



PROCESSO N° TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

A C Ó R D ã O
7ª Turma CMB/ac

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014.

JORNADA DE TRABALHO. HORAS DE SOBREVISO. O regime de sobreaviso caracteriza-se como o tempo, previamente ajustado, em que o empregado permanece, fora do horário normal de serviço, à disposição do empregador, no aguardo de eventual chamada para o trabalho. Tal situação importa diminuição ou cerceamento da liberdade de dispor do seu próprio tempo, pois a constante expectativa de ser chamado ao serviço no momento de fruição do seu descanso, seja em casa ou em qualquer outro lugar que possa vir a ser acionado por meios de comunicação, impede que desempenhe as suas atividades regulares. A regra do artigo 244, § 2º, da CLT deve ser compreendida à luz da realidade da época de sua edição, nos idos de 1943, quando os meios de comunicação eram rudimentares e, por isso, era exigida a permanência do empregado em sua casa, a fim de ser localizado de maneira mais rápida. Hoje, porém, é possível que o trabalhador tenha certa mobilidade e, ainda assim, seja prontamente contatado pela empresa, por meio de *pager*, celular ou outros recursos tecnológicos. Nesse sentido é a Súmula n° 428 do TST. Na hipótese, o quadro fático delineado no acórdão



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

regional comprova, efetivamente, a ocorrência de restrição à liberdade do autor, já que, quando escalado em regime de plantão, deveria ficar com o telefone celular e notebook disponíveis a fim de prestar suporte técnico ao cliente que necessitava.

Incidência do artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. DIREITO À DESCONEXÃO. HORAS DE SOBREAVISO. PLANTÕES HABITUAIS LONGOS E DESGASTANTES. DIREITO AO LAZER ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO E EM NORMAS INTERNACIONAIS. COMPROMETIMENTO

DIANTE DA AUSÊNCIA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexos causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal

Regional revela que “o autor permaneceu conectado, mentalmente, ao trabalho durante os plantões, que ocorriam 14 dias seguidos. Além de cumprir sua jornada, o autor permanecia à disposição da empresa, chegando a trabalhar de madrugada em algumas ocasiões, como no dia 06/01/2008, por exemplo, em que trabalhou das 2h às 5h, no dia 27 do mesmo mês, das 4h40min às 11h30min (fl. 416), e no dia 13/09/13, das 0h às 3h30min (fl. 418).” A precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária. A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de *smartphone*, *notebook* ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa ao **direito à desconexão**. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso. Com



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa.

Para Jorge Luiz Souto Maior, "quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia(...), mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo." Não fossem suficientes as argumentações expostas e a sustentação doutrinária do reconhecimento do direito aludido, há que se acrescentar o arcabouço constitucional que ampara o direito ao lazer, com referência expressa em vários dispositivos, a exemplo dos artigos 6º; 7º, IV; 217, § 3º; e 227. O **direito à desconexão** certamente ficará comprometido, com a permanente vinculação ao trabalho, se não houver critérios definidos quanto aos limites diários, os quais ficam atrelados à permanente necessidade do serviço. Resultaria, enfim, em descumprimento de direito fundamental e no comprometimento do princípio da máxima efetividade da Carta Maior. Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno. Mencione-se, na mesma linha, diversos diplomas normativos internacionais, que, ou o reconhecem de modo expresso, ou asseguram o direito à limitação do número de horas de trabalho, ora destacados: artigos 4º do Complemento



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e 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), os dois últimos ratificados pelo Brasil.

Nesse contexto, mostra-se incontroversa a conduta antijurídica da empresa que violou direito fundamental decorrente de normas de ordem pública. Os danos causados, pela sua natureza *in re ipsa*, derivam na própria natureza do ato e independem de prova. Presente o nexo de causalidade entre este último e a conduta patronal, está configurado o dever de indenizar. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. INÉRCIA DA PARTE, QUANTO À OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.

O Tribunal Regional não especificou os parâmetros concretos que o levaram a manter a sentença que fixou a indenização por danos morais em R\$25.000,00. Diante da omissão da Corte *a quo*, caberia a oposição de embargos de declaração, a fim de que explicitasse os fundamentos que conduziram ao valor arbitrado e demonstrasse a proporcionalidade com relação à extensão do dano. Como a parte não tomou tal providência afigura-se inviável o exame da tese recursal, no sentido de que não há razoabilidade no montante da



PROCESSO N° TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464. indenização. Incidência da Súmula n° 297 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464**, em que é Agravante **HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA.** e Agravado _____.

A ré, não se conformando com a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fls. 515/521) que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 523/529). Sustenta que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contraminuta e contrarrazões foram apresentadas às fls. 535/541.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que o presente apelo será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei n° 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos - acórdão regional publicado em 14/03/2014.

Pela mesma razão, incidirá, em regra, o CPC de 1973, exceto em relação às normas procedimentais, que serão aquelas do Diploma atual (Lei n° 13.105/2015), por terem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso (artigo 1046).

CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464.

Presentes os pressupostos legais de
admissibilidade,
conheço do agravo de instrumento.

MÉRITO

JORNADA DE TRABALHO - HORAS DE SOBREVISO

A ré sustenta que “não basta o plantão e uso de aparelhos telemáticos pelo empregado para a caracterização do sobreaviso, sendo necessário ficar à disposição da empresa e existir manifesta restrição da liberdade de locomoção/disposição ao empregador”. Aponta violação dos artigos 5º, II, da Constituição Federal e 244, §2º, da CLT. Indica contrariedade à Súmula 428, II, do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário do autor, sob os seguintes fundamentos:

“O autor afirma que ficou provada a ocorrência de plantões, em que ele permanecia à disposição da empresa 24 horas ininterruptas. Postula horas de sobreaviso, com base na cláusula 14ª da convenção coletiva.

No depoimento pessoal, a reclamada declarou que ‘havia plantões de sete dias, por 24 horas ininterruptas. Havia uma escala, havia plantões primários e secundários, um analista no primário outro no secundário, a cada dois, três meses. Que o secundário só atende no plantão quando houver intercorrência com o primário. Os analistas têm 15 minutos para atender o cliente a partir do acionamento. A reclamada fornece notebook, celular corporativo e placa 3G. que o atendimento aos clientes pode acontecer nas dependências da reclamada no horário contratual e após, à distância via domicílio do analista.’ (fl. 457, verso)

A existência dos plantões, portanto, foi provada.

O Juízo de origem considerou ‘que o reclamante não estava impossibilitado de se locomover nos plantões’ (fl. 461, verso).

Contudo, com a devida vênia, o reclamante permanecia à disposição da empresa durante os plantões, podendo ser solicitado a qualquer momento.

Tais circunstâncias caracterizam horas de sobreaviso.

Aplica-se ao caso a Súmula 428, II do C. TST, com redação determinada pela Resolução n 185 de 14/09/2012:

‘Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou



PROCESSO N° TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464
informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

A cláusula normativa prevê o pagamento de 1/3 da hora normal no período de sobreaviso, quando o empregado permanecer ‘à disposição da empresa, nos períodos fora da jornada normal de trabalho’ (fl. 208). Resta analisar a frequência dos plantões realizados pelo autor.

A testemunha indicada pelo autor afirmou que ‘havia plantões de sete dias na condição de plantonistas primários e simultaneamente plantão de sete dias no atendimento secundário, os plantões eram de 14 dias, no total. Esses plantões iniciavam-se após o término da jornada contratual e até o reinício da mesma no dia subsequente (...) os analistas ficam nas escalas de plantão uma vez por mês.’ (fl. 457, verso)

A testemunha indicada pela reclamada, por sua vez, afirmou que foi colega de equipe do reclamante e ‘fazia plantões de uma semana, com duração de 24 horas/dia, a cada dois meses’ (fl. 458).

Considerando-se que eram escalados plantonistas primários e secundários, a versão do autor de que realizava plantões duas semanas seguidas ao mês é condizente.

As planilhas de banco de horas apresentadas pela reclamada demonstram que apenas as horas de efetivo trabalho eram computadas, ou seja, quando era prestado suporte de informática, sendo que as horas de sobreaviso não eram remuneradas, tanto que o teor da contestação foi no sentido de que elas não existiam (fl. 272).

Dessa forma, faz jus o autor ao recebimento das horas de sobreaviso, na fração de 1/3, observando-se a prescrição declarada na sentença, e descontando-se as horas em que houve atendimento de clientes, já que o próprio reclamante, no depoimento pessoal, confirmou que eram consideradas no banco de horas.

Também não serão computadas as horas da jornada regular de trabalho, pois já foram remuneradas. Reformo.” (fls. 490/491)

Ao

exame.

Não há como negar que a evolução da tecnologia refletiu

diretamente nas relações de trabalho. O artigo 6° da CLT, com redação dada pela Lei n° 12.551/2011, confere proteção ao trabalho à distância e reconhece, expressamente, a subordinação oriunda dos meios telemáticos e informáticos de comando.

Por sua vez, o regime de sobreaviso caracteriza-se



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

como o tempo, previamente ajustado, em que o empregado permanece, fora do horário normal de serviço, à disposição do empregador, no aguardo de eventual chamada para o trabalho.

A regra prevista no artigo 244, § 2º, da CLT deve ser

compreendida à luz da realidade da época de sua edição, nos idos de 1943, quando os meios de comunicação eram rudimentares e, por isso, era exigida a permanência do empregado em sua casa, a fim de ser localizado de maneira mais rápida.

Hoje, porém, é possível que o trabalhador tenha certa

mobilidade e, ainda assim, seja prontamente contatado pela empresa, por meio de *pager*, celular ou outros recursos tecnológicos.

E, nessa situação, é claro que o empregado não dispõe

plenamente do seu tempo, tampouco do seu direito de ir e vir. Sabendo que pode ter de comparecer à empresa, para resolver problemas urgentes, o trabalhador de plantão tem de se manter próximo do local de trabalho, sob pena de não ser possível atender ao chamado. Também não pode ir a lugares onde o equipamento eletrônico de comunicação não funcione plenamente. Ainda pode ser obrigado a abandonar atividades de lazer e compromissos sociais em curso, o que, evidentemente, o inibe de assumi-los.

Vale salientar, contudo, que para caracterização do regime de sobreaviso é imprescindível que o empregado tenha a sua liberdade cerceada, com vistas à impossibilidade de fruir do seu descanso de forma integral.

A jurisprudência do TST pacificou-se no sentido de não

ver, na simples utilização de tecnologia de comunicação semelhante, a caracterização do tempo à disposição do empregador, diante da manutenção integral, por parte do empregado, da liberdade quanto ao seu tempo:

“SUM-428. SOBREAVIDO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

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

Na hipótese, ficou evidenciado que o autor permanecia em regime de plantão, previamente escalado, podendo ser solicitado a qualquer momento a fim de prestar suporte técnico ao cliente que necessitava. A situação se amolda perfeitamente, portanto, àquela descrita no item II da Súmula 428 do TST.

Não se verifica afronta direta e literal ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo disciplina a alínea “c” do artigo 896 da CLT. A apontada infringência implica prévia análise da legislação infraconstitucional que rege a matéria a fim de que se possa, em momento posterior, apurar eventual violação ao seu comando. Caracteriza-se, no máximo, violação reflexa. Nesse sentido é a Súmula nº 636 do STF.

Incide, no caso, o disposto no artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT.

Nego provimento.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR - DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO - CARACTERIZAÇÃO - DIREITO À DESCONEXÃO - HORAS DE SOBREVISO - PLANTÕES HABITUAIS LONGOS E DESGASTANTES - DIREITO AO LAZER ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO E EM NORMAS INTERNACIONAIS - COMPROMETIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO

A agravante sustenta que não estão presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. Alega que “no caso em epígrafe não é possível identificar propriamente um dano, mas dissabores, os quais não têm o condão de gerar danos morais”. Aponta violação dos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil. Eis

a decisão recorrida:



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464.

“O autor alega que o sistema de sobreaviso imposto pela reclamada o privou de descansar. Argumenta que o direito ao lazer foi suprimido, e que não podia dormir corretamente, pois o celular ficava 24 horas ligado.

De fato, as condições de trabalho impostas ao reclamante subtraíram de forma significativa o descanso, a vida privada, a dedicação exclusiva à família. Inegável que, de alguma forma, o autor permaneceu conectado, mentalmente, ao trabalho durante os plantões, que ocorriam 14 dias seguidos. Além de cumprir sua jornada, o autor permanecia à disposição da empresa, chegando a trabalhar de madrugada em algumas ocasiões, como no dia 06/01/2008, por exemplo, em que trabalhou das 2h às 5h, no dia 27 do mesmo mês, das 4h40min às 11h30min (fl. 416), e no dia 13/09/13, das 0h às 3h30min (fl. 418). Não há como se ignorar que havia uma expectativa de o autor ser chamado a qualquer momento durante estes dias. Esta expectativa retira do trabalhador a energia e a concentração que deveriam estar voltados para a sua vida privada.

Tais condições enquadram-se na tese defendida por Jorge Luiz Souto Maior, segundo o qual o ‘direito à desconexão do trabalho’ deve ser visto ‘numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo. Um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho.” Referido jurista assevera, ainda, que este ‘não-trabalho’ tem o sentido de um trabalhar com limites, ‘até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) ... Como destaca Márcia Novaes Guedes, em sua recente obra, ‘Terror Psicológico’, ‘a cultura gerencial, agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa’” (Direito à Desconexão do Trabalho – artigo disponível na página www.nucleotrabalhistacalvet.com.br).

Como bem observado pelo referido jurista, neste texto, o direito de se desconectar do trabalho visa à ‘preservação da intimidade da vida privada e da saúde social.’

Na obra ‘Direito ao lazer nas relações de trabalho’ (LTr, 2006), Otavio Amaral Calvet destaca, com precisão, os fundamentos legais que asseguram ao trabalhador o direito ao lazer, como a seguir exposto.

Os artigos 6º, 7º, IV, 217, § 3º e 227 da Constituição Federal prevêm, expressamente, o direito ao lazer, alçado à categoria de direito fundamental.

O Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936), no art. 4º, dispõe o seguinte: ‘O direito à vida comporta: a) O Direito a um trabalho reduzido o



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

bastante para deixar lazeres suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que ma repartição equitativa deve e pode garantir a todos’.

O art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe que ‘todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.’

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil), em seu art. 7º prevê o seguinte: ‘Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados.’

Além disso, o 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), prevê ‘condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho’, ‘com limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais’, assegurando o direito ao ‘repouso, gozo de tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais’.

As circunstâncias verificadas no presente processo caracterizam ofensa aos dispositivos legais acima indicados. A lesão aos direitos da personalidade do autor ficou evidenciada. Com efeito, o dano moral ocasiona lesão na esfera personalíssima do titular, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, implicando numa indenização compensatória ao ofendido (art. 5º, incisos V e X, CF).

A fixação, por parte da empresa, dos plantões em que o autor permanecia 14 dias seguidos, 24 horas conectado ao trabalho, caracteriza ofensa ao art. 187 do Código Civil, segundo o qual, o abuso de direito é considerado ato ilícito.

Com efeito, o empregador exerceu o direito de organizar o trabalho na empresa, delimitar os horários de trabalho, mas não foram observados os limites impostos pelo fim econômico e social do direito decorrente do poder empregatício.

A reclamada extrapolou o direito de direção, invadindo a esfera privada do reclamante.

Cabe à empresa organizar seus horários, contratar outros empregados para os horários de plantão, enfim, tomar iniciativas de modo que sejam observadas as normas que limitam a jornada de trabalho, e asseguram a seus empregados o efetivo descanso.

Como bem observado por Jorge Luiz Souto Maior, a reparação do dano, nesses casos, ‘tem natureza social e não meramente individual’. A imposição de limites à jornada de trabalho e à conexão do trabalhador ao empregador é



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

uma ‘questão de saúde da sociedade’, sob pena de se assistir um retrocesso do Direito do Trabalho, cujo desenvolvimento se deu, em grande parte, em decorrência das lutas sociais pela redução da jornada de trabalho.

Assim, com fundamento nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada no valor de R\$ 25.000,00, o qual será corrigido e atualizado na forma da Súmula 439 do C. TST. Dada a natureza indenizatória da parcela, não incidirão contribuições fiscais e previdenciárias. Reformo.” (fls. 491/493 - destaquei)

À análise.

A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexó causal entre esses dois elementos.

O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. Representa, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (*Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49). É o aspecto físico, objetivo, da conduta e a vontade de assim agir o elemento psicológico, subjetivo.

Alia-se à imputabilidade, definida pelo mencionado autor como “[...] o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo” (obra citada, p. 50).

É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados (obra e autor citados, p. 53), muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita.

No particular, porém, merece destaque o



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

posicionamento adotado por Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano que, apesar de reconhecerem, como regra geral, a presença da antijuridicidade como elemento que acompanha a conduta humana, ressaltam que nem sempre ambos se encontram atrelados:

“Sem ignorarmos que a antijuridicidade, como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da responsabilidade, entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir *mesmo quando o sujeito atua licitamente*. Em outras palavras: poderá *haver dever responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal*” (*Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36).

O segundo elemento é o dano que consiste na “[...] subtração

ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral” (obra e autor citados, p. 96).

Para o jurista português Antunes Varela, há que se distinguir o dano real do dano patrimonial, em face de peculiaridades que os caracterizam:

“é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma *destruição, subtração ou deterioração* de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afecção do seu bom nome ou reputação; são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisa alheia.

Ao lado do dano assim definido, há o *dano patrimonial* – que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado. Trata-se, em princípio, de realidades diferentes, de grandezas distintas, embora estreitamente relacionadas entre si. Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (*dano real*); outra, as *despesas* com os médicos, com o internamento, com o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

falta da vítima causou ao seus parentes (*dano patrimonial*).” (*Das obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598).

Portanto, caracterizada a lesão a bem jurídico integrante do patrimônio de outrem, material ou imaterial, haverá dano a ser indenizado.

Finalmente, o último elemento é o nexu causal, cuja compreensão não está afeta ao campo jurídico, em virtude de representar

“o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (obra e autor citados, p.

71). É a relação imprescindível entre a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados.

Caio Mário da Silva Pereira, com apoio em vasta doutrina, sintetiza:

“Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria. [...] Não basta, [...] que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. ‘Coincidência não implica em causalidade’ [...] Para que se concretize a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito”. (*Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 75).

No caso específico do dano moral, pode-se falar na lesão ao que se denomina “dignidade constitucional”, representada pelos atributos inerentes à pessoa humana que encontram proteção no art. 5º, X, da Constituição Federal, nele exemplificativamente enumerados.

Essa correlação foi identificada por Xisto Tiago de Medeiros Neto que, após percorrer doutrina civil-constitucional, assinala:

“o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem equipolência



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

econômica, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou *externa* (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela de sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas” (*Dano moral coletivo*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 64).

Na expressão de Rodolfo Pamplona Filho, em clássica obra sobre o tema, “[...] consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (*O dano moral na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 37).

Não é outro o pensamento de Sérgio Cavalieri Filho, após ressaltar a necessidade de revisão do conceito e estrutura principiológica, a partir do advento da Constituição de 1988:

“À luz da Constituição, podemos conceituar *dano moral* por dois aspectos distintos. Em *sentido estrito*, dano moral é a *violação do direito à dignidade*. [...]

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação à dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, não causas.

[...]

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.” (obra citada, p. 101-102).



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

Em síntese merecedora de destaque, afirma Maria Celina Bodin de Moraes, de forma categórica:

Recentemente, afirmou-se que o ‘dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade’. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um ‘direito subjetivo à dignidade’, com foi sugerido, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.” (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-132).

Para a sua configuração, é necessário tão somente que

sejam identificados os elementos que o caracterizam; não se há de exigir a prova da dor e do sofrimento suportados pela vítima.

Em consagrada expressão da doutrina, afirma-se ser *in*

re ipsa ou, em outras palavras, o direito à reparação se origina da própria ação violadora, cuja demonstração há de ser feita; o dano mostra-se presente a partir da constatação da conduta que atinge os direitos da personalidade.

Mais uma vez, recorro à doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, na obra já mencionada (p. 108):

“Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito à própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.” (obra citada, p. 108).

No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que “o autor permaneceu conectado, mentalmente, ao trabalho durante os plantões, que ocorriam 14 dias seguidos. Além de cumprir sua jornada, o autor permanecia à disposição



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

da empresa, chegando a trabalhar de madrugada em algumas ocasiões, como no dia 06/01/2008, por exemplo, em que trabalhou das 2h às 5h, no dia 27 do mesmo mês, das 4h40min às 11h30min (fl. 416), e no dia 13/09/13, das 0h às 3h30min (fl. 418).”

Pois bem.

É um grande desafio falar sobre o direito ao não trabalho, no sentido de garantir ao trabalhador jornadas razoáveis, dentro dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e na legislação ordinária.

Não há dúvida de que o trabalho dignifica o homem, entretanto, o excesso desse trabalho pode macular a sua dignidade, razão pela qual é imprescindível que o trabalhador dele se desconecte a fim de que seja preservado em sua integridade física e mental, bem como sua vida social e familiar seja protegida, amparando, assim, dois direitos fundamentais prescritos no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal:

lazer e saúde.

Amaro Alves de Almeida Neto ressalta:

“Quando a Constituição Federal elencou no seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.” (Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil, São Paulo: v. 12, nº 80, nov/dez 2012, p. 13)

Portanto, a dignidade da pessoa humana em si é o núcleo

axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o parâmetro de orientação de todo o cenário jurídico pátrio.

Atente-se que, no desenvolvimento do labor, o trabalhador não perde a condição de pessoa humana, que se mantém íntegra, de tal modo que o poder diretivo e de fiscalização do empregador deve ser coordenado de sorte a preservar os direitos de personalidade do empregado.

Nessa condição, além da dignidade da pessoa humana



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

constar como fundamento logo no artigo 1º da Constituição da República, também se encontra expressamente inserida quando se trata da ordem econômica, conforme se observa do artigo 170, *caput*, que enuncia que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

Ora, o avanço tecnológico e o aprimoramento das ferramentas de comunicação no trabalho devem servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador.

Outrossim, observa-se que a precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária.

A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de *smartphone*, *notebook* ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa ao **direito à desconexão**. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso.

Há que se considerar que o tempo é elemento inafastável às relações de trabalho. Deve ser compreendido como o lapso de horas despendido pelo trabalhador em alguma atividade, mas, também, no que tange às horas em que não se dedica ao labor. Juntamente com a natureza do trabalho, em alguns casos - em sua maioria, até -, o tempo é moeda de cálculo na contraprestação devida ao trabalhador: horas de trabalho **x** pagamento correspondente. Nessa linha, tem-se que a limitação da jornada é condição indispensável do exercício do **direito à desconexão**.

Com efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464

conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa.

Para Volia Bomfim Cassar (*in* Direito do Trabalho, 6ª

edição, Niterói: Impetus, 2012, fl. 660):

“O trabalhador tem direito à desconexão. Isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.”

Jorge Luiz Souto Maior, em seu artigo, “Do Direito à Desconexão do Trabalho”, revela que, “quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia(...), mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo.” (*in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, n.23, 2003)

Não fossem suficientes as argumentações expostas e a

sustentação doutrinária do reconhecimento do direito aludido, há que se acrescentar o arcabouço constitucional que ampara o direito ao lazer, com referência expressa em vários dispositivos, a exemplo dos artigos 6º; 7º, IV; 217, § 3º; e 227. O **direito à desconexão** certamente ficará comprometido, com a permanente vinculação ao trabalho, se não houver critérios definidos quanto aos limites diários, os quais ficam atrelados à permanente necessidade do serviço. Resultaria, enfim, em descumprimento de direito fundamental e no comprometimento do princípio da máxima efetividade da Carta Maior.

Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno. Mencione-se, na mesma linha, diversos diplomas normativos internacionais, que, ou o reconhecem de modo expresso, ou asseguram o direito à limitação do número de horas de trabalho, ora destacados: artigos 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 7º do Pacto Internacional



PROCESSO Nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e 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), os dois últimos ratificados pelo Brasil.

Nesse contexto, tem-se que a nova realidade do "mundo do trabalho" permite questionar até em que medida os institutos tradicionais previstos na CLT ainda são capazes de tutelar de forma eficiente a relação de emprego e de oferecer respostas satisfatórias aos novos fenômenos sócio-tecnológicos, a fim de garantir aos empregados a efetiva execução de seus projetos de vida, o real exercício de sua liberdade, a manutenção de sua saúde, e, por consequência, a prevenção do chamado dano existencial.

Diante do exposto, mostra-se incontroversa a conduta antijurídica da empresa que violou direito fundamental decorrente de normas de ordem pública. Os danos causados, pela sua natureza *in re ipsa*, derivam na própria natureza do ato e independem de prova. Presente o nexo de causalidade entre este último e a conduta patronal, está configurado o dever de indenizar, razão pela qual permanecem incólumes os dispositivos apontados como violados.

O único aresto colacionado (fl. 507) revela-se inespecífico, porquanto não aborda as premissas fáticas registradas no acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST.

Nego provimento.

**DANOS MORAIS - VALOR DA INDENIZAÇÃO - ARBITRAMENTO
- DECISÃO GENÉRICA**

A ré defende a redução do valor arbitrado à indenização por danos morais, sob o argumento de que não atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aponta violação dos artigos 5º, V, da Constituição Federal e 944 do Código Civil. Transcreve arestos para o confronto de teses. Eis a decisão recorrida:

“Como bem observado por Jorge Luiz Souto Maior, a reparação do dano, nesses casos, ‘tem natureza social e não meramente individual’. A



PROCESSO N° TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464 .

imposição de limites à jornada de trabalho e à conexão do trabalhador ao empregador é uma ‘questão de saúde da sociedade’, sob pena de se assistir um retrocesso do Direito do Trabalho, cujo desenvolvimento se deu, em grande parte, em decorrência das lutas sociais pela redução da jornada de trabalho.

Assim, com fundamento nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada no valor de R\$ 25.000,00, o qual será corrigido e atualizado na forma da Súmula 439 do C. TST. Dada a natureza indenizatória da parcela, não incidirão contribuições fiscais e previdenciárias. Reformo.” (fl. 493)

Depreende-se da transcrição acima que o Tribunal Regional não especificou os parâmetros concretos que o levaram a fixar a indenização por danos morais em R\$25.000,00.

Diante da omissão da Corte *a quo*, caberia a oposição de embargos de declaração, a fim de que explicitasse os fundamentos que conduziram ao valor arbitrado e demonstrasse a proporcionalidade com relação à extensão do dano.

Mas a parte não tomou tal providência. Em razão disso, mostra-se inviável o exame da tese recursal, no sentido de que não há razoabilidade no montante da indenização. Incide o óbice da Súmula n° 297 do TST.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 18 de outubro de 2017.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator