dano, não podendo ser acoplado ao dano moral ou outro dano qualquer previsto na legislação ou doutrina brasileira, eis que este dano ocorre em razão do prejuízo no objeto e plano de vida do indivíduo, ou seja, pode ser cumulado com as outras espécies de dano se assim a justiça do trabalho entender.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo. Horizonte: Fórum, 2018.

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.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, v. 21, n. 1, p. 240, abr./jun. 2013.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. **Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na shell brasil. Estudo de caso na Shell Brasil**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512010000100006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 1. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2005.

BARROS JR, Cassio Mesquita. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: RT, 2001.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **TELETRABALHO (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho**. Brasília, 2013.

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

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNARDI, Érica Adriana. **O Direito a Hora Extra do Teletrebalhador**. Associação Educacional e Assistencial Santa Lúcia, 2014. Disponível em:

http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2015/08/070815_ERICA_teletrabalho.pdf

BETIATTO, Ricardo. **Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho. R Betiatto - 2017 Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/116282>.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIÃO, Fernanda; FROTA, Hidemberg Alves da. **O fundamento filosófico do dano existencial**. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943 **Consolidação das Leis do Trabalho. CLT**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto_lei/Del5452compilado.htm

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Reforma Trabalhista**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943, e as Leis nos 6.019/1974, 8.036/1990, e 8.212/1991, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. Vol. I. Oitava Edição. Traduzido por Roneide Venancio Majer. – São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A era da informação economia, sociedade e cultura**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CAVALLINI, Marta. **MPT estabelece 17 recomendações para trabalho em home office; advogado diz que normas não têm força de lei**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/10/05/mpt-estabelece-17-recomendacoes-para-trabalho-em-home-office-advogado-diz-que-normas-nao-tem--forca-de-lei.html>.

CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. **Il danno esistenziale una nova categoria della responsabilità civile**. II Volume. Torino: Zanichelli Editore, 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CHRISTANDL, Gregor. Il diritto privato oggi. **La risarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise Juslaboral do Teletrabalho**. Curitiba: Camões, 2008.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. Apud BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://blogdoteletrabalho.wordpress.com/2013/10/27o-teletrabalho-surge-em-resposta-aos-novos-paradigmas-da-sociedade-da-informacao/>>.

FRONE, Michael R.; RUSSELL, Marcia; COOPER, M. Lynne. **Relation of work-family conflict to health outcomes: A four-year longitudinal study of employed parents**. Journal of Occupational and Organizational Psychology, 1994.

FILHO, Raphael de Barros Monteiro. **Indenização por dano moral: Evolução da jurisprudência**. Exposição feita em 30.3.95, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região in “Fórum de Debates”, São Paulo: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1995.

FINCATO, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no brasil: indicações para uma contratação minimamente segura**. RJLB, Ano 2 (2016), nº 2. Disponível em:<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf>.

FINCATO, Denise; GUIMARÃES, Cíntia; MATTE, Maurício (Orgs.). **Direito e Tecnologia – Reflexões Sociojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 87-96. ¹
 ESTRADA, Manuel Martín Pino. *Análise Juslaboral do Teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008.

FUTEMA, Fabiana. **Hell's office: 42% dos brasileiros dizem trabalhar 40 horas a mais por mês com o teletrabalho** Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/13523_hell-s-office-42-dos-brasileiros-dizemtrabalhar-40-horas-a-mais-por-mes-com-o-teletrabalho.html?fbclid.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **As novas tecnologias de informação e comunicação e o direito de desconexão do trabalhador: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado apresentada para a Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2019.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico**. São Paulo, LTr, 2003.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Nômades digitais: um futuro presente e um desafio para o Direito do Trabalho**. Disponível em <https://noticiasdoes.com.br/noticia/9134/nomades-digitais-um-futuro-presente-e-um-desafio-para-o-direito-do-trabalho>

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

JUNIOR, Sergio Fernandes. **A Regulamentação do Teletrabalho (Home Office) pela Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://www.sescapldr.com.br/imprensa/novidades/9-8-2017/a-regulamentacao-do-teletrabalho--home-office--pela-reforma-trabalhista>

HAZAN, Bruno F.; POLI, Luciana C. **A proteção do meio ambiente como dever de solidariedade correlato à função social dos contratos**. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 8, n. 2. 2018 Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/1926>

HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. **Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

LIMA, Francisco. Meton Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto.** Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LISTER, Kate; HARNISH, Tom. **The State of Telework in the U.S. - How Individuals, Business, and Government Benefit.** 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações Familiares. O Direito de Família e a Constituição de 1988.** Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACCARONE, Matteo. **Le imissione. Tutela reale e tutela della persona.** Milano: Giuffrè Editore, 2002.

MAFFRA, Márcia Vieira. **Direito à desconexão no universo do trabalho** – Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do direito à desconexão do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região. Campinas, nº 23, 2003.

MAÑAS, Christian Marcello. **A externalização da atividade produtiva: o impacto do teletrabalho na nova ordem socioeconômica.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, v. 39, n., p.125-139, 2003.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES; Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. 2º ed. **O novo direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis..** Revista dos Tribunais, 2014.

MELCHIORRE, V. L' f L à vita. **Filosofi e psicologi a confronto.** Atti de Covegno ideato e diretto da G. Trentini e C. Vigna, Franco Angeli. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

MELO, Geraldo Magela. **A reconfiguração do direito do trabalho a partir das redes sociais digitais.** São Paulo: LTr, 2018.

_____. **O teletrabalho na nova CLT.** ANAMATRA. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>

MIZIARA, Raphael. **O Novo Regime Jurídico do Teletrabalho no Brasil**. Publicado na Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 7, n. 62, p. 36-45, set./out. 2017.

MORAIS, Maria Cecília de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Sucesso, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NILLES, Jack. **Fazendo do teletrabalho uma realidade**. São Paulo: Futura, 1997.

NUNES, Rizzatto. **Mais uma tragédia. E a indenização por danos morais prevista na CLT é inconstitucional**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/295423/mais-uma-tragedia-e-a-indenizacao-por-danos-morais-prevista-na-clt-e-inconstitucional>

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **Direito à desconexão do trabalhador – repercussão no atual contexto trabalhista**. São Paulo: LTr, 2010. - v. 74, n. 10, p. 1180–1188 Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;2000892832>

PEDREIRA, Pinho. **O Teletrabalho**. Vol. 64, nº 05. 64-05/583-587. São Paulo: Revista LTr, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. I - Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil: Volume 1**. Editora Gen.

PERLINGIERI, Pietro. **La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 31, jul/set, 2007.

RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho**. 2007.

ROCHA, Cháris T. M.; AMADOR, Fernanda S.. **O teletrabalho: conceituação e questões para análise** Publicado Cad. EBAPE.BR vol.16 no.1 Rio de Janeiro jan./mar. 2018. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=pt&tlng=pt.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. **Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho**. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 01, n. 54, p. 207-231, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **Direito de desconectar**. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/01/09/O-direito-de-desconectar>.

RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile. I danni esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

SABINO, Mauro César Cantareira. **A desconexão do trabalho e o direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: a dignidade da pessoa humana como princípio basilar no ordenamento jurídico**. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 18, n. 4. abr. p. 25-31, 2012.

SAKUDA, Luiz Ojima. **Teletrabalho: desafios e perspectivas**. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) –Programa de Pós-Graduação em Administração, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2001.

SAPONE, Natalino. BIANCHI, Angelo. **Le ragione del danno esistenziale**. Roma: Aracne Editrice, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09, 2007.

SENA, Victor. **Como criar limites e deixar de trabalhar tanto tempo a mais no home office**. Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/carreira/como-criar-limites-e-deixar-de-trabalhar-tanto-tempo-a-mais-no-home-office/amp/>.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"**. Disponível em: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.

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

STOLZ, Scheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde**. Ministério da Ciência e da Tecnologia, Brasília, 2000.

TRAZZI, Maria Rita. **Il danno esistenziale: elementi e definizioni**. Disponível em: www.filodiritto.com/diritto/penale/dannoesistenziale

VALENTIM, João Hilário. **Teletrabalho e relações de trabalho**. Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano X, nº 19, Brasília, 2000.

VILELA, Daniela R. M.; SILVA, Wemerson F. Da. **O Teletrabalho na perspectiva da lei 13.467/2017: a tecnologia a serviço da precarização do trabalho**. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito - As Transformações do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho pelas Tecnologias–CONPEDI MG, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/4s56827c/HqQ91HN00zl7Bb4I.pdf>.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr, 2005.