

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

ANGELA DA COSTA SOUZA

**A JORNADA LABORAL EXCESSIVA COMO OFENSA AO DIREITO AO LAZER
DOS EMPREGADOS QUE EXERCEM CARGOS DE CONFIANÇA**

**ARACAJU
2015**

ANGELA DA COSTA DE SOUZA

**A JORNADA LABORAL EXCESSIVA COMO OFENSA AO DIREITO AO LAZER
DOS EMPREGADOS QUE EXERCEM CARGOS DE CONFIANÇA**

Projeto de pesquisa apresentada como pré-requisito para a conclusão do Curso de graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Orientador:
Professor Esp. Marcelo de Macêdo Schimmelpfeng

**ARACAJU
2015**

ANGELA DA COSTA SOUZA

**A JORNADA LABORAL EXCESSIVA COMO OFENSA AO DIREITO AO LAZER
DOS EMPREGADOS QUE EXERCEM CARGOS DE CONFIANÇA**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Marcelo de Macêdo Schimmelpfeng
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.Esp. Olavo Pinto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.^a.Dra Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria forças para enfrentar tão longa jornada e pela fé que tenho em ti senhor.

Ao meu esposo Luciano Cardoso, pela paciência e incentivo e por estar sempre presente em todos os momentos, cada dia que passa percebo o quanto é importante tê-lo em minha vida.

A instituição FANESE, pelo ambiente amigável que me proporciona.

Ao meu orientador, Professor Marcelo Macêdo Schimmelpfeng, pela disponibilidade e dedicação.

Ao corpo docente pela orientação, apoio e confiança.

Aos demais familiares e amigos que me acompanharam nesse percurso.

Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer.

Mahatma Gandhi

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal o estudo a respeito da incompatibilidade da ordem constitucional de 1988 com o artigo 62, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, uma vez que esta última exclui dos empregados em exercício de cargos de confiança o direito a uma jornada de trabalho limitada. Desde a publicação da Constituição Federal de 1988, foi garantido a todos os trabalhadores o direito a uma jornada de trabalho com limites de 8 horas diárias e 44 horas semanais, justamente para assegurar o descanso e lazer necessários para a manutenção da saúde física e mental destes. Assim sendo, entende-se que o Direito do Trabalho necessita ser regulado pelos princípios instituídos na Constituição Federal (sempre que estes forem favoráveis ao empregado). Neste contexto, serão apresentados ainda relatos em defesa do pagamento de indenização aos trabalhadores que comprovem excessos em sua carga horária laboral, uma vez que esta prática tolhe seu direito ao lazer.

PALAVRAS-CHAVE: Cargo de confiança; Prorrogação da jornada de trabalho; Direito ao lazer.

ABSTRACT

This work has as main objective the study regarding the incompatibility of constitutional order 1988 to Article 62, Section II, of the Consolidation of Labor Laws - CLT, since the latter excludes the positions of trust exercise in employees the right to limited working hours. Since the publication of the Federal Constitution of 1988 was guaranteed to all workers the right to a working day with limits of 8 hours per day and 44 hours per week, just to ensure rest and recreation necessary for maintaining physical and mental health. Therefore, understand that labor law needs to be regulated by the principles established in the Constitution (where these are favorable to the employee). In this context, it will be also presented reports on defending the payment of compensation to workers who prove excesses in their working hours, since this practice hinders their right to leisure.

KEYWORDS: Trust office; Extension of working hours; Right to leisure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A JORNADA DE TRABALHO DIFERENCIADA DAQUELES QUE EXERCEM CARGOS DE CONFIANÇA.....	11
2.1 Conceito de cargos de confiança.....	11
2.2 O que diz o artigo 62, II, da CLT.....	14
2.3 Da importância da limitação da jornada de trabalho.....	15
3 DA ILEGALIDADE NA PRÁTICA EXCESSIVA DE PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	18
3.1 Do conceito de Lazer.....	18
3.2 Do direito ao lazer explícito na Constituição Federal de 1988.....	19
3.3 A contradição entre o que diz a CF 88 e o que prega a CLT a respeito da jornada de trabalho dos cargos de confiança e a ação de inconstitucionalidade por omissão	21
4 AS CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO DE TRABALHO: VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER DO EMPREGADO QUE EXERCE CARGO DE CONFIANÇA.....	24
4.1 A prorrogação de horas de trabalho restringe o empregado do direito ao lazer.....	24
4.2 As consequências mais comuns à saúde daqueles que excedem os limites da jornada de trabalho.....	25
4.2.1 Estresse.....	27
4.2.2 Estresse ocupacional.....	29
4.3 Do cabimento de indenização compensatória por parte do empregador pelo dano causado.....	30
5 CONCLUSÃO.....	36
6 REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a jornada laboral excessiva como ofensa ao direito ao lazer dos empregados que exercem cargos de confiança, à luz do artigo 62, II, da CLT e do que diz a Constituição brasileira.

O tema se impõe pelas diversas discussões a cerca deste assunto, uma vez que se encontra esculpido no art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estes labutadores não têm direito à carga horária de trabalho “fixa”, algo que nitidamente viola o direito ao lazer deste empregado e entra em confronto com o art. 61, da mesma lei, bem como, com a CF 88.

A pesquisa aborda justamente a incoerência que há entre o referido artigo e o que reza a Constituição Federal, cuja finalidade é tentar esclarecer quais os direitos dos empregados que exercem cargos de confiança, no que diz respeito ao direito de lazer destes, além do desejo de poder contribuir com os futuros estudos daqueles que possuem interesse na matéria de Direito do Trabalho.

Os objetivos desta monografia foram explicitar o quanto a jornada de trabalho dos empregados que exercem cargos de confiança é diferenciada; e esclarecer porque esta diferenciação é ilícita; e apontar os porquês desta carga horária tão excessiva violar o direito ao lazer do empregado.

A elaboração do presente trabalho foi desenvolvida através de pesquisa documental de leis, acórdãos, assim como pesquisa bibliográfica, analisando obras que versam sobre Direito do Trabalho e Direito Constitucional, a fim de formar os conceitos necessários para atingir a finalidade proposta nesta pesquisa, isto é, comprovar a ofensa do direito de lazer daqueles que exercem o cargo de confiança quando seu empregador insiste em prorrogar sua jornada de trabalho para algo que deve funcionar quase que diuturnamente.

O trabalho é composto por três capítulos: o primeiro deles abordará o conceito de cargos de confiança; comentará o artigo 62, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho e a importância da limitação da jornada de trabalho.

No segundo, será abordado o conceito de lazer; o direito ao lazer segundo a Constituição Federal de 1988, a contradição entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a nossa Carta Magna, além de breves considerações sobre a “inconstitucionalidade” diante desta contradição.

Por fim, um capítulo que tratará do lazer como um direito fundamental do trabalhador e que a prorrogação das horas de trabalho pode restringir drasticamente o direito ao lazer deste. Tratará sobre as consequências mais comuns daqueles que excedem esses limites dessa jornada, bem como sobre o estresse e estresse ocupacional. E haverá também a defesa de que cabe indenização compensatória por dano causado aos empregados que exercem cargos de confiança sob estes moldes de trabalho “ilimitado”.

2 A JORNADA DE TRABALHO DIFERENCIADA DAQUELES QUE EXERCEM CARGOS DE CONFIANÇA

2.1 Conceitos básicos sobre cargo de confiança.

Quando um estudo pretende tratar especificamente sobre o tema "cargo de confiança" considera-se salutar definir os significados dos termos cargo e confiança. Pois bem, o cerne da palavra cargo nada mais é do que função, a descrição da atividade que tal trabalhador exerce em dada instituição, seja esta ocupação exercida dentro de uma organização particular ou pública. Já a palavra confiança possui significados diversos como: sentimento próprio de quem confia, crença em algo ou alguém, credibilidade, confiabilidade, segurança, etc.

O artigo 62 da CLT, em seus incisos I e II, disciplina a questão do empregado que exerce cargo de confiança, mas não conceitua exatamente em que consiste de fato esta função. O referido artigo dispõe ainda que os empregados em cargo de confiança não estão obrigados ao controle de jornada de trabalho, dada a liberdade outorgada a este pelo próprio empregador. A mesma liberdade ocorre quando se trata da tomada de decisões em seu nome. Enfim, seja pela autogestão em relação a sua jornada de trabalho ou pela escolha do direcionamento dos trabalhos estabelecidos pela empresa é clara a diferenciação entre cargo de confiança e os demais cargos.

São enquadrados como ocupantes de cargo de confiança os gerentes, diretores, administradores e chefes de departamento que possuam amplos poderes e que ocupem função diretiva dentro da empresa ou outro estabelecimento qualquer que necessite de gerência. Entretanto, há os que defendem que a chamada "confiança" necessária para o exercício de determinada função advém de fatores intimamente subjetivos, cabendo tão somente ao empregador delinear essas funções e nomeá-las como melhor entender.

Sobre estas diferenciações Vólia B. Cassar (2014, p.664) elenca que:

Nem todo cargo de direção será necessariamente de confiança. Mas, igualmente, não basta tratar-se de função técnica para que se considere, desde logo, afastada a hipótese de cargo dessa natureza. Não é certo, por igual, que o fato de o empregado ter poderes de

representação o classifique, só por isso, como exercente de uma função de confiança (...). Em princípio serão de confiança aqueles cargos cujo exercício coloque em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade. Assim, o empregado que administra o estabelecimento, ou aquele que chefia determinado setor vital para o interesse do estabelecimento.

Sabidamente, o cargo de confiança não é tão somente um título dado a 'X' função dentro de uma empresa. Sua prática possui bastante relevância e, uma vez que, as responsabilidades de gerir com autonomia e ter de lidar com as pressões e horário de trabalho diferenciado acabam trazendo mais peso para esta função. Assim, é óbvio que sua remuneração precisa ser equivalente a carga de trabalho desempenhada. E por isso que há a determinação de que estes percebam no mínimo 40% (quarenta por cento) a mais que seus subordinados ou colegas de serviço.

O cargo de confiança representa um poder de mando mais alto do que a simples execução da rotina empregatícia de oito horas diárias de serviço, o que coloca o empregado "de confiança" em natural superioridade em relação a seus companheiros e aproxima-o da figura do patrão pelo exercício cotidiano de atos próprios do empregador. Portanto, ainda que a CLT não seja explícita quanto à sua definição, a jurisprudência já tem entendimento pacífico de que atribuir um cargo de confiança a um empregado sem que lhe seja outorgado a autonomia na devida proporção, viola os princípios trabalhistas.

O estudioso sobre o Direito trabalhista Maurício Godinho Delgado (2010, p. 340) diz que "o tema relativo aos cargos ou funções de confiança ou gestão, tem de ser examinado distinguindo-se dos períodos principais: antes e depois da alteração lançada no artigo 62 da CLT, pela Lei n. 8.966/94". E diz mais:

Destarte, o artigo 62 da CLT, anterior a Lei n. 8.966/94, considerava cargo ou função de confiança aquele existente na alta hierarquia administrativa da empresa, hábil a conferir a seu ocupante amplos poderes (...), além de poderes a sua representação, ou seja, o cargo de confiança era destinado a um empregado que tinha vasto poder em decidir a respeito de assuntos relacionados ao bom funcionamento da empresa (DELGADO, 2015, p.340).

Posteriormente, o mesmo art. 62 da CLT foi modificado e após a Lei n. 8.966/94 passou a exibir novo texto:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Desse modo, a nova lei manteve os princípios básicos da redação anterior, porém adicionou a diferença salarial, pois houve o entendimento de que este empregado deveria receber um acréscimo sob seu salário devido às especificidades já descritas anteriormente.

Cassar (2014, p.662-669), ainda distingue os empregados de confiança nos três grupos a seguir:

a. Primeiro Grupo - “Gerente”

Neste Grupo, os empregados possuem um ou mais poderes, entre eles, fiscalização, podendo demitir, admitir, emitir cheques, atribuir gestões, contratar, representar o empregador perante credores, devedores, clientes, repartições públicas, através de mandato outorgado pelo empregador ou não, podendo ou não ter subordinados, do mesmo modo têm poderes restritos e com limitações.

b) Segundo Grupo - “Gerentão”

Destarte, neste segundo grupo, os empregados de confiança podem exercer as mesmas atribuições acima citadas, porém com poderes mais amplos, bem como sem restrição para alguns atos, neste grupo o empregado poderá exercer sua função com autonomia, sem fiscalização, sem limites, substituindo o empregador como se ele fosse.

c) Terceiro Grupo - “Diretores”

O Terceiro e último grupo, os empregados são eleitos através de assembléia-geral ao cargo de diretor de sociedade anônima, desde que não seja subordinado a nenhum outro empregado. A Súmula nº 269 do TST, aduz que considera suspenso os contratos de emprego enquanto exercem tal função, ademais este empregado administra livremente a empresa. Existem outras correntes, em que defende a extinção do contrato de trabalho, pelo fato do empregado ser seu próprio patrão.

Nota-se que os autores mencionados acima defendem a corrente de que nem todos os empregados que ocupam cargos de direção serão primordialmente exercentes de função de confiança. Para eles, não é porque o empregado tem

poderes de representação que deverá ser considerado exercente de função de confiança. Para tal atribuição deve o cargo exercido ser de suma importância para a própria existência da empresa.

2.2 O que diz o artigo 62, II da CLT - Discussões sobre (IN)constitucionalidade deste artigo.

Sergio Pinto Martins (2005, p.486) assevera que algumas funções foram excluídas da proteção de uma jornada de trabalho definida pela CLT porque exercem atividade externa incompatível com a fixação de um horário de trabalho, e seria essa diferenciação inerente a um desempenho satisfatório da função que subtrairia o direito ao adicional de horas extras.

A legislação trabalhista preceitua que esta classe de empregados deve ser excluída das normas presentes no Capítulo II da CLT, justamente porque este estabelece as regras pertinentes à duração do trabalho. Trata da limitação da jornada de trabalho diário, do descanso semanal remunerado, do pagamento de horas extras, entre outros.

Logo, não incidem horas extras a favor do empregado enquadrado em tal circunstância funcional, haja vista que a lei considera que a natureza e prerrogativas do cargo de confiança o tornam incompatível com a sistemática de controle da jornada de trabalho aplicável ao conjunto de empregados de uma organização empresarial. (DELGADO, 2010, p.344).

Em contrapartida, Valdete Souto Severo (2009, 76-77) posiciona-se a respeito da não recepção do artigo 62 da CLT:

A ordem constitucional instaurada em 1988 fixa parâmetros a partir dos quais toda a legislação vigente deve ser interpretada e aplicada. Desse modo, a partir das premissas ali fixadas, teríamos como alternativa a compreensão de que o artigo 62 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional ou, pelo menos, de que seria aplicável apenas nos limites ali compreendidos, a serem sempre examinados com muita cautela.

Já no ano de 2007 houve a aprovação de um Enunciado número 17 da Encíclica *Rerum Novarum*, proposto por Jorge Luiz Souto Maior, que estabelece a inconstitucionalidade do referido artigo. Segue texto para ilustração abaixo:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Mas muito embora este enunciado estabeleça que o art. 62 da CLT deve limitar a jornada de trabalho do empregado investido em cargo de confiança, a incompatibilidade permanece e a falta de controle da jornada destes trabalhadores também.

Prova disso é o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho que ainda no ano de 2004 determinou a constitucionalidade do referido artigo. Note:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT - NÃO - OCORRÊNCIA. Não há que se falar na -inconstitucionalidade- do art. 62 da CLT, pois, sendo o referido dispositivo consolidado norma pré-constitucional e havendo conflito com algum dispositivo constitucional, a hipótese seria de não recepção, ao invés de inconstitucionalidade. Ademais, o art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna, pois disciplina situação distinta não sujeita à jornada normal mínima, não colidindo, portanto, com a regra fundamental, mas, de forma contrária, completa a norma genérica do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal. Com efeito, a Constituição Federal dispõe apenas genericamente sobre a jornada de trabalho, não havendo impedimento de a legislação infraconstitucional federal regulamentar, de forma específica, o tema, consoante o disposto no art. 22, I, da Carta Magna. Assim, se o dispositivo consolidado em comento excetua situações de trabalho não submetidas a controle de horário ou nas quais o referido controle é impraticável, isto não significa que obriga os trabalhadores por ele abrangidos a extrapolar a jornada inserta no inciso XIII do art. 7º, mas apenas lhes retira o direito de receber as horas extraordinárias, já que podem estabelecer sua jornada, não se sujeitando ao poder diretivo do empregador. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 643008720005050007 64300-87.2000.5.05.0007, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 09/06/2004, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 06/08/2004.)

2.3 Da importância da limitação da jornada de trabalho

A exposição de qualquer trabalhador a um prolongado período de atividades laborais, sejam estas físicas e/ou mentais, tende a gerar uma fadiga que em pouco tempo se transformará em um problema de saúde mais grave.

O empregado exposto a longas horas de trabalho ou curtos intervalos de descanso logo perceberá que os momentos de repouso diário já não são suficientes para aplacar o enorme cansaço que sente, pois esse quadro de fadiga patológica compromete o sistema imunológico, deixando o trabalhador muito mais vulnerável às doenças, além de induzi-lo a um processo crescente (e muitas vezes sem volta) de insatisfação com o serviço, absenteísmo, baixa produtividade e até maior número de acidentes de trabalho.

Ciente dessas complicações comuns ao cotidiano dos empregados brasileiros, o doutrinador constitucional-trabalhista Arnaldo Süssekind (2004, p.453), escreveu que os fundamentos para a limitação da duração do trabalho são:

- a) de natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga;
- b) de caráter social, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família;
- c) de ordem econômica, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa.

Outros estudiosos defendem ainda que, além de esbarrar nos limites físicos e na interação social e familiar do trabalhador, o prolongamento da jornada de trabalho fere também questões morais. O empregado necessita de tempo para satisfazer seus anseios espirituais e sociais, até mesmo para que este possa sentir-se disposto e possa desenvolver suas atividades laborais a contento.

Para Carolina Carneiro de Abreu (2013, p.21) limitar a jornada de trabalho é, indiretamente, garantir tempo livre para o ser humano. A Constituição possui diversas regras limitadoras da jornada de trabalho, o que torna ainda mais explícita a intenção do legislador de garantir o direito fundamental ao lazer, logo se entende que esses preceitos devem ser respeitado pelo empregador. Eis algumas regras:

Art. 7º. (...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
(...).

Assim, entende-se que permitir e valorizar um período adequado de descanso aos funcionários tende a propiciar mais produtividade e menos incidentes negativos para a empresa, haja vista que, sabidamente, o maior índice de acidentes de trabalho ocorre exatamente no período da prorrogação da jornada de trabalho, e não após momentos de descanso.

3 DA ILEGALIDADE NA PRÁTICA EXCESSIVA DE PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

3.1 Do conceito de lazer

Pode-se definir o termo Lazer como sendo o tempo recreativo que dado indivíduo possui para organizar-se e utilizar da forma que melhor lhe convier. Entretanto, não podemos chamar de “lazer” o período gasto com atividades básicas como comer ou dormir.

A aplicação mais comum da palavra Lazer está associada ao descanso do trabalho. Logo, para fins de conceituação trabalhista, o termo lazer sempre aparecerá ligado a questões externas ao ambiente de trabalho ou períodos de férias.

O sociólogo francês Jofre Dumazedier (1978, p.94), caracterizou lazer como:

[...] um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.

Os estudos e discussões sobre o real conceito de lazer começaram apenas após a Revolução Industrial, com repercussões de maior destaque a partir do século XIX, até porque anterior a este período o termo lazer possuía uma significação negativa. O tempo que o empregado passava fora do trabalho era tido como inútil para o crescimento da sociedade.

Entretanto, para estudiosos como Nelson Carvalho Marcellino, as definições de lazer similares a de J. Dumazedier seriam incoerentes, uma vez que relacionam o lazer apenas com a satisfação de ‘X’ necessidades sem envolver a figura do Estado como o responsável pela definição de políticas públicas para o lazer. O autor observa ainda, a total ausência de um pensamento de caráter coletivo de lazer, fazendo a simples associação do lazer como experiências individuais. Para Marcellino (1995, p.10), o lazer pode ser melhor definido:

[...] como a cultura - compreendida no seu sentido mais amplo - vivenciada (praticada ou fruída) no ‘tempo disponível’. O importante, como traço definidor, é o caráter ‘desinteressado’ dessa vivência.

Não se busca, pelo menos fundamentalmente, outra recompensa além da satisfação provocada pela situação. A disponibilidade de tempo' significa possibilidade de opção pela atividade prática ou contemplativa.

Deste modo, e com uma concepção mais abrangente, faz-se possível estudar os momentos de descanso do trabalhador pelo ponto de vista da ótica jurídica, já que o direito ao lazer é um direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

3.2 Do direito ao lazer explícito na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 assentou o direito ao lazer como direito fundamental social, equiparado a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à infância e a maternidade e a assistência aos desamparados. E como tal, o lazer passou a ser direito inerente à condição humana e foi desta forma que seu real valor foi positivado na ordem jurídica de nosso país. Segue texto do artigo 6º abaixo:

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.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, traz expressamente o direito ao lazer como um dos direitos essenciais para qualquer ser humano, declara o lazer como sendo uma ação importante para a preservação da boa qualidade de vida do trabalhador. E considerando a importância e influência que esse documento possui, observe exatamente o que ele diz: “Artigo XXIV - Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive, a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. (LUNARDI, 2008. p.28). E foi com este acondicionamento que o direito ao lazer ingressou no conjunto dos “Direitos Humanos”, no conjunto daqueles direitos que a comunidade internacional considera como inerentes a todas as pessoas, e assim sendo, indispensáveis à dignidade humana.

Já a luz de um estudo voltado para o sentido histórico-social, constata-se que o nascimento e a reunião de determinados direitos sob a denominação de

“direitos humanos”, e posteriormente, de “direitos fundamentais”, teve início com os movimentos sociais de caráter revolucionário que se desenvolveram nos séculos XVII e XVIII. Revoluções impulsionadas pela necessidade de colocar limites no poderio desenfreado que o Estado exercia sob o povo. Na época, o governo assumia sua forma mais invasiva em relação a vida das pessoas, período em que se aplicava a teoria de governo fiel aos ideais do Estado Absolutista, inspirado por circunstâncias sociais derivadas ainda do fim da Idade Média.

De tal modo, se entende que o conceito de lazer está diretamente ligado a evolução das sociedades e, por essa razão, deve-se lembrar que o desenvolvimento dos direitos fundamentais (dentre eles, o direito fundamental ao lazer) teve todo um entorno de contexto histórico mundial para que viesse a nascer. As Revoluções Francesas e Americana, por exemplo, tiveram como objetivo a positivação da autonomia pessoal, de forma que o Estado não interferisse na esfera pessoal do indivíduo, reconhecendo, portanto, os direitos civis e políticos, pautados na liberdade e no direito de escolha das pessoas. (ABREU, 2013, p.42).

A partir daí (e até os dias de hoje) destacam-se as lutas pelos direitos sociais e econômicos via constitucionalização, o chamado Estado Social de Direito. E nessa vertente, enfatiza-se o clamor por melhores condições de trabalho, aumento dos salários e a defesa pela diminuição da jornada de trabalho.

Logo, o direito ao lazer está inserido entre os direitos fundamentais porque traz consigo o reconhecimento do Estado de que ele deve propiciar uma vida mais digna ao indivíduo, assim, a intervenção do ente público ocorre para que este bem maior possa garantir sua máxima efetivação.

O acadêmico Alexandre Lunardi (2008, p.18) destaca ainda que:

No Estado Democrático de Direito não se vê o direito ao lazer simplesmente como um direito que surge na ausência de outros direitos. Ele é um direito que deve ser colocado em confronto com os demais direitos já existentes. Busca-se a própria existência de um espaço de tempo livre na vida do indivíduo, mas não só, preocupa-se com a qualidade da utilização deste tempo livre, tanto no aspecto social, onde se tem a função cultural do lazer, bem como no plano individual, onde se busca a garantia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Somente desta forma o direito ao lazer pode atender ao princípio constitucional que determina que a função do Estado é assegurar a dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o direito ao lazer não pode ser limitado a uma mera declaração constitucional sem qualquer efeito prático.

Dessa forma, e sendo um direito fundamental que é, o direito ao lazer tem sua aplicação definida constitucionalmente, possuindo assim, razão de aplicação imediata e garantida indiscriminadamente a todos os empregados. Entretanto, não é o que ocorre no caso dos trabalhadores que exercem cargos de confiança por conta do que define o artigo 62, II, da CLT.

3.3 A contradição entre o que diz a CF 88 e o que prega a CLT a respeito da jornada de trabalho dos cargos de confiança e a ação de inconstitucionalidade por omissão

Ao verificar que o artigo 62, inciso II, da CLT exclui o direito a uma jornada de trabalho regular aos gerentes, diretores e chefes de departamento, mesmo esta estando prevista constitucionalmente, é nítido que este artigo representa uma clara afronta ao direito constitucional ao lazer. E na medida em que os trabalhadores ali referidos não se encontram cobertos por nenhum tipo de controle de carga horária configura-se uma tentativa de afastá-los da condição de possuidores deste direito.

Assim sendo, defende-se que o direito trabalhista deve sempre respeitar os princípios insculpidos pela Constituição Federal Brasileira, principalmente, quando estes estejam tão claramente favoráveis ao trabalhador. Neste caso inclusive, se revela a certeza de que a dignidade da pessoa humana, que tanto norteia os princípios constitucionais, precisa ser aplicada em toda a sua plenitude, logo, o artigo 62 previsto na CLT apresenta-se como uma evidente transgressão aos pareceres da Carta Magna de 1988, na medida em que ele direciona e concebe atos que inibem o trabalhador do gozo do direito ao lazer. (CALVET, 2006, p.97).

O funcionário quer seja ele um gerente diretor ou chefe de departamento, não pode ter o seu direito ao descanso impedido por seu empregador. Até porque a uniformização dos horários de trabalho existe com a intenção de dar ao trabalhador não só o benefício do repouso, mas também a condição de manter-se disposto e saudável para continuar seu trabalho.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se quanto à efetivação concreta dos direitos por ela garantidos, por isso buscou estabelecer mecanismos jurídicos (e políticos) para que o povo, diretamente ou por meio de seu representante legal, pudesse exigir do Estado e/ou de terceiros a concretização das normas

constitucionais. Sobre esta possibilidade de “negação de direitos” Zeno Veloso (2000, p.247) diz que:

(...) a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir a obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade a seus propósitos e dar concretude a seus princípios. Se a Constituição formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma "folha de papel". E não são poucos os espíritos retrógrados e passadistas que sonham com isto.

Para agir contra essa prática de cerceamento de direito ao lazer, existe o chamado controle jurisdicional de constitucionalidade que deve atuar sempre que for identificado algum tipo de omissão legislativa referente a um direito. Estudiosos deste tema como José Afonso da Silva (2001, p.47) apresentam a inconstitucionalidade por omissão da seguinte forma: "verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais".

A finalidade deste controle é dar plena concretude a todas as normas constitucionais, não consentindo que o legislador e/ou administrador imponha outra direção ao poder do Estado, senão aquela previsto de forma expressa na Constituição Federal. A esse respeito o atual vice-presidente do Brasil e autor de obras a respeito dessa matéria Michel Temer (2001, p.51) esclarece:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles que simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas das normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes. Ou seja: o legislador ordinário, omitindo-se inviabilizou a vontade do legislador constituinte.

E é a partir de opiniões como essas que se faz possível compreender que a inconstitucionalidade por omissão também ocorre pelo fato de que muitas cláusulas

constitucionais dependem de lei ou de providência administrativa para que se efetive. Assim, uma vez que a responsabilidade pelo exercício destes atos incide sob o Poder Público, a responsabilidade pela omissão pode (e deve) recair tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Executivo.

Teoricamente falando, configurar a prática de inconstitucionalidade por omissão é simples, basta o direito presente na Constituição não se concretizar, seja por culpa do legislador que não produziu a lei necessária para isso, seja por dolo do administrador que não deu a providência administrativa necessária para a aplicação prática deste direito. Entretanto, quando a própria Constituição não estipula um prazo específico para a feitura da referida lei ou ato normativo torna-se mais difícil definir a partir de que período a omissão por parte do Poder Público fica caracterizada, apesar disso, é de bom senso aplicar certa razoabilidade do decurso do tempo para configuração de tal omissão.

A ação de inconstitucionalidade por omissão é prevista em nossa Constituição Federal, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. No artigo 103, parágrafo 2º, observa-se:

Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Infelizmente, hoje, o efeito de uma ação de inconstitucionalidade por omissão é apenas dar ciência ao Poder respectivo - Legislativo ou Executivo - da omissão praticada. Isso ocorre em razão da proteção do princípio da discricionariedade do legislador, que constitui que o momento para a prática do ato é uma decisão política do Poder em questão, não devendo, assim, ser permitido que outro Poder realize interferência sob pena de violação do artigo 2º da Constituição Federal que estabelece que os Poderes da União como harmônicos e independentes entre si. (FOGLIA, 2013, p.109).

Pois bem, após o exposto até aqui, conclui-se que o dispositivo constitucional que dá ao Lazer *status* de Direito Fundamental está avulso ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que não vigora diante do direito trabalhista atual e culmina na exclusão do direito de repouso dos profissionais exercentes de cargos de gestão.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO DE TRABALHO: VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER DO EMPREGADO QUE EXERCE CARGO DE CONFIANÇA

4.1 A prorrogação de horas de trabalho restringe o empregado do direito ao lazer

Uma vez definido que o serviço tido como extraordinário é apenas aquele previsto no art. 61 da CLT, e que sua compensação só pode ser feita através de acordo ou convenção coletiva, qualquer espécie de prorrogação diferente desta previsão não está coberta pela Constituição de 1988 e, conseqüentemente, ofende o direito fundamental ao lazer. Logo, é de suma importância que haja uma definir que a jornada excessiva é toda aquela que viola o direito ao lazer, que se trata de um ato ilícito que causa dano ao trabalhador, conforme consta no Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim sendo, mesmo que haja acordo entre empregado e empregador a respeito dessa prorrogação, a depender do caso concreto e com respeito à razoabilidade, haverá sim uma ofensa do direito ao lazer deste trabalhador, afinal se trata de um direito irrenunciável e a empresa não pode ser aproveitar de sua superioridade econômica em detrimento da inferioridade do empregado para fazê-lo cumprir uma jornada de trabalho desumana e ilegal.

Para Sandra Regina Pavani Foglia (2013, p.91 apud Mañas 2005, p.77):

A sensação de que o trabalho está mais humanizado, em verdade, é uma falácia. Porque o sofrimento prossegue nas organizações produtivas, em que os trabalhadores, atualmente, temem não satisfazer, não estar á altura das imposições da organização do trabalho: imposições de horários, de ritmo, de formação, de aprendizagem, nível de instrução e diploma, de experiência, de rapidez de aquisição de conhecimentos teóricos e práticos.

Na Verdade, torna-se equivocada a ideia de que as mudanças organizacionais e produtivas propiciaram um aumento de tempo de lazer, pelo contrário o que houve foi no surgimento de novas modalidades de opressão e privação da liberdade humana.

O que se vê frequentemente é a associação direta do conceito de lazer às experiências individuais vividas por cada um, o que reduz a importância do lazer a simples ideia de que é apenas o conteúdo de uma determinada atividade. Comumente, o termo lazer é sempre relacionado ao divertimento e ao descanso. Mas “lazer” não é sinônimo de “não fazer nada”, pois mesmo para divertir-se o indivíduo demanda um esforço físico capaz de satisfazê-lo, como praticar esportes, dançar, escrever um livro, etc.

Sobre essa eterna dedicação humana ao trabalho Karl Marx (1980, p.81) diz que:

Fica desde logo claro que o trabalhador, durante toda a sua existência, nada mais é que força de trabalho e que todo o seu tempo disponível é, por natureza e por lei, tempo de trabalho a ser empregado no próprio aumento do capital. [...] Mas seu impulso cego e desmedido em sua voracidade por trabalho excedente, viola os limites extremos, físicos e morais da jornada de trabalho. Usurpa o tempo que deve pertencer ao crescimento, ao desenvolvimento e a saúde do corpo. Rouba o tempo necessário para se respirar ar puro e absorver a luz do sol. Comprime o tempo destinado às refeições para incorporá-lo, sempre que possível, ao próprio processo de produção.

A jornada diária de trabalho deve ser limitada, observando os aspectos psicológicos, físicos, familiares, sociais dentre muitos outros. Uma longa jornada de trabalho pode resultar em um quadro preocupante de estresse ocupacional, o que gerará pouco rendimento e outras consequências que prejudicam não apenas o empregado, mas também o seu empregador.

4.2 As consequências mais comuns à saúde daqueles que excedem os limites da jornada de trabalho

Abolir completamente o estresse do dia-a-dia do ser humano é sabidamente algo impossível, uma vez que o mundo moderno e todos os seus meandros nos empurram a todo o momento para situações onde a prática do bom senso e da tolerância são atitudes necessárias para a manutenção do nosso equilíbrio mental e saúde física. Por isso, sempre se deve buscar diminuir os efeitos

maléficos que estresse em demasia pode ocasionar, sobretudo, quando seu foco está relacionado uma rotina de trabalho excessiva.

Dentro de todos os seguimentos que compõem a vida do indivíduo, o trabalho constitui um ponto importante, se não o principal, visto que se trata de um setor determinante para a construção do próprio ser. O estresse dentro do ambiente de trabalho é sem dúvida uma realidade crescente nas mais diversas atividades, mas certamente profissões que em seu cerne já trazem as responsabilidades de gerência ou liderança como é caso dos cargos em comissão, estão mais suscetíveis a problemas de saúde como esse.

Obviamente, os chamados “agentes estressantes” que incidem sob esses trabalhadores não estão ligados diretamente (ou tão somente) ao trabalho que exercem em si, mas advêm de vários outros conflitos associados, inclusive, da falta de tempo para o descanso e convívio familiar, ou seja, falta de lazer.

A prova de que pode estar ocorrendo a deterioração da qualidade de vida de um trabalhador manifesta-se de diversas formas, com destaque para as patologias psicológicas, dentre as quais se sobressai o estresse, haja vista que este tem se tornado um termo frequente no discurso dos profissionais que procuram ajuda para afastar-se de ambientes de trabalho “estressantes” e por consequência, danosos a sua saúde física e mental.

Reações orgânicas como taquicardia, sudorese, falta de concentração, perda de memória, irritabilidade e medo são próprias do sujeito acometido pelo estresse. E foi em razão dessas manifestações desagradáveis recorrentes no cotidiano do trabalhador, que surgiram diversos estudos em busca adequar o trabalho e a estrutura das instituições (sejam estas públicas ou particularidades) às necessidades dos empregados, visando a satisfação destes e, conseqüentemente, a melhoria de seu desempenho profissional.

Pois bem, obviamente que o mundo contemporâneo exige muito mais de seu trabalhador do que o mercado de trabalho de décadas atrás. Entretanto, os processos mentais pelos quais os seres humanos passam mudaram muito pouco desde o tempo em que trabalhar significava apenas laborar em troca de uma remuneração. Hoje os conceitos de ‘qualidade de vida’, bem estar, motivação, satisfação pessoal e tantos outros, estão enraizados no consciente de qualquer pessoa, sobretudo, da população economicamente ativa.

A esse respeito o psicólogo Gláucio Luiz Alves B. (1992, p.45) define que:

[...] o ser humano sofre por viver na era espacial com uma constituição da Idade da Pedra. Para corroborar com esta afirmação, diversas pesquisas demonstraram que em situação de perigo as pessoas apresentam reações muito parecidas com as que os animais manifestam quando ameaçados. A esse fenômeno biológico foi dado o nome de estresse, palavra que vinha sendo utilizada nas ciências exatas para designar o total de forças que agem contra uma resistência. Para o organismo biológico o estresse é uma resposta não específica a eventos que lhe são impostos.

4.2.1 Estresse

Em meados do século XIV o termo estresse era utilizado com o sentido de aflição e infortúnio, mas já no século XVII passou a ser utilizado para designar opressão, desconforto e adversidade (FRANCHESCHI, 2000, p.20).

Dentre os estudos sobre o estresse, destacam-se os realizados pelo fisiologista, Hans Selye. Foi ele quem descobriu que há uma série de reações físicas desencadeadas a partir de algum estímulo externo e que estímulos como a dor ou uma temperatura elevada podem levar ao aparecimento de algumas patologias. Além disso, ele afirmou que momentos ruins causados pelo excesso de trabalho podem provocar o estresse. (SOUZA E MORAIS, 2007, p. 58).

Estudos contemporâneos sobre o estresse baseiam-se nas pesquisas de Selye, porém ampliam seu foco de atenção, contando com a participação de áreas da medicina, biologia, psicologia e outras. Hoje se entende que o homem, quando se sente ameaçado ou em perigo, desenvolve uma série de reações cognitivas, sensório-perceptivas como mecanismos de proteção, que o prepara para a luta ou para a fuga da situação estressante. (LIPP, 2001).

Neste sentido Silva e Marchi (2002, p.22) afirmam que o estresse é um estado intermediário entre saúde e doença, um estado durante o qual o corpo luta contra o agente causador da doença.

Pela ótica psicológica, em um sujeito acometido por estresse, vários sintomas podem aparecer como: ansiedade, tensão, angústia, insônia, problemas de relacionamento com os colegas de serviço, dúvidas em relação a si mesmo, falta de concentração, raiva em demasia e, principalmente, hipersensibilidade emotiva. E se

nada for feito para mudar essa situação, a pessoa se sentirá cada vez mais exaurida, sem energia e acabará depressiva.

Na área física, muitos tipos de doenças podem ocorrer, a depender da herança genética de cada pessoa. Uns adquirem úlceras, outros hipertensão, outros ainda contraem males como crise do pânico, herpes e outras doenças. (CAMELO E ANGERAMI, 2004).

Além disso, não se pode deixar de considerar as complexidades da vida moderna, das inúmeras exigências por parte do mercado de trabalho, das ameaças de desemprego, da pressão por mais produtividade, etc. Para Lipp (1996) tais cobranças são agentes estressores que podem ou não ser fonte de sintomas relacionados ao estresse, vai acontecer dependendo das características individuais de cada profissional. E mais:

[..] distingue-se os agentes estressores em externos e internos. Os primeiros resultam de eventos ou condições externas que afetam o organismo e independem da pessoa, como mudança de chefia e acidentes. Os segundos são determinados pela própria pessoa, advindos do seu modo de ser no mundo, com suas crenças, padrões de comportamento e dificuldade de relacionar-se. (LIPP, 2001).

Logo, qualquer modificação na vida de uma pessoa é fator gerador da necessidade de adaptação física e/ou mental e, por consequência das adversidades comportamentais, a reação de cada pessoa dependerá diretamente de suas experiências anteriores, ideias e padrões.

Conforme Masci (2001, p.10), a elevada incidência do estresse em todo o mundo, levou a ONU a chamar o estresse de "a doença do século 20" ainda no ano de 1992.

Segundo Cabral (1997, p.07), o estresse sempre é desencadeado por algum agente estressor, e este estímulo qualquer é capaz de provocar o surgimento de um conjunto de respostas orgânicas ou psicológicas.

Albrecht (1999, p.29-30) pondera que o estresse trata-se de uma mobilização química coordenada para atender às reivindicações de um corpo que está em fuga de uma situação considerada estressora.

Assim, o estresse pode ser definido como uma reação física e psicológica do organismo, causada por alterações psicofisiológicas que ocorrem quando o indivíduo, já estressado, enfrenta situações que o irrita ou amedronta.

4.2.2 Estresse Ocupacional

Dentro de um ambiente organizacional, a cultura da empresa, seu clima, valores internos, normas, hierarquização, a exigência para o desenvolvimento de novas competências, etc. levam as pessoas ao limite de suas forças físicas e psicológicas de tal modo, que quando alguma demanda excede as expectativas pré-avaliadas pelo empregado, ele não consegue mais se adaptar às exigências da organização (que passam a ser vistas como insuperáveis) o que acaba gerando um desgaste anormal e, por consequência, traz a diminuição da sua capacidade para o trabalho.

Tamayo (2004, p.06) afirma que o aumento das pesquisas sobre o estresse ocupacional deve-se ao impacto negativo que este fenômeno tem causado nas organizações, como o aparecimento de doenças vinculadas ao trabalho e a necessidade das empresas de desenvolverem trabalhos de prevenção dessas doenças, uma vez que as pessoas vítimas do estresse diminuem o desempenho e aumentam os custos com problemas de saúde, absenteísmo, acidentes de trabalho, etc.

Ainda segundo Regina Pavani Foglia (2013, p.99), todo trabalhador necessita de um tempo para organizar sua vida pessoal, precisa estudar, viajar, ir ao cinema, sair com amigos, enfim, ter um tempo livre para si. E não é porque se encontra estabelecido no art. 62 da CLT, que os empregados exercentes de cargos de confiança estão excluídos da jornada de trabalho “normal” que os mesmos não tenham direito a tempo livre, e que seu empregador está livre para aproveitar-se dessa fragilidade legislativa para aumentar demasiadamente sua jornada laboral. Até porque, estes padrões não reporão uma possível saúde perdida pelo trabalhador, tão pouco lhe devolverão o tempo no qual ele poderia ter exercido seu direito ao lazer.

Já Green (1998, p.09) aconselha que toda empresa deve desenvolver um plano de ação com intuito de reduzir o estresse laboral de seus funcionários. Para isso, o primeiro passo é identificar as fontes causadoras de estresse ligadas à realidade da instituição. Além disso, deve-se buscar o equilíbrio dos aspectos físicos e emocional do trabalhador, lembrando-se sempre que cada ser reage de forma diferente a situações similares.

Segundo Villalobos (1999, p.67-68), as ações psicossociais que podem levar ao desenvolvimento de estresse no trabalho estão relacionadas a questões como o desempenho profissional, o estilo gerencial, à organização do trabalho, à duração da jornada de trabalho e ao contexto social no qual a empresa está inserida.

Logo, práticas administrativas inapropriadas, a exemplo de atribuições de trabalho ambíguas; problemas de comunicação entre chefes e subordinados; excesso de trabalho e estilo de comando punitivo, fatalmente, levarão os trabalhadores a apresentarem quadros de estresse ligado ao trabalho que exercem.

Na concepção de Lazarus (1995, p.18), o estresse ocupacional ocorre quando o sujeito julga as demandas do trabalho excessivas para os recursos que possui. Dessa forma, o surgimento do estresse ocupacional estaria ligado a particularidades do ambiente de trabalho e do próprio profissional.

É de relevância lembrar ainda que, o estresse ocupacional apesar de provocado por fatores advindos do ambiente de trabalho não pode ser dissociado do estresse vindo do ambiente familiar, pois cada relação subjetiva vivida pelo trabalhador terá consequências nos outros setores de sua vida. Entretanto, está claro para muitos estudiosos que o excesso de trabalho aliado a falta de tempo para o descanso são fatais para o aparecimento de doenças laborais.

4.3 Do cabimento de indenização compensatória por parte do empregador pelo dano causado

Mesmo que ainda não haja uma norma específica podemos pensar, a nível da justiça do trabalho, na criação de uma indenização por violação do direito ao lazer a ser aplicada sempre que for exigido do trabalhador mais de duas horas extras diárias, que é o tempo permitido pelo artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Sobre esse tema o acadêmico Alexandre Lunardi (2008. p.94) diz que:

Para este propósito, não se exigiria, em tese, uma norma infraconstitucional regulamentadora do *quantum* indenizatório, pois em simetria ao dano moral, o critério de valoração desta indenização dependeria do caso prático. É possível até mesmo afirmar que neste escopo, o direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição Federal é autoaplicável.

Apesar de guardar semelhanças com a obrigação do pagamento adicional de horas extras, esta indenização seria específica e teria um objeto jurídico diferente, ela seria em relação ao direito do lazer propriamente dito, o que a difere do direito de receber uma compensação por um esforço a mais realizado no trabalho.

Inclusive, para o juiz do trabalho Otávio Amaral Calvet existe uma distinção entre estes dois institutos, segundo ele, porque os períodos de descanso tornam-se indisponíveis por causa das práticas de horas extras habituais. Veja o que ele diz a esse respeito no texto abaixo:

Sempre que o empregado impuser a prática constante de horas extras, fora dos casos excepcionais previstos no art. 61 da CLT e do sistema de compensação de jornadas, há flagrante lesão ao direito social ao lazer, pois o labor excessivo por longos períodos de tempo impede que o empregado se desenvolva como ser humano, atrofiando suas aptidões naturais e passando ele a viver exclusivamente condicionado a trabalho produtivo, usufruindo do pouco tempo livre que resta apenas para repor suas energias físicas e mentais, para que possa estar apto ao labor no dia seguinte, literalmente perdendo tempo de vida e restando impossibilitado de aproveitar as oportunidades que esta lhe traz.

Pode-se imaginar, inclusive, que um empregado sujeito a constante labor excessivo não consegue freqüentar cursos, escolas ou faculdades, nem mesmo ter disposição física para, no recesso do lar, promover a leitura ou outra atividade fomentadora do desenvolvimento intelectual, pois o cansaço físico e/ou mental determina geralmente que se faça uma rápida alimentação para, após, prostrar-se o trabalhador diante de um aparelho de televisão até entregar-se ao sono.

E mais, tal pessoa sequer consegue manter um bom nível de relacionamento familiar, seja porque ao chegar na sua residência sua prole já se encontra dormindo, lembrando-se que na saída para o trabalho no dia que se segue as crianças não estarão acordadas; seja porque até o relacionamento conjugal resta afetado pelo estado físico e mental determinado pelo ritmo do trabalho, em que às vezes se consegue prover a subsistência material da família, mas quase sempre deixa-se de lado seu aspecto emocional, surgindo na sociedade um novo tipo de ser humano: o criado na ausência afetiva, que apresenta sérias deturpações comportamentais. (CALVET, 2006, p.106).

E Calvet (2006, p.106) segue explanando que a solução mais acertada para estes casos seria a reparação financeira por parte do empregador, uma vez que "a prática constante de horas extras, sem motivo justificado demonstra ser um

exemplo de grave lesão ao direito social do lazer (...) demandando uma reparação pelo agente agressor".

No Brasil, a criação de uma lei que obrigasse o pagamento desta indenização seria útil para coibir a violação do artigo 61, parágrafo 3º da CLT - que estipula que o máximo de horas extras diárias a serem realizadas pelo trabalhador é de duas horas. As demais 14 (quatorze) horas do dia são tidas como um espaço de "não trabalho", um espaço para o descanso, o lazer.

Hoje, o que ocorre é que quando o empregado é forçado a prestar serviço além das horas regulamentares, ele recebe um adicional de 50% a mais sobre a hora normal trabalhada. Isso acontece para que possa ser pago o chamado serviço extraordinário, mas esse pagamento não repara a violação do seu direito ao lazer. Com a inserção do direito a uma indenização reparatória pelo tempo de lazer perdido este estaria sendo, ao menos, mais protegido.

Jurisprudência para tal obrigação já existe, contemplando o direito de trabalhadores em diversos casos distintos, mas com o mesmo cerne: a falha do empregador em relação ao cumprimento do Direito ao Lazer e o almejo destes trabalhadores de serem reparados moralmente por isso. Segue três exemplos abaixo:

TRT-1 - RO: 537320125010012 RJ, Relator: Marcelo Antero de Carvalho. Data de Julgamento: 05/09/2012, Décima Turma.
Data de Publicação: 13/09/2012.
DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDOS. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente - art. 6º - e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho.

TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00007622320145020041 SP 00007622320145020041 A28 (TRT-2).
Data de publicação: 09/01/2015
JORNADA EXTENUANTE - DIREITO AO LAZER. DANO MORAL EXISTENCIAL CONFIGURADO A sujeição habitual do empregado à jornada extenuante viola bem jurídico garantido por norma constitucional, a integridade física e mental do trabalhador, bem como o princípio da dignidade humana, acarretando o direito à

indenização por dano moral, que encontra supedâneo no inciso X, do artigo 5º da CF. Importa salientar que a Carta Magna assegura ao trabalhador jornada não superior a 8 horas diárias e 44 semanais (inciso XIII, artigo 7º), bem como o direito ao lazer (artigo 6º), necessário ao descanso e ao convívio familiar e social, evitando as conseqüências de uma jornada elástica e desgastante, com sérios gravames para o empregado, empregador e o Estado. A tutela ao lazer também é invocada no plano internacional como direito fundamental.

TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 02485001820095020067 SP 02485001820095020067 A20 (TRT-2)

Data de publicação: 14/03/2014

DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. NÃO OBSERVÂNCIA POR PARTE DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. CABIMENTO. O direito ao lazer está expressamente previsto nos artigos 6º, 7º, IV, 217, parágrafo 3º e 227 da Constituição Federal, estando alçado à categoria de direito fundamental. Também está previsto no art. 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936), no art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no art. 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, e no art. 7º, g e h do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil (Decreto 3.321 /99). Ao empregador incumbe organizar a jornada de trabalho de modo a assegurar ao trabalhador a preservação da sua vida privada, social e familiar, assegurando-lhe a desconexão do trabalho. Ao impedir o efetivo descanso do empregado, o empregador exerce o poder empregatício de forma abusiva, e sua conduta caracteriza ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Cabível, nesse caso, indenização por danos morais, pois o trabalho invade a vida privada do trabalhador, atingindo sua esfera íntima e personalíssima, nos termos do art. 5º, V e X da Constituição Federal e dos artigos 186 e 927 do Código Civil. No caso em tela, ficou provado que ao autor era imposto o trabalho em horas extras habituais em finais de semana, sob pena de punição. Recurso não provido.

No entanto, essa não é uma questão fechada para o Direito. Ou seja, nem sempre a interpretação do magistrado é em favor do trabalhador. Em vários casos a decisão exige do empregador a obrigação do pagamento de indenização, justamente porque há o entendimento (e evidências obviamente) de que o direito ao Lazer do empregado não foi cerceado. Segue abaixo dois exemplos:

RO 0007232-85.2012.5.12.0001 - 22 prolatado no TRT da 12ª Região em Santa Catarina.

DANO MORAL. SUPRESSÃO DO DIREITO AO LAZER. Reconhecido o trabalho externo na função de vendedor e quando o próprio autor admite usufruir de folgas aos sábados e domingos, evidencia-se impertinente a alegação de supressão ao direito social do lazer em sua perspectiva humana, capaz de ensejar a violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), intimidade e honra (art. 5º, X da CRFB/88). Inexistência de dano moral.

TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 16564920125020 SP 00016564920125020435 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 14/06/2013

INDENIZAÇÃO. DIREITO AO LAZER. HORAS EXTRAORDINÁRIAS HABITUAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O labor extraordinário determina o pagamento das respectivas horas extraordinárias, já determinadas pela sentença recorrida, não tendo o condão de gerar indenização por dano moral. O art. 6º da Constituição Federal, que enuncia o direito ao lazer, implica em norma de cunho programático, não aplicável de imediato, servindo, apenas, como diretriz para a atuação futura dos órgãos estatais, em regra, não consentindo em sua invocação por si só, tendo em vista que por conta de sua natureza necessita de outra lei que a regulamente, lei ordinária ou complementar.

Entende-se que cabe aqui apresentar também parte do texto de uma decisão legal que representa com objetividade o atual pensamento do Tribunal Superior do Trabalho - TST - sobre esse tema.

(TST - RR: 7880652012512000, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 10/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DIREITO AO LAZER E AO CONVÍVIO SOCIAL. RESTRIÇÃO

1. Dano moral trabalhista é o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante a violação grave de direitos humanos fundamentais, ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego.

2. O dano moral trabalhista não coincide, necessariamente, com a prática de qualquer infração da legislação trabalhista, seja porque a própria legislação conta com medidas punitivas e reparadoras de seu descumprimento, seja porque, a não ser assim, banaliza-se o instituto, retirando-lhe seriedade científica no campo trabalhista.

3. A lesão moral decorrente de violação do direito ao lazer supõe um regime de trabalho que implique privação reiterada e sistemática do descanso semanal, por muitos meses a fio. Não tipifica violação do direito ao lazer a restrição ao gozo em algumas semanas de alguns poucos meses ao ano, máxime se há algumas folgas compensatórias posteriores ou de forma concentrada. Não a caracteriza também a prestação em si de horas extras habituais, devidamente pagas, se não demonstrada a ilegalidade da exigência patronal e o caráter extenuante da jornada, ao ponto de comprometer o direito ao lazer.

4. Decisão regional proferida em desconformidade com a iterativa,

notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 333 do TST). 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral. (grifo nosso).

Pois bem, a respeito da questão da indenização pelo dano ao direito do lazer Calvet (2006, p.206-207) define que:

[...] não há dúvida de que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita a prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer.

Assim, a eficácia irradiante do lazer nas relações de trabalho demonstra que não é lícito ao empregador determinar a realização de labor extraordinário de forma constante [...].

Logo, verificado o trabalho extraordinário de forma habitual, além do direito pecuniário ao recebimento das horas extraordinárias com o acréscimo de 50%, caberia ao empregado [...] exigir do empregador uma obrigação de não fazer, no sentido de não exigir regime de trabalho extraordinário, bem como uma indenização pela lesão ao direito social do lazer.

Enfim, mundialmente falando, são raras as normas que protegem diretamente o direito ao lazer dos trabalhadores, no entanto, entende-se que leis desta natureza, advindas, sobretudo, da esfera do direito trabalhista, seriam uma proposta eficaz na luta pela garantia do direito por um tempo mínimo de lazer, tendo em vista que hoje só existe a previsão legal do período máximo da jornada de trabalho e esta não tem sido suficiente para coibir os abusos.

CONCLUSÃO

Visto pelo contexto histórico, foi a Revolução Industrial, ocorrida ainda no século XVIII, quem transformou toda a conjuntura do Trabalho. A invenção (e intervenção) das máquinas capazes de substituir a mão de obra humana junto às mudanças nos métodos de trabalho trazidas por conceitos como o taylorismo e o fordismo, além das profundas reflexões sobre a relação entre patrões e empregados foram algumas das grandes transformações da sociedade que exigiram o aperfeiçoamento e a readequação das leis trabalhistas para a inclusão do direito ao descanso e ao lazer.

Com a evolução do pensamento capitalista, surgiu a possibilidade de que o direito ao lazer (mesmo que ainda dentro de certos limites) fosse um direito estendido à coletividade. E o desenvolvimento de direitos trabalhistas como esse fez com que o operário começasse a pensar na reivindicação de outros benefícios ligados a sua jornada de trabalho, dentre eles a compensação pelo dano da perda do seu direito ao lazer, caso isso venha a ocorrer.

Contudo, apesar do tempo livre se apresentar como uma conquista jurídica presente em nossa Constituição e disso fazer do Lazer um direito social devidamente reconhecido, ainda constata-se que essas conquistas para o Direito brasileiro não são desfrutadas por todos porque muitos empregadores não as praticam. Desse modo, regras de proteção mínimas não são respeitadas, gerando situações que deixam os trabalhadores desprotegidos como é o caso do artigo 62, II, da CLT que afastou o direito a uma jornada de trabalho prevista na Constituição aos exercentes de cargos de confiança (gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial) bem como não permitiu a esses trabalhadores a percepção de remuneração pelas horas trabalhadas a mais, muito menos o recebimento do respectivo adicional de hora extra ao qual também teriam direito.

O direito ao lazer precisa ser amplamente reconhecido pelo direito positivo, pois ele tem a importante função de restaurar as energias dos trabalhadores após seus respectivos períodos de trabalho. Além do mais, não se pode esquecer que é a força do trabalhador que ergue e expande as riquezas do nosso país. E tais regras, como a do artigo 62 da CLT, ignora por completo a necessidade de descanso e lazer dos empregados que, por questões biológicas,

econômicas e sociais, deveriam ter sua jornada de trabalho limitada para que pudessem desfrutar o tempo restante em atividades sociais e familiares.

Assim, conclui-se esse estudo ressaltando a relevância de questionar se é viável e legítima uma norma infraconstitucional que exclui uma categoria de trabalhadores do sistema de proteção da limitação da jornada de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Carolina Carneiro de. **Direito ao lazer como limite à jornada de trabalho dos empregados exercentes de cargos de confiança: da (in)constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT.** 2013. 53 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- ALVES, Glaúcio Luiz Bachmann. **Stress: diagnóstico e tratamento.** Curitiba: Relisul, 1992.
- ARGYRIS, C. **A integração do indivíduo-organização.** São Paulo: Atlas, 1975.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.6.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1998.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.
- CABRAL, A.P. T. et al (1997). **O estresse e as doenças psicossomáticas**, 2001. Revista de Psicologia. Disponível em: < <http://www.icb.ufmg.br/lpf>>. Acesso em 14 de outubro de 2015.
- CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho**, 1ª edição, Rio de Janeiro: LTr, 2006. p. 89.
- CAMELO, S. H. H.; ANGERAMI, E. L. S. **Sintomas de estresse em trabalhadores de cinco núcleos de Saúde da Família.** *Rev. Latino-Am. Enfermagem.* [online]. Jan./Fev. 2014, vol.12, no. 1, p.14-21. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010411692004000100003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0104-1169. Acesso em: 14 de outubro de 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** Niterói: Impetus, 2014.
- DELBONI, Thais Helena. **Vencendo o stress.** São Paulo: Makron Books, 1997.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DUMAZEDIER, Jofre. **Lazer e cultura popular – Debates.** São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 221.
- FOGLIA, Sandra Regina Pavani. **Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais.** São Paulo: Ltr, 2013.

FRANCESCHI, A. M. **A contribuição da atividade física no controle do stress.** Curitiba, 2000. Monografia (Especialização em Ciências do Esporte e Medicina Desportiva) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 960.

LIPP, M.E.N. Stress: conceitos básicos. In: LIPP,M.E.N. (org.) **Pesquisas sobre stress no Brasil:** saúde, ocupações e grupos de risco. Campinas: Papyrus; 1996. p.17-31.

LUNARDI, Alexandre. **FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.** Osasco: UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, 2008.

MAÑAS, Chrtian Marcello. **Tempo e trabalho: a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre.** São Paulo Ltr, 2005. p. 77.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e educação.** 3.ed. Campinas: Papyrus, 1995.p.3

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano Moral Decorrente do Contrato de Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2005.

MARX, Karl. **O Capital** - O Processo de Produção do Capital. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. v. 1.

MASCI, C. **A Hora da Virada: enfrentando os desafios da vida com equilíbrio e serenidade.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e a constituição de 1988.** In: Os 10 anos da Constituição Federal. MORAES, Alexandre de (org). São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho.** 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho.** São Paulo: Editora Ltr, 2002.

RODRIGUES, Marcus Vinícius Carvalho. **Qualidade de vida no trabalho: evolução e análise no nível gerencial.** 2ª.ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma do direito do trabalho moderno: a jornada.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito.** 2ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004.

TAMAYO, Álvaro. **Valores organizacionais.** Em Woddy Codo (Orgs.). Trabalho, organizações e cultura. São Paulo, SP: Cooperativa de Autores Associados, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17^a ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2^a ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 247.