

# REVISTA ELETRÔNICA



## DIREITO À DESCONEXÃO

# Expediente

## TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

### **PRESIDENTE**

Desembargador  
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargador  
CÉLIO HORST WALDRAFF

### **CORREGEDORA REGIONAL**

Desembargadora  
NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2018/2019**

Desembargador Arnor Lima Neto (Diretor)  
Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-Diretor)  
Juiz Titular Fernando Hoffmann (Coordenador)  
Juiz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-Coordenador).  
Desembargador Arion Mazurkevic  
Desembargador Cássio Colombo Filho  
Juíza Titular Ana Paula Sefrin Saladini  
Juíza Titular Sandra Mara Flügel Assad  
Juíza Substituta Vanessa Maria Assis de Rezende  
Juiz Substituto Roberto Wengrzynowski  
Juiz Roberto Dala Barba Filho (Presidente da AMATRA IX)

CURITIBA - PARANÁ  
ESCOLA JUDICIAL

## **GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA**

Adriana Cavalcante de Souza Schio  
Cristiane Budel Waldraff  
Flávia Matos de Almeida Gonçalves  
Larissa Renata Kloss

### **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência  
Assessoria da Direção Geral  
Assessoria de Comunicação Social

### **FOTOGRAFIAS E IMAGENS**

Assessoria de Comunicação  
Acervos online (Creative Commons)

### **APOIO À PESQUISA**

Daniel Rodney Weidman Junior

## **SETOR DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS**

Patrícia Eliza Dvorak

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

---

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-  
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal  
ISSN 2238-6114  
Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.  
I. Título

CDU: 331:347.9(05)

# EDIÇÕES PUBLICADAS

CLIQUE PARA ACESSAR



1ª edição  
Ação Civil Pública



2ª edição  
Revista Íntima



3ª edição  
Normas Internacionais



4ª edição  
Substituição Processual



5ª edição  
Acidente de Trabalho



6ª edição  
Normas Coletivas



7ª Edição  
Conciliação



8ª edição  
Execução Trabalhista



9ª edição  
Conciliação II



10ª edição  
Terceirização



11ª edição  
Direito Desportivo



12ª edição  
Direito de Imagem





13ª edição  
Semana Institucional



14ª edição  
Índice



15ª edição  
Processo Eletrônico



16ª edição  
Assédio Moral e  
Assédio Sexual



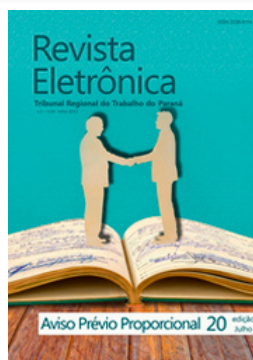
17ª edição  
Trabalho Doméstico



18ª edição  
Grupos Vulneráveis



19ª edição  
Correio Eletrônico



20ª Edição  
Aviso Prévio Proporcional



21ª edição  
Dano Moral



22ª edição  
Dano Existencial



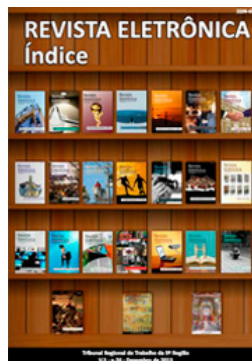
23ª edição  
Meio Ambiente  
do Trabalho



24ª edição  
70 anos da CLT



25ª edição  
Ética



26ª edição  
Índice



27ª edição  
Trabalho e HIV



28ª edição  
Direito e Sustentabilidade



29ª edição  
Copa do Mundo



30ª edição  
Trabalho Infantil e Juvenil



31ª edição  
Ações Anulatórias



32ª Edição  
Trabalho da Mulher



33ª edição  
Teletrabalho



34ª edição  
Execução Trabalhista II



35ª edição  
Terceirização

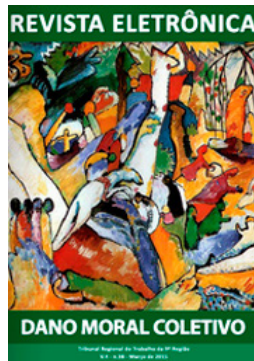


36ª edição  
Índice





37ª edição  
Equiparação Salarial



38ª edição  
Dano Moral Coletivo



39ª edição  
Novo Código de  
Processo Civil



40ª edição  
Recursos Trabalhistas



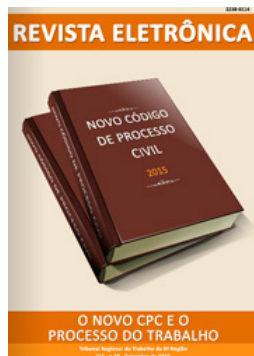
41ª edição  
O FGTS e a Prescrição



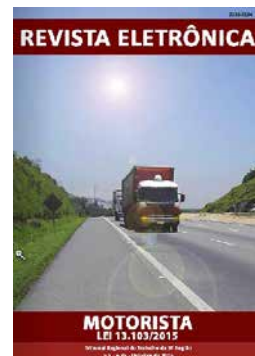
42ª edição  
Discriminação no Trabalho



43ª edição  
Dumping Social



44ª Edição  
O Novo CPC e o  
Processo do Trabalho



45ª edição  
Motorista



46ª edição  
Estatuto da Pessoa  
com Deficiência



47ª edição  
Índice



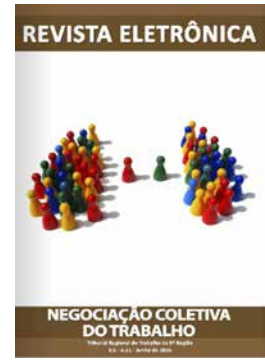
48ª edição  
Convenção 158 da OIT



49ª edição  
Precedentes, Súmulas  
e Enunciados



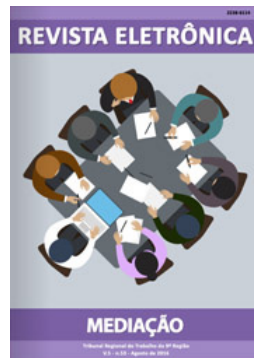
50ª edição  
Execução Trabalhista  
e o Novo CPC



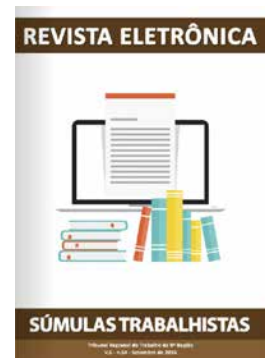
51ª edição  
Negociação Coletiva  
do Trabalho



52ª edição  
Trabalho Doméstico II



53ª edição  
Mediação



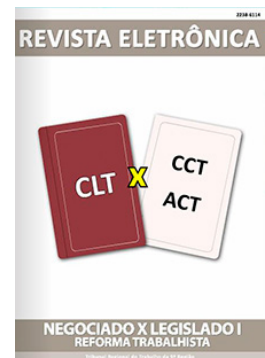
54ª edição  
Súmulas Trabalhistas



55ª edição  
O Novo CPC e o  
Processo do Trabalho II



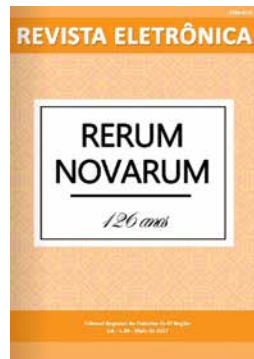
56ª Edição  
Índice



57ª edição  
Negociado x Legislado I



58ª edição  
Negociado x Legislado II



59ª edição  
Rerum Novarum



60ª edição  
O Trabalho do Preso





61ª edição  
Reforma Trabalhista



62ª edição  
Reforma Trabalhista II



63ª edição  
Reforma Trabalhista III



64ª edição  
Segurança e Saúde  
no Trabalho



65ª edição  
Índice



66ª edição  
Salão Parceiro



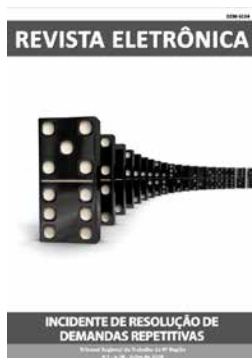
67ª edição  
Reforma Trabalhista IV



68ª edição  
Trabalho e Imigração



69ª Edição  
Ação Rescisória e o Novo CPC



70ª edição  
Incidente de Resolução de  
Demandas Repetitivas



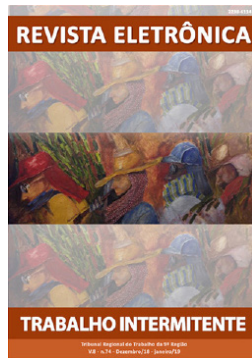
71ª edição  
Contribuição Sindical



72ª edição  
Terceirização: Antes e Depois  
da Reforma Trabalhista



73ª edição  
Arbitragem Trabalhista



74ª edição  
Trabalho Intermitente



75ª edição  
Teletrabalho e a  
Reforma Trabalhista



76ª edição  
Dano Extrapatrimonial



77ª edição  
Execução Trabalhista  
e a Reforma de 2017



78ª edição  
Direitos Humanos  
Trabalhistas



79ª edição  
Incidente de Assunção  
de Competência



80ª edição  
Pejotização



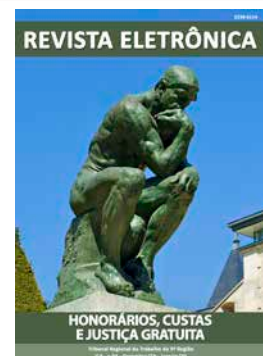
81ª edição  
100 Anos da OIT



82ª edição  
Depósito Recursal após  
Reforma Trabalhista



83ª edição  
A Mulher e o Direito do  
Trabalho



84ª edição  
Honorários, Custas e Justiça  
Gratuita



85ª edição  
Transação Extrajudicial



86ª edição  
4ª Revolução Industrial



87ª edição  
Trabalho Rural



88ª edição  
Trabalho e Saúde Mental



## Número de Acessos das edições

06/2020

Edição	Tema	O
1	Ação Civil Pública	66063
2	Revista Íntima	46091
3	Normas Internacionais	85192
4	Substituição Processual	58289
5	Acidente de Trabalho	52604
6	Normas Coletivas	43709
7	Conciliação	45521
8	Execução Trabalhista	54296
9	Conciliação II	24203
10	Terceirização	40004
11	Direito Desportivo	42198
12	Direito de Imagem	22848
13	Semana Institucional	6434
14	Índice	21047
15	Processo Eletrônico	19731
16	Assédio Moral e Sexual	19457
17	Trabalho Doméstico	31501
18	Grupos Vulneráveis	20768
19	Correio Eletrônico	17198
20	Aviso Prévio	12516
21	Dano Moral	21037
22	Dano Existencial	28256
23	Meio Ambiente do Trabalho	19494
24	70 Anos da CLT	9471
25	Ética	13799
26	Índice	12863
27	Trabalho e HIV	17523
28	Sustentabilidade	20971
29	Copa do Mundo	19100
30	Trabalho Infantil	35113
31	Ações Anulatórias	35117
32	Trabalho da Mulher	49926
33	Teletrabalho	24659
34	Execução Trabalhista	32166
35	Terceirização II	35329
36	Índice	16546
37	Equiparação Salarial	29722
38	Dano Moral Coletivo	41430
39	Novo Código de Processo Civil	53339
40	Recursos Trabalhistas	13255
41	O FGTS e a Prescrição	18167
42	Discriminação no Trabalho	25475
43	Dumping Social	13860
44	O Novo CPC e o Processo do Trabalho	27366

45	Motorista	35233
46	Estatuto da Pessoa com Deficiência	17710
47	Índice	10255
48	Convenção 158 da OIT	13984
49	Precedentes, Súmulas e Enunciados	9833
50	Execução Trabalhista e o Novo CPC	14046
51	Negociação Coletiva do Trabalho	9178
52	Trabalho Doméstico II	7049
53	Mediação	3366
54	Súmulas Trabalhistas	4444
55	O Novo CPC e o Processo do Trabalho II	4496
56	Índice	5757
57	Negociado x Legislado I	7448
58	Negociado x Legislado II	6475
59	Rerum Novarum	3533
60	O Trabalho do Preso	3720
61	Reforma Trabalhista	13332
62	Reforma Trabalhista II	14359
63	Reforma Trabalhista III	8351
64	Segurança e Saúde no Trabalho	3212
65	Índice	3783
66	Salão Parceiro	2844
67	Reforma Trabalhista IV	4566
68	Trabalho e Imigração	2027
68	Ação Rescisória e o Novo CPC	3034
70	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	4225
71	Contribuição Sindical	2732
72	Terceirização: Antes e Depois da Reforma Trabalhista	2670
73	Arbitragem Trabalhista	2044
74	Trabalho Intermitente	3519
75	Teletrabalho e a Reforma Trabalhista	2802
76	Dano Extrapatrimonial	4060
77	Execução Trabalhista e a Reforma de 2017	2599
78	Direitos Humanos Trabalhistas	2127
79	Incidente de Assunção de Competência	1161
80	Pejotização	2270
81	100 Anos da OIT	2472
82	Depósito Recursal após Reforma Trabalhista	1888
83	A Mulher e o Direito do Trabalho	1168
84	Honorários, Custas e Justiça Gratuita	1610
85	Transação Extrajudicial	2146
86	4ª Revolução Industrial	1572
87	Trabalho Rural	741
88	Trabalho e Saúde Mental	740

# Carta ao leitor

A Revista Eletrônica da Escola Judicial apresenta neste mês o tema **Direito à Desconexão**.

Para abrir a edição, Letícia Dornelles e Fernanda Marders analisam o direito à desconexão, buscando “compreender a magnitude do entendimento do direito à desconexão do trabalho como um direito fundamental, bem como, a partir de pesquisa jurisprudencial, evidenciar se há relação feita entre o direito à desconexão do trabalho e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira”.

Silvana Souza Netto Mandalozzo e Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campanoli trazem a discussão a partir da perspectiva do mundo feminino, analisando o teletrabalho domiciliar e o direito à desconexão.

André Araújo Molina analisa o dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador.

Bruna de Sá Araújo, Gilmar Afonso Rocha Júnior e Juliana Mendonça e Silva examinam o equilíbrio na relação trabalhista em tempos de Pandemia trazendo para análise os limites do monitoramento no teletrabalho.

Denise Pires Fincato e Marina Silveira Frank abordam o que é o BYOD (bring your own device) e levantam alguns de seus aspectos positivos e negativos.

Cynthia Campello, Dennis Verbicaro e Ney Maranhão apresentam a questão de “como as redes sociais são danosas quando o empregador as utiliza como mecanismo de controle e cobrança de seus empregados, apropriando-se não apenas da força de trabalho, mas da própria mente do trabalhador”.

Em artigos especiais Rosane Gauriau desenvolve um estudo comparado dos julgamentos da chambre sociale de la Cour de cassation na França e Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, proferidos no início desse ano de 2020, sobre o estatuto jurídico do motorista parceiro da plataforma Uber: trabalhador autônomo ou subordinado. Já Thiago Leão Nepomuceno analisa o “desafio que Estado enfrenta para traçar as normas mínimas capazes de proporcionar uma harmonização entre o avanço tecnológico e os direitos básicos dos trabalhadores, partindo do pressuposto que ambos são essenciais ao desenvolvimento social e econômico do país”.

A edição também disponibiliza dois vídeos do Tribunal Superior do Trabalho que aprofundam a análise do direito à desconexão e uma notícia que informa sobre o reconhecimento do direito à desconexão de um analista de suporte.

Desejamos a todos, boa leitura!

Grupo de Pesquisa da Revista Eletrônica.



# Sumário

## ARTIGOS

O Direito à Desconexão do Trabalho: um Direito Humano Fundamental - Letícia Dornelles e Fernanda Marders .....	16
A Mulher Trabalhadora em Teletrabalho Domiciliar: desafios para o Exercício do Direito a Desconexão em Tempos de Pandemia - Silvana Souza Netto Mandalozzo e Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campanoli .....	28
Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador - André Araújo Molina .....	35
O Equilíbrio entre o Poder Diretivo do Empregador e o Direito à Desconexão do Empregado - Bruna de Sá Araújo, Gilmar Afonso Rocha Júnior e Juliana Mendonça e Silva .....	58
Bring Your Own Device (BYOD) e suas implicações na relação de emprego: reflexões práticas - Denise Pires Fincato e Marina Silveira Frank.....	66
Os Limites do Poder Diretivo Patronal no uso de Redes Sociais pelos Trabalhadores - Cynthia Campello, Dennis Verbicaro e Ney Maranhão.....	83

## ARTIGOS ESPECIAIS

UBER: entre Autonomia e Subordinação - Estudo Comparado Franco-Brasileiro - Rosane Gauriau .	100
CIBERTRABALHO: a era Digital e as Relações de Trabalho. Desafios para uma Coexistência Constitucional Harmônica - Thiago Leão Nepomuceno .....	122

## VÍDEOS

Cobranças excessivas fora do ambiente de trabalho é destaque no Jornada - Tribunal Superior do Trabalho .....	139
Cobranças do patrão via Whatsapp podem gerar jornada exaustiva - Tribunal Superior do Trabalho .....	140

## NOTÍCIAS

Analista De Suporte Consegue Na Justiça Reconhecimento Do Direito À Desconexão.....	141
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

# O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Letícia Dornelles

Fernanda Marders

**Resumo:** O mercado de trabalho cada vez mais exigente e concorrido, aliado aos avanços tecnológicos, tem feito com que, cada vez mais, os trabalhadores brasileiros sejam distanciados do seu direito à desconexão do trabalho. Tal fenômeno ocorre tanto com a abdicação do direito aos intervalos intrajornada, quanto com relação ao período não compreendido na jornada diária de trabalho. Ocorre que, em não havendo um período de desconexão do trabalho, a pessoa acaba sendo afastada de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e sendo tolhida dos mecanismos necessário para que tenha um trabalho e uma vida dignos. Nesse enfoque, a presente pesquisa, elaborada por meio do método dedutivo e com o uso dos instrumentais técnicos bibliográficos e documentais, buscará, a partir da análise de referenciais teóricos, compreender a magnitude do entendimento do direito à desconexão do trabalho como um direito fundamental, bem como, a partir de pesquisa jurisprudencial, evidenciar se há

relação feita entre o direito à desconexão do trabalho e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira, para finalmente, entender a importância deste tema para a efetivação dos direitos humanos aos trabalhadores brasileiros.

**Palavras-chave:** Direito à desconexão. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Direito dos trabalhadores.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O direito do trabalho sob a ótica constitucional dos direitos humanos. 3 O direito à desconexão do trabalho como um direito fundamental. 4 A relação existente entre os avanços tecnológicos e o direito à desconexão do trabalho. 5 O direito à desconexão do trabalho na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 6 Conclusão. Referências.



Letícia Dornelles

Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Vale do Taquari – Univates.



Fernanda Marders

Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/Brasil. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – UMINHO/Portugal. Professora da Universidade do Vale do Taquari – Univates. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

O mercado de trabalho, amplo e exigente, aliado aos avanços tecnológicos, tem contribuído para que os trabalhadores brasileiros sejam distanciados de seu direito de estarem desconectados do trabalho, pois acabam lhes sendo levadas situações relacionadas ao labor mesmo fora da jornada de trabalho. Como consequência os empregados acabam sendo privados do convívio familiar, do lazer e da privacidade e, por conseguinte, do acesso a um trabalho digno.

Esta realidade pode ser percebida enquanto uma ofensa aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, pois muitas das garantias lá previstas podem estar sendo violadas por estas práticas, de forma que podem ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, distanciando os trabalhadores dos direitos humanos.

É nesse contexto que a presente pesquisa possui o objetivo geral de verificar se há o reconhecimento do direito à desconexão do trabalho como direito fundamental. Para isso, será feita análise de referenciais teóricos, bem como, pesquisa junto a acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

A partir destas análises buscar-se-á verificar a ocorrência de relação feita entre o direito à desconexão do trabalho e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como perceber a dimensão do entendimento do direito ao não trabalho como um direito humano.

## 2 O DIREITO DO TRABALHO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal Brasileira em vigor estabelece garantias pautadas, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Tais garantias compreendem direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, os quais estão dispostos, prioritariamente, nos artigos 5º, 6º e 7º da Carta Magna.

Com relação ao direito do trabalho, constante prioritariamente no art. 7º da Constituição, pode-se dizer que os direitos declarados na Carta Magna exercem importante papel quando se trata de alcançar ao homem os elementos necessários para que este frua uma vida digna. Nesse sentido, Silva (2006, p. 176) ensina que o título “Direitos fundamentais do homem” é adotado pela Constituição Federal justamente porque “designa, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Sendo, ademais, fundamentais em vista de estarem consagradas como ordens jurídicas das quais o ser humano necessita substancialmente, consagrando-se a todos de igual forma de modo que seja possível alcança-los a plena dignidade.

Nas lições de Martins (2008), os direitos humanos são inerentes à condição humana, estando, portanto, acima do Estado e sendo, também, a expressão utilizada nos textos internacionais sobre a matéria, assumindo caráter universal. Por conseguinte, o autor entende que os direitos humanos são gênero, do qual os direitos fundamentais são espécie, determinando-se dessa forma, que o próprio direito laboral, uma vez que considerado fundamental ao homem, também esteja



abarcado como tal.

Nesse sentido são os ensinamentos de Soares (2009, p. 29) no tocante à importância dos direitos fundamentais para a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

Os direitos fundamentais são formados por aqueles elementos essenciais para a preservação de uma vida digna da pessoa e de sua identidade, garantindo-se, também, a diversidade e a pluralidade da humanidade. É, justamente, porque a vida digna se apresenta como um valor relevante que o ordenamento veda a prática de atos que afrontem esse interesse que foi escolhido como maior “bem” a ser protegido, tanto que a Constituição Federal brasileira erige a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III) e estabelece que a prevalência dos direitos humanos seja observada pela República Federativa do Brasil (artigo 4º, II).

Em se tratando da matéria de direito trabalhista, conforme entendimento de Romar (2015), o direito do trabalho, por ser ramo jurídico autônomo, possui princípios próprios. Isto, porém, não exclui a proteção fundamental garantida pela Constituição Federal Brasileira, ou seja, os princípios constitucionais se valem para o direito do trabalho e proteção ao trabalhador, também porque estes têm caráter universal e são indisponíveis. A autora eleva os princípios fundamentais como núcleos centrais do próprio Direito, em torno dos quais toda a estrutura científica das disciplinas se baseia.

Apesar de ser considerado um ramo jurídico constituído de forma própria, desde a Constituição Federal de 1988 passou a existir o

que pode ser compreendido como um “Direito Constitucional do Trabalho”. assim, o Direito do Trabalho exerce função integrante às noções de direitos e garantias individuais, sociais e fundamentais, já que importantes princípios gerais constitucionais como a dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito à vida, o respeito à privacidade e à intimidade, a não discriminação, entre outros, não podem ser compreendidos sem a necessária referência ao Direito do Trabalho (DELGADO, 2014).

Outrossim, Martinez (2014, p. 71) entende que “a Carta de 1988 reconheceu o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 3º, III), oferecendo, por essa razão, uma especial proteção aos direitos sociais”. Para o autor, não é possível perceber o direito do trabalho fora da análise dos princípios e pressupostos constitucionais. Motivo pelo qual, deve-se tratar o direito do trabalho como elemento do direito fundamental social, provocando a máxima proteção por parte do Estado para a concretização dos mesmos.

Posto dessa forma, não é possível que ao homem seja imputado algo que vai contra o que lhe é garantido constitucionalmente, inclusive a concretização de intervalos interjornadas e intrajornadas que sejam verdadeiros e não disfarçamos por meio de novas tecnologias. Dessa forma, cabe primeiramente analisar o que seria esse direito a desconexão, ponto que se passa a abordar.

### **3 O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

Garantir aos trabalhadores o direito de estarem desconectados do trabalho implica em assegurar-lhes o respeito aos direitos fundamentais individuais e sociais, o que

contribuirá para o alcance da dignidade da pessoa. Partindo desta premissa, nas palavras de Maior (2016, texto digital), o direito à desconexão do trabalho, de forma simplória, é o direito de não trabalhar, ou então, de estar desconectado do trabalho.

É nesse contexto que se traz o direito à desconexão do trabalho como direito fundamental individual e coletivo, o que encontra respaldo na Carta Magna, no seu art. 5º, *caput*, o qual impera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O artigo 5º da Constituição Federal também protege, no inciso X, a intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, os quais “são valores intrinsecamente ligados à própria vida e dignidade” (MACHADO, 2016, p. 20). Para o autor, “o privado é fundamental para o desenvolvimento biológico e para a satisfação das necessidades vitais da pessoa humana, diz respeito à intimidade que a pessoa pode desfrutar individualmente ou em pequenos grupos” (p. 20).

A intimidade, protegida pela Constituição Federal como se denota do dispositivo acima, segundo ensinamentos de Romita (2007, p. 273) deve ser assegurada no âmbito das relações de emprego, já que “é um direito da personalidade do indivíduo e, portanto, direito do trabalhador no âmbito da relação de emprego. Proteger a vida privada significa assegurar a proteção a certos aspectos da vida íntima da pessoa, que tem o direito de resguardá-los da intromissão de terceiros”.

Em se tratando do direito à igualdade,

segundo Salem Neto (2003, p. 68), “existe contra os preceitos discriminatórios”, pelo que não deve haver distinção pela cor, raça, sexo e idade. É a isonomia de todos perante a lei. Como a lei garante o direito ao descanso e ao lazer, todos os trabalhadores devem ter acesso ao direito de estarem desconectados do trabalho. A discriminação se dá quando é anulada a igualdade de oportunidades, direitos e condições.

O artigo 6º da Constituição Federal, dedicado aos direitos sociais, preleciona que “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”, sendo esses “direitos mínimos e indispensáveis à garantia de uma existência digna” (MACHADO, 2016, p. 55).

Para Nascimento (2009, p. 488), os direitos ao descanso e ao lazer são tidos como fundamentais, pois:

O tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria de sua condição social. O lazer atende à necessidade da libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade, do ser humano para encontrar-se consigo e com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas

que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho e os descansos obrigatórios.

Nesta linha, Silva (2006, p. 295) assevera que “o repouso do trabalhador é outro elemento que se inclui entre as condições dignas de trabalho”, o autor ainda menciona que se trata de situação desumana submeter os trabalhadores a trabalho contínuo, não lhes permitindo repouso remunerado. Por isso a Constituição Federal prevê o repouso semanal e as férias, ambos remunerados.

Ademais, Delgado (2014) pontifica que as normas relativas aos intervalos dos trabalhadores são, também, normas de saúde e segurança laborais. Nessa acepção, Romita (2007, p. 379) menciona que o “desgaste físico sofrido pelo empregado durante a prestação de serviços leva o legislador a obrigar o empregador a conceder ao empregado determinados intervalos para descanso”.

Por esse ângulo, inclui-se o pensamento de Sussekind (2004, p. 224) que, sobre os fundamentos que ensejam a imposição de limites à duração do trabalho, elenca os seguintes:

- 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, proporcionar-lhe a aquisição de conhecimento 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.

No tocante ao direito à saúde, Martins (2008, p. 136) assevera que “a saúde é um direito básico. É um direito fundamental para a pessoa viver ou sobreviver. É um direito à vida e à integridade física”. Conforme seu entendimento, os empregadores devem zelar pela saúde dos empregados, lhes proporcionando um ambiente de trabalho equilibrado, que não cause prejuízo à sua saúde, sem o que o empregado não viverá com dignidade. O autor ainda enfatiza que “o ambiente de trabalho dever ser o meio do trabalhador ganhar a vida e não de perdê-la” (p. 140).

Borgese Loguercio (2009, p. 47) ressaltam a importância de se garantir aos trabalhadores o direito de ter um projeto de vida, uma vez que, “sem limite de jornada, o trabalhador não está apenas sujeito à extenuação física que o põe em grau de risco elevado de perder a vida num acidente ou contrair doença irreversível, mas também para poder viver em comunidade”.

Nas palavras de Lenza (2015, p. 1282) o direito ao trabalho “trata-se, sem dúvida, de relevante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna”. Por outro lado, Maior (2016, texto digital), entende que o trabalho “conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada”.

Como resultado, aponta-se a importância do reconhecimento do direito à desconexão do trabalho como um direito fundamental, pois sua privação acarreta diretamente a privação de direitos expressamente previstos na carta magna. A exemplificar, De Masi (2003, p. 36)



refere, a partir de entrevistas realizadas com trabalhadores sobre o excesso de horas extras que: “entrevistei centenas de funcionários que geralmente lamentam cargas de trabalho estressantes, longas horas extras não remuneradas, a necessidade profissional de sacrificar o tempo livre à carreira, negligenciando lazer, amores e família”.

Esse quadro, pode-se admitir, tem como causa, também, o fato de que o mercado, devido aos avanços da ciência e da tecnologia, os quais passaram a controlar os processos de produção, nas palavras de De Masi (2003, p. 154) “tornou-se cada vez mais amplo e exigente.”, conforme se explicitará.

#### 4 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

De Masi (2003, p. 175) atentou-se ao fato de que, principalmente no tocante ao trabalho intelectualizado, as novas tecnologias permitiram anular as distâncias, de forma que passou a ser possível realizar o trabalho em casa. Segundo o autor, os avanços científicos e tecnológicos há muito revolucionam a relação de trabalho. Neste panorama, existe ainda um grande paradoxo que norteia a relação existente entre a privação ao direito à desconexão do trabalho e a tecnologia presente em nossos cotidianos.

Segundo Maior (2016, texto digital) “ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna”. Para o autor, “é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho”, já que os empregados, atualmente, têm sido vítimas

de jornadas de trabalho excessivas, estando conectados ao trabalho vinte e quatro horas por dia por meio da utilização dos meios modernos de comunicação.

Nesse sentido é o parecer de Bauman (2009, p. 166), sobre a influência da tecnologia na vida das pessoas:

Na era dos celulares, *laptops* e *palmtops*, não há desculpa para de estar temporariamente fora de alcance, seja do local de trabalho ou da família - dos deveres do trabalho ou das obrigações familiares. Estar constantemente à disposição de sócios e chefes, assim como de amigos e membros da família, torna-se não apenas uma possibilidade, mas um dever e também um impulso interior. O lar de um inglês talvez ainda seja seu castelo, mas suas muralhas são porosas e não têm isolamento acústico.

A somar, está o entendimento de Sussekind (2004, p. 41), o qual, sobre o protagonismo da revolução tecnológica, entende que a sociedade vivencia “[...] uma fase de transição resultante da nova revolução tecnológica, que se processa de forma acelerada, desde o invento dos chips. A informática, a telemática e a robotização têm profunda e ampla repercussão *intra* e *extra* empresa, configurando a chamada época pós-industrial”.

Por esse ângulo incluem-se as lições de Soares (2009, p. 23), a qual pontifica que “os bônus dos avanços tecnológicos representam um ônus de uma maior chance de incidentes e de maior gravidade e alcance das lesões”

causadas pela supressão de direitos imateriais, dando ênfase ao ponto de que quanto mais complexas são as relações, maior é o risco de ferir a esfera jurídica alheia.

Para Maior (2016, texto digital), o teletrabalho ou trabalho praticado em casa “agrave sensivelmente, o direito ao não trabalho, eis que a própria vida privada do trabalhador se perde no fato de se transformar a sua residência em local de trabalho, com prejuízo para o próprio convívio familiar”.

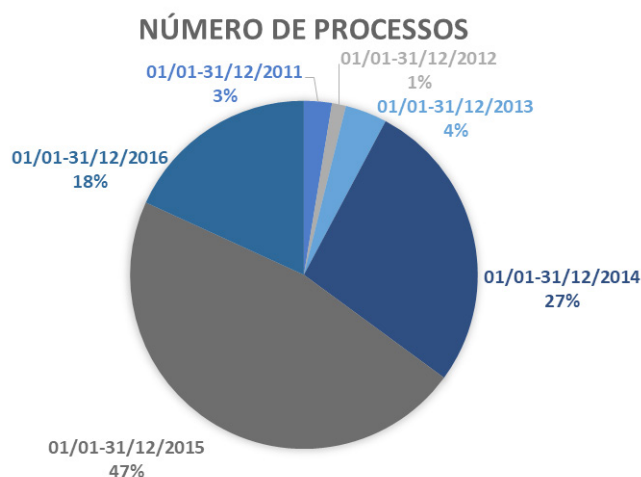
Portanto, a presença dos meios de comunicação tem influenciado o cotidiano dos trabalhadores, dificultando o acesso a um período de desconexão do trabalho. Esta situação gerou (e gera, continuamente) demandas judiciais movidas pelos empregados em face de seus empregadores buscando indenizações pela privação deste direito, assunto que será analisado a seguir com base em algumas decisões proferidas no âmbito destas demandas.

## 5 O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Após a análise do que menciona e leciona a doutrina como fundamental para uma vida de trabalho digna, cabe aqui verificar o resultado da pesquisa feita no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região para apurar a ocorrência de relação feita entre o direito à desconexão do trabalho e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. De modo a concretizar a pesquisa, utilizou-se a expressão

exata “direito à desconexão do trabalho” junto ao sítio do tribunal, do período compreendido entre 2010 e abril de 2017.

GRÁFICO 1 - Acórdãos provenientes do TRT4 que trataram do tema desconexão do trabalho entre 01/01/2011 até 13/04/2017



Fonte: Tribunal Regional do Trabalho (4. Região).

Com a pesquisa, ficou constatado que, ao utilizar-se o termo acima referido, no ano de 2010 não foram encontrados nenhum processo, iniciando, assim, em 2011, com o número de 2<sup>1</sup> acórdãos que além de abordarem o direito a desconexão, também relacionavam-se com o direito à preservação da saúde, física e mental, segurança do empregado, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Em um dos acórdãos no qual foi reconhecido o direito à desconexão do trabalho, Recurso Ordinário n° 0119900-03.2009.5.04.0332 (RO), datado de 04 de

1 Processos encontrados: 0119900-03.2009.5.04.0332 (RO); 0000760-52.2010.5.04.0004 (RO).

agosto de 2011, a desembargadora relatora Denise Pacheco relacionou o direito ao não trabalho à saúde física, mental e a segurança do empregado, trazendo também como justificador da concessão de tal direito, o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, trecho do julgado *in verbis*:

O “direito ao não trabalho”, durante o intervalo dentro da jornada, tem por escopo a preservação da saúde, física e mental, e a própria segurança do empregado, como forma mínima de assegurar a dignidade da pessoa humana. O mero pagamento de horas extras, em substituição à fruição do intervalo intrajornada, desvirtua a finalidade do instituto jurídico de proteção ao trabalho.

Ademais, como apresentado no Gráfico 1, em 2012 somente foi encontrado 1<sup>2</sup> processo que abordasse o direito a desconexão, mas em 2013 em diante o número foi aumentando e deu um salto de 3<sup>3</sup>, em 2013, para 21<sup>4</sup> em 2014,

.....  
 2 Processos encontrados: 0000977-31.2011.5.04.0014 (RO)  
 3 Processos encontrados: 0001166-74.2011.5.04.0251 (RO); 0045900-83.2009.5.04.0024 (RO); 0010872-21.2011.5.04.0271 (RO).  
 4 Processos encontrados: 0000327-34.2013.5.04.0007 (RO); 0000340-77.2013.5.04.0251 (RO); 0001383-09.2012.5.04.0405 (RO); 0020141-32.2013.5.04.0007 (RO); 0000366-62.2013.5.04.0029 (ED); 0020422-58.2013.5.04.0404 (RO); 0000833-07.2013.5.04.0202 (RO); 0020087-75.2013.5.04.0004 (ROPS); 0001027-75.2011.5.04.0202 (RO); 0001051-17.2013.5.04.0014 (RO); 0020145-78.2013.5.04.0004 (RO); 0001680-47.2012.5.04.0233 (RO); 0000772-31.2012.5.04.0381 (RO); 0000432-72.2013.5.04.0019 (RO); 0010049-61.2013.5.04.0664 (RO); 0000224-93.2013.5.04.0761 (RO); 0001426-61.2012.5.04.0205 (RO); 0000972-57.2012.5.04.0019 (RO); 0001091-63.2012.5.04.0004 (RO); 0000394-94.2012.5.04.0019 (RO); 0000909-14.2012.5.04.0025 (RO).

representando assim, 27% do total de processos encontrados.

Vinte e um acórdãos versando sobre a desconexão do trabalho foram encontrados para o ano de 2014, dentre eles 11 relacionam o direito à desconexão do trabalho ao Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, outros fazem relação ao direito ao lazer, segurança e higiene, os quais são direitos sociais previstos no Capítulo II da Constituição Federal Brasileira. Versaram, também, sobre o cuidado com a saúde física e mental dos empregados.

Portanto, nesse período observa-se um alargamento tanto no número de ações requerendo o reconhecimento do direito à desconexão do trabalho, como na relação feita entre esse direito e os direitos fundamentais. Destaca-se que os contextos fáticos são os mesmos encontrados para os anos anteriores, quais sejam, não fruição de férias e de intervalos intrajornadas, por exemplo, ainda assim havendo significativo avanço nas relações feitas entre o direito à desconexão do trabalho e os direitos fundamentais do homem.

Em 2015, houve ampliações, 36<sup>5</sup> foram

.....  
 5 Processos encontrados: 0020466-79.2014.5.04.0004 (RO); 0020008-66.2013.5.04.0014 (RO); 0020582-27.2014.5.04.0282 (RO); 0020707-81.2014.5.04.0221 (RO); 0020039-57.2015.5.04.0292 (RO); 0020109-93.2014.5.04.0006 (RO); 0020771-91.2014.5.04.0221 (RO); 0001326-82.2013.5.04.0234 (RO); 0010890-57.2013.5.04.0211 (RO); 0021117-89.2015.5.04.0000 (AGR); 0000187-40.2013.5.04.0026 (RO); 0001195-12.2013.5.04.0007 (RO); 0021152-51.2014.5.04.0334 (RO); 0020427-28.2014.5.04.0022 (RO); 0002236-18.2012.5.04.0405 (RO); 0000832-57.2014.5.04.0373 (RO); 0020011-45.2013.5.04.0782 (RO); 0001342-17.2013.5.04.0014 (RO); 0001515-39.2012.5.04.0026 (RO); 0001073-45.2012.5.04.0003 (RO); 0000077-68.2013.5.04.0405 (RO); 0000388-26.2012.5.04.0007 (RO); 0001024-34.2013.5.04.0305 (RO); 0000326-56.2013.5.04.0231 (RO); 0000613-43.2013.5.04.0029 (RO); 0020185-51.2013.5.04.0007 (RO); 0000854-83.2013.5.04.0007 (RO); 0020875-78.2013.5.04.0331 (RO); 0020214-34.2014.5.04.0018

os acórdãos encontrados, representando um total de 47% de todos os julgados analisados no período compreendido entre 2010 até 13 de abril de 2017, como pode ser observado a partir do GRÁFICO 1. Nota-se da leitura dos mesmos que maior importância foi dada ao assunto. No julgado nº 0020466-79.2014.5.04.0004 (RO), de 10 de dezembro de 2015, o direito à desconexão do trabalho, representado pelos descansos diários, semanais e anuais, é tido como forma de asseguarção de direitos sociais, sendo, também, reconhecido como elemento necessário para a garantia da dignidade da pessoa humana. Veja o trecho abaixo, *in literis*:

O dano existencial é espécie de dano moral e decorre do modo como é operado o contrato de trabalho, mediante a submissão a jornadas excessivas ou à ausência de fruição de férias, pois **os descansos diários, semanais e anuais são direitos fundamentais de todos os trabalhadores como mecanismo de garantir a sua desconexão do trabalho e a fruição dos outros direitos sociais já arrolados. Ao ser privado de tais direitos, o empregado é abalado em sua existência como pessoa humana, que não vive apenas para trabalhar e não alcança sua dignidade sem a vida privada, social e familiar (grifou-se).**

Ainda, no mesmo sentido a decisão proferida no julgado nº processo nº 0001059-15.2013.5.04.0007 (RO), de 26 de fevereiro de 2015:

.....  
(RO); 0001059-15.2013.5.04.0007 (RO); 0000874-86.2013.5.04.0003 (RO); 0000340-77.2013.5.04.0251 (ED); 0001291-30.2012.5.04.0664 (RO); 0000551-21.2013.5.04.0702 (RO); 0000508-52.2013.5.04.0551 (RO); 0020241-50.2014.5.04.0007 (RO).

[...] cabe destacar aqui o direito do empregado à desconexão do trabalho, diretamente vinculado ao **desenvolvimento das potencialidades do trabalhador em outras áreas de sua vida que não sejam direcionadas ao tomador de sua mão-de-obra**. Em suma, a limitação da jornada tem por **objetivo primordial garantir um tempo de vida útil ao empregado, em que ele pode se dedicar à família, ao estudo ou até mesmo ao ócio, caracterizando um tempo em que pode exercer a sua autonomia, determinando a si mesmo as atividades que pretende (ou não) desempenhar (grifou-se).**

No ano de 2016, o que se observou foi uma diminuição drástica no número de julgados se comparado com o ano anterior. Ocorreu aqui uma diminuição de mais de 50%, pois foram encontrados somente 14<sup>6</sup> processos, mas que assim como os anteriores, também tem como base o direito à desconexão do trabalho observado como forma de garantir os direitos à dignidade da pessoa humana, à segurança, higiene e lazer.

Ademais, apesar de em 2017, no período do início do ano até abril, em que a pesquisa foi realizada, o número de processos encontrado é de 2. Mas, mesmo sendo cedo para tomada de conclusões, pode-se afirmar que em um contexto geral, como pode ser

.....  
6 Processos encontrados: 0020210-96.2015.5.04.0006 (RO); 0020390-85.2015.5.04.0015 (RO); 0001246-78.2013.5.04.0021 (RO); 0021666-03.2014.5.04.0011 (RO); 0021162-12.2014.5.04.0006 (RO); 0020276-13.2014.5.04.0006 (RO); 0021042-54.2014.5.04.0010 (RO); 0020455-44.2014.5.04.0006 (RO); 0000740-57.2013.5.04.0812 (RO); 0000480-46.2014.5.04.0811 (RO); 0021360-49.2014.5.04.0006 (RO); 0001225-13.2014.5.04.0104 (RO); 0001117-18.2013.5.04.0007 (RO); 0001079-58.2013.5.04.0701 (RO).



observado por meio dos números e nos trechos de algumas decisões do TRT4, garantir o direito à desconexão do trabalho implica em garantir ao trabalhador tempo para que se dedique às atividades sociais, à família ou qualquer outra atividade que queria realizar, pois deve lhe ser assegurada sua autonomia e privacidade, além de ser preservada sua saúde e possibilitado o exercício do trabalho de forma digna.

## 6 CONCLUSÃO

A partir do estudo dos referenciais teóricos e análise dos acórdãos selecionados, foi possível concluir que o direito à desconexão do trabalho é importante para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Isso porque o direito à desconexão do trabalho está intimamente ligado aos direitos fundamentais à intimidade, privacidade, segurança, ao lazer, à higiene e à saúde.

Acresce-se a isso, o resultado da análise das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nas quais o direito ao não trabalho foi relacionado ao direito fundamental à Dignidade da Pessoa Humana, aos direitos sociais ao lazer, à higiene, saúde e segurança, também relacionado à preocupação com a integridade física e mental do trabalhador e ao seu desenvolvimento pessoal e social, junto à sociedade e à família.

Ainda, constatou-se que os avanços da tecnologia, dentre eles os meios de comunicação que nos permitem estar conectados às redes vinte e quatro horas diárias, são fator determinante para a invasão da esfera pessoal privada dos trabalhadores, aos quais questões relacionadas ao labor são levadas mesmo em período de descanso, sendo então privados de estarem desconectados do trabalho.

Cabe, ainda, esclarecer que apesar dos números não se apresentarem de fato tão alarmantes se comparado com o número de processos que passaram pela justiça do trabalho de todo o Brasil, e assim, consecutivamente, também no Tribunal da 4ª Região, pode-se observar que em muitos casos não se utiliza o termo “direito a desconexão”, mas somente, aborda questões pertinentes a falta de férias, grande número de horas extras, suprimimento dos intervalos, entre outros. Assim, caso a pesquisa fosse aberta para inúmeros outros termos, teme-se que o número de processos seria muito maior, mas, devido ao que aqui se apresentou optou-se por analisar os processos com base no termo “direito a desconexão” de modo a poder sustentar a importância da proteção dos direitos humanos, fundamentais, garantizados pela Constituição Federal do Brasil.

Nesses termos, à vista de todo o exposto, em resposta ao problema proposto, tem-se que o direito à desconexão do trabalho é fundamental para que o trabalho seja desenvolvido de forma digna, podendo, portanto, ser compreendido como um direito humano.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antônia Mara Vieira. **Questões Polêmicas sobre a Jornada de Trabalho**. Porto Alegre: Notadez, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Pesquisa de Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0119900-03.2009.5.04.0332. Recorrente: Hilson Garcia Da Silva Júnior E Companhia Estadual De Geração E Transmissão De Energia Elétrica - CEEE-GT. Desembargador Relator: Denise Pacheco. Porto Alegre, 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>. Acesso em 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0000760-52.2010.5.04.0004. Recorrente: Rafael De Mattos Rocha E Wms Supermercados Do Brasil Ltda. Desembargador Relator: Denise Pacheco. Porto Alegre, 24 de março de 2011. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>. Acesso em 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0020466-79.2014.5.04.0004. Recorrente: Farida Varella Krauser Masoni, Apsen Farmaceutica S/A. Desembargador Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 09 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>. Acesso em 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0001059-15.2013.5.04.0007. Recorrente: Elisangela

Da Rosa Guterres. Desembargador Relator: Alexandre Corrêa Da Cruz. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>. Acesso em 13 abr. 2017.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. Barueri: Manole, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, n 23, 2003. Disponível em: [http://trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev23Art17.pdf](http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf). Acesso em: 23 mar. de 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de**

**Direito do Trabalho.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Márcio Batista de; OLIVEIRA, Juliana Batista de. O direito ao trabalho e ao lazer frente a dignidade do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 126, jul 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14860](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14860)>. Acesso em: 22 jun. de 2017.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SALEM NETO, José. **Princípios do Direito do Trabalho na Prática.** 3. ed. Campinas: Servanda, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Publicado originalmente na Revista Fórum Justiça do Trabalho - ano 35 - n.410 - fevereiro de 2018 - Belo Horizonte

# A MULHER TRABALHADORA EM TELETRABALHO DOMICILIAR: DESAFIOS PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO A DESCONEXÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Silvana Souza Netto Mandalozzo

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campanoli

## INTRODUÇÃO

A mulher que labora como empregada, nesse período de pandemia que assola diversos países, pode ter mudança de local de trabalho, que, para esse artigo, seria a inserção no teletrabalho no âmbito domiciliar.

Uma delimitação a ser efetuada é a questão temporal, o exercício da atividade na época definida como situação de emergência de saúde pública no Brasil.

Dessa situação, surge a hipótese a ser abordada, qual seja: O trabalho da mulher trabalhadora em teletrabalho domiciliar, dificulta seu direito à desconexão?

Para trabalhar essa hipótese, o trabalho será dividido em duas partes, o primeiro abordando o teletrabalho feminino e o segundo abordando o direito à desconexão.

O método utilizado será o dedutivo, e

a pesquisa será baseada na legislação sobre o assunto e em obras doutrinárias.

## Exercício de teletrabalho desempenhado pela mulher concomitantemente com as demais atividades

A Lei 13.979, de 02 de fevereiro de 2020, estabeleceu medidas para o enfrentamento ao coronavírus, existindo a partir daí diversas normas regulando o assunto. Ficou reconhecido o estado de emergência de saúde pública, que, pelo artigo 1º, § 2º, incumbe ao Ministro da Saúde determinar a duração desse estado. Já, o Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, definiu a ocorrência de estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020. De forma mais específica, a regulação das relações trabalhistas se deu através de Medidas Provisórias (MPs), cuja duração tem



.....  
Silvana Souza Netto Mandalozzo

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professora Associada do Departamento de Direito das Relações Sociais, do Curso de Direito e do Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG.



Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campanoli

Doutora em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professora Adjunta do Departamento de Direito do Estado, do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Advogada.



regras definidas no artigo 62 da Constituição Federal.

Para qualquer trabalhador, independentemente do gênero, até porque a legislação emergencial não teceria distinção, houve a regulamentação do teletrabalho, através da MP 927, de 22 de março de 2020.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), havia regulamentado essa espécie de labor nos artigos 75-A a E. Importante a noção ali contida, de que se caracteriza pela prestação dos serviços de forma preponderante fora das dependências da empresa, e com o uso de tecnologias de informação e de comunicação. O ajuste dessa modalidade deve ser ajustado em contrato individual de trabalho. A alternância dos regimes presencial e teletrabalho deve ser registrada em aditivo contratual. Já a determinação do empregador para o retorno ao regime presencial deve respeitar a antecedência de 15 dias e o registro em aditivo contratual.

Pela MP citada, houve a regulamentação pelos artigos 4º e 5º do teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, sendo que serão analisadas as principais determinações.

Facultou-se ao empregador, de forma unilateral, a alteração do regime presencial para o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e também o retorno ao primeiro regime, independentemente da existência de acordo individual ou coletivo. Essa imposição pelo empregador se justifica pela situação de emergência causada pela pandemia, e o principal argumento é a diminuição dos riscos de contágio no sistema de teletrabalho.

A alteração do regime presencial para as demais modalidades e vice-versa deverá ser comunicada ao empregado com antecedência

mínima de 48 horas, por escrito ou de forma eletrônica. Se denota aqui a minoração do tempo para o retorno regime presencial, que na CLT, era de 15 dias. Essa mudança de regime, especialmente do teletrabalho, trabalho remoto ou a distância para a o presencial, com o prazo mínimo, dificulta qualquer aspecto organizacional ao empregado, especialmente em se tratando de empregada mulher e ainda detiver a incumbência de cuidados com a residência.

Quando se trabalha em outro local, através das três formas mencionadas, o empregado necessitará de meios para a execução dos serviços. A manutenção e fornecimento dos equipamentos tecnológicos, da infraestrutura e despesas arcadas pelo empregado deverão estar firmadas em prévio contrato escrito ou a ser firmado em 30 dias contados da mudança do regime. Aqui se tem uma exigência, que não se pode mencionar que seria para a validade do ato, mas facilita eventual futura discussão acerca das despesas adicionais que o empregado terá.

Caso o empregado não possua os meios tecnológicos e infraestrutura necessária, o empregado pode fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar os serviços de infraestrutura, sem natureza salarial. No caso de impossibilidade do oferecimento, o período normal será computado como tempo de trabalho. O contrato de comodato é regulado pelos artigos 579 a 585 do Código Civil, se tratando de empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. O pagamento pelo empregador dos serviços de infraestrutura, podem ser exemplificados com energia elétrica, despesas com internet e até mesmo materiais usados para a limpeza do local. Esse ajuste

em termos de valores será algo a ser ajustado entre empregado e empregador, de preferência correspondendo ao que efetivamente foi despendido e de acordo com o princípio da razoabilidade.

Ficou ainda definido que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada normal de trabalho não será considerado tempo de serviço, prontidão ou sobreaviso. A exceção será a disciplina expressa, em acordo individual ou coletivo. Dificilmente existirá essa excepcionalidade, já que o equipamento a ser utilizado é o computador, e sendo usado para outras situações não profissionais, o empregador não terá responsabilidade sobre isso.

Por fim, a MP disciplinou que essas espécies de regimes de labor se aplicam aos estagiários e aprendizes.

E onde entrariam as mulheres no teletrabalho e afins em época de enfrentamento ao coronavírus?

Vale a pena retornar ao século XIX, onde nas palavras de Michelle Perrot, foi acentuada a racionalidade harmoniosa da divisão sexual:

Cada sexo tem sua função, seus papéis, suas tarefas, seus espaços, seu lugar, quase predeterminados, até em seus detalhes. Paralelamente, existe um discurso dos ofícios que faz a linguagem do trabalho uma das mais sexuadas possíveis. “Ao homem, a madeira e os metais. À mulher, a família e os tecidos”, declara um delegado operário da exposição mundial de 1867.

Historicamente, um dos locais definidos para o trabalho da mulher é aquele dedicado aos cuidados da família. E qual o local apropriado a isso? Via de regra, em grande parte, em sua

residência.

Alicerçado nessa ideia histórica, o viés de responsabilidade feminina no quesito familiar, vem se retroalimentando sociologicamente desde a infância. Em lojas de brinquedos há um enorme arsenal de utensílios domésticos, como louças, móveis, máquinas, casinhas e muitas, mas muitas bonecas e bonecos que podem representar filhas e filhos. O incentivo a essa ideia inconscientemente vem sendo trazido de geração em geração.

Diga-se de passagem, que nada há de errado em uma mulher se dedicar aos afazeres domésticos, quer de forma integral, ou parcial, dividindo seu tempo com outras espécies de labores. Aliás, a questão de “cuidado” é bem explicitada por Helena Hirata: “A análise do trabalho de cuidado confirma a ideia da centralidade do trabalho das mulheres, nas instituições ou em domicílio, realizado gratuitamente ou como uma atividade remunerada”.

As trabalhadoras mulheres foram ingressando no mercado de trabalho, existindo a intensificação por fatores que podem ser exemplificados pela Segunda Guerra Mundial, inovação tecnológica, redução da taxa de natalidade, educação e razões econômicas, ao lado do urbanismo.

Quando a mulher deixa o lar e passa a trabalhar de forma assalariada, acaba assumindo mais responsabilidade, via de regra, cumulando os serviços, ocorrendo a famosa dupla jornada. Mesmo com auxílio nas atividades domésticas, caso isso seja possível, ainda resta atividade residual, mesmo que seja na forma organizacional.

Uma mulher trabalhadora, que trabalhava de forma presencial em local como

uma empresa, indústria, escola ou outro, devido a situação de emergência, pode vir ter que laborar em sua residência. Para as classes mais abastadas, essa mudança pode representar até um conforto, caso haja espaço suficiente e empregada doméstica ou diarista que realizem os serviços domésticos.

O grande problema surge quando a mulher acaba tendo redução salarial, há determinação de isolamento ou a determinação de *lockdown* pela autoridade competente. A mulher pode passar a não ter condições de pagar ajudante, ou essa ajudante pode não estar trabalhando e os cuidados familiares se intensificam, mormente com filhos em casa que estão sem aulas presenciais ou com aulas através de ensino a distância.

O teletrabalho e outras formas afins, que diminuem o risco de contágio, e podem representar uma espécie de labor mais prazeroso, sem inconvenientes de deslocamento e tempo perdido, para a mulher pode representar um aumento de atividade. E se acentua a desigualdade com o sexo masculino. Quase impossível o retorno da empregada ao regime presencial, sendo avisada com antecedência de 48 horas, especialmente se existirem pessoas na mesma residência que dependam de sua presença.

Surge a importância para as mulheres trabalhadoras de que, enquanto em exercício telepresencial e outros similares, tenha bem definido um horário de trabalho. Quanto antes isso aconteça, será mais saudável, já que essa pode ser uma modalidade de trabalho que avance na sociedade atual.

Impor limites ao trabalho é essencial para todos e de forma mais intensa às mulheres empregadas.

## Alternativas para o exercício do direito a desconexão

No quesito divisão sexual do trabalho, o labor da empregada em sua residência prestado a um empregador, representa uma desvantagem, como já analisado.

Geralmente para a mulher trabalhadora, não há escolha em relação às atividades domésticas. Sobre o assunto Flavia Biroli expõe:

O trabalho que as mulheres realizam na vida cotidiana doméstica, a forma que ele assume e o tempo que lhe é dedicado estão longe de constituir escolhas voluntárias, apesar de não existirem impedimentos legais para a busca de outros caminhos e de esse trabalho não ser resultado de coerções identificáveis como tais.

A mulher tem a opção para laborar vinculada a um contrato de emprego, nos moldes definidos pela CLT, porém, esse exercício muitas vezes não a desonera dos serviços domésticos, seja em menor ou maior grau de intensidade e responsabilidade, de forma isolada ou em conjunto com outros atores familiares.

O equilíbrio entre tempo de trabalho e tempo de não trabalho é ponto central para a análise de uma vida saudável.

Exigências para um bom desempenho de trabalho por parte da mulher continuará existindo, tudo dentro do espectro capitalista. Sobre o controle de produtividade e isolamento ensinam Marcelo Rodrigues Prata e Eduardo Pragmácio Filho:

Por outro lado, a produtividade do laborista é controlada com maior rigor — até mesmo em tempo real. Não existe uma separação do *espaço-tempo*

dedicado ao trabalho e ao despendido com a família e o lazer. Além disso, o teletrabalho promove o isolamento do obreiro, o que dificulta a sua ascensão profissional e desmobiliza a luta sindical por novas conquistas.

Necessário se faz traçar algumas considerações sobre o direito a desconexão. Sobe o assunto, ensina Jorge Luiz Souto Maior:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Aqui se trabalhará com a noção não só do afastamento do meio tecnológico a que a trabalhadora está vinculada, mas muito mais ao direito de esquecer momentaneamente de suas atividades profissionais e domésticas, num sentido amplo.

Essa desconexão é essencial à saúde da trabalhadora, tanto física quanto mental e deve ser buscada diariamente. Laborando em situação diferenciada, muito provavelmente não terá toda a segurança ergonômica e ambiente adequado que possuía ao exercer a atividade presencial.

Não existe no direito brasileiro a alusão literal ao “direito a desconexão”, No entanto, por uma interpretação sistemática, encontra amparo constitucional, já que o artigo 7º, XV e XVII, da Constituição Federal prevê alguns períodos de não trabalho. A CLT, em diversos artigos também tratou questões de pausas,

intervalos e férias, que se tratam de períodos onde não há o labor. E esse direito está ligado intrinsecamente ao artigo 6º da Constituição Federal, especialmente a saúde e ao lazer.

A MP 927, especificou no artigo 4º, § 1º, que o enquadramento das pessoas que desempenham teletrabalho e outros citados afins, se encaixam no artigo 62, III, da CLT, ou seja, não estão abrangidos no capítulo da duração do trabalho, “os empregados em regime de teletrabalho”.

Em linhas gerais, quem está inserido no regime de teletrabalho, não terá direito à percepção de horas extras e nem ao controle de horário de início, intervalo e final de atividade. Lógico, caso seja efetuado um controle pelo empregado, verificando a atividade efetuada por meio remoto, com possibilidade de acessos à *logon* e *logoff*, especialmente se essa situação estiver sido ajustada, a situação será diferente, passível plenamente de controle. Nesse aspecto, o artigo 62, III, da CLT tem presunção relativa, podendo ser elidida com prova em contrário onde se vislumbra a existência de controle.

Caminhos podem ser sugeridos para que a mulher trabalhadora exercite seu direito de desconexão, e para tanto, seria necessária uma amplitude que englobasse o trabalho remunerado e o trabalho não remunerado destinado a atividades domésticas.

Para a relação empregada e empregador, como a empregada estará laborando sem o controle direto do empregador, presume-se que controle o seu tempo e o faça dentro dos limites temporais contratuais. Caso não haja um limite contratual, o ideal será o labor de 8h diárias ou 44h semanais, como exposto no artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. Essa seria a solução a ser adotada entre empregada e empregador,



dentro do espírito de colaboração que rege um contrato de trabalho. De nada adianta a empregada laborar em regime de horas elásticas, pensando na produtividade, caso isso possa lhe trazer transtornos à saúde. Uma boa posição seria o empregador ao determinar o teletrabalho domiciliar, especificar que embora não exista controle de horário, deve ser respeitado o máximo contratual ou legal. Existirá mais flexibilidade durante a jornada para a trabalhadora, mas isso deve ser avaliado e executado com responsabilidade.

Para a relação que a mulher desenvolve nas tarefas domésticas, deve impor a si própria também um limite temporal, para que possa descansar. Alternativas podem existir de forma simples, como marcar tempo para o sono noturno, para refeições despreocupadas, sempre compatibilizando com o período essencial destinado a algum lazer. A distribuição de afazeres domésticos entre os membros da família de forma igualitária, mormente para aqueles do gênero masculino é uma opção atual. Essa ideia é algo que precisa iniciar, especialmente para moldar o exemplo inicial às futuras gerações mais igualitárias quanto às responsabilidades domésticas. A utilização de mais eletrodomésticos que auxiliam os serviços, a compra de alimentos prontos para o consumo, também podem ser medidas que ajudam a mulher trabalhadora, mas nesse caso demandam um aporte monetário.

Tempo destinado à mulher trabalhadora, sem trabalho remunerado ou não remunerado, na atualidade, em tempos de pandemia, de preferência cronometrado para que seja seguido, com planejamento, é a chave do bem-estar.

## Considerações finais

A mulher trabalhadora com o advento da MP 927, de 22 de março de 2020, que antes desempenhava serviço em regime presencial, pode ter sido deslocada para o regime de teletrabalho, trabalho remoto ou a distância, a escolha do empregador. A princípio, essas formas parecem libertadoras, mas flexíveis, e, portanto, com uma conotação positiva.

Muitas vezes além do trabalho para o empregador, a mulher acumula ainda a atribuição de serviços domésticos, e essas duas atividades de forma concomitante, podem levar à exaustão.

A hipótese formulada através da pergunta: - O trabalho da mulher trabalhadora em teletrabalho domiciliar, dificulta seu direito à desconexão? – é respondida de forma afirmativa.

A mulher deve se impor limite de horários de trabalho, buscar mais colaboração no ambiente familiar, deixando tempo suficiente para sua desconexão. Com tempo livre pode pensar em estratégias para o enfrentamento de questões relacionadas a igualdade de gênero.

Se o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância vieram para ficar, a cautela que se deve ter é que não representem mais dificuldades para a mulher exercê-los, pois, se isso acontecer, acabará acentuando ainda mais a discriminação que onera o sexo feminino.

## Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: Limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

HIRATA, Helena. O cuidado em domicílio no Brasil e na França. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa. **Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais**. São Paulo: Boitempo, 2016. Cap. 16, p. 193-202.

PERROT, Michelle. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PRATA, Marcelo Rodrigues; PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Incidência do art. 62 da CLT em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARAHÃO, Ney. **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. Cap. 2, Seção IV. p. 325-339.

SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. **Do Direito à Desconexão do Trabalho**. Disponível em: < [https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf)> . Acesso em: 05 jun.2020.

# DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHADOR

André Araújo Molina

**Resumo:** A partir do reconhecimento de que os direitos previstos nos tratados e na Constituição teriam livre tráfego nas relações jurídicas de direito privado (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), entre elas as de trabalho, passou-se a admitir que o patrimônio jurídico dos empregados é integrado tanto pelos direitos previstos na legislação ordinária especializada (direitos específicos), quanto pelos dispostos nos tratados e na Constituição (direitos inespecíficos), em cujo segundo grupo estão o direito ao lazer, à limitação de jornada, às férias, à convivência social e familiar, todos acenando para um princípio geral de desconexão do trabalho, cuja violação instaura diversas relações de responsabilidade civil e trabalhista, não somente para os danos materiais, mas, principalmente, para a recomposição dos danos pessoais, entre os quais os danos existenciais causados ao cidadão-trabalhador.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais – Eficácia horizontal – Relações de trabalho – Direito à desconexão do trabalho – Danos existenciais

**Abstract:** Recognizing that the rights provided for in the treaties and the Constitution would have free movement in the legal relations of private law (horizontal effectiveness of fundamental rights), including work, it was assumed that the legal patrimony of the employees is integrated both by the rights provided for in specialized ordinary legislation (specific rights) and by those provided in the treaties and in the Constitution (non-specific rights), whose second group includes the right to leisure, limitation of the journey, vacations, social and family coexistence, all of them waving to a general principle of disconnection from work, the violation of which establishes various relationships of civil and labor liability, not only for material damages, but mainly for the recovery of personal injuries, including the damages caused to the citizen-worker.

**Keywords:** Fundamental rights - Horizontal effectiveness - Labor relations - Right to disconnect from work - Existential damages



André Araújo Molina

Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT) e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região (Mato Grosso).

## 1. Introdução

As relações-modelo de trabalho do período da Revolução Industrial eram representadas pelas linhas de produção nas fábricas, com o deslocamento físico dos operários para ativarem-se dentro do estabelecimento industrial, época em que eram submetidos à exaustiva jornada de trabalho, à mingua de regulação legal protetiva, na medida em que os contratos eram regidos pelo direito comum, com a liberdade de contratação e pactuação das condições mais desfavoráveis.

Como reação ao modelo econômico de exploração, nasceu o Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico autônomo, criando diversos limites, principalmente em relação ao tempo em que os operários ficavam à disposição dos empregadores em seus estabelecimentos. O ordenamento jurídico trabalhista, centrado que estava no modelo-padrão, conseguiu delimitar temporalmente e com nitidez os lapsos em que se considerava o trabalhador à disposição do empregador e o tempo que seria reservado para as suas atividades privadas, gerando, como decorrência, os direitos às horas extras, aos descansos semanais remunerados, aos intervalos, às férias, às licenças e às interrupções dos contratos de trabalho, tanto é que, entre nós, desde a Constituição de 1934 há limitação de jornada prevista em nível constitucional<sup>1</sup>.

1 Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; (...) e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas;

Ocorre que os avanços tecnológicos das últimas décadas projetaram-se sobre os contratos de trabalho, possibilitando, por intermédio das novas tecnologias – como o computador, a internet, *notebook*, *tablets* e *smartphones* –, uma maior flexibilidade quanto ao local da prestação dos serviços e o horário de realização das atividades, por sua vez também diluindo os limites entre os períodos de trabalho e a vida privada, lazer, descanso e a convivência social e familiar dos trabalhadores, reclamando do ordenamento jurídico trabalhista a necessidade de reposicionar-se para regular a nova realidade dos contratos flexíveis, principalmente recorrendo aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, fazendo-os incidir diretamente nas relações de trabalho, de modo a reajustar-se os limites entre trabalho e vida privada.

A partir da incidência desses direitos, reconhece-se atualmente que, além das suas obrigações profissionais, deverá ser observado o resguardo aos momentos de lazer, descanso e desconexão do trabalhador, cuja violação sujeita os infratores, na perspectiva da responsabilidade civil, não apenas à quitação das repercussões de caráter trabalhista típico, mas principalmente à recomposição das repercussões pessoais, inclusive quanto aos danos existenciais.

## 2. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho

Ao final da Segunda Guerra Mundial, quase todos os Estados ocidentais promulgaram novas constituições, todas elas com diversas



garantias de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como um catálogo de princípios oponíveis contra o Estado, mas também com a previsão de garantias fundamentais sociais positivas (a uma prestação) e os direitos da coletividade. Desde então, a divisão estanque entre direito público e direito privado perdeu a sua função dogmática, na medida em que os novos direitos fundamentais passaram a incidir tanto nas relações entre os cidadãos e o Estado quanto nas relações entre os particulares, unificando o sistema jurídico contemporâneo e colocando a Constituição no seu centro.

Essas mesmas constituições, como a brasileira de 1988, contém diversas cláusulas de função social da propriedade, de função social das famílias, de defesa do consumidor, de interveniência nas relações de trabalho, entre outras autorizações que justificam a interpenetração dos direitos fundamentais no direito privado. Se na Idade Moderna os códigos civis eram as fontes mais importantes do direito privado, em tempos de pós-modernidade são as próprias constituições os eixos centrais em torno dos quais gravitam todos os ramos do direito, inclusive o civil e o do trabalho.

A preocupação constitucional com os temas de direito comum recebeu o nome de constitucionalização do direito privado, significando que esse ramo não mais fica à margem da regulação constitucional, devendo todas as regras de direito ser interpretadas a partir das garantias constitucionais, ou na feliz síntese de Paulo Ricardo Schier, passar pela filtragem constitucional, quando as normas devem ser interpretadas a partir do paradigma normativo constitucional.<sup>2</sup>

2 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica.

Avançando a partir da premissa acima, passou a ser preocupação recente nos países ocidentais desvendar em que medida os direitos fundamentais incidem no direito privado. Se os particulares poderiam invocar um direito fundamental para aplicação em suas relações com os outros particulares (eficácia horizontal)? E se a invocação poderia ser diretamente da Constituição ou dependeria de uma prévia atividade de mediação legislativa ordinária?

A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas só ganhou espaço na dogmática constitucional brasileira depois da Constituição de 1988, principalmente a partir da tese de Ingo Wolfgang Sarlet.<sup>3</sup>

Radica o debate na interpretação do artigo 5º, § 1º, da CF/88, para quem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nada obstante a expressa manifestação de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, não cuidou o poder constituinte de dizer quem são os sujeitos a eles submetidos, em quais relações os direitos aplicar-se-iam imediatamente e em que medida a incidência se daria.

A maioria dos autores enxerga no modelo constitucional autorização para a eficácia direta, como Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais na Constituição de 1988 têm como destinatários os mais diversos sujeitos – Estado, particulares ou ambos –, contudo quando não houver uma vinculação expressa em determinado dispositivo constitucional para um deles em especial, a vinculação será

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

para todos e deve ela atender ao princípio da eficácia direta que decorre do artigo 5º, § 1º, da Constituição.<sup>4</sup>

Também Daniel Sarmento defende a eficácia imediata na generalidade das relações privadas, pois a Constituição atual adotou um modelo intervencionista e social, bem por isso todos os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados às relações privadas. Isso se dá pela opção do constituinte de busca da redução das desigualdades, da distribuição de renda, que para serem conseguidas necessitam de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas e um maior ativismo judicial concretizador, diante da omissão do legislador e do executor.

Defende que as tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos também no campo privado, onde reinam a opressão e a violência. Tal situação desalentadora impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, conclui o autor que “não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”<sup>5</sup>

A partir da mesma premissa sociológica, defende Luiz Eduardo de Toledo Coelho que dentro desse quadro e como mecanismo de acelerar a concretização da Constituição, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, e com o intuito de realizar o disposto no art. 3º

da Constituição, é que os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana devem ser aplicados direta e imediatamente a todas as relações, sejam elas públicas ou privadas.<sup>6</sup>

Advogam os autores referidos que enquanto em países desenvolvidos o nível de atendimento dos direitos sociais mais básicos é satisfatório, demonstrando que o legislador ordinário e o administrador estão atentos e diligentes quanto aos princípios fundamentais, nos países com baixo nível de desenvolvimento social, como é o nosso caso, em que o legislador e o executor não atendem as diretrizes constitucionais mínimas, violando-as por omissão, incumbe ao Judiciário fazê-las efetivas, aplicando-as de forma direta e imediata a partir do texto constitucional.

Especificamente nos limites da doutrina trabalhista, as primeiras reflexões adotam a diferenciação de que nas relações privadas entre iguais deve haver um maior prestígio da liberdade e da autonomia, incidindo os direitos fundamentais de forma mediata, mas nas relações de trabalho, enquanto palco de exercício de poder social, jurídico e econômico, os direitos fundamentais devem ter eficácia direta e aplicabilidade imediata, conclusão que é abraçada por Joselita Nepomuceno Borba<sup>7</sup> e Andréa Presas Rocha<sup>8</sup>, ressalvando que a segunda reconhece a necessidade de ponderação, respeitando os direitos de que o empregador também é titular, quando do momento da incidência direta dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

4 Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 394/400, *passim*.

5 Sarmento, A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 247/248.

6 Coelho, Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 238.

7 Borba, Direitos fundamentais, p. 80.

8 Rocha, A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego, p. 40/41.

A posição doutrinária majoritária que defende a eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive nas de trabalho, foi adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros nos últimos anos.

Nos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema não houve a preocupação de desenvolver uma teoria mais aprofundada. Restringiu-se a analisar alguns casos concretos, nos quais se adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata, mas mesmo assim sem justificar analiticamente sua tomada de posição, a favor de uma e não de outra visão. Foi somente em outubro de 2005, com o julgamento do RE n. 201.819, que a Corte debruçou com mais cuidado sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e posicionou-se, conforme as circunstâncias daquele caso concreto, expressamente pela recepção da tese da aplicação direta e imediata às relações privadas.

Antes disso, no julgamento do RE 161.243<sup>9</sup>, especificamente quanto ao Direito do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regulamento de empresa da companhia aérea *Air France* não poderia conter cláusula discriminatória em detrimento de trabalhadores não-franceses, no caso do recorrente trabalhador brasileiro, fazendo incidir diretamente o princípio constitucional da igualdade.

Mas foi apenas em julgamento do ano de 2005<sup>10</sup> que o Tribunal adotou expressamente a tese da aplicação direta dos

direitos fundamentais nas relações privadas, fundamentando racionalmente a sua tomada de posição, quando foi levada à Suprema Corte a situação fática da eficácia dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no procedimento interno de exclusão de associados dos quadros das pessoas jurídicas de direito privado.

A hipótese de fato era refinada, visto que os procedimentos previstos no estatuto social foram todos atendidos, com a composição de comissão especial para a apuração das irregularidades que pudessem gerar expulsão, muito embora não prevista no estatuto a garantia de ampla defesa dos associados. A questão a ser definida era se, para além das regras definidas no estatuto, as instituições privadas também são obrigadas a obedecer aos direitos fundamentais, à mingua de cláusula estatutária ou na legislação ordinária que tratasse das associações civis.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou que a associação civil, embora com personalidade jurídica de direito privado, exercia uma atividade essencial de cobrança e distribuição de direitos autorais, logo se afeiçoa a um serviço público por delegação legislativa. Tal particularidade do caso concreto autorizaria a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na relação privada, por conseguinte os direitos fundamentais do devido processual legal, ampla defesa e do contraditório, deveriam ser observados, mesmo que não previstos no estatuto, fazendo-os incidir de forma direta e imediata a partir da Constituição.

O acórdão não manifestou se a solução seria a mesma nas relações entre particulares sem a característica de um deles exercer serviço

9 STF – 2ª Turma – RE 161.243 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19.12.1997.

10 STF – 2ª Turma – RE 201.819 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006.

“quase” público.

O Ministro Joaquim Barbosa disse em seu voto que entende que a Carta Constitucional de 1988 autoriza a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com a ressalva de que a incidência deva verificar-se caso a caso, com parcimônia, para que não se inviabilize a esfera de autonomia privada dos indivíduos, substituindo-se a vontade destes pela coletiva-constitucional.

Alinhando aos dois ministros citados para formar maioria no julgamento, o Ministro Celso de Mello advogou a tese de que a autonomia privada, além de encontrar limitações legislativas expressas (por exemplo, aquelas dos artigos 57 e 1.085 do Código Civil), não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito dos direitos e garantias de terceiros, especialmente os positivados com estatura constitucional. Em palavras outras, não apenas as balizas da legislação ordinária devem ser seguidas, mas principalmente os direitos fundamentais, que têm eficácia imediata e aplicação direta.

A partir da sinalização do Supremo Tribunal, notadamente após a adoção expressa da eficácia direta e imediata no julgado de 2005, o Tribunal Superior do Trabalho também, em diversos acórdãos, valeu-se da mesma conclusão para fazer incidir os direitos fundamentais nas relações de trabalho, de forma direta e sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária, como nos casos de considerar discriminatória a dispensa imediata após o retorno de licença-médica<sup>11</sup> ou

11 “Todo o arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico.” (TST – 3ª Turma – RR 105500-32.2008.5.04.0101 – Redª. Desigª.

nos casos das revistas abusivas nos pertences dos trabalhadores<sup>12</sup>.

Destaca-se uma decisão do ano de 2013 em que a Corte Trabalhista reconheceu expressamente que nos procedimentos para aplicação de justa causa aos empregados dos conselhos de fiscalização profissional, deveriam incidir de forma direta e imediata os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, razões pelas quais o Tribunal anulou a justa causa aplicada pelo empregador sem a observância das garantias fundamentais.<sup>13</sup>

A partir do inventário das diversas posições doutrinárias, das adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal

Minª. Rosa Weber – DEJT 05.08.2011).

12 TST – 6ª Turma – RR 154700-23.2006.5.09.0009 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 02.12.2011.

13 “Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esse dispositivo é aplicável não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, inclusive aos procedimentos instaurados fora do Poder público. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida pela doutrina moderna, conferindo-lhes aplicabilidade no âmbito privado, de modo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem ser observados tanto nas relações entre o Estado e cidadãos como nas intersubjetivas. Esse entendimento garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal às relações de trabalho, sem prejuízo dos direitos trabalhistas previstos na Carta Magna. No caso dos autos, verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal foram violados no procedimento instaurado para apuração de falta grave do reclamante. Desse modo, constata-se que o Regional, ao manter a nulidade do inquérito administrativo instaurado para apuração de falta grave do reclamante, após o qual o obreiro foi dispensado por justa causa, conferiu aplicabilidade irrepreensível aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, observando, fielmente, sua eficácia nas relações trabalhistas. Recurso de revista não conhecido.” (TST – 2ª Turma – RR 267300-64.2003.5.07.0003 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 24.05.2013)



Superior do Trabalho em favor de uma eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, concluímos o tópico com o reconhecimento de que atualmente os direitos humanos previstos em tratados internacionais e os direitos fundamentais constitucionais são incidentes nas relações de trabalho, de modo que a inserção do empregado e do empregador em uma relação de emprego não lhes retira as condições de sujeitos-de-direitos fundamentais. As relações trabalhistas impõem às duas partes algumas obrigações e restrições especiais, conforme a CLT determinar, mas não afasta a regulação inclusive pelas normas constitucionais que têm os sujeitos particulares também como seus destinatários.

Aprofundando na observação, constatamos que os direitos fundamentais incidentes nas relações de trabalho podem ser divididos em duas categorias: na primeira os direitos específicos dos trabalhadores, aqueles dispostos nos artigos 7º a 11 da Constituição, cujos destinatários são os trabalhadores exclusivamente, e em segundo os direitos inespecíficos, ou seja, todos os demais direitos constitucionais que os cidadãos possuem e, ao inserirem-se em uma relação de trabalho, também os trabalhadores trazem consigo, avolumando-os aos específicos.<sup>14</sup>

14 No mesmo sentido é a compreensão de Christiana D’Arc Damasceno Oliveira: “Relembre-se que há direitos fundamentais que incidem nas relações de trabalho, que não são tipicamente trabalhistas. Dirigem-se a qualquer cidadão e, portanto, também ao trabalhador, que não se despede sua condição de pessoa plena ao integrar o contrato de labuta, motivo pelo qual, além dos direitos propriamente trabalhistas ou específicos (aqueles que só podem ser exercidos por ele enquanto tal, arts. 7º a 11 da CF), são-lhe direcionados direitos outros, ditos trabalhistas não específicos. De efeito, o ingresso do trabalhador no âmbito laboral, no qual goza de direitos fundamentais trabalhistas típicos, não lhe suprime sua condição de dignidade e, por exemplo, direitos albergados

Metaforicamente, ao contratar uma relação de emprego, o empregado não retira a sua roupa de cidadão ao colocar o uniforme de trabalho, na mesma linha do que defende a doutrina portuguesa de José João Abrantes:

O empregador somente poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua atuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma tutela superior à daquela liberdade. O trabalhador deve lealdade ao contrato, mas só a este, exatamente nos mesmos termos em que também o empregador a deve. De resto, na empresa ele continua a ser cidadão de corpo inteiro, mantendo, em princípio, os direitos de que todos os outros cidadãos também são titulares.<sup>15</sup>

Enfim, o ordenamento jurídico trabalhista atual incidente nas relações de trabalho deixou de ter em evidência apenas a legislação ordinária especializada que é a CLT, para admitir que as relações de trabalho também são reguladas inclusive pela Constituição Federal (direitos específicos e inespecíficos dos trabalhadores), pelos tratados internacionais, pela legislação ordinária, pelo Código Civil e

no art. 5º da CF, como o de objeção de consciência (inciso VIII), liberdade de exercício de ofício ou profissão (inciso XIII), liberdade de expressão (inciso IV) e direitos de personalidade (direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, incisos V, X e XII), sendo integrantes do patamar normativo nas relações de labor tanto os direitos propriamente trabalhistas como os direitos trabalhistas não específicos, todos a figurarem como aspectos limitativos do poder do tomador de serviços.” (Direito à desconexão do trabalhador, p. 1181/1182).

15 Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 200/201.

legislação extravagante, pelas normas coletivas, regulamentos de empresa, pelos precedentes judiciais (no contexto do art. 927 do CPC de 2015) e pelas cláusulas individuais dos contratos de trabalho, destacando-se entre os diversos direitos incidentes os da preservação da vida privada, das garantias ao lazer, descanso, à desconexão e a realização dos projetos de vida do cidadão-trabalhador.

### 3. Direito ao lazer e à desconexão do trabalhador

A filosofia individualista e o modelo de produção capitalista vigente nos últimos séculos incutiu na sociedade a ideia de dignidade pelo trabalho, de sorte a marginalizar aqueles que não trabalhavam e a valorizar aqueles que se dedicavam à atividade produtiva, culminando com um influxo sociológico e psicológico de que o cidadão deveria colocar o trabalho como prioridade de vida. Ocorre que, nas últimas décadas, filosofias humanistas, pesquisas médicas e sociológicas, demonstram um quadro de degradação física e mental pelo trabalho excessivo, indicando que o foco atual deve ser a busca do equilíbrio entre o trabalho e a vida social; o desgaste produtivo e o descanso; a vida comunitária e a intimidade, pessoal, afetiva e familiar, cujo segundo grupo de garantias fundamentais proporcionou a construção recente de um princípio geral de desconexão do trabalho, tutelando o descanso como um bem jurídico humano e fundamental.<sup>16</sup>

16 Pedro Romano Martinez ensina que: “O direito ao repouso também tem sido justificado por motivos atinentes à proteção da família, ao direito à cultura, ao direito a uma melhor preparação a vários níveis do trabalhador, em que se inclui a sua formação profissional. Daí a tendência da legislação laboral, desde a 2ª metade

Do reconhecido no tópico anterior, deriva que as partes integrantes dos contratos de trabalho devem obediência, para além das cláusulas contratuais e da legislação ordinária especializada, também aos direitos humanos e fundamentais, os quais incidem nas relações, de forma direta e imediata, ficando fácil reconhecer que os trabalhadores ostentam os direitos sociais inespecíficos à educação, à saúde, ao trabalho e ao lazer (arts. 6º, 7º, IV, 217, § 3º, e 227, todos da Constituição Federal de 1988)<sup>17</sup>, que são materializados nos artigos seguintes, com o direito à limitação de jornada (art. 7º, XIII), ao repouso semanal (art. 7º, XV), ao gozo de férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII), à convivência familiar (art. 227), entre outros, todos eles confluindo para um princípio geral de desconexão do trabalho.

Anota Christiana D’Arc Damasceno Oliveira que não bastasse, a par dos direitos fundamentais trabalhistas específicos ou propriamente trabalhistas, “o direito à desconexão também está relacionado a direitos fundamentais trabalhistas não específicos, a exemplo do direito fundamental social ao lazer (art. 6º, *caput*, da CF), e dos direitos à intimidade e à vida privada (art. 5º, incisos V e X, da Lei Maior).”<sup>18</sup>

do século passado, no sentido de um aumento significativo do direito ao repouso, não só ao impor o alargamento do descanso semanal, mas também a generalização das férias.” (Direito do Trabalho, p. 561).

17 Nesse particular merece referência destacada o trabalho inaugural de Otávio Amaral Calvet, **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

18 E complementa a autora: “O direito à desconexão pode ser definido como aquele que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período destinado ao descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso

Márcia Vieira Maffra conceitua “o direito a se desconectar do trabalho, como o direito individual do trabalhador de liberar-se das ordens emanadas do seu empregador nos interregnos de descanso legalmente estabelecidos, e também como prerrogativa da própria sociedade e da família.”<sup>19</sup>, praticamente a mesma compreensão de Célio Pereira Oliveira Neto, para quem “o direito de desconexão representa sob o viés do direito do trabalho, o desligamento do labor em prol da vida privada, ao livre gozo do tempo, permitindo equilíbrio entre as atividades de labor, lazer e descanso.”<sup>20</sup>

Diante da sua estatura constitucional, o direito à desconexão incide nos contratos de trabalho clássicos, ainda relacionados aos modos de produção *fordista*, *taylorista* ou *toyotista*, quando são celebrados os contratos-padrão em que os empregados vinculam-se por um prazo indeterminado e jornada integral, colocando-se à disposição do empregador para a execução de ordens, de modo que, fora dos limites temporais legais, ostentam os trabalhadores o direito ao descanso.

Mas o direito tem maior incidência nas relações pós-modernas flexíveis de trabalho, mormente quando o empregado vincula-se à fonte produtiva por intermédio de instrumentos tecnológicos, diluindo as fronteiras entre os períodos de trabalho e de

.....  
semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante da existência das novas tecnologias (*blackberry*, *palm*, *pager*, *faz*, celular, e ainda computador ou *notebook* munidos de internet ou de rede).” (Oliveira, Direito à desconexão do trabalhador, p. 1180/1181).

19 Maffra, Direito à desconexão no universo do trabalho, p. 505.

20 Oliveira Neto, Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de trabalho, p. 88.

descanso, como nas diversas modalidades de teletrabalhadores. Não é porque o empregado trabalha fora do estabelecimento ou mesmo apenas por vinculação tecnológica que poderá ser convocado a trabalhar a todo o momento, avançando as suas atividades profissionais sobre os períodos de descanso, em uma mixagem que confunde a sua vida pessoal, familiar e social do ser humano.

Amauri Mascaro Nascimento aponta que a conexão tecnológica e flexível com as fontes de trabalho permite aos trabalhadores uma maior independência para a realização dos atos profissionais, proporciona uma produção mais rápida e maior pela empresa, resultando num produto mais barato e com maior qualidade.

Contudo, prossegue o jurista, as vantagens alcançadas são muito tênues em relação às desvantagens que provoca, como o isolamento do trabalhador, a desagregação sindical, a poluição gerada pelo uso da tecnologia, o desemprego estrutural e uma permanente conexão do trabalhador ao seu tomador, afetando a sua saúde, vida pessoal, familiar e social.

Na medida em que o Direito do Trabalho brasileiro ainda não se adaptou completamente a essa nova realidade, trazendo mecanismos de separação entre o trabalho e as atividades pessoais, Amauri Mascaro Nascimento sugere que sejam adotados entre nós mecanismos jurídicos já experimentados com sucesso em outros países, como os direitos da personalidade do Código do Trabalho de Portugal, o trabalho autônomo dependente econômico da Espanha, a tipologia contratual, a reconstrução da subordinação e o desenvolvimento da parassubordinação do Direito italiano e que avancemos no princípio da autonomia privada

coletiva, respeitando a valorização da dignidade humana, como na experiência sindical da França.<sup>21</sup>

Seguindo nessa linha evolutiva, uma das recentes novidades legislativas foi a alteração do artigo 6º da CLT pela Lei n. 12.551/2011, para disciplinar a inexistência de distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento da empresa, o executado no domicílio do empregado ou o realizado à distância, com a utilização de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, quando estar-se-á caracterizada a subordinação jurídica, cuja legislação reconhece que as ferramentas tecnológicas podem ser usadas para manter o empregado dentro das malhas de comando do empregador, afetando o seu direito à desconexão.

Significa que todos os empregados, inclusive os em domicílio ou mesmo os teletrabalhadores, também são protegidos pelos limites de jornada impostos pelo ordenamento jurídico para o trabalho, de modo a garantir a todos o usufruto da sua vida privada, familiar e social, não socorrendo a antiga alegação de trabalho externo ou em domicílio como argumento para desrespeito do direito ao descanso.

Nessa mesma conclusão chega Márcia Vieira Maffra ao ponderar que é de rigor reconhecer “o direito à jornada ao teletrabalhador, sob pena de negar a este empregado submetido a regime especial e mais gravoso de prestação de serviços os direitos fundamentais básicos garantidos aos demais empregados, dentre eles o direito à

desconexão.”<sup>22</sup>

O direito à desconexão garante aos trabalhadores a desvinculação plena do trabalho, inclusive da possibilidade potencial de ser convocado a realizar as suas atividades. Em termos práticos, o direito de não ser chamado pelo telefone, pelo *e-mail* ou aplicativos de comunicadores instantâneos durante os momentos em que estiver fora do horário de trabalho, incluindo-se os períodos de prestação de horas extras, regimes de prontidão ou escalas de sobreaviso.

Com precisão observou Jorge Luiz Souto Maior que fazer sua refeição ou gozar férias com uma linha telefônica direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, contudo, sob a ameaça de sê-lo a qualquer momento, representa negação plena do descanso<sup>23</sup>, no que completa Christiana D’Arc Damasceno de Oliveira que ainda que os contatos não cheguem a se efetivar concretamente, também produz efeitos deletérios similares, a exigência de que o trabalhador esteja ininterruptamente disponível para tanto, passível de ser localizado e acionado por meio das modernas tecnologias.<sup>24</sup>

Nessa linha de ideias, ainda que com censurável atraso, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho evoluiu da posição em que não considerava como tempo à disposição do empregador, em regime de sobreaviso, quando o empregado permanecia em sua residência ou adjacências conectado com aparelhos de BIP ou telefone celular, podendo ser convocado a qualquer momento para o trabalho (OJ 49 da

21 Nascimento, *Novas tecnologias, internet e relações no trabalho*, p. 50/52.

22 Maffra, *op. cit.*, p. 514.

23 Souto Maior, *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 298.

24 Oliveira, *op. cit.*, p. 1181.

SDI1 do TST, de 1995 e cancelada em 2011). Fundamentava o Tribunal que o empregado não estava com a sua liberdade cerceada, na medida em que poderia deslocar-se livremente, descansar e realizar as suas atividades pessoais, ainda que portando o equipamento eletrônico e mantendo certa adstrição geográfica.

Não enxergava o Tribunal Superior, na linha da advertência doutrinária alhures referida, que a mera disponibilidade e a potencial ameaça de sê-lo contatado a qualquer momento, já tolhia a autonomia e o direito de autodeterminação, afetando o direito ao lazer e à desconexão do trabalhador, maculando a qualidade de seu descanso e, no limite, cerceando parcela importante de sua liberdade, visto que não poderia, por exemplo, viajar com os filhos, frequentar um curso de aperfeiçoamento ou mesmo dormir sem maiores preocupações, já que mentalmente conectado.

Um primeiro passo foi estender as horas de sobreaviso dos ferroviários, com suas consequências de pagamento suplementar e limitação em escalas, para os eletricitários (Súmula 229 do TST, de novembro de 2003), tendo em conta que a situação fática entre as categorias era bastante parecida, na medida em que são organizadas equipes de plantão para atender as necessidades empresariais.

Mas, atualmente, a posição do Tribunal é no sentido de que a conexão por meio de aparelhos celulares e demais instrumentos tecnológicos, que deixam os trabalhadores em estado de permanente disposição, importam em violação dos seus direitos trabalhistas, gerando direito ao pagamento da disponibilidade, a título de horas de sobreaviso, por aplicação analógica do art. 244 da CLT para todas as categorias de trabalhadores, conforme a atual

redação da Súmula 428, II, do TST<sup>25</sup>.

Mas mesmo os períodos de regime de sobreaviso, ainda que regamente remunerados, devem observar o limite de 24 horas em cada escala, conforme art. 244, § 2º, *in fine*, da CLT, de modo que a exigência de permanente disposição do trabalhador para ser convocado ao trabalho, avançando para além dos limites da escala de sobreaviso, ofendendo então os intervalos interjornadas ou intersemanais, configura ato ilícito, sujeitando o empregador ao dever de ressarcimento.

O último passo de atualização jurisprudencial, que se encontra em vias de consolidação no Tribunal Superior do Trabalho, é o reconhecimento de que o mero pagamento das horas de sobreaviso ou das horas extras, quando os empregados permanecem na iminência de convocação ou quando são efetivamente convocados, respectivamente, não mais recompõe a ruptura do sistema jurídico, na medida em que as violações aos direitos fundamentais também repercutem sobre aspectos de natureza imaterial ou pessoais do ser humano trabalhador, cujo tema será objeto de preocupação nos próximos tópicos desse artigo.

Nessa mesma linha de atualização jurisprudencial e legislativa em torno do tema do direito à desconexão, as Leis n. 12.619/2012 e 13.103/2015 retiraram os motoristas profissionais da ausência de limitação de jornada, porque considerados trabalhadores externos (art. 62 da CLT), para inseri-los no

25 “(...)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.” (DEJT de 25.09.2012).



paradigma do controle e limitação, com a fixação de jornada máxima, intervalos intrajornada e interjornadas, repouso semanal remunerado e tempo de espera, conforme os arts. 235-A a 235-G da CLT, tudo como decorrência da possibilidade tecnológica de controle à distância do trabalho dos motoristas que deslocam-se para longe do estabelecimento e que nem por isso ficam à salvo dos direitos fundamentais de descanso e lazer.

Outro ponto que merece destaque é o que mesmo para os empregados que exerçam cargo de gestão empresarial, sendo excluídos do capítulo de jornada da Consolidação (na forma do art. 62), continuam sendo sujeitos-ativo dos direitos fundamentais que radicam na desconexão do trabalho, significando que não é pelo fato de assumir a função de gerente geral de um estabelecimento, estando alheio ao registro de jornada, que os trabalhadores específicos não tenham o direito ao lazer, ao descanso, às férias, à convivência familiar e social, bem como de realizar os seus projetos de vida e exercitar as suas relações. Significa que não justifica a assunção do cargo de gestão a permanente disposição do gerente para portar um aparelho de telefone celular apto a que seja convocado para o trabalho, em todo e qualquer momento que o empreendedor necessitar, como se o pagamento de um *plus* salarial pudesse solapar os direitos fundamentais que ostenta todo ser humano.

Na realidade portuguesa, o Código do Trabalho de 2009, com as revisões de 2012 e 2014, também possui algumas categorias de empregados de hierarquia mais elevada que estão isentos de horário de trabalho, mas nem por isso estão a salvo da proteção dos direitos fundamentais, continuando a ter os

direitos de gozo das férias, descansos semanais remunerados, folga em feriados, bem como de ter respeitado o intervalo interjornadas.

Comentando o artigo 219º do Código do Trabalho luso, Pedro Romano Martinez conclui que a não sujeição ao limite máximo do período normal de labor, na hipótese de isenção prevista em lei, tem de ser interpretada criteriosamente, não se admitindo que, por via deste regime especial, o trabalhador seja obrigado a trabalhar ininterruptamente, nem sequer que constitua rotina desempenhar a atividade doze ou catorze horas por dia. Efetivamente, o que caracteriza a isenção de horário não é a falta de sujeição aos limites máximos normais, previstos na Constituição, mas essencialmente a ausência de horas predeterminadas para o início, pausa para descanso e o termo do trabalho. “Deste modo, ainda que vigore a regra da isenção sem sujeição a limites máximos, além de o trabalhador ter direito às férias, aos descansos semanais e feriados, tem de ser respeitado o descanso interjornadas, que por via de regra não poderá ser inferior a onze horas (art. 214º CT).”<sup>26</sup>

Na realidade brasileira contemporânea, tendo em foco a mesma situação jurídica de incidência dos direitos fundamentais, mesmo os gerentes, os externos sem registro de jornada, os exercentes de cargos de alta envergadura empresarial, têm o direito fundamental de desconectar-se do trabalho, de desligar o telefone, sair para passear com os seus filhos, dormir, consumir bebida alcoólica em eventos ou comemorações, desfrutar de todos os momentos da vida fora do ambiente e local de trabalho, de sorte que constitui ato ilícito a

26 Martinez, Direito do Trabalho, p. 549.

subtração indevida pelo empregador.

Mais recentemente (Lei n. 1.088 de 2016), a França aprovou alteração no Código do Trabalho para garantir aos empregados das empresas com mais de 50 trabalhadores o direito de deixar de acessar as comunicações telemáticas e o *e-mail* profissional durante em períodos destinados ao descanso, como garantia concreta do direito à desconexão<sup>27</sup>, cuja tendência deverá espalhar-se por outras latitudes.

#### 4. Danos existenciais como decorrência da violação do direito à desconexão

Em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse jurídico protegido. A violação repercute sobre a vítima atingindo seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado, seguindo que há violação de uma coisa, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que não se define o gênero dos danos em função de quem é atingido pela violação – coisa ou pessoa –, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito experimentado.

Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as

27 Na exposição de motivos da nova legislação foi dito que: “O desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, se mal gerido ou regulado, pode ter um impacto na saúde dos trabalhadores, entre os quais o peso do trabalho e a sobrecarga informacional, a confusão das fronteiras entre a vida privada e a vida profissional. Riscos associados com o uso da tecnologia digital.” (Tradução livre do original em francês).

alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos patrimoniais (coisas), repercute sobre as vítimas nas esferas patrimonial (perdas e danos) e extrapatrimonial (integridade psicológica – danos morais).

A propósito do tema, o professor Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos ao projeto de vida, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos), como os danos às coisas (danos objetivos), podem ter, indistintamente, consequências patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências.<sup>28</sup>

Na experiência doutrinária brasileira as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais como danos morais. Essa experiência dogmática foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V<sup>29</sup> e X<sup>30</sup>, e, mais recentemente, no artigo 186 do Código Civil<sup>31</sup>, onde o legislador

28 “Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar em dinero tales consecuencias.” (Sessarego, Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, passim).

29 V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por **dano material, moral ou à imagem**;

30 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo **dano material ou moral** decorrente de sua violação;

31 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.

utiliza as expressões danos materiais e danos morais. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano (Súmula 387 do STJ).

Recentemente, parte da doutrina civil brasileira, inspirada na experiência dogmática e jurisprudencial italiana – pioneira no trato jurídico da dignidade humana e sua incidência nas relações privadas, visto que a Constituição italiana de 1947 foi a primeira que reconheceu juridicamente a dignidade como fundamento central do sistema –, recolheu a classificação peninsular para divisar o grande gênero das repercussões extrapatrimoniais dos danos em variadas espécies, entre as quais os danos morais, danos biológicos e os danos existenciais.

O Código Civil italiano de 1942 previa originalmente no artigo 2.043 que deveria haver ressarcimento do dano injusto por parte daqueles que cometeram um fato doloso ou culposo. E mais a frente, no artigo 2.059, havia previsão de que os danos não patrimoniais (*danni non patrimoniali*) deveriam ser ressarcidos somente nos casos determinados em lei.<sup>32</sup> Da previsão seguiu-se o primeiro entendimento de que quanto aos danos extrapatrimoniais havia um rol taxativo, somente admitindo o ressarcimento civil quando a violação amoldava-se também a uma previsão expressa do Código Penal. Dito de outro modo, constituindo também crime o ato ilícito, estava autorizado o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais,

32 Art. 2059 Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

além das repercussões patrimoniais, nas ações de responsabilidade civil.

A partir de uma leitura do artigo 2º da Constituição italiana de 1947<sup>33</sup> – isto é, interpretando o Código Civil de 1942 à luz dos direitos fundamentais da nova Constituição –, houve uma reação doutrinária à limitação legislativa para reconhecer que, embora os danos não patrimoniais ou danos morais, genericamente falando, precisassem de fato típico criminal, haveria, ao seu lado, diversas outras violações de direitos constitucionais, como o direito a saúde (artigo 32 da Constituição italiana), que geravam também outros danos, então batizados de danos biológicos.

A interpretação evolutiva foi acolhida pela Corte Constitucional.<sup>34</sup>

Em um segundo momento, a doutrina avançou para concluir que dentro do novel conceito de danos biológicos estavam inseridas situações bastante diversificadas, que não guardavam mais direta relação com o direito constitucional à saúde. Foi quando os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz divisaram os danos biológicos dos danos existenciais (*danno esistenziale*).<sup>35</sup> Os últimos

33 Art. 2º. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

34 "Il danno - biologico (o fisiologico) é danno specifico, é un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo é, invece, un genere di danno - conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno - conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità, é il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici." (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza nº 184, del 14 luglio 1986).

35 CENDON, P., ZIVIZ, P., Il danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 2000. CENDON, P., ZIVIZ, P., Il risarcimento del danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 2003.

seriam caracterizados a partir da violação da existência do sujeito, em certos aspectos de sua vida social e familiar; seriam detectáveis nos impedimentos sofridos pela vítima em relação às atividades que contribuem para o seu desenvolvimento pessoal. Enquanto o dano moral era verificável por um sofrimento da vítima, por sua vez os danos existenciais por um “não fazer”, a frustração dos projetos de vida (*perturbamento dell'agenda*”).

Mais uma vez a Corte de Cassação italiana avançou para reconhecer a divisão entre os danos biológicos e os danos existenciais, autonomamente.<sup>36</sup>

Também em outros países a frustração aos projetos de vida e à vida de relações desencadeia repercussões extrapatrimoniais autônomas, como o *préjudice d'agrément* na França, a *loss of amenities of life* do direito inglês e estadunidense, a *perdre de jouissance de vie* na Província do Quebec-Canadá, a frustração do projeto de vida da pessoa no Peru e os danos existenciais em Portugal, culminando com a adoção pacífica pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se no sistema jurídico italiano reconhecem-se os danos patrimoniais, morais, biológicos e existenciais, em nosso sistema jurídico brasileiro – porque decorrente da vontade constituinte do artigo 5º, V e X, além de todo o rol de direitos e garantias fundamentais que incidem nas relações entre particulares – também há a recepção das três espécies de danos extrapatrimoniais: morais, biológicos (estéticos, aqui em nós, ainda que os danos biológicos italianos conformem um conceito muito mais amplo que os danos estéticos,

36 Corte de Cassação (Decisões n. 6572 de 24.03.2006 e n. 26972 de 11.11.2008).

englobando-os) e existenciais. O próprio artigo 186 do Código Civil brasileiro reconhece que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ou seja, o nosso sistema de responsabilidade civil é aberto, não taxativo, bastando ao lesado comprovar violação de direito, nexo causal e um dano em sentido amplo para obter o ressarcimento ou a reparação.

Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano existencial é espécie de danos extrapatrimoniais, inclusive que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais.”<sup>37</sup>

Amaro Alves de Almeida Neto conclui o seu estudo sobre o tema dizendo que o ser humano tem um direito fundamental constitucionalmente assegurado de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que, evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida, seja físico, psíquico ou social. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer,

37 Facchini Neto e Wesendonck, Danos existenciais, p. 230.

ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os seus amigos, praticar a sua crença e o seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade, essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.<sup>38</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que um cidadão colombiano, injustamente torturado e preso, com posterior absolvição no processo judicial, teria tido os seus projetos de vida violados, na medida em que foi obrigado a deixar o país, sua família foi coagida, teve de mudar de trabalho, assim como outras condutas que impactaram seriamente seu patrimônio familiar. A Corte manifestou no sentido de que os atos ilícitos violaram os direitos humanos, mudaram radicalmente sua vida e causaram ruptura de sua personalidade e seus laços familiares. Ao final, para fixar a condenação em danos imateriais, esclareceu que *“todos han padecido una grave alteración en sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.”*<sup>39</sup>

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetivista que adotamos<sup>40</sup> –, há violação de outros direitos, que têm a dignidade como seu antecedente

remoto, como o direito ao lazer (artigo 6º), a limitação de jornada (artigo 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (artigo 7º, XV), gozo de férias anuais (artigo 7º, XVII), acesso à educação fora do horário de trabalho (artigo 205), acesso à cultura em seus momentos de lazer (artigo 215), realização de atividades desportivas (artigo 217) e convivência familiar (artigos 227 e 229), além de que atenta contra o direito de que toda “pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

A violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, de modo a afetar a vida de relações e os projetos de vida dos trabalhadores, causariam os danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho, muitíssimo comum nos casos de violação dos direitos ao lazer e à desconexão do trabalho.

Recepcionando o dano existencial nas relações de trabalho, Júlio César Bebbler o compreende como toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Fala-se existencial porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida compreenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência a realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com

38 Almeida Neto, Dano existencial, p. 33.

39 CIDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 12 de setembro de 2005, série C, n. 132, Relator Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

40 Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 221 e seg.



o seu futuro é chamado de dano existencial.<sup>41</sup>

Sônia Mascaro Nascimento igualmente reconhece que a frustração ao projeto de vida e à vida de relações pela conduta patronal ilegal geram os danos existenciais no trabalhador. “Isto porque, este deixa de conviver com sua família, não tem mais tempo para o lazer e para o estudo, está mais suscetível de ser acometido de doenças ocupacionais, dentre outros incontáveis prejuízos.”<sup>42</sup> Diante dessa situação, em que o trabalhador não mais consegue autodeterminar-se e planejar sua vida, será configurado o dano existencial. Para a autora, os casos mais comuns nas relações de trabalho são a exigência de jornada excessiva, reiterada e além dos limites legais, e a violação dos períodos de descanso.

No mesmo sentido é a conclusão de Igor Antônio da Silva Tavares, para quem o dano existencial pode ser identificado quando há prestação recorrente de horas extras. Essa imposição do empregador certamente causa danos tanto à vida de relação, visto que impede o adequado convívio social de seu empregado, quanto ao projeto de vida, vez que o tempo de não trabalho, no qual o cidadão desenvolve os seus projetos pessoais, é consumido pelo labor em sobrejornada impositiva.<sup>43</sup>

O decisivo é verificar, no caso concreto, se está diante de uma violação direta da dignidade humana, quando se configuraria o dano moral objetivo<sup>44</sup>; ou se se está diante de uma

41 Bebber, Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial), p. 28.

42 Nascimento, Dano existencial nas relações de trabalho, *passim*.

43 Tavares, Jornada de trabalho, direito à desconexão e dano existencial, p. 721.

44 “Como decomposição prática do conceito de dignidade humana nas relações de trabalho, tem-se que,

frustração dos projetos de vida do trabalhador, um prejuízo à sua vida de relações pessoais e familiares, pela privação de sua autonomia pessoal, causada pelo desrespeito aos seus direitos fundamentais ao lazer, à limitação de jornada, ao repouso semanal remunerado, ao gozo de férias anuais, ao acesso à educação e cultura fora do horário de trabalho, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar, todos ligados ao direito à desconexão do trabalho, quando configurados os danos existenciais.<sup>45</sup>

No mesmo sentido conclui Célio Pereira Oliveira Neto que “a violação ao direito de desconexão representada pelo descumprimento ordinário das normas que regem jornada de trabalho, descanso e lazer, pode gerar dano existencial ao trabalhador, quando ocasionar lesão ao projeto de vida e à vida de relações.”<sup>46</sup>

.....  
quando o magistrado trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade, estar-se-á atendido o requisito para a condenação em indenização por danos morais, individuais ou coletivos.” (André Araújo Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 223).

45 Há vozes minoritárias na doutrina, como a de Luiz Marcelo Góis, que defendem a impossibilidade de cumulação do pagamento das horas extras com a indenização pelos danos pessoais, alegando *bis in idem*. O referido autor avança para propor a criação de um adicional de desconexão, representado pelo pagamento de um valor mensal fixo, calculado percentualmente a partir do salário do empregado, para indenizar-lhe a potencialidade de manter-se conectado ao trabalho (Góis, Adicional de desconexão, *passim*). De nossa parte, a posição inventariada, além de confundir a lesão com as diversas repercussões sobre a vítima, afastando a alegação de *bis in idem*, por sua vez acaba por institucionalizar a máxima exploração do trabalhador, que ao receber um pequeno adicional – segundo o autor de 10% sobre o salário básico - deveria permanecer sempre conectado ao trabalho, quando o sistema jurídico, notadamente o internacional e o constitucional, querem é vedar a intromissão das obrigações profissionais na vida privada do trabalhador, cujos prejuízos alcançam a sua família e toda a sociedade.

46 Oliveira Neto, Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de trabalho, p. 101.

Márcia Vieira Maffra concorda que nas ações individuais, o trabalhador poderá requerer a tutela inibitória para evitar a violação dos direitos ao lazer e à desconexão, os danos materiais concernentes ao pagamento das horas extras já realizadas, além do dano existencial, na medida em que a conduta do empregador o prejudica ou impede de concluir seus projetos de vida e de manter suas relações sociais fora do ambiente de trabalho, quer seja no âmbito familiar, recreativo ou íntimo<sup>47</sup>

Também Christiana D'Arc Damasceno Oliveira admite que a violação do direito à desconexão não se satisfaz apenas com a quitação dos direitos de ordem trabalhista, como as horas extras, o descanso semanal remunerado em dobro etc., mas com a fixação complementar de uma indenização por danos imateriais, que para a autora são os danos morais.<sup>48</sup>

Ao compreendermos que o direito à desconexão representa a confluência de alguns direitos fundamentais, integrantes não apenas do patrimônio jurídico dos trabalhadores, individualmente considerados, mas também

47 Maffra, *op. cit.*, p. 517.

48 “Na hipótese de violação persistente e reiterada do direito à desconexão pelo tomador de serviços, será viável a apresentação judicial de ação munida de pedidos de indenização por danos morais e de tutela inibitória voltada para que o empregador se abstenha de praticar a conduta em detrimento do empregado, sob pena de multa diária e outras sanções de natureza processual. (...) O pagamento de indenização por dano moral nas hipóteses reportadas acima, no entanto, não afasta a incidência, *v. g.*, quando se trata de hipóteses de teletrabalho ocorrente no bojo de uma relação de emprego, de consectários trabalhistas específicos, a exemplo do pagamento de horas extras com o respectivo adicional quando houver efetivo controle da jornada de trabalho do teletrabalhador (aspecto que pode ou não estar presente no teletrabalho prestado por empregado) e sejam ultrapassados os parâmetros legais.” (Oliveira, *Direito à desconexão do trabalhador*, p. 1184/1185).

da sua família e de toda a sociedade, segue que se consideram como titulares do direito os empregados, os trabalhadores em sentido amplo, a família, o Estado e a sociedade, desafiando não somente a atuação processual individual das vítimas diretas, mas também dos entes legitimados coletivos, como o Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos, em ações de natureza coletiva, para a inibição das condutas irregulares e a reparação, individual homogênea, coletiva e difusa, dos danos causados.

Inclusive para Deborah Branquinho Cardoso, a principal ferramenta de combate à prática gerencial de conexão contínua dos empregados é a atuação em âmbito preventivo e coletivo pelo Ministério Público do Trabalho, na medida em que, quanto ao tema dos direitos fundamentais, a atuação repressiva jamais conseguirá recompor o *status quo* anterior, depois de violado o direito. Por isso que as ações de natureza inibitória coletiva são capazes de desmotivar a violação das normas que regulamentam os momentos de descanso e lazer, assim como podem desencorajar a imposição de sobrejornada habitual, de maneira que a ordem judicial assuma um caráter eficaz, essencialmente, preventivo e pedagógico.<sup>49</sup>

Potencializando todas as situações-tipo de danos existenciais, o ponto comum é a verificação de que, no limite, o direito fundamental violado é a liberdade fenomênica do ser humano, é a frustração do seu direito de autodeterminar-se, de poder escolher livremente o que fazer de sua vida pessoal, familiar e social fora do ambiente e horário normal de trabalho.

49 Cardoso, *O dano existencial causado pela não desconexão do trabalho*, p. 296.

Luís Roberto Barroso diz que as ideias de liberdade e autonomia estão vinculadas à dignidade humana. Para ele, a autonomia dos indivíduos é o elemento ético da dignidade. “É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.”<sup>50</sup>

Continua o professor a ensinar que a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.”<sup>51</sup>

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que frustrem os seus projetos de vida, por esta perspectiva epistemológica, ajuda a aclarar a desnecessidade de prova de quais projetos de vida ou relações familiares, sociais ou afetivas foram atingidos, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodeterminar-se devido às influências externas ilícitas. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

50 Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 81.

51 Barroso, *Ibidem*.

Além das consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituírem fatos notórios, dispensando a prova, por outro lado a exigência de prova material também converteria a situação processual da vítima em tarefa impossível de ser atendida, revelando aquilo que a doutrina processual chama de “prova diabólica” ou prova de situação negativa. Se é direito do ser humano ter os seus momentos de reflexão e descanso, imagine-se hipoteticamente – apenas para ilustrar, embora centenas de situações similares possam ser imaginadas –, que um trabalhador tem como projeto de vida dedicar-se à leitura, a prática de esportes, pescarias, cozinhar com a família, namorar, dormir até mais tarde aos finais de semana, brincar com os filhos, degustar vinhos etc., a questão é saber de que forma é possível realizar a prova em uma audiência trabalhista de que a jornada excessiva lhe impediu de realizar tais atividades?

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se, bem como quando subtrair-lhe o direito ao gozo de férias, descanso semanais, intervalos interjornadas, lazer e convivência familiar, social e afetiva.

Decorre que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal para resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no

segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja mais modesta, diante da violação do direito à desconexão.

Jorge Luiz Souto Maior bem apreendeu a distinção entre as repercussões materiais e pessoais da imposição de jornada de trabalho excessiva, violando os direitos fundamentais do empregado ligados ao princípio da desconexão ao trabalho, com o cometimento de ato ilícito empresarial que precisa ser indenizado. O autor também avança para reconhecer que o dano configura-se independentemente de prova material dos reflexos da jornada excessiva em sua vida privada:

Assim, o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras. O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, pois se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho (também questão de ordem pública).<sup>52</sup>

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo,

52 Souto Maior, Do direito à desconexão do trabalho, p. 311.

configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercitar livremente a sua liberdade pessoal. Dito de outro modo, quando o empregador retira do trabalhador, pela imposição de jornada excessiva (limites horizontais e verticais), o direito de escolha de como exercitar sua liberdade pessoal enquanto ser humano, configurar-se-ão os danos existenciais. O prejuízo pessoal, familiar ou social específico, poderá agravar a indenização, mas não é requisito para a sua configuração. Disso segue que, tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos, quanto o solteiro sem filhos, sofrem danos existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada. O fato em si de retirar-lhe a liberdade de optar entre constituir ou não família, de relacionar-se ou não fora do ambiente de trabalho, já configura violação dos seus direitos fundamentais (dano) e, por conseguinte, direito à indenização.

## 5. Conclusões

As novas tecnologias que se projetaram sobre os contratos de trabalho flexíveis da atualidade, diluíram as antigas fronteiras entre os períodos de trabalho e de descanso, lazer e realização dos projetos de vida do cidadão-trabalhador, como corolário é cada vez maior o número de trabalhadores que estão permanentemente conectados com o trabalho, por via reflexa retirando-lhes a possibilidade de gozo dos direitos fundamentais ligados ao direito geral à desconexão do trabalho.

Contudo, mais recentemente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros reconheceram que

os direitos humanos previstos nos tratados internacionais e os direitos fundamentais constitucionais são incidentes de forma direta e imediata nas relações privadas, entre as quais as de trabalho, decorrendo que o ordenamento jurídico trabalhista atual não é mais coincidente apenas com a CLT, mas com os direitos internacionais, os constitucionais, os gerais do Código Civil e da legislação extravagante, todos eles construindo um arcabouço normativo que deve ser respeitado nos contratos de trabalho.

Se é certo que os direitos constitucionais ao descanso, lazer, convivência afetiva, familiar e social, saúde etc., são incidentes nas relações de trabalho, passou a ser admitido que a violação deles também requer uma reação do sistema jurídico, primeiro na forma da recomposição dos danos materiais – como as horas extras, o pagamento em dobro das férias, as horas de sobreaviso etc. –, mas principalmente deverá haver o reconhecimento das repercussões pessoais do ato ilícito sobre a vítima, cuja reparação ocorrerá por meio da indenização dos danos existenciais.

### Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 12, n. 80, p. 1/36, nov./dez. de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**

**contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BEBBER, Júlio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. **Revista LTr**, vol. 73, n. 01, p. 23/28, janeiro de 2009.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Direitos fundamentais. Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Riscos do trabalho e a obrigação de reparar os danos deles decorrentes. In: ALMEIDA, Renato Rua (coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CARDOSO, Deborah Branquinho. O dano existencial causado pela não desconexão do trabalho e pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do meio ambiente laboral. **Revista do TRT da 18ª Região**, Goiânia, ano 14, v. 16, p. 285-299, ano 2014.

CENDON, P., ZIVIZ, P., **Il danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2000.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 16, n. 62, p. 216/239, jan./mar. 2008.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. O teletrabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho**, São



Paulo, n. 146, p. 171/187, 2012.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

GÓIS, Luiz Marcelo. Adicional de desconexão: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, vol. 39, p. 59-78, ano 2015.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015, v. 2, p. 505-520.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 81, n. 4, p. 107/134, out./dez. 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São

Paulo, ano 17, n. 69, p. 86/109, out./dez. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Novas tecnologias, *internet* e relações no trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 38, 2011, p. 45/52.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 78, n. 08, p. 965/972, agosto 2014.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador. Repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 74, n. 10, p. 1180/1188, outubro 2010.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, vol. 39, p. 79-104, ano 2015.

ROCHA, Andréa Presas. A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SARMENTO, Daniel. Avinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. **Cuadernos de Derecho**, n. 03, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993.

\_\_\_\_\_. El daño al proyecto de vida. **Derecho PUC**, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima, n. 50, diciembre de 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296/313, jul./dez. 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Igor Antônio da Silva. Jornada de trabalho, direito à desconexão e dano existencial. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 80, n. 06, p. 714/725, junho 2016.

Publicado originalmente na **Revista de Direito do Trabalho - ano 43 - vol 175 - março/2017**.

# O EQUILÍBRIO ENTRE O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E O DIREITO À DESCONEXÃO DO EMPREGADO

Bruna de Sá Araújo  
 Gilmar Afonso Rocha Júnior  
 Juliana Mendonça e Silva

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 – DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO À DESCONEXÃO. 2 – A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO. 3 – PODERES EMPREGATÍCIOS E SEUS LIMITES. 4 – O MONITORAMENTO DOS EMPREGADOS EM TELETRABALHO PELO EMPREGADOR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Em regra o teletrabalho ou home office era adotado por muitas empresas como uma exceção, seja para diminuir custos operacionais e de manutenção, seja a pedido do empregado

por algum motivo pessoal. Ocorre que recentemente esta modalidade passou de uma exceção para a regra, em razão do necessário isolamento social decorrente de uma pandemia viral que se espalha exponencialmente mundo afora.

O novo coronavírus alterou substancialmente e precipitadamente o método de trabalho de muitas empresas, principalmente para as atividades consideradas não essenciais, em que a pessoa pode fazer o trabalho de casa, tais como advogados, contadores, bancários e demais profissões majoritariamente administrativas e



Bruna de Sá Araújo

Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IPOG e pela Universidade Federal de Goiás, pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Fasam e Coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do IEAD – Instituto de Estudos Avançados em Direito.



Gilmar Afonso Rocha Júnior

Graduando em Direito pela UNIALFA



Juliana Mendonça e Silva

Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Fasam, mestranda em Direito Constitucional e Econômico pela UNIALFA e diretora do IGT – Instituto Goiano do Trabalho e AGATRA – Associação Goiana dos Advogados Trabalhistas

intelectuais. Diante de um cenário de incertezas, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 927/2020 orientando, entre outros assuntos, aspectos relacionados ao teletrabalho.

A mudança drástica na forma de trabalhar tem provocado debates entre empregados e empregadores, afinal, como exercer o poder diretivo quando não se está fisicamente próximo ao empregado? É certo que os meios telemáticos facilitam a comunicação entre as partes durante o teletrabalho, mas como fiscalizar se o empregado está realmente cumprindo suas atribuições? E quais os limites dessa fiscalização?

Tais situações têm gerado preocupações entre empregadores e gerentes, mas do mesmo modo muitos empregados têm se queixado de excessos e abusos cometidos pelos seus gestores durante o teletrabalho, bem como o descumprimento ao seu direito à desconexão.

É certo que a crise do novo coronavírus acelerou tendências do futuro do trabalho, e diante de uma situação nova e inesperada para muitos empregados e empregadores, isto é, o teletrabalho, o presente artigo irá analisar o que significa o direito à desconexão, como está a regulamentação deste tema no Brasil e em outros países e quais os limites dos poderes inerentes aos empregadores no monitoramento dos empregados em teletrabalho.

## 1 – DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO À DESCONEXÃO

Nas últimas décadas filosofias humanistas, pesquisas médicas e sociológicas, demonstram um quadro de degradação física e mental pelo excesso do trabalho, indicando que o foco atual deve ser a busca do equilíbrio entre o trabalho e a vida social, pessoal, familiar e afetiva, cujo

segundo grupo de garantias fundamentais proporcionou a construção recente de um princípio geral de desconexão do trabalho, tutelando o descanso como um bem jurídico humano fundamental.

Patente que as partes integrantes dos contratos de trabalho devem obediência não só às cláusulas contratuais e legislação ordinária especializada, como também aos direitos humanos fundamentais que incidem nas relações trabalhistas. Apesar de não estar expresso no texto da Constituição Federal, o direito à desconexão relaciona-se com direitos fundamentais trabalhistas não especificados, tais como o direito social ao lazer (art. 6º, caput, da CF) e à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF).

Márcia Vieira Maffra conceitua o direito a se desconectar do trabalho como o direito individual do trabalhador de liberar-se das ordens emanadas do seu empregador nos interregnos de descanso legalmente estabelecidos, e também como prerrogativa da própria sociedade e da família<sup>1</sup>.

De forma semelhante Célio Pereira Oliveira Neto preleciona que o direito de desconexão representa sob o viés do direito do trabalho, o desligamento do labor em prol da vida privada, ao livre gozo do tempo, permitindo equilíbrio entre as atividades de labor, lazer e descanso<sup>2</sup>.

Em virtude da pandemia global da covid-19 e do aumento da utilização do teletrabalho pelas empresas de todo o mundo, o termo “direito à desconexão” ganhou destaque pela sua importância aos empregados que utilizam meios tecnológicos para o desempenho de suas

1 MAFFRA, Direito à desconexão no universo trabalhista, p. 505.

2 OLIVEIRA NETO, Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de trabalho, p. 88.

atividades.

O trabalho nos dias atuais, em virtude do avanço tecnológico que facilitou o desenvolvimento dos processos e a comunicação entre as pessoas, independentemente do local onde se encontrem, ocasionou uma vinculação quase constante do trabalhador em relação ao trabalho, acarretando consequências físicas e psíquicas em sua saúde, comprometendo seu relacionamento familiar, atividades de lazer e, conseqüentemente, seu bem-estar e qualidade de vida.

Deveras, quando o empregado vincula-se à fonte produtiva por intermédio de instrumentos tecnológicos, as fronteiras entre os períodos de trabalho e descanso ficam mais fluídas, confundindo tanto empregados quanto empregadores. Justamente por este motivo que o direito à desconexão torna-se tão relevante, pois garante aos trabalhadores a desvinculação plena do trabalho, inclusive da possibilidade potencial de ser convocado a realizar as suas atividades.

Se a subordinação e fiscalização do empregador ultrapassaram os horizontes da empresa e atingiram o âmbito privado do empregado, nada mais justo do que este possuir o direito de se desvincular virtualmente da empresa, preservando o ambiente domiciliar em face das novas técnicas invasivas que perturbam a vida íntima, o convívio familiar, o repouso e o lazer do trabalhador.

## 2 – A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO

Em 2016 a França aprovou a Lei da Desconexão, que prevê amparo aos funcionários para que não respondam mensagens

eletrônicas, e-mail ou telefonemas de seus superiores depois do horário de expediente. A lei é destinada a empresas com cinquenta ou mais funcionários e autoriza que empregados e empregadores negociem como será feito o uso de e-mails e aplicativos de mensagens fora do expediente.

No Brasil ainda não temos nenhuma legislação específica que trate sobre o assunto, mas o ordenamento jurídico tem evoluído favoravelmente ao direito à desconexão. A Reforma Trabalhista incluiu na exceção do artigo 62 da CLT os empregados em regime de teletrabalho, desta maneira, os teletrabalhadores estão excluídos do controle da jornada de trabalho, em regra não podem realizar jornada suplementar e por consequência, estão excluídos do direito às horas extras.

Caso o empregado em regime de teletrabalho tenha realizado jornada de trabalho acima do limite legal, o ônus da prova é do empregado, pois presume-se que não havia controle do horário de trabalho em casa. Sendo assim, há uma imposição legal de que o teletrabalhador não faça horas extras e que se desligue virtualmente do trabalho após atingir o limite de horas diárias.

Além do avanço legislativo, atualmente o direito à desconexão é amplamente discutido pelos Tribunais Trabalhistas de todo o país. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região sobre o assunto:

HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Em que pese o artigo 244 da CLT referir-se à categoria dos ferroviários, quanto ao adicional de sobreaviso, nada



impede a sua aplicação a empregados que exercem outras atividades, por analogia, ainda mais que se trata de norma de proteção à saúde e higidez do empregado. Nestes termos, inclusive, a súmula nº 428 do c.TST. A qualquer cidadão é garantido o direito constitucional ao lazer, ao descanso, sendo este imprescindível inclusive para a higidez física e mental de qualquer ser humano. Assim, manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria descansar, fere o que modernamente vem sendo chamado de direito à desconexão do empregado. (TRT-1 - RO: 0006981-17.2014.5.01.0482 RJ, Relator: Leonardo Dias Borges, Décima Turma, Data de Publicação: 04/10/2017)

O direito à desconexão também tem surgido com frequência nas pautas de julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, no processo AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, a 7ª Turma do TST, por unanimidade, desproveu o agravo e um analista de suporte da empresa reclamada obteve o direito de ser indenizado por ofensa ao “direito à desconexão”.

O ministro Claudio Brandão, relator do recurso, argumentou que a evolução tecnológica incuti diretamente nas relações de trabalho, contudo, é imprescindível que o trabalhador se desconecte a fim de preservar sua integridade física e mental, destacando que “o avanço tecnológico e o aprimoramento das ferramentas de comunicação devem servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador”.

À vista dos motivos expostos, nota-se a urgência de uma legislação que proteja o direito à desconexão dos trabalhadores

brasileiros, tal como tem sido feito em outros países. Todavia, não se pode olvidar que o uso de novas tecnologias no âmbito do meio ambiente de trabalho já é pauta de debate dos nossos Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, que analisam a complexa discussão da jornada de trabalho e os direitos fundamentais sociais envolvidos, o que demonstra a preocupação dos jurisdicionados em acompanhar as tendências do mundo atual e seu impacto nas relações de trabalho.

### 3 – PODERES EMPREGATÍCIOS E SEUS LIMITES

Tendo em vista que o empregador assume os riscos da atividade econômica, e sendo o empregado um trabalhador subordinado, o art. 2º da CLT confere àquele certos poderes. O doutrinador Maurício Godinho Delgado costuma dividir o poder empregatício em poder diretivo (também chamado poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (também chamado poder de controle) e poder disciplinar<sup>3</sup>.

Por intermédio do poder diretivo ou de organização é que o empregador tem o direito de organizar a sua atividade empresarial, de forma a alcançar os resultados almejados. Já o poder regulamentar seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa, tais como regulamentos internos e definição de metas.

Por meio do poder de controle, autoriza-se que o empregador gerencie a atividade laboral dos empregados, no que tange à prestação de

3 DELGADO. Curso de Direito do Trabalho, p. 751.

serviços, no sentido de observarem as diversas regras e ordens por ele e pelo sistema jurídico exigidas<sup>4</sup>. Quanto ao poder disciplinar, pode-se afirmar que permite que o empregador aplique penalidades ao empregado que não observe as ordens e regras impostas no desempenho das atividades.

Necessário salientar que os poderes do empregador não são ilimitados, existem ordens jurídicas que estabelecem firme contingenciamento ao exercício dos poderes inerentes ao empregador. Além dos princípios fundamentais, existem na Constituição Federal regras impositivas que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle de prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador, pode-se citar o art. 5º, caput, da CF/88, que prevê a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, o inciso III do mesmo artigo que dispõe que “ninguém será submetido (...) a tratamento desumano ou degradante”, ou ainda a regra do inciso X que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Todas essas normas e princípios constitucionais são importantes para criar uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, protegendo o trabalhador de medidas ilegais que venham a agredir ou cercear seu direito à liberdade, dignidade, lazer e descanso.

A possibilidade de conexão com as

ferramentas de trabalho fora do ambiente laboral físico relativizou os tradicionais conceitos de posto de trabalho e horários de entrada e de saída, fazendo com que a subordinação do empregado ao controle patronal ultrapassasse esses limites.

Embora fora da jornada laboral o trabalhador não esteja sujeito ao controle patronal explícito ou regime de plantão, situações de alta competitividade no ambiente de trabalho e imposição de metas e atribuições inexecutáveis na jornada ordinária forçam o trabalhador a se manter conectado em silêncio, situação conveniente aos interesses patronais. Por esse motivo é importante destacar o dever patronal de não conexão no período de descanso, estabelecendo uma trégua que permita ao trabalhador repousar e viver todas as dimensões da sua vida.

Há que assegurar a universalidade do direito à desconexão para os empregados que exerçam cargos de gestão, sendo aqueles excluídos do capítulo da jornada de trabalho, conforme redação do art. 62, inciso I, da CLT, visto que estes continuam sendo sujeitos dos direitos fundamentais que relacionam-se ao direito à desconexão.

Significa dizer que não justifica a assunção do cargo de gerência a permanente disposição do gerente para a todo momento ser contatado através de meios telemáticos de comunicação, como se o pagamento de uma gratificação de função pudesse suprir os direitos fundamentais ao descanso e lazer.

Tendo como foco a mesma situação jurídica de incidência dos direitos fundamentais, mesmo os gerentes, trabalhadores externos e os teletrabalhadores, têm o direito fundamental de desconectar-se do trabalho para desfrutar de

4 GARCIA. Curso de Direito do Trabalho, p. 212.

todos os momentos da vida fora do ambiente de trabalho, de sorte que constitui ato ilícito a subtração indevida desse momento pelo empregador.

#### **4 – O MONITORAMENTO DOS EMPREGADOS EM TELETRABALHO PELO EMPREGADOR**

Segundo redação do art. 6º da CLT, “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Desta forma, ainda que o trabalho não seja desenvolvido nas dependências da empresa, persiste ao empregador o seu direito de exercer os poderes empregatícios que lhe são inerentes.

Coaduna com este entendimento o parágrafo único do art. 6º, da CLT, que assim dispõe “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. À vista dessa orientação legal, o poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar também podem ser exercidos através de e-mails, telefonemas, mensagens, e demais meios em que se utilize a tecnologia.

Um levantamento feito pela empresa Networks Unlimited (especializada em monitoramento de sistemas) com uma companhia americana de 120 empregados mostrou que os funcionários passaram, em um ano, 2.400 horas em sites de esportes e de compras, isso sem falar em 250 horas gastas com sites pornográficos. Além disto, existe na internet milhares de sites e ferramentas

que, se utilizados de maneira incorreta, são grandes geradores de perda de produtividade. Webmails, Youtube, sites de relacionamento e muitos outros podem se transformar em grandes causadores de prejuízos para as empresas, tanto pelas horas não trabalhadas, como também pelos problemas de segurança da informação que acarretam.

Por tais motivos é natural que o empregador, detentor da prerrogativa diretiva, ele mesmo ou seus encarregados (gerentes, chefes, supervisores, coordenadores) avalie a regularidade, qualidade e quantidade da prestação dos serviços dos seus empregados em teletrabalho. Contudo, importantes problemáticas surgem das colisões entre direitos fundamentais, uma vez que alguns empregadores nem sempre reconhecem a utilização de sistemas de fiscalização eletrônica como controle da atuação laboral.

Não obstante todas as controvérsias que envolvem o uso de algumas tecnologias de vigilância e de monitoramento, há que se utilizar tais meios com razoabilidade, proporcionalidade e bom senso, para que os empregados não se sintam violados em sua intimidade ou vida privada. A solução nesses casos é alcançada mediante a avaliação do direito fundamental que merece maior proteção no caso.

O doutrinador Luciano Martinez explica que a maior proteção é oferecida àquele direito que, dentro de uma escala comparativa de valores, ao menos num instante específico, revelou-se preponderante por força de fonte autônoma ou heterônoma permissiva e por conta de real necessidade. Assim, por exemplo, um empregador, compelido por norma estatal de prevenção de crimes por meio virtual (cita-se, ilustrativamente, a pedofilia), estará autorizado

a monitorar, desde que mediante prévia e pública informação de adoção desse procedimento, o trânsito de mensagens dos correios eletrônicos de seus empregados. Observe-se que, no caso sob exame, o direito à segurança, por força de lei, revela preponderância; a intimidade perde o destaque a partir do instante em que há prévia notificação do monitoramento e das sérias razões que o justificam.<sup>5</sup>

A confiança recíproca ainda norteia e sempre norteará as relações de trabalho, assim, ambas as partes têm que estar cientes de que os meios informáticos são ferramentas de trabalho e somente como tal poderão ser utilizados. Em que pese a presunção da boa-fé do trabalhador, o patrão, amparado pelos poderes empregatícios que lhe são inerentes, pode realizar um monitoramento ou fiscalização, a fim de verificar única e exclusivamente o cumprimento das obrigações e deveres laborais, comprovando que os instrumentos telemáticos postos à disposição dos trabalhadores pela empresa não estão sendo utilizados para fins extraempresariais.

Com o aumento da adoção do regime de teletrabalho e prevendo a possibilidade do empregado utilizar os meios informáticos para fins pessoais, a Medida Provisória nº 927/2020 dispôs no art. 4º, parágrafo 5º que “o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo”.

Os direitos à privacidade e à intimidade nas relações e no ambiente laboral ganharam

5 MARTINEZ. Curso de Direito do Trabalho, p. 429-430.

maior destaque com o avanço tecnológico, tendo em vista o poder diretivo do empregador ao conduzir a produção e fiscalizar seu empreendimento e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do trabalhador e como podemos perceber ainda não há regramento mínimo que assegure o respeito aos direitos personalíssimos do trabalhador, o que há é o entendimento jurisprudencial de dispositivos constitucionais que protegem, de maneira ainda tímida, tais direitos.<sup>6</sup>

## CONCLUSÃO

Para frear a propagação do novo coronavírus, a recomendação das autoridades governamentais é para que as pessoas fiquem nas suas casas. Nesse cenário de isolamento social obrigatório, empresas, órgãos públicos, bancos e outros segmentos estão se adaptando e ampliando a adoção do regime de teletrabalho.

Contudo, essa hiperconectividade do empregado no home office deve ser vista com cautela, para que não atinja seus direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, ao lazer e ao descanso. A adaptação ao novo “normal” exige atenção de funcionários e empregadores, já que direitos e deveres devem estar em consonância para a manutenção da produtividade fora do local físico da empresa.

Essa conjuntura aumentou o debate acerca do direito à desconexão, garantindo ao emprego a prerrogativa de se desvincular virtualmente do trabalho após o fim da jornada diária, a fim de usufruir dos seus intervalos e períodos de descanso garantidos por lei.

6 COSTA. O monitoramento do empregado por meios eletrônicos e o direito à privacidade do empregado do ambiente de trabalho, 2014.

É preciso entender que os poderes inerentes ao empregador possui limites, e o uso da tecnologia no ambiente de trabalho não tem o condão de ultrapassar tais divisas, ainda que o empregado possua cargo de gerência ou labore fora das dependências da empresa, realizando serviço externo ou trabalhando em casa.

Desta forma, diante de uma situação excepcional que ocorre no mundo e nas relações de trabalho, o presente artigo buscou demonstrar o equilíbrio que deve haver entre o poder diretivo do empregador e o direito à desconexão do empregado, baseado em proporcionalidade, razoabilidade e principalmente, bom senso de todos os envolvidos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Cândido Anchieta. O monitoramento do empregado por meios eletrônicos e o direito à privacidade do empregado do ambiente de trabalho. Texto constante da obra *Direito e Tecnologia: Reflexões Sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). *Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: FUMARC, 2015.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e

coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. *Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*, v. 39, ano 2015.



# BRING YOUR OWN DEVICE (BYOD) E SUAS IMPLICAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO: REFLEXÕES PRÁTICAS

Denise Pires Fincato

Marina Silveira Frank

## Resumo:

Prática adotada por algumas empresas, a utilização de equipamentos do empregado para a prestação de serviços tem chamado a atenção no ramo especializado trabalhista. A circunstância altera sobremaneira a clássica pressuposição de que a infraestrutura - suas despesas e domínio - pertence ao empregador e, ainda, permite que o relacionamento laboral se estenda para além dos limites ambientais e temporais pactuados. O presente ensaio aborda o que é o BYOD (*bring your own device*) e levanta alguns de seus aspectos positivos e negativos. Avança, verificando a forma mais segura para implementá-lo, levantando seus potenciais riscos, especialmente no tocante ao direito à desconexão dos empregados. Ao final, conclui que o BYOD deve ser implementado de forma consciente e correta, o que evitará, por exemplo, os riscos decorrentes de jornadas excessivas, ensejadoras de postulações por horas extraordinárias e, conforme sua intensidade, até por danos existenciais.

**Palavras-chave:** BYOD. Governança corporativa. Relação de Emprego. Desconexão.

## Abstract:

*Practice adopted by some companies, the use of employee equipment to provide services has drawn attention in the labor law. The circumstance changes the classic presupposition that infrastructure - your expenses and domain - belongs to the employer and also allows the labor relationship to extend beyond the agreed environmental and temporal limits. The present essay approaches what iBYOD (bring your own device) is and raises some of its positives and negatives. Go ahead, checking the safest way to implement it, raising your potential risks, especially with regard to the right to disconnect employees. Finally, it concludes that BYOD should be implemented in a conscious and correct way, which will avoid, for example, the risks arising from excessive working hours, motivating for overtime applications and, according to their intensity, even for existential damages.*

**Keywords:** BYOD. Corporate governance. Employment relationship. Disconnection.



Denise Pires Fincato

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid. Visiting Researcher na Università degli Studi de Parma. Doutora em Direito pela Universidad de Burgos. Advogada e Consultora em Souto, Correa, Cesa, Lummertz e Amaral Advogados.



Marina Silveira Frank

Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), na linha de pesquisa da Teoria da Jurisdição e Processo. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

## Introdução

O presente artigo pretende analisar realidade de trabalho que vem ganhando espaço junto às empresas: o *bring your own device* (BYOD), na qual o empregado trabalha com seus próprios dispositivos informáticos. São diversas as vozes que sugerem que a adoção desse modelo aumenta a produtividade dos empregados, ao mesmo tempo em que baixa o custo do empreendimento, o que leva esse estudo a focar-se nos cuidados justralhistas que a nova prática produtiva exige.

Para isso, inicialmente será analisado o que é o “BYOD” e como este surgiu no Brasil, bem como quais seriam os aspectos positivos e negativos de sua adoção, considerando a realidade jurídico-trabalhista do Brasil. Posteriormente, abordar-se-á a importância de uma regulamentação interna, que se estructure a partir do mapeamento de riscos de cada realidade produtiva - especialmente fazendo uso dos programas de *compliance* e instrumentos de governança corporativa. Neste aspecto, como principal risco, será dado maior foco no potencial elastecimento de jornada a ser propiciado pela adoção do BYOD, verificando os possíveis impactos na relação de emprego.

O estudo segue método hipotético-dedutivo de abordagem e utiliza-se de métodos de procedimento histórico, comparativo, estruturalista e funcionalista. A interpretação dos dados se dá através do método sistemático, sendo a pesquisa eminentemente bibliográfico-documental.

Para além de apresentar um enfoque doutrinário ao tema, o presente estudo pretende aquilatar viés utilitário à análise, especialmente a partir da influência da

conjugação das habilidades profissionais de suas autoras. Espera-se, portanto, que o texto ora apresentado sirva a profissionais jurídicos, estudantes, empregados e empregadores, propiciando desde o conhecimento básico sobre o BYOD à reflexão prática sobre suas vantagens e riscos.

## 1. O que é Bring Your Own Device (BYOD)?

O desenvolvimento tecnológico em escala exponencial, iniciado na era mecânica através dos avanços trazidos pela Primeira Revolução Industrial, traz à tona, na sociedade atual, um importante tema para reflexão: a relação homem-máquina. Envolvimento este impulsionado, cada vez mais, pelo uso de recursos tecnológicos ofertados pela computação móvel, que vem alterando as abordagens para acesso à informação, transformando aparelhos celulares, como *smartphones*, em dispositivos de grande poder computacional, proporcionando ao usuário uma maior autonomia para processamento de dados<sup>1</sup>.

Nos espaços produtivos de grande utilização de tecnologia, emerge uma tendência: o BYOD – *bring your own device*, que em português significa “traga seu próprio dispositivo”. A ideia central desse comportamento é dar ao empregado acesso à informação corporativa em qualquer lugar e a qualquer momento e, ainda, de qualquer

1 CASTRO, R.C.C; CUNHA, I. K. B. Uma análise holística dos riscos da adesão do BYOD dentro do ambiente corporativo. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/305659199\\_Uma\\_analise\\_holistica\\_dos\\_riscos\\_da\\_adexao\\_do\\_BYOD\\_dentro\\_do\\_ambiente\\_corporativo](https://www.researchgate.net/publication/305659199_Uma_analise_holistica_dos_riscos_da_adexao_do_BYOD_dentro_do_ambiente_corporativo)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

dispositivo móvel de uso pessoal<sup>2</sup>.

Sem qualquer pretensão de adentrar ao tema técnico da computação e evolução das redes de internet, sabe-se que o surgimento da computação portátil e a grande expansão dos dispositivos móveis auxiliaram para que a sociedade desenvolvesse certa dependência dessas tecnologias, sendo conquistados e influenciados pela utilização das novas tendências mercadológicas, alterando seus hábitos e adaptando-se, em princípio, aos novos paradigmas disseminados na sociedade.

Enquanto tempos atrás os empregadores forneciam, controlavam e determinavam a tecnologia a ser utilizada em seu favor, o modelo de trabalho proposto pelo BYOD é caracterizado pela utilização dos dispositivos móveis dos empregados para a prestação de serviços. Ou seja, o dispositivo pessoal do empregado passa a funcionar como instrumental de trabalho, havendo total liberdade para sua escolha e compra<sup>3</sup>.

O fenômeno BYOD surgiu no Brasil em meados de 2011 e é possível afirmar que foi impulsionado por fatores como o surgimento e expansão da computação móvel, a facilidade de aquisição de novas tecnologias e o ingresso da população jovem no mercado de trabalho,

2 CASTRO, R.C.C; CUNHA, I. K. B. Uma análise holística dos riscos da adesão do BYOD dentro do ambiente corporativo. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/305659199\\_Uma\\_analise\\_holistica\\_dos\\_riscos\\_da\\_adexao\\_do\\_BYOD\\_dentro\\_do\\_ambiente\\_corporativo](https://www.researchgate.net/publication/305659199_Uma_analise_holistica_dos_riscos_da_adexao_do_BYOD_dentro_do_ambiente_corporativo)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

3 CASTRO, R.C.C; CUNHA, I. K. B. Uma análise holística dos riscos da adesão do BYOD dentro do ambiente corporativo. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/305659199\\_Uma\\_analise\\_holistica\\_dos\\_riscos\\_da\\_adexao\\_do\\_BYOD\\_dentro\\_do\\_ambiente\\_corporativo](https://www.researchgate.net/publication/305659199_Uma_analise_holistica_dos_riscos_da_adexao_do_BYOD_dentro_do_ambiente_corporativo)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

já adepta das chamadas novas tecnologias, gerenciando suas vidas a partir de seus dispositivos móveis e aplicativos. Torna-se inevitável reconhecer que esses trabalhadores-consumidores levam para o ambiente profissional seu modo de vida, onde se inserem seus equipamentos pessoais.

Otimistas<sup>4</sup> apontam que esse novo comportamento aumenta a produtividade dos empregados, que acabam produzindo mais ao utilizar o seu próprio dispositivo móvel, quer pela familiaridade ao equipamento, quer porque trabalham mais horas ao dia, por serem portáteis<sup>5</sup>. Também identificam que os empregados teriam maior liberdade de fazer atividades pessoais ao longo da jornada de trabalho (e vice-versa), proporcionando um melhor equilíbrio entre a vida pessoal e a profissional.

Do ponto de vista emocional-psicológico, destaca-se a satisfação do empregado, que se sente impulsionado pela liberdade de decidir como, quando e com quais ferramentas as suas atividades seriam feitas. Além disso, a adoção do BYOD gera a redução de custos para a empresa empregadora, visto a atenuação dos investimentos e despesas com tecnologia, uma vez que são os empregados que investem na tecnologia de que fazem fazer uso<sup>6</sup>, também no

4 MATHIASON, Garry G. et al, The “Bring your own device” to work movement: engineering practical employment and labor law compliance solutions In.: The Littler Report. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

5 Essa leitura deve ser feita com ressalvas, já que a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis Trabalhistas impõem limites à jornada de trabalho.

6 CASTRO, R.C.C; CUNHA, I. K. B. Uma análise holística dos riscos da adesão do BYOD dentro do ambiente corporativo. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/305659199\\_Uma\\_analise\\_holistica\\_dos\\_riscos\\_da\\_adexao\\_do\\_BYOD\\_dentro\\_do\\_ambiente\\_corporativo](https://www.researchgate.net/publication/305659199_Uma_analise_holistica_dos_riscos_da_adexao_do_BYOD_dentro_do_ambiente_corporativo)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

trabalho.

Contudo, essa lista de vantagens merece ponderações. A adoção da política de BYOD, a princípio, pode parecer muito vantajosa (como é corriqueiramente abordado em artigos da área de Tecnologia da Informação - TI<sup>7</sup>), mas, na verdade, traz consigo uma série de riscos e questões complexas que merecem ser melhor pensadas pelos empregadores.

Entre os riscos possíveis, há a questão envolvendo a (im)possibilidade de monitorar os dispositivos pessoais do empregado, dada a eventual violação de sua privacidade e intimidade. Na esfera criminal, por exemplo, o monitoramento não autorizado de equipamentos pode configurar, até mesmo, o crime de interceptação telemática não autorizada, nos termos da Lei nº 9.296/1996<sup>8</sup>.

A contribuir, considera-se que o uso das novas tecnologias no trabalho permite a diluição das fronteiras entre os tempos de trabalho e de repouso, pois há uma verdadeira fusão dos tempos pessoais e profissionais<sup>9</sup>. A

.....  
2018.

7 “[...] Os benefícios da BYOD são claros: os funcionários estão mais familiarizados e satisfeitos com o uso de seus próprios dispositivos e os empregadores economizam dinheiro ao não precisar pagar por dispositivos e planos de dados caros. As metas das empresas com o BYOD são aumentar a flexibilidade, a conveniência e a portabilidade de dispositivos que atendem aos fluxos de trabalho de seus empregados, o que aumenta a produtividade [...]” (tradução livre) In.: French, Aaron M.; Guo, Chengqi; and Shim, J.P. (2014) "Current Status, Issues, and Future of Bring Your Own Device (BYOD)," Communications of the Association for Information Systems: Vol. 35, Article 10.. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/cais/vol35/iss1/10>>. Acesso em: 30 março de 2019.

8 BRASIL. Lei nº 9.296/1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

9 MALLET, Estêvão. **Trabalho, tecnologia e subordinação**: reflexões sobre a Lei n. 12.551.

política de BYOD amplia ainda mais essa diluição ou fusão, o que pode acarretar postulações indenizatórias baseadas nas horas de atividade além do contratado e/ou no prejuízo ao bem-estar dos empregados.

Em razão dos aspectos diferenciados do BYOD, são imprescindíveis regulamentações internas para dispor sobre o uso de tecnologias, as quais devem harmonizar-se com a legislação nacional.

É basilar o princípio (constante no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) de que não se pode transferir os riscos da atividade empresarial ao empregado. Além disso, a ideia de uma política clara sobre uso de tecnologia não pode ser confundida com a normatização de ilicitudes, lembrando sempre que as normas trabalhistas são normas de ordem pública e que apenas a lei ou os instrumentos coletivos podem estabelecer-lhes exceções de cumprimento.

Destarte, parece lógico que às empresas incumbe a organização de tais práticas, o que se dará a partir de um sistema normativo interno que esteja de acordo com o ordenamento jurídico num todo. Ou seja, para a gestão tecnológica da empresa, passa a ser necessário ponderar sobre governança corporativa e *compliance*.

## **2. BYOD, governança corporativa e compliance – a necessidade de regulamentação interna.**

O aumento da utilização de dispositivos móveis pessoais no ambiente empregatício faz surgir a necessidade de sua regulamentação. À ausência de legislação trabalhista sobre o tema e, considerando as peculiaridades de cada

.....  
Revista do Advogado. n. 115. p. 44-51. abr. 2012.

relação de emprego, as normativas internas soam mais adequadas e úteis. Por isso, políticas de *compliance* e práticas de governança corporativa passam a ser de extrema relevância.

*Compliance* está relacionado ao investimento em pessoas, processos e conscientização. O termo em inglês vem do verbo *to comply*, que significa “estar em conformidade” e traduz o dever de cumprir e fazer cumprir normas internas e externas aplicáveis aos relacionamentos empresariais. Todas as partes envolvidas no universo empresarial devem, portanto, conhecer ditas normas e procedimentos, seguindo-os<sup>10</sup>.

Por sua vez, a governança corporativa constitui sistema concebido como conjunto de mecanismos que pretendem maximizar e preservar o valor a longo prazo de uma empresa, através da instituição e implementação de ferramentas de controle dos órgãos da administração e das pessoas que detêm o poder de decisão - como seus executivos, administradores e acionistas. Portanto, por governança corporativa entende-se um sistema pelo qual as empresas são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo as práticas e os relacionamentos entre seus proprietários, conselho de administração, diretoria, órgãos de controle e empregados. Além disso, as “boas práticas” de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando todos os interesses da empresa com a finalidade de preservar e otimizar seus valores, o que contribuirá para sua longevidade<sup>11</sup>. As

10 INNOCENTI, Ricardo, et al. *Compliance trabalhista*. **Revista dos Tribunais**, vol. 979/2017. P. 91-101. Maio.2017.

11 Conceito retirado do site do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca->

práticas de governança corporativa buscam justamente a implementação de mecanismos que possibilitem a organização e sistematização das estruturas internas das empresas com o intuito de cumprir a legislação, seguir e perpetuar seus valores e, também, se proteger.

A par disto, percebe-se que dois aspectos relevantes interferem diretamente no ambiente de trabalho nas últimas décadas: a utilização em grande escala da tecnologia da informação e o estreitamento da fronteira entre a vida pessoal e a vida profissional dos empregados. Isto faz com que, a partir do momento em que os empregados passam a utilizar seus dispositivos móveis em ambiente laboral, inclusive e especialmente para realizar as suas atividades contratuais, passe-se a carecer de políticas específicas que autorizem, limitem e/ou protejam aos envolvidos.

Em estudos americanos, ainda no ano de 2011, das quatrocentos e quinze empresas pesquisadas, 75% já permitiam que seus empregados utilizassem dispositivos móveis para fins laborais. De igual forma, 40% dos dispositivos utilizados por três mil profissionais e executivos entrevistados, eram de uso pessoal. Os mesmos estudos ainda mostraram que as atividades de trabalho acabavam se confundindo com a vida particular, já que aproximadamente 50% dos entrevistados relataram o uso de dispositivos pessoais para trabalhar durante as férias; 29% afirmaram utilizar os dispositivos na cama; 20% enquanto dirigiam; 5% em cultos religiosos. De igual forma, foi reconhecido que os mesmos dispositivos móveis são utilizados durante os períodos que deveriam ser destinados à distração, como as

corporativa>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.



férias ou mesmo assistir televisão.

Uma das maiores empresas dos EUA que adotou a política do BYOD foi a IBM. No ano de 2011, oitenta mil empregados da empresa já faziam uso de seus próprios dispositivos para trabalhar. Em razão do grande volume de dados que circulava entre os empregados, com o intuito de assegurar a proteção e a integridade do negócio, fez parte do plano da empresa a criação de uma ferramenta que contivesse os recursos de segurança que eram necessários para proteção de dados, como uma versão do popular serviço de armazenamento remoto baseado em nuvem, o *dropbox*.

Conforme visto até aqui, portanto, a utilização de dispositivos pessoais para as atividades de trabalho já é uma realidade no ambiente laboral, o que faz com que alguns desafios devam ser enfrentados com certa brevidade. O primeiro decorre do fato de que as empresas que adotam a política de BYOD passam a ter seus dados corporativos armazenados em dispositivos pessoais de seus empregados. Já o segundo advém da circunstância de que, em razão dos empregados estarem utilizando seus próprios dispositivos pessoais, exista uma variabilidade nas expectativas e impressões sobre o seu “uso adequado”, podendo gerar conflitos morais, com normas da empresa ou, até mesmo, com a legislação vigente<sup>12</sup>.

Embora o foco do presente artigo não envolva a proteção de dados, no que diz respeito aos riscos de segurança com as informações sigilosas do empregador que acabam transitando nos dispositivos pessoais

de seus empregados, podem ser citados como exemplo o furto, o roubo, ou até mesmo a perda dos dispositivos móveis; a inserção de *malware* nos dispositivos, como também os riscos decorrentes de seu uso inadequado pelo núcleo familiar ou de amizades.

Além disso, existem os riscos advindos do uso de “nuvens”, ofertadas através de aplicativos gratuitos, ou de baixo custo, os quais permitem armazenar conteúdos através desses sistemas de *cloud*. Embora essas ferramentas ofereçam grande conveniência e funcionalidade para os seus consumidores, as empresas devem avaliar se eles fornecem segurança suficiente aos dados corporativos.

Já no que diz respeito aos desafios relacionados à gestão de recursos humanos na adoção da política de BYOD, é importante que os empregadores efetivamente eduquem seus empregados para o uso das regras da empresa, deixando claras as indicações, implicações e interações decorrentes do uso de dispositivos móveis pessoais com os valores corporativos. Ou seja, é imperioso definir valores e expectativas, mantendo os empregados de tudo conscientes e, a partir daí, responsáveis quando da utilização de seus dispositivos particulares para e nas atividades laborais.

O novo modelo de trabalho faz descobrir a existência de lacunas nas políticas e procedimentos corporativos, especialmente no tocante ao uso adequado da tecnologia. Atualmente, os equipamentos utilizados não são mais e apenas *smartphones* e *tablets*, mas também câmeras, gravadores de voz, *scanners*, calendários, relógios, sistemas de navegação, entre outros. Disto resultando a recomendação para que as políticas e procedimentos internos à empresa não mencionem um determinado

12 MATHIASON, Garry G. et al, The “Bring your own device” to work movement: engineering practical employment and labor law compliance solutions In.: The Littler Report. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

*hardware* (o equipamento, o dispositivo em si) mas, ao invés disso, abordem o vasto leque de atividades para as quais podem ser utilizados todos os dispositivos existentes ou que venham a existir (dentro de um mínimo possível de previsibilidade, em se tratando de avanços tecnológicos).

Além disso, levando-se em consideração que os empregados podem utilizar seus dispositivos pessoais para atividades particulares, fora do local de trabalho, existe uma grande possibilidade de que estas atividades possam ocorrer durante a realização de suas atividades na empresa. Cita-se como exemplo algum tipo de imagem ou aplicativo existente nesse dispositivo – que, reitera-se *também* é utilizado para atividades de trabalho – que possa não ser adequado para o ambiente laboral. Nesse caso, deve o empregador encontrar maneiras de lidar com as consequências desta indefinição entre a esfera privada e a rotina de uma relação de emprego, sempre levando em consideração o que dispõem as leis trabalhistas e as normas constitucionais.

Também importante, a adoção do uso de dispositivos particulares pelos empregados não pode servir como justificativa para que o empregador se escuse de responsabilidade em razão de eventual problema de relacionamento entre estes, gerados através do uso de seus dispositivos particulares e, por exemplo, em redes sociais. Alguns empregados que fazem uso de seus próprios dispositivos para o trabalho podem acabar violando as normas legais e regulamentações internas da empresa empregadora, inclusive acreditando que o uso de recursos *on-line*, por exemplo, os colocaria além dos poderes diretivo e fiscalizador do empregador, não ensejando qualquer

responsabilidade destes<sup>13</sup>. Igualmente, o uso desmedido de aplicativos de conversa, quando utilizados pelos empregadores para contatar seus empregados, podem ocasionar a má utilização de ferramentas tecnológicas, como, por exemplo, os grupos de trabalho no *whatsapp*<sup>14</sup>.

Por isso, estabelecer as diretrizes sobre como os empregados devem usar os seus dispositivos pessoais no local de trabalho (ou em razão do trabalho), efetivamente exercitando o controle sobre tais disposições, como também os limites de controle, é essencial para que haja a redução do risco empresarial. Daí a importância de que seja elaborada uma política sobre o uso (e abuso) de recursos eletrônicos próprios para o trabalho e, especialmente, que haja o treinamento dos empregados a seu respeito.

Além de aspectos comportamentais, a adoção da política BYOD traz consigo alguns riscos relacionados à remuneração e à jornada de trabalho. O principal problema seria a realização de atividades fora do horário de trabalho. Embora a Lei nº 13.467/17 tenha incluído na CLT dispositivos regulamentando o teletrabalho, dentre eles aquele que diz que o teletrabalhador está excluído do controle de jornada, parece claro que aquele empregado que realizar atividades fora do seu horário de trabalho (havendo uma contratação ou uma habitualidade prestacional nesse sentido),

13 MATHIASON, Garry G. et al, The “Bring your own device” to work movement: engineering practical employment and labor law compliance solutions In.: The Littler Report. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

14 FELTEN, Maria Cláudia. Os direitos fundamentais e as tecnologias da comunicação e informação: grupos de trabalho do whatsapp. In.: 120 Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 120-143, jan./abr. 2017.

não haverá como não ser remunerado. Isso ocorre, por exemplo<sup>15</sup>, com aquele empregado que, ainda que trabalhe *in loco* todos os dias, prossegue através de seu dispositivo móvel particular, após chegar em sua residência, lendo e respondendo e-mails<sup>16</sup>.

15 Neste sentido, a compreensão judicial manifesta em sentença de ação trabalhista, cujo trecho é ora colacionado: “[...] 6. HORAS EXTRAS E REFLEXOS - TEMPO À DISPOSICÃO Pleiteia o Reclamante a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras (e reflexos), em decorrência do fato de "ter seu intervalo intrajornada diariamente interrompido e pelas ordens recebidas fora do expediente de trabalho". A Empresa-Ré, por sua vez, sustenta que toda a jornada cumprida pelo Autor era devidamente registrada nos controles de ponto. Acrescenta que as horas extras realizadas foram devidamente quitadas ou compensadas. Assevera, ainda, que o Obreiro sempre usufruiu regularmente do intervalo para refeição e descanso. Infere-se dos cartões de ponto apresentados pela Reclamada (ID. 39dc040) que, no período contratual, o Reclamante cumpriu a jornada de trabalho das 08:00 às 17:20 horas, com intervalo das 13:00 às 15:00 horas. Por outro lado, depreende-se das conversas entabuladas entre o Autor e seu superior hierárquico, por meio do aplicativo de celular Whatsapp (ID. 3e5ae94 e seguintes), que o Obreiro era convocado para o labor durante o intervalo intrajornada, bem como antes do início ou após o encerramento da jornada, sendo que referidos períodos não eram registrados nos controles de jornada. Portanto, à luz do disposto no art. 4o da CLT, com redação vigente à época do contrato de trabalho, a partir do momento em que o Autor era acionado, via Whatsapp, durante o intervalo intrajornada ou fora do horário normal de trabalho, deve ser considerado como de efetiva prestação de serviços, integrando a jornada de trabalho para todos os fins de direito. Assim sendo, defere-se ao Reclamante o pagamento de 03 (três) horas extras diárias, acrescidas do adicional de 50%, durante todo o período contratual, com reflexos sobre aviso prévio, 13o salário, férias + 1/3 e FGTS + 40%, conforme se apurar em liquidação, observados os limites do pedido. Na apuração, deverá ser observada a remuneração efetivamente recebida, nos termos da Súmula 264 do TST, os dias efetivamente trabalhados (excetuam-se férias, licenças, períodos de afastamento etc.) e o divisor 220. [...]” (RTSum-0011369-42.2017.5.03.0145. Juíza Daniela Torres Conceição. Publicação em 14 novembro de 2018) Disponível em: < [https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=1106036&p\\_grau\\_pje=1&p\\_seq=11369&p\\_vara=145&cid=14099](https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1106036&p_grau_pje=1&p_seq=11369&p_vara=145&cid=14099)>. Acesso em: 30 março de 2019.

16 Excetua-se aqui a figura do cargo de confiança

Nesse tipo de situação, a resposta imediata do empregador para evitar as horas extras deve concretizar-se na proibição de acesso dos empregados a seus e-mails, serviços de mensagens e/ou que realizem ou recebam chamadas de telefone relacionadas ao trabalho, fora do horário contratado de sua jornada. Para tanto, vale, inclusive, a criação de sistemas de bloqueio para mensagens e chamadas de/para determinados destinatários.

Outra possibilidade seria a criação e utilização de *timesheet*, onde exista o registro de tempo trabalhado, incluindo o tempo das atividades realizadas na empresa e fora do expediente normal, remunerando-se as horas trabalhadas, sempre lembrando, contudo, as limitações impostas quanto ao limite de horas extras, quer legalmente<sup>17</sup>, quer em eventuais normas coletivas da categoria profissional ou ainda no contrato individual de trabalho.

Outra situação delicada decorre do caso de o empregado encontrar-se em licença de seu trabalho. Com o BYOD, o trabalhador ficar suscetível a receber mensagens e ligações, muito embora esteja afastado de suas atividades, com contrato suspenso ou interrompido. Nesse caso, o melhor a ser feito é a desativação da conexão do empregado com os dados e sistemas da empresa, sendo feita uma reconfiguração para que todas eventuais chamadas sejam redirecionadas para outra pessoa. Por isso, governança corporativa e *compliance* andam juntos nas questões relacionadas à adoção de novidades tecnológicas no ambiente corporativo.

(artigo 62, II, da CLT)

17 Limite de duas horas extras por dia, regimes de compensação de jornada ou a adoção de banco de horas (artigo 59, caput e § §, da CLT).

Outro grupo de risco está relacionado à saúde e à segurança do trabalho, sendo possível listar algumas *e-morbidades*: a lesão decorrente de movimentos repetitivos com o polegar, por digitar no celular; as dores desenvolvidas no pescoço por carregar o celular entre a cabeça e o ombro e/ou dobrando-o rotineiramente para baixo a fim de ler o que nele está escrito; o desenvolvimento de câncer no ouvido por uso excessivo de aparelhos celulares; o desenvolvimento de nomofobia ou outros transtornos psicossociais. É preciso lembrar que quando um empregado começa a fazer uso do seu próprio dispositivo para atividades laborais, a relação entre a lesão e o trabalho restará presumida e será muito mais complicado separar o que seria resultado do uso particular ou do trabalho. Estas potenciais lesões aumentam a necessidade de que os empregadores forneçam treinamentos e orientações sobre o uso adequado dos dispositivos de dupla utilização, incluindo a questão postural adequada, o tempo gasto olhando o dispositivo, a atenção à saúde psico-emocional, como também a necessidade, e a importância, de reportar qualquer desconforto para avaliação da atuação corporativa adequada em termos de saúde ocupacional.

Por impactantes, destacam-se as lesões cerebrais em razão das ondas dos celulares, tipo de radiação chamada de *rádio frequência eletromagnética*. Os tecidos do corpo próximos ao local em que o telefone é segurado acabam absorvendo a radiação e, por isso, é importante que haja a orientação dos empregados a respeito da utilização consciente dos dispositivos<sup>18</sup>. O tema já foi, inclusive, objeto de

18 MATHIASON , Garry G. et al, The “Bring your own device” to work movement: engineering practical

apreciação em ação na Italia, que reconheceu o nexa causal entre o uso excessivo de celular e o desenvolvimento de câncer<sup>19</sup>.

De igual forma, o ato de usar os dispositivos enquanto se dirige veículos é risco à vida e à integridade física, não só do empregado mas de toda a sociedade (estudos indicam que digitar mensagens enquanto se dirige demanda o dobro de tempo para reagir a uma situação de risco, em comparação à ingestão de álcool<sup>20</sup>). Por isso, os empregadores devem ter uma política que aponte os riscos e proíbam os empregados de mandarem mensagens e/ou falarem ao telefone enquanto dirigem, punindo-os, inclusive, se flagrados em tal situação.

Outro tema de grande relevância é a utilização das normas coletivas como forma de prever e regulamentar a política de BYOD, para que tanto empregado, quanto empregador sejam beneficiados com a sua adoção. Em tempos de reforma trabalhista e do binário “negociado x legislado”, respeitados os limites impostos no artigo 611-B, da CLT<sup>21</sup>, é muito válido que haja negociação coletiva a respeito,

.....  
employment and labor law compliance solutions In.: The Littler Report. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

19 Caso Roberto Romeo (ex-funcionário da Telecom Itália) X Instituto Nacional de Segurança contra os Infortúnios no Trabalho (INAIL), Decisão proferida no Tribunal de Turim, abril de 2017. – Pensionamento vitalício em proporção à incapacidade. Notícia disponível em: <[https://torino.diariodelweb.it/torino/articolo/?nid=20170420\\_411287...](https://torino.diariodelweb.it/torino/articolo/?nid=20170420_411287...)> Acesso em: 31 março de 2019.

20 MATHIASON , Garry G. et al, The “Bring your own device” to work movement: engineering practical employment and labor law compliance solutions In.: The Littler Report. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

21 BRASIL. Decreto-lei nº 5452, de 01 de maio de 1943 (CLT). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

por exemplo, do monitoramento (se e em quem medida) dos dispositivos móveis do empregado, pelo empregador. Tal circunstância, aliás, é bastante favorável no atual momento, pois o instrumento coletivo passa a ter maior peso (*hard law*) diante do regulamento empresarial (*soft law*).

Ao se pensar em adotar esse tipo de política em uma empresa é importante, portanto, que o empregador primeiramente decida quais setores/cargos/atividades podem participar de um programa de BYOD, já que alguns destes podem representar riscos maiores como, por exemplo, funções ligadas à pesquisa e desenvolvimento ou com controle de jornada. Além disso, é preciso que seja regulamentada a possibilidade, ou não, de realização de atividades laborais fora da jornada de trabalho contratada. Ainda é mister deixar claro aos empregados que sua privacidade no uso dos dispositivos pessoais será mitigada, já que a empresa poderá ter que acessá-los para obtenção de registros.

É importante que os empregados consentam expressamente com o monitoramento, exclusão, instalação e/ou cópia dos dados de seus dispositivos particulares móveis. As políticas da empresa também devem ser claras no sentido que a possibilidade do uso de dispositivos pessoais para o trabalho é um privilégio, não um direito, podendo ser retirado a qualquer tempo.

Igualmente, devem ser seguidas as boas práticas de segurança, devendo-se orientar aos empregados sobre a necessidade de utilização de senhas fortes, de não desativar ou alterar as configurações de segurança dos dispositivos, além de proteger seus dispositivos de furtos, roubos, perdas ou uso inadequado. Por fim,

afora todas as recomendações já delimitadas, é importante que todos os empregados tenham ciência das possíveis penalidades a serem aplicadas quando não houver o cumprimento das regulamentações empresariais.

### 3. BYOD e desconexão

Assim como ocorre no teletrabalho, o sujeito que adota seu próprio *smartphone*, *laptop*, ou qualquer outro dispositivo móvel para trabalhar, acaba ficando predisposto a realizar atividades laborais fora da jornada de trabalho, se contratada ou rotineira à relação.

No teletrabalho, dada a peculiaridade do modelo contratual, presume-se não contratada a jornada e, por tal razão, não controlada, o que explica a inserção do inciso III ao art. 62 da CLT. Entretanto, demonstrada a contratação ou a prática de controle da jornada, mesmo no teletrabalho, serão devidas as horas comprovadamente trabalhadas em regime extraordinário.

O tema é relevante, pois a limitação do tempo de trabalho (e, dessa forma, sob a noção inversa, o respeito ao direito à desconexão), é garantia tanto para quem trabalha, quanto para quem emprega a força de trabalho. Para o trabalhador, limitar a duração do trabalho, concedendo-lhe condições de descanso e lazer constitui proteção indispensável para sua saúde: extensas jornadas acabam ocasionando a extenuação, a perda do convívio social e o surgimento de doenças. Do ponto de vista do empregador, a limitação da jornada possui relevância econômica, já que pelo tempo à disposição se afere a produtividade, se remunera o trabalho por unidade-tempo e se apura a própria viabilidade do empreendimento.



Além disso, a pessoa com tempo livre é potencialmente consumidora do produto que fabrica<sup>22</sup>.

O homem é um ser social, por isso parte de sua dignidade está relacionada com o tempo destinado ao convívio em sociedade. Por isso, ao trabalhar, o homem é impedido deste convívio (ou forçado a outros, não necessariamente de seu gosto), agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que também faz parte da sua dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88)<sup>23</sup>. Assim, para realizar-se completamente, o homem há de ter tempo para o trabalho e tempo de desconexão do mesmo. Quando o empregador reduz esse tempo, utilizando ou não a tecnologia para demandar o trabalhador em seu momento de não trabalho, acaba impedindo a desconexão e fazendo com que o indivíduo não goze do período biológico e social necessário para recomposição de sua saúde física e mental<sup>24</sup>.

O direito à desconexão encontra suporte também no âmbito do direito fundamental à preservação da saúde do trabalhador, garantido que está como direito social fundamental no artigo 6º e em diversos incisos do artigo 7º, da CF/88. Há que se ter em mente que o trabalho, objeto da relação de emprego, normalmente

22 SEVERO, Valdete Souto; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Direito à desconexão nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

23 Sobre direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

24 ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLGANO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. Revista de Direito do Trabalho, vol 169/2016. p. 113-126. Maio-jun, 2016.

não se limita à simples execução sucessiva de atos (repetitivos ou não), mas ao fato de uma pessoa se colocar à disposição de outra, inserindo a sua atividade na dinâmica da atividade econômica de quem lhe emprega<sup>25</sup>.

O descanso físico e mental é essencial para a recuperação, sendo assim, é inerente a todo e qualquer empregado o direito de se desconectar, de se desligar do ambiente de trabalho, com o objetivo de interagir com seus familiares, com os amigos, ou consigo mesmo. Momentos como esses são necessários para permitir estímulos cerebrais distintos dos decorrentes das tarefas rotineiras de trabalho, proporcionando maior disposição, aumento de criatividade, melhora no humor, e incremento da produtividade ao proporcionar maior concentração<sup>26</sup>.

O direito à desconexão do ambiente de trabalho está intimamente relacionado com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, bem como o direito à limitação da jornada, ao descanso, às férias, à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho, todos previstos na Constituição Federal e classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, além, do direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, V e X, da CF/88), estes, direitos fundamentais de primeira dimensão.

No sistema BYOD, a questão do direito à desconexão está atrelada à dependência ao

25 SEVERO, Valdete Souto; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Direito à desconexão nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

26 ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLGANO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. Revista de Direito do Trabalho, vol 169/2016. p. 113-126. Maio-jun, 2016.

uso de *smartphones*. De acordo com a União Internacional de Telecomunicações (UIT) já são mais de sete bilhões de aparelhos celulares em utilização no mundo<sup>27</sup>. No Brasil, o número de *smartphones* já ultrapassou a cifra de 168 milhões e, segundo estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2018, pode ter atingido a quantidade de 236 milhões<sup>28</sup>.

O uso de *smartphones* e *tablets* por crianças e adolescentes tem se iniciado cada vez mais cedo. Em razão disso, a possibilidade de desenvolvimento de dependência tecnológica é relevante, podendo trazer consequências físicas e psicológicas a longo prazo, fazendo com que, quando adultas, as pessoas não consigam administrar o tempo de uso dos dispositivos eletrônicos, deixando de viver possibilidades de uma vida real para mergulhar em uma ilusão ou irrealdade. Ou seja, a vida virtual torna-se cada vez mais atrativa que a real<sup>29</sup>.

O termo *nomofobia* (*no-mobile-phone phobia*) foi criado no Reino Unido para descrever o pavor de estar sem o telefone celular. Alguns dos sintomas seriam (a) a incapacidade de desligar o telefone; (b) a conduta de estar sempre verificando, de maneira obsessiva, chamadas, e-mails e mensagens nos aplicativos; (c) a preocupação continuada com a duração da bateria; (d) o estado de irritabilidade quando a

27 CRIPPA, José Alexandre. Nomofobia: a dependência do telefone celular. Este é o seu caso? Revista Veja. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/nomofobia-a-dependencia-do-telefone-celular-este-e-o-seu-caso/>>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

28 Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/brasil-tem-mais-de-168-milhoes-de-smartphones-em-uso-diz-pesquisa/57235>>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

29 MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 45

rede não funciona direito. O que se identifica, portanto, é que a dependência de internet e *smartphones* acaba gerando uma conexão perpétua, sem intervalos, sem desconexão<sup>30</sup>.

Os trabalhadores podem acabar superando os limites da jornada de trabalho, já que estão conectados (e disponíveis) a qualquer momento. Por vezes, eles mesmos não se permitem desconectar, visto que há muitas funções conectadas que não envolvem seu trabalho, mas dizem respeito a sua vida pessoal. O fenômeno acaba criando uma série de doenças ocupacionais, tendo em vista que o tempo conectado é muito superior ao que lhe seria saudável<sup>31</sup>.

Outro aspecto resultante dessa utilização excessiva de tecnologia é a chamada “telepressão”. O termo é reflexo da superconectividade das pessoas aos meios informatizados da atualidade. É utilizado como referência à necessidade de se manter conectado com o trabalho e responder rapidamente ao chefe, colegas ou clientes, mesmo que se esteja nos horários de folga ou no período de férias.

A telepressão é resultado do uso sem limites de diversas tecnologias de comunicação no mundo corporativo e da ideia que se criou de que todos devem estar disponíveis, o tempo todo. Contudo, além de as mensagens serem respondidas de forma imediata, a telepressão também se caracteriza pelo fato de impulsionar o trabalho fora do horário contratado, inclusive dos horários da própria

30 MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 56

31 MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p. 68

empresa. Os *smartphones*, *tablets* e *notebooks* que proporcionaram a mobilidade no trabalho, no entanto, acabaram por propiciar o excesso de conectividade<sup>32</sup>.

Os trabalhadores atuais já vivem na era do hiper-trabalho, sob o slogan “*AnyTime, AnyWhere, AnyDevice*”. Por isso, o equilíbrio da vida profissional e pessoal já é um dos principais tópicos nos debates sociais. Em razão das novas tecnologias, as fronteiras até então existentes vem desaparecendo gradativamente. É da máxima importância que haja o respeito ao não trabalho<sup>33</sup> ou desconexão, onde ao empregado, em seus momentos de descanso seja assegurado o direito de não estar à disposição do empregador, desconectando-se totalmente de seus afazeres, com o intuito de descansar e se revigorar.

A tecnologia da informação e da comunicação levou o ser humano à hiperconexão, que gera problemas psíquicos ao trabalhador, impactando, dentre outros, ao meio ambiente laboral. Desta forma, as ferramentas tecnológicas ainda que certamente dinamizem o trabalho, precisam de um regramento mínimo para que seu uso não prejudique o bem-estar físico e psicológico dos trabalhadores, o ambiente de trabalho e o desempenho do negócio.

A hiperconexão<sup>34</sup> ao ambiente de

32 MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. *Direito à desconexão do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 68

33 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do Direito à Desconexão do Trabalho*. Disponível em: <[https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_a\\_desconexao\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_a_desconexao_do_trabalho..pdf)>. Acesso em: 18 outubro de 2018.

34 FINCATO, Denise. *Trabalho e tecnologia: reflexões*. In.: *Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

trabalho, gera uma permanente, ininterrupta ou prolongada interação com as tecnologias da informação e comunicação, em razão de o trabalho se dar por mecanismos como os aplicativos de conversação online. Referido excesso pode ocasionar diversos distúrbios psicológicos, entre os quais o denominado *iDisorder*<sup>35</sup>.

O direito à desconexão é mitigado no momento em que o empregado é acionado fora da sua jornada de trabalho, especialmente se acionado pelo empregador via aparelhos eletrônicos. Em razão disso, o Poder Judiciário vem firmando jurisprudência no sentido de reconhecer que o trabalho em jornadas estendidas, nas quais o empregado é impedido de se desconectar de seu ambiente de trabalho é muito mais do que um mero caso de recebimento de horas extras, dando direito à percepção de indenização por danos morais, ou até mesmo existenciais<sup>36 37</sup>.

35 *iDisorder* envolve as alterações na capacidade do cérebro de processar informações e da capacidade do ser humano de se relacionar com o mundo devido ao uso diário de mídia e tecnologia, resultando em sinais e sintomas de distúrbios psicológicos - como estresse, insônia e necessidade compulsiva de fazer check-in - com toda a tecnologia à disposição. Sobre o tema, ROSEN, Larry. *iDisorder: Understanding Our Obsession with Technology and Overcoming Its Hold On Us*. Palgrave Macmillan, 2012.

36 Sobre dano existencial no Direito do Trabalho: SOARES, Flavia Rampazzo. *A construção de Uma Teoria do Dano Existencial no Direito do Trabalho*. In.: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 117-129.

37 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI No 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO. HORAS DE SOBREAVISO. 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 no 428 do TST. Na hipótese, o quadro fático delineado no acórdão 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 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 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 nexo 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 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 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 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

Por isso, o BYOD deve ser estratégia empresarial amadurecida, normatizada e conduzida de forma a gerar benefícios, não se configurando como um desrespeito aos direitos dos empregados e, como decorrência, prejuízos vultosos ao negócio, dada a construção de um passivo trabalhista expressivo.

A relação de emprego já não é mais a mesma de 1943 (entrada em vigor da CLT) e, por isso, novos modelos regulatórios devem ser pensados, visando bem acomodar as novas formas de viver e de se relacionar dos seres humanos e das instituições.

### Conclusão

Após abordar todos estes aspectos, é possível concluir que a adoção do BYOD deve ser feita de forma consciente, tendo em

.....  
 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 indenização. Incidência da Súmula no 297 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 2058-43.2012.5.02.0464, Min. Relator Claudio Mascarenhas Brandão, Publicado em 27/10/2017).

vista que os riscos envolvidos nessa prática podem, no futuro, representar um grande custo ao empregador e, quiçá, à sociedade num todo (inclusive em razão da possibilidade de pensionamentos públicos em decorrência de enfermidades conexas, como no caso paradigmático caso italiano do câncer de ouvido).

É inegável que o empregador passará a ter maior dificuldade no monitoramento do trabalho, quando prestado com o uso de equipamentos de propriedade dos empregados, o que, a princípio, poderia gerar o aumento do seu próprio risco (quer no tocante aos dados, quer no tocante ao controle do trabalho). O risco estaria diminuído nos contratos de diretores, gerentes, cargos de confiança e teletrabalhadores, porque excluídos do controle de jornada, mas apenas no tocante a este quesito, seguindo-se a dificuldade no tocante à proteção de dados e segurança da informação, sem contar na responsabilização por violação da privacidade e da intimidade dos trabalhadores no monitoramento não informado e consentido.

Esses e outros exemplos reafirmam a importância de que sua implementação seja planejada. A identificação dos potenciais riscos e a forma de minimizá-los deve ser o primeiro passo a ser tomado. Sobre isso, a reforma trabalhista parece ter ajudado, ao regulamentar (mesmo que de forma singela) o contrato de teletrabalho, do qual se podem aplicar ao BYOD algumas previsões, de forma subsidiária, como as relativas aos custos com a manutenção dos equipamentos e, até, a dispensa do registro de jornada em razão da natureza do trabalho. Obviamente, neste caso, se exigirá contratação expressa e escrita desta condição da relação



empregatícia (trabalho predominantemente remoto) e se ficará sujeito aos reflexos de provas em contrário, em eventual questionamento judicial.

Por fim, não se pode deixar de lado que o trabalho através das tecnologias de informação e comunicação desafia os padrões humanos de descanso. O trabalho em sistema de BYOD, se não eficazmente regado e administrado, pode gerar prejuízos ao direito do empregado de desligar-se do trabalho, ocasionando reflexos negativos na sua qualidade de vida, o que interferirá diretamente na sua produtividade e, por consequência, no desempenho do negócio.

Por isso, como qualquer novidade tecnológica que impacte nas relações de emprego, a adoção do BYOD deve ser feita de forma programada e responsável, respeitando-se as limitações legais e contratuais (coletivas ou individuais), bem como estabelecendo sistema de normatização corporativa objetiva, gerida de forma rígida, como maneira de proteger empregados, empregadores e sociedade em geral.

## Referências

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLGANO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, vol 169/2016. p. 113-126. Maio-jun, 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296/1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5452, de 01 de maio**

**de 1943 (CLT)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

CASTRO, R.C.C; CUNHA, I. K. B. **Uma análise holística dos riscos da adesão do BYOD dentro do ambiente corporativo**. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/305659199\\_Uma\\_analise\\_holistica\\_dos\\_riscos\\_da\\_adesao\\_do\\_BYOD\\_dentro\\_do\\_ambiente\\_corporativo](https://www.researchgate.net/publication/305659199_Uma_analise_holistica_dos_riscos_da_adesao_do_BYOD_dentro_do_ambiente_corporativo)>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

CHAPARRO, Francisco Ortiz. **El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnologia**. McGraw-Hill: Madrid, 1997.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: LTr, 2015.

CIVIT, Cristina; MARCH, Montserrat. **Implantación del Teletrabajo en la Empresa**. Gestión: 2000.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ESTRADA, Manuel Pino; CHAVES JR., José Eduardo de Resende (Coord). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

CRIPPA, José Alexandre. Nomofobia: a dependência do telefone celular. Este é o seu caso? **Revista Veja**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/nomofobia-a-dependencia-do-telefone-celular-este-e-o-seu-caso/>>. Acesso em: 02 dezembro de 2018.

FELTEN, Maria Cláudia. Os direitos fundamentais e as tecnologias da comunicação e informação:

grupos de trabalho do whatsapp. In.: 120 **Revista Thesis Juris** – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 120-143, jan./abr. 2017.

FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. In.: **Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no Brasil**: indicações para uma contratação minimamente segura. RJBL, Ano 2, 2016. p. 365-396.

French, Aaron M.; Guo, Chengqi; and Shim, J.P. (2014). **Current Status, Issues, and Future of Bring Your Own Device (BYOD)**. Communications of the Association for Information Systems: Vol. 35, Article 10.. Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/cais/vol35/iss1/10>>. Acesso em: 30 março de 2019.

INNOCENTI, Ricardo, et al. *Compliance trabalhista*. **Revista dos Tribunais**, vol. 979/2017. P. 91-101. Maio.2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marque de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do Direito à Desconexão do Trabalho**. Disponível em: <[https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_a\\_desconexao\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_a_desconexao_do_trabalho..pdf)>. Acesso em: 18 outubro de 2018.

MALLET, Estêvão. **Trabalho, tecnologia e subordinação**: reflexões sobre a Lei n. 12.551. Revista do Advogado. n. 115. p. 44-51. abr. 2012.

MATHIASON , Garry G. et al, *The “Bring your own device” to work movement: engineering practical employment and labor law compliance solutions* In.: **The Littler Report**. California: Littler Mendelson, P.C, 2012.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEVERO, Valdete Souto; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **Direito à desconexão nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

SOARES, Flavia Rampazzo. A construção de Uma Teoria do Dano Existencial no Direito do Trabalho. In.: SOARES, Flaviana Rampazzo (Coord). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 117-129.

Publicado originalmente na Revista Magister de Direito do Trabalho n.89, mar-abril/19

# OS LIMITES DO PODER DIRETIVO PATRONAL NO USO DE REDES SOCIAIS PELOS TRABALHADORES

Cynthia Campello

Dennis Verbicaro

Ney Maranhão

**RESUMO:** O artigo, mais do que uma leitura restrita ao âmbito do Direito do Trabalho, enfrenta a questão de como as redes sociais são danosas quando o empregador as utiliza como mecanismo de controle e cobrança de seus empregados, apropriando-se não apenas da força de trabalho, mas da própria mente do trabalhador. Destacamos, em uma perspectiva labor-ambiental, que este controle excessivo fere não só direitos de personalidade, mas também o direito do trabalhador à desconexão do trabalho e ao equilíbrio do meio ambiente laboral, embora sejam admitidas restrições mais acentuadas quando a pactuação for firmada com empresas “ideológicas” ou de tendência.

**ABSTRACT:** The article, rather than a reading restricted to the scope of Labor Law, addresses the question of how social networks are harmful when the employer uses them as a mechanism of control and collection of their employees. We emphasize, in an environmental-labor perspective, that this excessive control hurts not only the author’s personality rights but also his right to disconnect from work during his rest periods. The material reality of employment relations, whose vulnerability of the employee is latent, imposes an intransigent defense of the employee’s right to freedom of speech.

**Palavras-chave:** Poder diretivo patronal. Redes sociais. Direito à desconexão do trabalho.

**Keywords:** Employer power. Social network. Rights to disconnect from work.



Cynthia Campello

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais, Concretizações e Garantias (Direito Ambiental do Trabalho). Advogada em Campello Advocacia & Consultoria.



Dennis Verbicaro

Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA.



Ney Maranhão

Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Pará (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, com estágio de Doutorado-Sanduíche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA).

## INTRODUÇÃO

O advento das novas tecnologias trouxe consigo diversas mudanças nas relações entre os indivíduos. Bauman (2007, p. 11), ao refletir sobre a quadra contemporânea da história, denomina-a de “modernidade líquida” também por vivermos um processo compulsivo-obsessivo de modernização, o que acaba modificando constantemente a vida social e a tornando variável como um fluido. As novas ferramentas trazem, portanto, intensas alterações nas relações entre os seres humanos. Esse cenário social mais amplo, sem dúvidas, repercute nas relações trabalhistas, já que a volatilidade da sociedade influencia diretamente também as interações que ocorrem no meio ambiente laboral.

As redes sociais, por exemplo, constituem um forte símbolo da assim chamada modernidade líquida. As mensagens escritas, que antes levavam dias até chegarem ao destinatário, agora podem ser transmitidas em questões de segundos. O mesmo aconteceu com as nossas opiniões pessoais sobre os assuntos do momento: da discussão acalorada numa roda de amigos passamos a emití-las para o mundo em nossas *web pages*. Essa fluidez de informações transformou profundamente os laços de afinidade entre os seres humanos, tanto em suas vidas pessoais quanto nas relações laborais.

Essa nova forma de sociabilidade faz com que a pessoa necessite expor sua vida privada para vivenciar uma sensação de pertencimento a certos grupos sociais. Neste contexto, um fato realmente só existiu se foi postado. Bauman (2008, p. 8) destaca de forma assertiva no que consiste essa nova forma de relacionar-se: “no

cerne das redes sociais está o intercâmbio de informações pessoais. Os usuários ficam felizes por revelarem detalhes íntimos de suas vidas pessoais, fornecerem informações precisas e compartilharem fotografias”.

Essa aproximação que as redes sociais proporcionam mudou o relacionamento entre empregador e empregado. Por conta dessa nova realidade psicossocial, o homem passou a se expressar livremente nas redes sobre os mais variados temas e, de forma impensada, acreditando estar coberto pelo manto de proteção da sua liberdade de expressão, não é incomum que o homem-trabalhador igualmente se ponha a emitir opiniões que, lançadas na nova e instantânea esfera “pública” das redes, podem causar impactos fortemente negativos ao seu próprio contrato de emprego.

Agora, por conseguir enxergar de perto a personalidade do operário, o patrão passa a ter uma excelente ferramenta de controle e repressão em suas mãos. Isto porque agora ele eventualmente poderá se prestar a classificar e descartar rapidamente aquele trabalhador que não transmite, em suas redes sociais, uma imagem que se afine com os padrões “esperados” para o seu empreendimento. Realmente, ao emitir opiniões pessoais *online*, as pessoas abrem várias facetas da sua intimidade para todos. E quando se percebem observados pelo seu empregador na esfera pública das redes sociais, passam a refletir sobre as consequências da sua conduta *online* a fim de evitar desconfortos, já que o patrão, ao preocupar-se com o mercado consumidor, impõe-lhe a obrigação de ser um espelho de imagem positiva da empresa para a qual labora como desdobramento de deveres contratuais conexos de boa-fé objetiva.

A presente reflexão busca analisar as mudanças que as redes sociais trouxeram para as relações laborais, sobretudo no que tange aos excessos do poder diretivo patronal. A constante vigilância do que o empregado posta nas suas redes sociais o faz temer perder o seu posto de emprego por diferenças ideológicas, por exemplo, o que acaba cerceando seu direito de se expor livremente e lhe fazendo estar sempre conectado ao trabalho, já que a preocupação em não se expor demais e decepcionar o patrão é constante.

Portanto, além da abordagem do direito fundamental à liberdade de expressão, o presente artigo também faz uma leitura dessa problemática atual sob a ótica do direito à desconexão, visto que o empregado, ao realizar este “autocontrole” sobre o uso das suas redes sociais no seu tempo livre, acaba constantemente se cobrando de cumprir regras empresariais, sejam elas explícitas ou veladas, no âmbito da sua vida privada. O método utilizado foi o dedutivo, tendo como base a bibliografia pertinente à temática.

## **1. OS REFLEXOS DAS REDES SOCIAIS NA RELAÇÃO EMPREGADO x EMPREGADOR. O DIREITO À DESCONEXÃO**

Na atualidade, as empresas se preocupam constantemente com a imagem que veiculam perante o público. De fato, o capitalismo parece ter assimilado algum grau de consumo responsável no sentido de os consumidores se sentirem relativamente constrangidos em comprar produtos de uma marca que tenha, por exemplo, veiculado uma propagando claramente machista. Isto, por consequência, tem gerado constante preocupação empresarial

com a imagem que difundem perante as redes sociais, já que povoada por uma “nuvem” infinita de sujeitos consumidores.

O fenômeno decorre do fato de que no mundo *online* tanto a propaganda quanto as más experiências atingem os consumidores de maneira rápida e eficaz, dado o caráter transfronteiriço das informações na internet. Atualmente, as redes sociais são utilizadas pelas empresas tanto como uma forma de criar uma identidade que as aproxima dos consumidores, quanto como um canal de atendimento mais célere ao cliente. Os consumidores, por sua vez, utilizam-se destas facilidades para resolver suas problemáticas e para emitir opiniões públicas e fundamentadas sobre a imagem social das marcas, bem como a qualidade de serviços e produtos disponibilizados no mercado de consumo.

Neste contexto, por certo as empresas, a partir da opinião do público, podem ser afetadas por manifestações em redes sociais ou campanhas publicitárias. A perda de consumidores ou clientes por conta de uma posição política ou ideológica publicamente expressada, por exemplo, seja ela real ou fabricada junto às próprias redes (as chamadas *fake news*), já é uma realidade no mundo empresarial. Por este motivo, o clima é de cuidado redobrado ao expor publicamente opiniões, seja em sites empresariais oficiais, seja até mesmo em páginas particulares de seus empregados. É nesse cenário atual que o direito encontra novo desafio: divisar quais os limites do poder diretivo do empregador quanto às posturas de seus empregados em suas redes sociais pessoais.

Evidente que uma separação absoluta entre vida pessoal e profissional é, de fato,



simplista, já que o ser humano experiencia a vida como um todo indissociável, qual uma *gestalt*<sup>1</sup>, com partes que interagem constantemente entre si e que podem gerar os mais variados resultados. Imagine-se quão inconsequente seria referendar um estado de coisas em que o trabalhador não se visse obrigado a qualquer dever contratual – como a *eticidade* – simplesmente por estar fora de seu horário de trabalho.

Igualmente inadmissível seria insuflar uma completa simbiose entres os quadros relacionais pessoal e laboral, o que redundaria em complicações as mais variadas. Veja-se, por exemplo, que, se assim o fosse, o empregador passaria a ter em mãos o poder de selecionar pessoas que considerasse subjetivamente manipuláveis aos interesses empresariais para além do “oficial” contexto laborativo, fazendo o empregador se “apropriar” da própria *pessoa* do trabalhador – precisamente, sua rede de pensamentos e emoções –, em nítido retrocesso civilizatório.

Esses excessos de controle sobre o empregado decorrem do poder diretivo do empregador. Segundo os ensinamentos de Delgado (2012, p. 658), esse poder é o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa correspondente prestação de serviços. Portanto, infere-se que o

1 Gestalt, segundo Valdete Souto Severo, em sua dimensão psíquica, “são os fenômenos psicológicos como conjuntos interligados, organizados e indivisíveis, que formam um todo que não se resume a sua soma” (SEVERO, Valdete Souto. Meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica de um direito humano e fundamental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord). Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2015, v. 2, p. 64).

poder diretivo se manifesta, basicamente, de três formas distintas: no poder de organização, no poder de controle e no poder disciplinar.

O poder de organização é a faculdade que o empregador possui, para atender aos fins da empresa, de determinar as condições da prestação do serviço a que o empregado está obrigado por força de seu contrato de trabalho. Já o poder disciplinar consiste na capacidade do empregador de aplicar sanções ao empregado que viola deveres da norma, do contrato de trabalho ou da lei. Por fim, o poder de controle consiste na faculdade que o empregador possui de fiscalizar a atividade realizada pelo empregado. Essa fiscalização deve observar o princípio da razoabilidade e sempre almejar a preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, logo, deve estar relacionada à atividade do empregado, porém sem a invasão de sua privacidade e intimidade, por exemplo.

Questiona-se, a partir da análise do poder diretivo, sobretudo do seu desdobramento ao poder de fiscalização, quais seriam os seus limites ao definir a conduta do empregado e controlar suas opiniões postadas publicamente nas suas redes sociais pessoais, já que a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido constitucionalmente e que se faz necessário à observância da dignidade da pessoa humana. Utilizar-se deste poder para restringir indevidamente o direito fundamental de se expressar livremente por certo representa um exercício de violência contra o empregado, na medida em que rechaça a fiel observância da sua autorrealização.

Nessas circunstâncias abusivas, o fato é que o obreiro agora tem de se preocupar em não ser ele mesmo, isto é, tem de se preocupar com o que propaga *online* para não correr o

risco de desencadear o próximo “furacão” da internet e, assim, ser demitido puramente por pensar diferente do patrão sobre algum desses assuntos que despertam as maiores paixões.

Um exemplo de arbitrariedade do empregador consta da caixa de comentários de uma matéria veiculada no site G1, intitulada de “Comportamento em redes sociais pode provocar demissão? Especialistas dizem que sim; tire dúvidas”. Na mensagem postada no site, um empresário admite já ter demitido dois funcionários por ter observado nas redes sociais dos mesmos que suas opções políticas eram de esquerda. Segundo ele, “gente que defende bandido não serve para trabalhar com ele<sup>2</sup>”.

Bem se sabe, a propósito, que essa observação da vida pessoal do empregado nas redes sociais acontece inclusive nas etapas pré-admissionais. A subjetividade do empregador relativamente a ideologias abraçadas por seus proprietários e gerentes acaba mesmo influenciando na contratação e mesmo na continuidade da relação empregatícia. Apesar de o convívio entre os muros da empresa sempre ter ensejado certo tipo de cautela dos empregados ao proferirem suas opiniões mais sinceras diante do empregador, a verdade é que a questão ganhou um alcance completamente novo com o advento das redes sociais, já que agora o empregado leva esse receio consigo o tempo inteiro e em qualquer lugar, estando ele no trabalho, em casa ou no *shopping*, haja vista o quase que incontornável poder atrativo das redes sociais.

É certo que o empregador possui a

2 Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/comportamento-em-redes-sociais-pode-provocar-demissao-especialistas-dizem-que-sim-tire-duvidas.ghtml>. Acesso em: 05 ago 2018.

faculdade de contratar aqueles que tenham maior afinidade com a imagem empresarial que almeja transmitir aos seus consumidores, entretanto, definir o desempenho laboral de alguém ou se esta pessoa “serve para trabalhar” baseado no que essa pessoa opina nas redes sociais configura um processo de impiedoso descarte humano, onde só permanece quem é facilmente manipulável. Não se pode olvidar que a liberdade para contratar única e exclusivamente quem se queira não é absoluta, pois podemos citar como exemplo as obrigações legais de contratar um percentual mínimo de pessoas portadoras de necessidades especiais, isto porque estamos em um Estado Democrático de Direito que visa à realização da justiça social (art. 3º, incisos III e IV, da CF/88), de maneira que a propriedade privada deve realizar sua função social.

Se analisarmos a questão sob a ótica de Orwell (2009), em *1984*, obra de caráter atemporal, vivemos, como os personagens, em um constante estado de guerra e vigilância sobre os cidadãos nas relações laborais no Brasil atual. No regime totalitário vivido pelos personagens do livro, todos os habitantes são observados e comandados pelo *Big Brother*, e o partido interno, que representa a classe oligárquica, persegue qualquer individualismo ou liberdade de expressão. Qualquer opinião negativa contra o partido é considerada crime e a pessoa que a emitiu, conseqüentemente, sofre uma sanção. Não há espaço para seguir um projeto de vida próprio diante da manipulação do pensamento. Ora, na atualidade, com o advento das redes sociais, havemos de nos esforçar para que tal cenário de abusivo contingenciamento da liberdade não se instale insidiosamente nas já historicamente conflitivas relações de emprego.

Do contrário, o ser humano que vive do emprego estará, no mundo *on line*, irremediavelmente à mercê de ser julgado e jogado na terrível vala do desemprego pela simples razão de exercitar o direito fundamental à liberdade de pensar e defender seus ideais. O empregador, em um contexto tão fatídico, não mais se contentará em comprar a força de trabalho e, por corolário, o corpo do empregado, mas agora buscará também ser detentor e manipulador da própria *psiqué* obreira. Orwell adverte:

Não era desejável que os proletas tivessem sentimentos políticos definidos. Tudo que se lhes exigia era uma espécie de patriotismo primitivo ao qual se podia apelar sempre que fosse necessário levá-los a aceitar ações menores ou maior expediente de trabalho. E mesmo quando ficavam descontentes, como às vezes acontecia, o descontentamento não os conduzia a parte alguma porque, não tendo ideias gerais, só podiam focalizar a animosidade em ridículas reivindicações específicas. Os males piores geralmente lhes fugiam à observação (2009, p. 91).

Esse estado de indolência social é algo perceptível na sociedade brasileira, marcada por gritante quadro de desigualdade social e jurídica, o que faz com que boa parte dos brasileiros situados em condições de vulnerabilidade se vejam apáticos quanto ao efetivo exercício de sua liberdade positiva, acabando por se contentar com uma “meia-cidadania”, na medida em que, apesar da concessão, por exemplo, do direito de voto, nega-se o gozo efetivo de diversos outros direitos básicos, como o acesso concreto à

saúde, educação, segurança, lazer (VERBICARO, 2017, p. 23) e, por que não, a própria liberdade em seu espaço privado de vida, quando esse cidadão está vinculado a uma relação de emprego marcada por contornos abusivos.

O empregado, nesse panorama, deixa de se insurgir contra os abusos e não toma qualquer medida contra os excessos do poder diretivo patronal tanto pelo medo do desemprego quanto pelo atual estágio de indolência social. Verbicaro muito bem ilustra no que consiste este fenômeno:

Por detrás da “razão preguiçosa” temos a perda da própria autoestima do cidadão, que por não se ver parte integrante do grupo, se afasta, cada vez mais, de seus deveres coletivos e por que não dizer cívicos, principalmente, por se referirem à base da solidariedade emancipatória [...] A quem interessa essa desinformação acerca da existência e da exigibilidade dos direitos humanos, não apenas em relação aos sociais, mas também em relação a todas as suas demais dimensões? A resposta só pode ser uma, ou seja, a desinformação só aproveita a quem se beneficia da indolência da sociedade, ou seja, a elite político-econômica que domina o país, aí inseridos os grandes grupos econômicos, partidos políticos e o seu fisiologismo vazio e a burocracia corrupta da Administração Pública (VERBICARO, 2017, p. 27- 29).

Demais disso, os abusos cometidos pelo empregador ao utilizar-se do poder de controle para transferir o ônus de zelar pela imagem do empreendimento ao empregado faz com que o obreiro não só se obrigue a ter duas identidades, dependendo de qual comunidade está a frequentar, mas que também ele absorva

o caráter empresarial como sendo o seu próprio para cumprir expectativas e manter a sua subsistência. Sennett, ao tratar da história de um cidadão chamado Rico, aduz sobre como as atuais dinâmicas laborais são capazes de “corroer” o caráter do homem e imprimir-lhe novas características:

O comportamento que traz o sucesso ou mesmo apenas a sobrevivência no trabalho, portanto, pouco dá a Rico para oferecer como modelo paterno. Na verdade, para esse casal moderno, o problema é exatamente o contrário: como podem eles evitar que as relações familiares sucumbam ao comportamento a curto prazo, ao espírito de reunião, e acima de tudo à fraqueza da lealdade e do compromisso mútuo que assinalam o moderno local de trabalho? Em lugar dos valores de camaleão da nova economia, a família — como Rico a vê — deve enfatizar, ao contrário, a obrigação formal, a confiança, o compromisso mútuo e o senso de objetivo. Todas essas são virtudes de longo prazo. Esse conflito entre família e trabalho impõe algumas questões sobre a própria experiência adulta. Como se podem buscar objetivos de longo prazo numa sociedade de curto prazo? Como se podem manter relações sociais duráveis? Como pode um ser humano desenvolver uma narrativa de identidade e história de vida numa sociedade composta de episódios e fragmentos? As condições da nova economia alimentam, ao contrário, a experiência com a deriva no tempo, de lugar em lugar, de emprego em emprego. Se eu fosse explicar mais amplamente o dilema de Rico, diria que o capitalismo de curto prazo corrói o caráter dele, sobretudo aquelas

qualidades de caráter que ligam os seres humanos uns aos outros, e dão a cada um deles um senso de identidade sustentável (SENNETT, 2009, p. 27).

Analisando este trecho em uma perspectiva atual, percebemos que no mundo pós-moderno (ou *líquido*), onde expressar-se nas redes sociais tornou-se a forma mais próxima de poder dialogar com as pessoas e construir laços, ao temer sofrer sanções por não alcançar as expectativas do empregador, o empregado, assim como Rico, acaba absorvendo o caráter que a empresa quer que ele possua e nulificando o seu próprio, que construiu através das suas visões de mundo e da educação que recebeu, o que deve gerar grande frustração e estranhamento interno.

Decerto que as liberdades individuais do empregado não são absolutas. Ele possui, à luz da legislação trabalhista, o dever de observar limites na sua conduta, inclusive nas redes sociais, no que afete de forma direta a imagem empresarial. Não se olvida que, em muitos momentos, o obreiro também transpõe limites que podem ser caracterizados como faltas passíveis de sanções e até de aplicação de justa causa, quando enquadradas no rol taxativo disposto no artigo 482 da CLT.

Como se sabe, o dispositivo prevê a possibilidade, entre outras, de aplicação da pena de justa causa quando o empregado tenha praticado ato considerado lesivo à honra ou à boa fama do empregador ou de seus superiores hierárquicos. É o que se dá, por exemplo, quando determinado trabalhador vai às redes sociais para, irresponsavelmente, fazer acusações públicas da prática de assédio sexual sistemático na empresa só por “ouvir dizer

nos corredores” ou, imprudentemente, dirigir palavras de baixo calão contra a empregadora ou seus superiores hierárquicos por conta de pequenas desavenças no ambiente de trabalho.

Importante frisar, ademais, que essa inclinação arbitrária que o empregador tende a possuir no sentido de impingir penalidades a um empregado que reflita em suas redes sociais escolhas pessoais (ideológicas, políticas, filosóficas, religiosas etc.) destoantes daquelas abraçadas pelo alto escalão de sua empregadora é medida que fere não só o direito constitucional à liberdade de expressão, mas também o chamado *direito à desconexão* do trabalho, também titularizado pelo empregado. Segundo Melo, *et al*:

O direito ao não trabalho ou desconexão, significa que o empregado, em seus momentos de folga, feriados, ou ao fim de sua jornada, não pode estar à disposição do empregador, devendo se desconectar totalmente de seus afazeres, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente. Essa desconexão, para ser efetiva, precisa ser total, de forma que o indivíduo, fora do horário de expediente, não realize nenhuma atividade relacionada ao trabalho, como atender a chamadas telefônicas ou prestar esclarecimentos por aplicativos de mensagens instantâneas e correio eletrônico (2018, p. 73).

Evidentemente que o rol apresentado pelo autor não é exaustivo, podendo-se incluir como um fator que não possibilita a desconexão do trabalho o controle velado que o trabalhador sofre do empregado ao ter a sua vida e suas opções constantemente vigiadas nas redes sociais. O empregado possui o

direito de vivenciar o atual fenômeno das redes sociais e expressar suas opiniões bem como compartilhar suas vivências.

Entretanto, a depender da realidade fática concreta e da regência socioambiental específica, obreiros podem verdadeiramente se sentir responsáveis pelos fatos que transcendem ao seu controle, isto é, o julgamento do seu caráter, e realizam um processo de auto cobrança para seguir a conduta que agrada o patrão a todo instante, inclusive no âmbito de suas vidas pessoais, aceitando os atentados à sua dignidade para manter a relação empregatícia e a subsistência própria e de seus familiares.

Portanto, cumpre compreender o fenômeno do direito à desconexão como abarcador não só de um não envolvimento com atos oficiais de trabalho em períodos reservados ao descanso e lazer, mas, também, viabilizador da legítima canalização de aspectos intrínsecos à existencialidade humana não diretamente relacionados ao exercício do papel social laboral, a exemplo do direito fundamental de crença e livre manifestação de pensamento perante redes sociais privadas.

## 2. A REALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO: SUBMISSÃO E ADOECIMENTO

As relações de emprego pressupõem o poder diretivo patronal, que está consubstanciado no *caput* do artigo 2º da CLT, e os empregados subordinam-se a ele desde o momento da admissão. Apesar de toda relação contratual pressupor a manifestação de duas ou mais pessoas para ter validade, no caso do contrato de emprego torna-se plenamente questionável se esse ajuste de vontades seria



de fato o seu motor inicial, pois se observamos a realidade, o operário não possui autonomia para combinar as condições do contrato. Em verdade, ele necessita se alimentar e garantir a subsistência de sua família e acaba se submetendo voluntariamente às regras empresariais, sejam elas quais forem, o que faz do contrato de emprego um verdadeiro contrato de adesão<sup>3</sup>.

Neste sentido, a realidade material de um contrato de trabalho é, segundo Supiot:

Em todos os países industriais onde prosperou, a relação de trabalho assalariado foi, e continua a ser, definida como uma relação em que um pode mandar e o outro deve obedecer. É o mesmo que dizer que a questão do poder está no coração do direito do trabalho. A subordinação do trabalhador, que serve para caracterizar o contrato de trabalho, é muito mais que um simples critério técnico de qualificação, é a pedra angular de um direito que tem por objeto essencial enquadrar o exercício do poder que confere uma pessoa sobre outra. Pois este poder inverte os grandes princípios sobre que assenta o direito dos contratos: princípio da igualdade das partes e princípio da liberdade contratual. Onde o direito dos contratos postula a autonomia da vontade individual, o direito do trabalho organiza a submissão da vontade. O contrato de trabalho incorpora, assim, uma antinomia que o direito romano

3 Segundo Augusto César Leite, o contrato de trabalho é um contrato de adesão, “porque nele o empregado normalmente aceita as condições predispostas pelo empregador, não interferindo, regra geral, na estipulação das cláusulas contratuais” (CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 402).

tinha captado, relutando em admitir que o homem livre pudesse continuar a sê-lo quando se pusesse ao serviço de outrem (SUPIOT, 2016, p. 145-146).

Não é possível, portanto, fechar os olhos para a realidade de que a esmagadora maioria dos trabalhadores não possui qualquer poder de negociação a respeito das cláusulas de seu contrato de trabalho, quando de sua contratação. O trabalhador é percebido, pela empresa, ao mesmo tempo, como *sujeito* e *objeto* do contrato de trabalho.

Supiot (2016) nos ensina que a teoria dos contratos se funda no princípio da autonomia da vontade, que possui dois corolários. Primeiro, o princípio da liberdade contratual, que significa que, ao celebrar o contrato, as partes fixam livremente o conteúdo das suas respectivas obrigações. Conforme explica, isto não quer dizer que o contrato seja necessariamente precedido de uma negociação dos seus termos, mas, sim, que o objeto das obrigações respectivas deve ser determinado ou determinável. Além disso, também o princípio da força obrigatória dos contratos, *pacta sunt servanda*, que implica a imutabilidade das previsões contratuais, que não podem ser postas em causa senão por comum acordo das partes iniciais.

O autor trata de demonstrar que estes grandes pilares da teoria dos contratos não se sustentam diante de um contrato de trabalho. O contrato de trabalho institui uma hierarquia, um vínculo de subordinação, entre iguais. Este vínculo de subordinação é, desde logo, incompatível com a exigência contratual de uma determinação precisa da obrigação do trabalhador. Conforme explica, enquanto nos outros contratos o credor fixa somente, de

comum acordo com o devedor, o objeto da obrigação, no contrato de trabalho o direito permite ao empregador utilizar a força de trabalho do empregado da maneira que melhor atenda aos interesses da empresa. Por este motivo, o contrato de trabalho limita-se a colocar o trabalhador à disposição dos interesses da empresa, ou seja, a obrigação do trabalhador comporta, em geral, uma vasta indeterminação. Confira-se a sua acertada doutrina, *in verbis*:

Se o conjunto de tarefas que o trabalhador deve cumprir se encontrasse precisamente definido *ab initio* pelo contrato, não restaria nenhum espaço para o exercício do poder de direção do empregador. O nexo de subordinação não poderia estabelecer-se entre as partes, e encontrar-nos-íamos perante uma relação de trabalho independente (SUPIOT, 2016, p. 159).

Com relação à força obrigatória dos contratos, ou *pacta sunt servanda*, o autor demonstra que existe uma antinomia latente com o nexo de subordinação. Ademais, a referência tanto da doutrina quanto da jurisprudência ao denominado *jus variandi* nada mais é que a consagração jurídica do fato de que o contrato de trabalho sofre de um vício que não existe nos contratos civis: a impossibilidade do ajuste inicial e definitivo das obrigações que cada parte tem com a outra. Em verdade, o contrato de trabalho é cambiante, haja vista que o empregador pode modificar a qualquer tempo as prestações que requer do empregado e este nada pode fazer quanto a isso no curso da relação de emprego, pois tensionado pela possibilidade de ficar sem ter

como garantir sua subsistência. Mais uma vez, seguem importantes ensinamentos do referido jurista:

No contrato civil, a vontade compromete-se; no contrato de trabalho, submete-se. O compromisso manifesta a liberdade, a submissão nega-a. Esta contradição entre autonomia da vontade e subordinação da vontade redundando em que o trabalhador é percebido, na empresa, ao mesmo tempo, como sujeito e como objeto do contrato. A partir daí, não se pode esperar encontrar intactos em Direito do Trabalho os princípios jurídicos que a autonomia da vontade implica. Esses princípios são desfigurados pelo vínculo de subordinação, e pela alteração da qualidade de sujeito de direito que ela envolve. (...) A força obrigatória do contrato esbate-se em benefício do empregador, e o direito do trabalhador ao respeito das suas cláusulas degenera em dever de aceitar as modificações secundárias que o empregador entenda introduzir. A exigência de um consentimento livre e esclarecido cede, por vezes, o lugar a um consentimento fictício, quando não ao formalismo como fonte de obrigação [p.ex., a mera afixação das novas regras em local previamente apontado como o adequado na empresa, presumindo-se obrigados os trabalhadores] (SUPIOT, 2016, p. 164).

Diante dessas luzes, fácil inferir que quando o empregado é submetido ao poder de controle do patrão e se reprime inclusive na sua vivência privada *online*, algo tão costumeiro e que possibilita o desenvolvimento de relacionamentos na atualidade, está refletindo

a realização de suas ações pessoais recreativas sob a ótica do empregador, sem qualquer liberdade de pactuar ou insurgir-se contra a diretriz, já que o detentor dos meios de produção pode lança-lo às ruas do desemprego.

Entretanto, expressar-se nas redes sociais faz parte de um autêntico momento de interação social no mundo virtual. O direito ao lazer deriva da interpretação da limitação da jornada de trabalho pela Constituição, que objetivava, em seu artigo 7º, inciso XIII, conferir um momento de descanso tanto fisiológico quanto psicológico ao trabalhador. Este direito ao lazer é um direito social de todos os trabalhadores, associado ao direito à vida e gerador do direito à desconexão, visto que o empregado que é obrigado às regras patronais até no âmbito da vida privada não descansa sua mente e nem seu corpo, o que pode redundar em riscos à sua saúde (mental e física).

As doenças psicossomáticas são o mal do século, e o surgimento desses males em grande parte tem origem a tensão originada no meio ambiente laboral. Ressalte -se que o meio ambiente de trabalho, segundo Maranhão (2017, p. 120), não se confunde com a ideia do local da prestação do serviço, com ênfase no aspecto *físico* da questão, mas sim toma como referência a pessoa do prestador de serviço, com ênfase no aspecto *humano* da questão. Sobre o conceito de meio ambiente do trabalho, assevera:

[...] meio ambiente do trabalho é a resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física

e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico laborativo (MARANHÃO, 2017, p. 126).

Tal formulação conceitual confirma que a interferência patronal e as cobranças realizadas no trabalho, sobretudo com a ostensiva vigilância empresarial sobre as redes sociais particulares de seus empregados, permitem que mesmo a esfera privada da vida dos empregados seja atingida pela força conformadora do contrato de trabalho. E essa irradiação de poder também sobre as próprias expressões subjetivas dos obreiros por certo guarda enorme potencial lesivo à saúde mental da classe trabalhadora, exprimindo-se como importante desequilíbrio do meio ambiente do trabalho.

Com efeito, quando o empregado se vê submetido a influências patronais abusivas no âmbito da sua vida privada, constantemente coagido a silenciar sobre suas aspirações e opiniões pessoais para não correr o risco de desagradar e perder o emprego, por certo o trabalhador vicencia um processo constante de violação de sua saúde em um sentido biopsicossocial. E de nada adianta ao trabalhador ter um emprego ou uma remuneração boa se ao realizá-lo sua saúde mental acaba sendo expressivamente comprometida.

Noutras palavras: é importante avaliar os riscos que essas imposições patronais trazem também à luz da vivência ambiental plena do trabalhador, visto que nesses excessos há um desarranjo sistêmico da organização do trabalho e das relações interpessoais, o que reflete negativamente sobretudo na saúde mental do empregado, violando o direito fundamental a um meio ambiente de trabalho hígido e sadio

(CRFB, art. 7º, caput e XXII, art. 200, VIII, e art. 225).

Torna-se indispensável, portanto, a preocupação com condições laborais que sejam desfavoráveis à saúde e ao bem-estar dos operários, tendo de ser observado se, na existência de excessos do poder diretivo, não se estará expondo o trabalhador a agentes de risco prejudiciais à sua vivência plena e saudável, visto que cercear suas liberdades e seu direito à desconexão viola direitos fundamentais.

### 3. O NECESSÁRIO EQUILIBRIO ENTRE A GESTÃO EMPRESARIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO

Iniciamos este tópico com um importante questionamento: Qual a razão de ser do direito do trabalho? Segundo Plá Rodriguez (1978, p. 25), o direito laboral surge como consequência da inferioridade econômica do empregado diante de seu empregador. No contrato de emprego, as partes contratantes estão em uma situação de desigualdade, e essas desigualdades

[...] somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. (...) conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu assim a legislação do trabalho. [...] Facilmente se compreende a inclusão do Direito do Trabalho no direito imperativo. A existência das relações entre capital e o trabalho não depende da vontade de trabalhadores e patrões, mas tem um caráter de necessidade. O liberalismo considerou que sua regulamentação deveria ser deixada à vontade de cada trabalhador e patrão e por isso consignou no Código Napoleônico o princípio da autonomia

da vontade. A injustiça e desigualdade social que esta pretensa autonomia da vontade produziu fizeram com que o Estado interviesse para garantir aos trabalhadores um mínimo de vida (RODRIGUEZ, 1978, p. 25-72).

Vale dizer: ainda que o empregador edite regulamento interno proibindo os empregados de se manifestarem de tal e qual maneira em redes sociais, e mesmo que o empregado tenha supostamente anuído a tais regras, tal regramento não pode prevalecer. E isto porque, como é sabido, o trabalhador não tem qualquer poder de negociação face ao empregador, porquanto a relação contratual pretensamente igualitária entre empregador e trabalhador é, em verdade, manifestamente não igualitária, seja a nível *econômico*, pois o dinheiro está num polo e a necessidade de subsistência, no outro, seja mesmo a nível *jurídico*, pois o contrato faz nascer um vínculo de subordinação entre esses pretensos iguais.

Portanto, tendo como norte interpretativo esta especial razão de existir do direito do trabalho, a mera vontade das partes (no contrato) é impotente para subtrair (o trabalhador) ao *estatuto social* que provém necessariamente das condições de execução do seu trabalho (SUPIOT, 2016, p. 179).

Assim, o direito do trabalho não pode validar que o empregado “voluntariamente” abra mão de sua liberdade de expressão, porque tal vontade afigura-se *a priori* como viciada em decorrência da necessidade imperiosa de trabalhar para poder sobreviver – nível denso de proteção que, mesmo com a reforma trabalhista, remanesce em nosso sistema juslaboral, como se vê do intocado art. 468, caput, da CLT. Em verdade, no sistema

econômico capitalista, aos que possuem como patrimônio vendável unicamente sua força de trabalho, a única liberdade de escolha que sobra é a de escolher a quem se subordinar. Entretanto, nem esta é absoluta, uma vez que dispondo como único bem sua força de trabalho, passível de ser vendida em um único mercado, com uma reserva de trabalhadores cada vez crescente, resta claro que literalmente só quem deseja morrer de fome se negaria a aceitar uma oferta de emprego, máxime na realidade brasileira atual, marcada por cerca de 13 milhões de desempregados, segundo dados públicos oficiais<sup>4</sup>.

Com relação ao nosso direito positivo, é inegável que se o empregado ofender a honra do empregador em redes sociais, o fato será passível de punição por justa causa, a depender da gravidade da ofensa e da publicidade efetivamente alcançada. Mas se o que foi proferido for de cunho estritamente pessoal, não tem o empregador qualquer direito de punição sobre este fato, ainda que tal tenha sido previamente regulado no contrato de trabalho, mesmo que tal manifestação gere algum prejuízo econômico ao empregador, desde que tais condutas não afetem legítimos interesses empresariais. Como leciona, com percuciência, Molina:

[...] a discussão e a contratação, mediante cláusula individual ou adesão ao regulamento empresarial, é uma pauta segura de verificação da boa-fé objetiva em relação à restrição de parte dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de

4 Informação disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/taxa-de-desemprego-sobe-para-131-diz-pesquisa-do-ibge>. Acesso em: 09 ago 2018.

trabalho, entretanto é importante observar atentamente se a restrição imposta é proporcional, na medida em que ela seja apta a assegurar os direitos empresariais que a imposição contratual objetiva preservar, que é a imagem da empresa e a proteção dos seus direitos imateriais e materiais perante o público geral e o mercado consumidor. (...) Um resultado operacional dessa verificação concreta é que não se justifica faticamente qualquer restrição da liberdade dos trabalhadores fora do local e do horário de trabalho, não podendo o empregador tentar controlar a vida privada e social dos seus empregados, na medida em que não tenham as condutas potencial de violação de legítimos interesses empresariais. (...) As cláusulas restritivas válidas são aquelas que se justificam de acordo com a natureza da atividade (como a limitação de cabelo longo, barba e acessórios nas atividades de manipulação de alimentos) ou aqueles que visem preservar a imagem da empresa perante o público em geral e o consumidor em específico (2017, p. 116-117).

Nossa posição a este respeito advém da circunstância inegável de que sequer o Estado pode punir alguém por manifestação da livre expressão, quanto mais um particular, numa relação contratual privada cujo objeto é a força de trabalho por um certo lapso de tempo. Não se pode permitir que o contrato de trabalho subordine por completo mente e corpo do empregado para além de sua jornada de trabalho ou de fins contratuais socialmente aceitáveis, pois isto fere princípios constitucionais. A liberdade de expressão é uma garantia contra o arbítrio estatal e, como sabemos, é direito



fundamental também portador de eficácia horizontal imediata (CRFB, art. 5º, § 1º), mormente nas relações de emprego, onde o direito sanciona uma relação de hierarquia entre supostos iguais.

A situação é um pouco diversa, evidentemente, para aqueles que trabalham nas chamadas empresas “ideológicas” ou de tendência, como ocorre com escolas religiosas, partidos políticos, empresas jornalísticas de determinada linha editorial etc. Nesses casos, como bem pontua Molina:

[...] Os trabalhadores em atividades que que são contratados por empresas ideológicas ou de tendência tem os seus direitos de livre manifestação do pensamento, crença, ideologia política, imagem etc. modalizados e devem guardar respeito à linha ideológica manifestada pelo empregador, tanto no horário e local de trabalho quanto fora, reservando para si, ou manifestando em ambientes restritos, as suas posições críticas ou depreciativas quanto às linhas abraçadas pela empregadora, sob pena de cometimento de falta grave e violação da boa-fé objetiva quando a manifestação tem a gravidade para abalar a imagem empresarial. (...) Por esse motivo, poderá o restaurante especializado em comida árabe exigir que seus garçons utilizem como uniforme de trabalho vestimenta que se assemelha ao traje típico dos beduínos, não socorrendo ao garçom alegar que a adaptação estética no local e horário de trabalho ofende a sua identidade pessoal, convicção religiosa ou de crença, desde que a especificidade tenha sido objeto de discussão e ajuste quando da celebração do pacto. (...) Observa-se nesse ponto a distinção entre os trabalhadores das

empresas ideologicamente neutras, cujo dever de boa-fé e respeito estão restritos ao ambiente e horário de trabalho, podendo em sua vida privada comportar-se com a liberdade, dos empregados em atividades-fim das empresas de tendência. cuja conformação da liberdade expande-se para além do horário e local de trabalho, comprometendo-se o último a respeitar a ideologia e a imagem do empregador, inclusive em suas manifestações e comportamentos no ambiente social e, principalmente, nas redes sociais, nessa época de fluidez imediatidade e divulgação de força do pensamento (2017, p. 122-123).

Certamente, é lícito ao empregador elaborar código de conduta que fale sobre como o trabalhador deve se comportar ao fazer postagens relacionadas com a empresa e/ou utilizando símbolos, uniformes ou qualquer outra coisa que remeta ao patronato. Caso descumpra, pode ser apenado com base no ato de indisciplina ou insubordinação. Entretanto, não é lícito ao empregador estabelecer, previamente, como o trabalhador deve se comportar em relação à sua vida privada (incluindo postagens/opiniões políticas, fotos casuais em festas/viagens, vestimenta pessoal etc.), pois isto pode ferir de morte a vida privada, intimidade e liberdade de expressão asseguradas constitucionalmente, não comportando, pois, em linha de princípio, nessa situação, qualquer acionamento do poder empregatício punitivo (CLT, art. 2º).

O mero prejuízo econômico, ainda que de grande monta, não dá ensejo à *pena* de demissão por justa causa quando o empregado utilizou suas redes sociais para se posicionar a favor de temas legítimos como, por exemplo, a

defesa intransigente dos direitos fundamentais dos acusados criminalmente ou, por outro lado, posicionou-se respeitosa e sem discurso de ódio acerca de temas polêmicos como aborto, legalização da maconha, pena de morte, casamento homoafetivo, igualdade de gênero, feminismo, entre outros. A propósito, mesmo o manuseio da dispensa imotivada pode ser medida ainda assim revestida de enorme polêmica, haja vista a possibilidade de ocorrência da prática de abuso do direito patronal de resilir o contrato de trabalho, materializando hipótese de dispensa *arbitrária*, prática odiosa expressamente repelida em nossa Carta Constitucional (CRFB, art. 7º, I).

Deve-se, portanto, estabelecer limites ao poder diretivo do empregador diante de mensagens possivelmente danosas veiculadas por seus obreiros nas plataformas *online*, pois o empregado, ao submeter-se a esse poder empregatício, não deve ter de abrir mão de suas liberdades individuais, de seu projeto de vida e tampouco do seu caráter pessoal. O empregador tem o dever de analisar detalhadamente se as opiniões dos obreiros emitidas nas redes sociais são relativas ao emprego e se ultrapassam os limites da liberdade de expressão, configurando uma lesão ou ofensa à honra e boa fama da empresa nos moldes da legislação trabalhista.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A flexibilização do capital, ao mesmo tempo que possibilita a criação de novas formas de organização do trabalho, favorece o surgimento de novas patologias relacionadas a ele (DEJOURS, 2015, p. 14). As doenças psicossomáticas são o mal do século e o surgimento desses males em grande parte tem

origem no meio ambiente laboral, que sofre constantes transformações que trazem consigo novos desafios.

A nova forma de sociabilidade humana através das redes sociais, conectada, imediatista, instantânea e constante, abarca sem precedentes todas as pessoas do globo. Esta nova maneira de ser e estar no mundo se reflete também nas relações de emprego, seja porque, a rigor, o empregado utiliza seu aparelho celular também durante o expediente, seja porque pode se encontrar por ele ligado a seu empregador para além muros da empresa, tendo este a possibilidade de requisitar-lhe serviços mesmo fora do seu expediente de trabalho. E esta relação pode se estender também para um pernicioso monitoramento da vida privada e de opiniões pessoais, descambando para o arbítrio.

Portanto, é preciso ficar atento à danosidade evidenciada quando o conteúdo publicado em redes sociais particulares de empregados é determinado, direta ou indiretamente, pelo empregador, que, por meio dessa relação deturpada, acaba se apropriando não apenas da força de trabalho, mas também da própria mente do trabalhador. Por certo, controle desse jaez malfere não só direitos de personalidade, mas, igualmente, os direitos do trabalhador à desconexão e ao equilíbrio do meio ambiente laboral, embora sejam admitidas restrições mais acentuadas quando a pactuação for firmada com empresas “ideológicas” ou de tendência.

#### REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. **Taxa de desemprego sobe para 13,1%, diz pesquisa do IBGE**. Disponível em:

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/taxa-de-desemprego-sobe-para-131-diz-pesquisa-do-ibge>. Acesso em: 09 ago 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2018.

CAVALLINI, Martha. **Comportamento em redes sociais pode provocar demissão? Especialistas dizem que sim; tire dúvidas**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/comportamento-em-redes-sociais-pode-provocar-demissao-especialistas-dizem-que-sim-tire-duvidas.ghtml>> Acesso em: 05 ago 2018.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 6ª Ed. São Paulo: Cortez, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARANHÃO, Ney. **Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do**

trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MELO, Sandro Nahmias. RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista: (Lei n. 13.467/2017)**. São Paulo: LTr, 2018.

MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, 2017, nº 4, p. 89-138.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. Meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica de um direito humano e fundamental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2015, v. 2.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Publicado originalmente na **Revista de Direito do Trabalho - ano 45, v.200 - abril/19**

# ARTIGOS ESPECIAIS

# UBER : ENTRE AUTONOMIA E SUBORDINAÇÃO

## ESTUDO COMPARADO FRANCO-BRASILEIRO

Rosane Gauriau

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo propor um estudo comparado dos julgamentos da chambre sociale de la Cour de cassation na França e Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, proferidos no início desse ano de 2020, sobre o estatuto jurídico do motorista parceiro da plataforma Uber: trabalhador autônomo ou subordinado. Para tanto serão analisadas as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), da Cour de cassation e do Tribunal Superior do Trabalho, bem como as motivações dessas decisões judiciais. Por fim, propõe-se uma breve reflexão sobre as consequências jurídicas desses julgados, à luz das circunstâncias atuais impostas pela pandemia do novo Coronavírus (COVID-19).

**PALAVRAS-CHAVE:** Uber. Trabalhador Autônomo. Subordinação. COVID-19.

### ABSTRACT

*This article aims to address a short comparative study between two decisions delivered by the French Labor Chamber (Court of cassation) and the Superior Labor Court in Brazil. Both decisions were handed down at the beginning of 2020, both regarding the legal status of the Uber platform “ride-hailing driver”: self-employed or full time contract. To conclude this article we will briefly consider and expand on possible outcomes emerging from this study, in the context of the recent Coronavirus pandemic (COVID-19).*

**KEYWORDS:** Uber. Self-employed. Full time contract. COVID-19.

### Introdução

O presente artigo propõe um estudo comparado dos julgamentos da *Chambre sociale de la Cour de cassation*<sup>1</sup> na França e

1 .....  
Doravante denominada Cour de cassation.

.....  
Rosane Gauriau

Pesquisadora. Doutora em Direito (summa cum laude) pela Université Paris 1- Sorbonne. Membre associée do Centre Jean Bodin, Université d’Angers. Membro do Institut de Psychodynamique du travail. Membro do Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne.



do Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, proferidos no início desse ano de 2020, sobre o estatuto jurídico do motorista parceiro da plataforma Uber e suas consequências.

A questão...

### **O motorista parceiro da plataforma Uber é um trabalhador autônomo ou subordinado?**

#### **Há relação de emprego entre o motorista e a plataforma Uber?**

...foi submetida à *Cour de cassation* francesa e ao Tribunal Superior do Trabalho.

Duas respostas diferentes foram proferidas por aquelas Instâncias superiores:

A *Cour de cassation* respondeu afirmativamente, alinhando-se à sua jurisprudência constante<sup>2</sup>, segundo a qual está caracterizada a subordinação em razão «*l'intégration à un service organisé*», teoria que se assemelha ao que denominamos no Brasil, de subordinação estrutural<sup>3</sup>, ou seja, o trabalhador é parte essencial no desenvolvimento do negócio ou faz parte da cadeia produtiva (MANUS e GITELMAN, 2019). Para a *Cour de cassation*, a subordinação revela-se, principalmente, em que

.....  
A *Cour de cassation* é a jurisdição mais elevada da ordem judiciária francesa. Não se trata de um terceiro grau de jurisdição. A sua função consiste em verificar a conformidade das decisões dos tribunais às normas jurídicas e assegurar a uniformidade da jurisprudência francesa. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/>.

2 Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386; Cass. soc., 1er déc. 2005, n° 05-43.031 à n° 05-43.035, Bull. civ. V, n° 349; Cass. soc., 22 mai 1997, n° 99-15.455, Bull. civ. V, n° 188; Cass. soc., 4 déc. 1997, n° 96-16.442, Bull. civ. V, n° 419; Cass. ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, Bull. civ. ass. plén., p. 13.

3 Cass. Soc. 4 mars 2020, FP.P+B+R+I, n° 19-13.316 (arrêt n° 374).

o serviço de intermediação da plataforma Uber é essencial ao labor realizado pelo trabalhador. Isso porque Uber cria e regula uma oferta pré-existente de demanda por transporte urbano e controla, ao mesmo tempo em que oferece, a sua organização e o acesso por parte daqueles que pretendem utilizar esta oferta (motorista e clientes).

Já o Tribunal Superior do Trabalho (TST) respondeu negativamente : trata-se de um trabalhador autônomo, submetido às regras de um contrato de parceria, logo, não há que se falar em trabalho subordinado. Isso porque o motorista podia ficar “off line, sem delimitação de tempo”, contava com “ampla flexibilidade em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia” e que, ademais, Uber é uma “alternativa de trabalho e fonte de renda em tempos de desemprego (formal) crescente”<sup>4</sup>.

Quais as consequências dessas decisões para os operadores do Direito, sobretudo nesse momento, à luz das circunstâncias atuais impostas pela pandemia do novo Coronavírus (COVID-19)?

O futuro dos trabalhadores das plataformas, em sua atual configuração jurídica e econômica está selado? Autônomos no Brasil, trabalhador assalariado na França? Não há mais espaço de discussão/ou de evolução sobre a noção de subordinação jurídica e de dependência econômica nas plataformas digitais?

Não cremos. Uber nos convida a ir além das dicotomias tradicionais entre trabalhador assalariado e trabalhadores autônomos,

.....  
4 RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020.

principalmente no momento atual. Essa jurisprudência, parece-nos, irá evoluir, sobretudo, tendo em vista os problemas econômicos e sociais decorrentes do COVID-19 e o cenário que os trabalhadores enfrentarão após a pandemia.

**Considerações iniciais.** Vivemos há tempos profundas mudanças no mundo do trabalho e que envolvem modificações substanciais no controle e na organização do trabalho. A plataforma Uber é frequentemente utilizada como um exemplo eloquente dessa mudança: arquétipo do capitalismo de plataforma, Uber redefine as regras do jogo em termos de emprego e trabalho e questiona sobre o surgimento de novas formas de sujeição ao trabalhador. Longe dos ideais de uma chamada “economia compartilhada”, não estaríamos testemunhando, por meio do Uber, a implantação de novas dinâmicas do capitalismo, de capitalismo do futuro? (SRNICEK, 2017; ABDELNOUR e MÉDA, 2019).

Uber, como sabemos, é uma empresa de tecnologia americana que oferece serviços de mobilidade *on line*, a partir de uma plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos por meio de aplicativo de celular. Uber capta uma oferta e uma demanda de transportes e as coloca à disposição dos interessados, motoristas e passageiros

A plataforma Uber desafia obstinadamente o mundo jurídico: no Velho ou no Novo Mundo somos frequentemente interrogados sobre o que ela, realmente, representa no mundo do trabalho e do Direito do Trabalho.

Por mais de 60 anos, o contrato de trabalho foi o modelo legal padrão usado pelas empresas para regulamentar as relações de trabalho. Baseado principalmente na figura de um

trabalhador subordinado, o Direito do Trabalho tem por vocação impedir a mercantilização do trabalho, limitar exercício do poder hierárquico e proteger a dignidade, a integridade física e mental do trabalhador:

“(…) Ramo jurídico de inclusão social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, “caput”, da CF), [o Direito do Trabalho] volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art. 170, “caput” e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade”<sup>5</sup>.

Uber encarna a ruptura do modelo tradicional de relação de emprego, segundo os cânones do Direito do Trabalho. Ruptura do modelo do Estado do bem-estar social. Ruptura em relação à noção de trabalho assalariado, de subordinação e de proteção social (trabalhista e previdenciária). Ruptura de paradigma econômico e social.

**Uber: uma mudança de paradigma.** Uber modificou nossa representação do mundo do trabalho. Essa mudança foi tão significativa que deu origem, inclusive, ao termo uberização do

5 RR-17-80.2015.5.10.0010, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 07/01/2020.

trabalho para se referir “a uma nova forma de gestão, organização e controle do trabalho que se afirma como tendência global no mundo do trabalho...e de relações de trabalho” (ABILIO, 2019).

A originalidade desse modelo está, primeiramente, no relacionamento triangular entre a plataforma Uber e seus usuários, clientes e motoristas – e no controle da organização do trabalho, por meio de “gerenciamento algorítmico do trabalho” (ABILIO, 2019) :

“...o desenvolvimento tecnológico em seu atual estágio traz uma mudança qualitativa à gestão do trabalho : trata-se da possibilidade tecnológica de um mapeamento pleno do processo de trabalho, do processamento de dados em enorme escala e do gerenciamento combinado e simultâneo de múltiplas informações que possibilitam pensar em termos de um ‘gerenciamento algorítmico’ do trabalho” (ABILIO, 2019).

Acrescente-se, ainda, a alegada flexibilidade proposta aos trabalhadores que são convidados a serem parceiros da plataforma, podendo organizar seu tempo de trabalho como desejarem. E enfim, o fato de que Uber é, para muitos, uma resposta aos problemas de desemprego e fonte de renda alternativa, por meio de uma forma “atípica” de trabalho.

O revés da moeda é que Uber, por meio de contratos de parceria, encontra uma massa de “parceiros” em situações econômicas frágeis que aceitam todas as exigências da plataforma, unilateralmente impostas, para poderem trabalhar. Que por trás da alegada flexibilidade na organização do trabalho, encontram-se “agentes econômicos independentes

[disponíveis para serem utilizados pela plataforma] que se encontram no mercado e exercem ‘livremente’ suas potencialidades de forma automatizada e controlada” (ABILIO, 2019). Na verdade:

“... novas formas de dispersar o trabalho sem perder o controle sobre ele já existiam nas cadeias produtivas globais e suas redes de subcontratação. Entretanto, a dispersão/centralização agora se concretiza em uma multidão de trabalhadores subordinados a uma única empresa. Tal processo atualmente consolida o trabalhador como um autogerente-subordinado que já não é contratado, mas se engaja no trabalho via a adesão às plataformas” (ABILIO, 2019).

Assim, longe de pôr um fim à exploração do trabalho e à sua mercantilização, a plataforma organiza fenômenos de auto-exploração.

**Uber: uma ruptura nas relações tradicionais de trabalho.** A plataforma Uber cria e regula uma oferta pré-existente de demanda por transporte urbano e controla, ao mesmo tempo em que oferece, a sua organização e acesso por parte daqueles (motorista e clientes) que pretendem utilizar esta oferta. Em resumo, Uber tem o controle total do trabalho.

Assim, “o modelo de negócio apresentado [pelo Uber] evidencia, em linhas gerais, a transformação pela qual a relação entre o trabalho humano e o capital atravessa na sociedade da pós-modernidade.

... [uma] alteração nas formas de prestação de serviços por meio de implantação de novas tecnologias representa o que se denomina de ‘inovações disruptivas’.

O termo ‘disrupção’ foi cunhado por Joseph L. Bower e Clayton M. Christensen e representa a transformação ou mesmo a ruptura na forma tradicional de produção de um bem ou realização de uma atividade, em razão do emprego da tecnologia. O estímulo ao desenvolvimento de modelos de negócios disruptivos é decorrente tanto de fatores externos, como a crise financeira e a ampliação do número de desempregados, quanto fatores internos da própria sociedade, como a acumulação de bens de baixa utilização e os avanços de novas tecnologias” (GAIA, 2019).

Mais do que uma inovação técnica, as plataformas digitais desafiam a lei e a jurisprudência, principalmente, porque essas plataformas negam explicitamente o vínculo de subordinação.

**Uber entre subordinação e Direito do Trabalho.** No âmago do problema está, pois, a questão da subordinação, na verdade de uma nova forma de subordinação, denominada subordinação algorítmica (GAURIAU, 2019).

No Uber a figura central na organização da atividade não é mais o trabalhador assalariado, mas um trabalhador independente ou autônomo e totalmente controlado por meio de algoritmos. E aí reside o paradoxo que interroga o mundo jurídico:

-Apesar da aparente autonomia exibida pelos trabalhadores da plataforma e proclamada pelo Uber, na realidade a plataforma detém o controle total do trabalho e da organização do trabalho. O trabalhador é *“controlado por novos meios, pela automatização em dimensões gigantescas; por novas formas de gerenciamento, controle e vigilância do trabalho,*

*por meio das programações algorítmicas (...), de um gerenciamento algorítmico’ do trabalho”* (ABILIO, 2019).

Nesse cenário, é difícil imaginar que esse tipo de organização possa se desenvolver sem um mínimo de subordinação, já que a falta de autonomia do trabalhadores é, no mínimo, questionável<sup>6</sup>.

Ressalte-se, por oportuno, que no Velho Mundo, a questão da subordinação será, provavelmente, analisada ainda nesse ano de 2020, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>7</sup>. Um pedido de decisão prejudicial foi apresentado pelo *Watford Employment Tribunal* (Reino Unido), em 19 de setembro de 2019, no processo *B v. Yodel* e permitirá que o TJUE se posicione acerca do estatuto dos trabalhadores independente de uma plataforma de *delivery service*, à luz da Diretiva 2003/88/CE<sup>8</sup>, o que certamente terá incidência da jurisprudência dos Estados-Membros da União Europeia.

Diante do exposto, conclui-se que o Direito do Trabalho brasileiro deve ser reformado a fim de proteger os trabalhadores de plataformas, tendo em conta a subordinação algorítmica e a dependência econômica gerada pelas plataformas (GAURIAU, 2019). Caso contrário, o Direito do Trabalho se afasta de seu objetivo

6 Cf. Nota Técnica CONAFRET nº 01/2020 do Ministério Público do Trabalho de São Paulo. Disponível em : <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-conafret-corona-virus-01.pdf>. Acesso em 11 de abr. de 2020.

7 Reference for a preliminary ruling from the Watford Employment Tribunal (United Kingdom) made on 19 September 2019. *B v Yodel Delivery Network Ltd.* (Case C-692/19).(2019/C 423/30). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CN0692>. Acesso 5 abril 2020.

8 Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.

primeiro, que é a proteção do trabalhador.

Feitas essas considerações iniciais, iremos examinar de modo comparativo, **as decisões da *Cour de cassation* e do Tribunal Superior do Trabalho (II)**, e em seguida, as **motivações dessas decisões judiciais (III)**

Antes porém, cumpre salientar que embora os Juízes europeus não hesitem mais em considerar a **plataforma Uber** como um **serviço de transporte (I)**, essa questão não foi discutida nos julgamentos da *Cour de cassation* e do Tribunal Superior do Trabalho, ora em exame.

Trata-se, pois, de tema de grande importância que merece breve abordagem, antes do estudo comparado dos julgados em comento:

#### **I/ Uma plataforma de serviços de transporte, segundo o Direito Europeu**

O Tribunal Superior do Trabalho não adentrou a questão relativa à natureza jurídica da plataforma Uber, apenas o fez o Tribunal Regional do Trabalho (TRT), o qual afirmou que Uber é uma plataforma de transporte de passageiros e não uma plataforma de serviços tecnológicos, *in verbis*:

“As demandadas, em apertada síntese, se opuseram à pretensão autoral argumentando não se tratarem de empresas de transporte, mas cuja atividade principal é a exploração de plataforma tecnológica, e que nessa perspectiva os motoristas atuam como parceiros, consubstanciando o que hoje se denomina economia compartilhada. Aduziram a ausência de habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação.

Contudo, os elementos de prova existentes nos autos não autorizam, no

caso, com a devida vênia da Origem, seja alcançada tal conclusão.

(...)

Na verdade, como bem observado na decisão proferida pelo MM. Juiz do Trabalho, Dr. Eduardo Rockenbach Pires, nos autos do processo n.º 1001492-33-2016-5-02-0013: ‘A ré oferece no mercado um produto principal: o transporte de passageiros. O aplicativo é um instrumento, um acessório ao bom funcionamento do serviço. E os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros (...) o valor que cabe à empresa é extraído do serviço de transporte prestado ao consumidor passageiro. Logo, como o excedente do capitalista é extraído na circulação de sua mercadoria, conclui-se com segurança que a mercadoria com que a ré atua não é o aplicativo, e sim o serviço de transporte’.

Nesse mesmo sentido consignado pelo v. julgado regional decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Senão vejamos:

O Tribunal de Justiça da União Europeia em 20 de dezembro de 2017<sup>9</sup> afirmou que Uber é uma plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos. Uber por meio de aplicativo de celular, capta uma oferta e uma demanda de transportes e coloca à disposição dos interessados, motoristas não profissionais que utilizam o seu próprio veículo e clientes agenciados pelo Uber. Consequentemente, os Estados-Membros da União Europeia podem regulamentar as condições de prestação desse serviço (GAURIAU, 2019).

Ressalte-se que para chegar a essa

9 Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Acórdão no processo C-434/15.



conclusão o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou o funcionamento da plataforma e baseou sua decisão, em grande parte, na dependência econômica do motorista ao serviço organizado por intermediação do Uber.

No entender do TJUE, um serviço como o que oferece o Uber, não se limita somente a um serviço de intermediação que consiste em conectar, por meio de um aplicativo para *smartphone*, um motorista não profissional que usa seu próprio veículo e uma pessoa que deseja fazer uma viagem urbana. Na realidade, o prestador deste serviço de intermediação-Uber- cria e organiza a oferta de serviços dos transportes urbanos, bem como a demanda dos serviços e tem influência decisiva nas condições e organização do trabalho ao fixar, por exemplo, o preço máximo da corrida ou o itinerário a ser seguido; ao recolher esse valor do cliente antes de versar uma parte ao motorista do veículo. Sem omitir que Uber exerce um controle sobre a qualidade dos veículos, bem como sobre o comportamento do motorista, podendo, se necessário, excluí-lo do aplicativo.

Assim, esse serviço de intermediação deve ser considerado parte integrante de um serviço global, cujo principal elemento é um serviço de transporte, o que permite inferir que o motorista do Uber integra uma espécie de “estrutura” organizada e pode ser, dela, economicamente dependente.

Esse julgado do TJUE pode ao nosso ver, inspirar o julgador brasileiro na caracterização da subordinação e da dependência econômica do trabalhador da plataforma, pois se o motorista do Uber integra uma espécie de estrutura organizada, de dinâmica empresarial e dela é economicamente dependente, poderá

estar caracterizado o vínculo de emprego, nos termos da legislação brasileira :

- porque caracterizada a dependência, nos termos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

- porque caracterizada a subordinação jurídica (ou estrutural, *v. infra*) por meios indiretos telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, nos termos do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Enfim, se Uber é uma plataforma de transporte ela deverá satisfazer as exigências próprias do setor de transporte e dos taxistas no Brasil, sem olvidar a sua responsabilidade social.

## II/ Das decisões judiciais

A *Cour de cassation* considerou que o *statut* de trabalhador independente atribuído ao motorista-parceiro do Uber é fictício e reconheceu o vínculo empregatício entre as partes, alinhando-se à sua jurisprudência («*l'intégration à un service organisé*»), que se assemelha ao que denominamos no Brasil, de subordinação estrutural (A) .

O Tribunal Superior do Trabalho, em sentido diametralmente oposto, reconheceu a validade do contrato de parceria. Assim, o motorista parceiro do Uber é um trabalhador autônomo (B).

### A/ Uber France

Em 12/10/2016, um motorista de transporte de veículo urbano firmou um contrato (“*formulaire d’enregistrement de partenariat*”) de parceria com a empresa Uber BV (holandesa) a fim de integrar a plataforma digital Uber. Para cumprir as exigências da plataforma, o motorista alugou um automóvel junto a uma empresa parceira do Uber e

registrou-se no cadastro SIRENE<sup>10</sup>, como trabalhador independente. Sem justificativa, Uber desativou definitivamente sua conta em abril de 2017, privando-o da possibilidade de trabalhar. Em resposta ao questionamento do motorista sobre as razões do seu desligamento, Uber respondeu que o fez “após um estudo aprofundado de seu caso”.

Inconformado, o motorista ajuizou uma ação perante o *Conseil de prud’hommes*<sup>11</sup> de Paris contra as empresas Uber France e Uber BV, a fim de obter a requalificação de seu contrato de parceria em contrato de trabalho, bem como o pagamento de indenização (verbas trabalhistas e rescisórias), em razão da rescisão indevida de seu contrato de trabalho.

O *Conseil de prud’hommes* de Paris considerou que o contrato firmado tinha natureza comercial, se declarou incompetente e remeteu os autos ao *Tribunal du Commerce* de Paris.

A *Cour d’appel* de Paris<sup>12</sup>, ao julgar o apelo interposto pelo autor contra essa decisão, concluiu que o contrato firmado entre o motorista e o Uber era um contrato de trabalho e determinou o retorno dos autos ao *Conseil*

*de prud’hommes* de Paris para julgamento da questão de fundo, a saber, as verbas trabalhistas e rescisórias.

Uber interpôs recurso junto a *Cour de cassation* insurgindo-se contra o reconhecimento do vínculo de subordinação entre as partes, pois o motorista era um trabalhador independente registrado no registro SIRENE e vinculado ao Uber por meio de um contrato de parceria.

A *Cour de cassation* confirmou o julgamento da *Cour d’appel* de Paris, em suma, porque:

- o motorista parceiro só adotou o *status* de trabalhador independente por exigência da empresa Uber, eis que se tratava de condição essencial à parceria. Ou seja, cuida-se de um trabalhador que, para poder trabalhar na plataforma, teve que se tornar um empreendedor individual;

- o motorista parceiro integrou um serviço de transporte criado e totalmente organizado por Uber, um serviço que só existe graças a essa plataforma;

- o motorista parceiro não constituiu uma clientela própria, não podia definir livremente preços ou condições de trabalho;

- o motorista parceiro recebeu um itinerário/trajeto pré-determinado e, se não o seguisse, poderiam ser aplicadas correções no preço final fixado pela plataforma;

- o destino final da corrida às vezes não era conhecido pelo motorista, revelando que ele não podia escolher livremente o itinerário/trajeto que mais lhe convinha. Além disso, após três recusas de corridas, o Uber poderia desconectar temporariamente o motorista de seu aplicativo. E, enfim, se a taxa de cancelamento do pedido ou a taxa de “comportamento problemático” fosse excedida, o motorista poderia perder o

10 Registro Comercial ou Junta Comercial : *Le répertoire SIRENE "Système Informatique pour le Répertoire des Entreprises et de leurs Établissements" a été créé par le Décret n° 73-314 du 14 mars 1973 et sa gestion a été confiée à l'Insee. Il enregistre l'état civil de toutes les entreprises et établissements situés en métropole, dans les DOM (Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion) et à Saint-Pierre et Miquelon. Les entreprises étrangères qui ont une représentation ou une activité en France y sont également répertoriées.* Disponível em <https://www.sirene.fr/sirene/public/question.action?idQuestion=2906>. Acesso 25 mar. 2020.

11 Primeira Instância na ordem judiciária francesa. Equivalente a Vara do Trabalho no Brasil.

12 Segunda Instância na ordem judiciária francesa. Equivalente, no caso em análise, ao Tribunal Regional do Trabalho no Brasil.

acesso à sua conta e ser desligado.

Razões pelas quais, a *Cour de cassation* afirmou que o trabalho do autor foi exercido sob a autoridade de um empregador que tinha o poder de dar ordens e diretrizes, controlar a execução e sancionar faltas; além de definir unilateralmente as condições de trabalho, e que, conseqüentemente, o contrato de parceria que unia o motorista à plataforma Uber deveria ser requalificado em contrato de trabalho, pois o *status* de trabalhador independente era fictício.

Enfim, a *Cour de cassation* ressaltou em Nota Explicativa<sup>13</sup>, que :

-a existência de uma relação de trabalho não depende nem da vontade expressa pelas partes, nem do nome que deram ao seu acordo, mas do condições de fato em que a atividade profissional é exercida, conforme assentado em sua jurisprudência constatante<sup>14</sup>;

- que as evidências/indícios demonstram a existência de trabalho subordinado da parte do motorista, com base na teoria de "*l'intégration à un service organisé*"(que se assemelha ao que denominamos no Brasil, de subordinação estrutural, v. *infra*);

- que seu papel não é o de substituir o legislador;

- e que, enfim, embora exista um regime intermediário entre empregados e trabalhadores independentes em certos países europeus, como no Reino Unido ("*workers*")

13 *Note explicative relative à l'arrêt n° 374 du 4 mars 2020 (19-13.316) - Chambre sociale (arrêt "Uber")*. Disponível em : <https://www.courdecassation.fr/> Acesso em 7 mar. 2020.

14 Cass. soc. 17 avril 1991 n° 88-40.121 ; Cass. soc. 19 décembre 2000 n° 98-40.572 FS-PBRI : RJS 3/01 n° 275; Cass. soc. 9 mai 2001 n° 98-46.158 FS-P : RJS 7/01 n° 825.

ou na Itália (contratos de "*collaborazione coordinata e continuativa*", "*collaborazione a progetto*"), o direito francês conhece apenas dois estatutos: o de trabalhador independente e trabalhador assalariado, sendo que esse último se aplicava ao caso em tela.

Essa decisão da *Cour de cassation* harmoniza-se com sua jurisprudência recente, comumente denominada *Take Eat Easy*<sup>15</sup> que reconhece que o trabalhador entregador-ciclista de uma plataforma de *delivery food* (entrega de comida) não é um trabalhador independente. *In casu*, cuidava-se de um "entregador-ciclista parceiro" que concluiu um contrato de prestação de serviços com uma plataforma digital de *delivery food* que intermediava a demanda entre restaurantes-parceiros e clientes, que encomendavam refeições entregues pelos entregadores.

A *Cour de cassation* decidiu pela primeira vez que, nessa hipótese, cuidava-se de um contrato de trabalho entre o entregador-ciclista e a plataforma digital; e que o vínculo de subordinação se caracterizava pelo controle da jornada por meio eletrônico, a saber: um sistema de geolocalização que permitia a plataforma controlar a posição entregador em tempo real e registrar o número total de quilômetros por ele percorridos. Assim, a plataforma tinha total controle sobre o trabalho e a organização deste trabalho, podendo inclusive sancionar o trabalhador<sup>16</sup>.

## B/ Uber Brasil

Um reclamante, motorista de veículo urbano, ajuizou reclamação trabalhista em face de Uber do Brasil Tecnologia Ltda,

15 Cass. Soc., 28 novembre 2018, n°17-20.079.

16 Cass. soc. 28 novembre 2018 n° 17-20. FP-PBRI : D. 2019. 177, obs. Dr. soc. 2019. 185, C. Radé.

Uber International BV e Uber International Holding. Postulou o reconhecimento de vínculo de emprego por ter prestado serviços como motorista parceiro para o Uber no período compreendido entre 14/07/2015 até 14/06/2016, quando seu aplicativo foi desativado. Requereu, dentre outros, o pagamento de verbas rescisórias e indenização por dano moral.

A sentença julgou improcedente os pedidos formulados, pois não restou comprovado o preenchimento dos requisitos caracterizadores da relação empregatícia, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Inconformado, o reclamante interpôs recurso ordinário pugnando pelo reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes.

O Tribunal Regional do Trabalho afastou a validade do contrato de parceria celebrado entre as partes no período de 14/07/2015 a 14/06/2016 e reconheceu presentes os elementos de uma relação de emprego: habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Quanto a essa última ficou consignado que não há total autonomia do motorista parceiro na organização e condições do trabalho, pois existiam mecanismos de controle do trabalho e da jornada laboral por parte da plataforma. Restou afirmado, ainda, que Uber é uma de uma plataforma de transporte.

O Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão regional, não reconheceu o vínculo de emprego e julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial. Em resumo, extrai-se do v. acórdão que havia autonomia na prestação de serviços, eis que:

- o reclamante admitiu expressamente a

possibilidade de ficar *off line*, sem delimitação de tempo;

- o reclamante reconheceu flexibilidade na determinação de sua rotina, de seus horários de trabalho e da quantidade de clientes que pretendia atender por dia;

- e que tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo.

Ressaltou, ainda, que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada e que, dentre os termos e condições, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, percentual bastante à caracterização da relação de parceria entre as partes.

E enfim, afirmou o TST, que Uber é uma “alternativa de trabalho e fonte de renda em tempos de desemprego (formal) crescente”. *In verbis*:

“Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “off line”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual.

Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo.

Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para

o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços.

Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT.

O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego.

Convém ressaltar, ademais, que a possibilidade de avaliação dos motoristas pelos usuários, e vice-versa, sequer tangencia com a presença de subordinação, consubstanciando, em verdade, ferramenta de feedback para os usuários finais quanto à qualidade da prestação de serviços do condutor, de interesse de todos os envolvidos.

Nesse passo, o fato da empresa se utilizar das avaliações, promovendo o descredenciamento do motorista mal avaliado, convém não apenas à reclamada para sua permanência no mercado, mas especialmente à coletividade de usuários, a quem melhor aproveita a confiabilidade e qualidade dos serviços prestados.

Por fim, não se pode olvidar que é de conhecimento geral a forma de funcionamento da relação empreendida entre os motoristas do aplicativo Uber e a referida empresa, a qual é de alcance mundial e tem se revelado como alternativa de trabalho

e fonte de renda em tempos de desemprego (formal) crescente.

Com efeito, as relações de trabalho têm sofrido intensas modificações com a revolução tecnológica, de modo que incumbe a esta Justiça Especializada permanecer atenta à preservação dos princípios que norteiam a relação de emprego, desde que presentes todos os seus elementos.

Cabe frisar que o intento de proteção ao trabalhador não deve se sobrepor a ponto de inviabilizar as formas de trabalho emergentes, pautadas em critérios menos rígidos e que permitem maior autonomia na sua consecução, mediante livre disposição das partes, o que ocorre no caso dos autos”.

### III/ Da motivação das decisões judiciais

Em ambos os julgados, da *Cour de cassation* francesa e do Tribunal Superior do Trabalho, foi analisado o **vínculo da subordinação (A)**, pois, tanto no Direito do Trabalho francês como no Direito do Trabalho brasileiro, a subordinação é a característica principal do contrato de trabalho. A *Cour de cassation* reconheceu configurado o trabalho de subordinado, com base na teoria de “*l’intégration à un service organisé*” (teoria que se assemelha à subordinação estrutural no Brasil), enquanto o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu caracterizado o trabalho autônomo.

Em razão da natureza do contrato de trabalho e do vínculo de subordinação, o empregador detém, como sabemos, nos limites do contrato, o poder de direção, regulamentação, controle e fiscalização das atividades do empregado por meio da fixação de regras internas, atribuições, horário de trabalho, metas a serem atingidas, carga de trabalho etc., bem como o poder de aplicar



sanções<sup>17</sup>.

Esses **poderes - diretivo (B) e disciplinar (C)** - foram constatados, apenas, no julgamento da *Cour de cassation*. O Tribunal Superior do Trabalho entendeu por descaracterizá-los em prol do *statut* de trabalhador autônomo do motorista e da validade do acordo de parceria, como iremos examinar:

#### **A/ O vínculo da subordinação**

#### **O entendimento da Cour de cassation francesa: trabalho subordinado**

Nos termos do artigo L. 8221-6 do Código do Trabalho francês, o motorista parceiro do Uber registrado como tal no registro competente, é considerado trabalhador independente. Trata-se de uma presunção legal (relativa). Consequentemente, não há que se falar, nessa hipótese, em subordinação ou em relação de emprego<sup>18</sup>.

Para desconstituir essa presunção relativa, a *Cour de cassation* apoiando-se na sua jurisprudência constante<sup>19</sup> reconheceu a existência de subordinação, com base na teoria de “*l’intégration à un service organisé*”, pois o motorista integrava um serviço organizado, um serviço de transporte criado e organizado unilateralmente pela plataforma Uber; e que esse serviço só existe graças a esta plataforma, o que caracteriza um indicio determinante de subordinação.

Segundo essa teoria, para a caracterização

17 ARR-1396-17.2012.5.03.0023, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 31/01/2020.

18 Article L.8221-6 du Code du travail. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

19 Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386; Cass. soc., 1er déc. 2005, n° 05-43.031 à n° 05-43.035, Bull. civ. V, n° 349; Cass. soc., 22 mai 1997, n° 99-15.455, Bull. civ. V, n° 188; Cass. soc., 4 déc. 1997, n° 96-16.442, Bull. civ. V, n° 419; Cass. ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, Bull. civ. ass. plén., p. 13.

da subordinação, o trabalhador deve estar inserido em uma estrutura empresarial desempenhando função indispensável à estrutura e à dinâmica da organização da empresa às suas atividades essenciais, mesmo que tenha autonomia para o desenvolvimento dessa atividade.

Essa forma de subordinação é caracterizada por vários indícios concordantes (*faisceau d’indices*), dentre eles diretivas, controle e sanções por parte do empregador e determinação unilateral das condições de execução do trabalho.

No caso em tela, a decisão da *Cour de cassation* destacou os seguintes elementos para caracterizar a existência de subordinação:

- o motorista integrou um serviço de transporte criado e totalmente organizado pelo Uber; e este serviço só existe graças à plataforma. Uber criou e regulou a oferta dos serviços de transporte, ao mesmo tempo em que ofereceu, seu acesso, aos motorista e aos clientes. A plataforma era imprescindível ao trabalho do motorista, o que caracterizou inegavelmente uma situação de dependência econômica;

- o motorista não constituiu uma clientela própria, não definiu livremente os preços ou condições de trabalho;

- o destino final da corrida, às vezes, não era conhecido pelo motorista, que tampouco podia escolher o itinerário/trajeto que mais lhe convinha, sob pena de correções no preço fixado.

Além disso, após três recusas de corridas, o Uber poderia desconectá-lo temporariamente do seu aplicativo (privando-o de trabalho). E enfim, se a taxa de cancelamento do pedido ou a taxa de “comportamento problemático” fosse

excedida, o motorista poderia ser desconectado do aplicativo.

No presente caso, a *Cour de cassation* entendeu que o motorista parceiro do Uber integrou um serviço organizado e dele era totalmente dependente; que para poder trabalhar, o motorista teve que se declarar empreendedor individual, quando na prática trabalhava sob a autoridade de uma única empresa; que alugou seu veículo de trabalho de parceiros do Uber pelo valor de 245 euros por semana, descontados diretamente pelo Uber do valor gerado pelas corridas. E que ademais, o trabalho independente caracteriza-se principalmente pelo controle total, por parte do trabalhador, da organização laboral, dos instrumentos de trabalho, bem como da clientela e de seus fornecedores. Além de poder definir e fixar seus preços/tarifas, itinerários/trajetos e ter liberdade para definir suas condições de trabalho. E esta não era a situação dos autos.

Por tais razões concluiu que, *in casu*, o motorista, ao se conectar à plataforma, integrava um serviço organizado pelo Uber, sendo fictício o *status* de trabalhador independente.

Essa teoria adotada pela *Cour de cassation* assemelha-se à teoria **subordinação estrutural, subordinação objetiva ou integrativa** no Brasil que, conforme a doutrina, pode assim ser definida:

“...Mauricio Godinho Delgado assevera que as dimensões da subordinação jurídica podem apresentar-se sob a forma da subordinação clássica – situação jurídica que submete o empregado ao poder de comando do empregador no que se refere à realização da atividade; subordinação

objetiva – representada pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do tomador de serviços e subordinação estrutural – pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber ordens diretas deste.

Portanto, o que se conclui é que a subordinação estrutural constitui hipótese de flexibilização do conceito de subordinação jurídica, estabelecendo tratamento geral e uniforme para situações juridicamente diversas, com efeitos pecuniários de grande expressão quando adotada pelo Judiciário Especializado para reconhecimento da relação de emprego”. (YONE, 2018).

A teoria da subordinação estrutural<sup>20</sup>,

20 “Entre os novos critérios está a ideia da integração do trabalhador na organização ou estrutura da empresa (daí se falar em subordinação integrativa e subordinação estrutural). Contudo, a integração, ou não, do trabalhador na organização ou estrutura do empreendimento é estabelecida em função dos mesmos fatores utilizados para a caracterização da subordinação clássica (sujeição direta do trabalhador ao poder diretivo do tomador dos seus serviços). Com a reestruturação do processo produtivo, a forma pela qual a direção, fiscalização e punição do empregado são realizadas é que foi alterada (das ordens pessoal e diretamente transmitidas ao trabalhador passou-se à total sujeição do trabalhador às diretivas que definem a estrutura do processo produtivo). A estrutura produtiva estabelecida pelo empregador se transforma em ferramenta de controle sobre o trabalhador. Dito de outra forma, os meios de produção fixam o modo da prestação do trabalho humano, assumindo a condição de ferramenta para o exercício do poder diretivo do empregador. Com isto, o trabalhador passa a ser uma mera engrenagem em um processo produtivo rigidamente estabelecido pelo empregador (a sujeição do trabalhador ao empregador passa a ser funcional). Não existe, portanto, uma nova subordinação, mas uma nova forma de exercício do poder diretivo, que se apresenta na sujeição do trabalhador ao modo de realização do trabalho fixado pelos meios de produção definidos e organizados pelo tomador dos seus serviços, sem um mínimo de autonomia do seu prestador (cooperativa ou empresa prestadora de serviços). A sujeição do trabalhador ao modo de produção definido e organizado pelo tomador dos seus serviços está

conhecida da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho foi aplicada, principalmente, em casos de terceirização (por ser “inerente à própria terceirização”<sup>21</sup>) até a decisão do STF, nos autos da ADPF 324/DF e do RE 958.252, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 725 ). Segundo a jurisprudência do TST, ela pode assim ser conceituada:

“(…) a subordinação estrutural, objetiva ou integrativa diz respeito à inserção do empregado na dinâmica empresarial, independentemente de receber, ou não, ordens diretas do tomador dos serviços. O empregado acaba por acatar, estruturalmente, a dinâmica de organização e funcionamento da empresa. Basta, assim, para a caracterização da subordinação objetiva, a integração da função do empregado na atividade principal da empresa, de modo que seja indispensável para a consecução desta”(…) <sup>22</sup>.

### **O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho: trabalho autônomo.**

O Tribunal Superior do Trabalho concluiu descaracterizada a subordinação jurídica<sup>23</sup> e

.....  
presente na hipótese de terceirização de sua atividade fim, uma vez que qualquer empresa cuida para que esta atividade se desenvolva de acordo com os seus objetivos econômicos”. RR-185700-61.2009.5.03.0087, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 13/03/2020.

21 RR-9600-56.2006.5.01.0010, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 13/03/2020.

22 RR-174-86.2015.5.09.0008, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 13/03/2020.

23 “Subordinação é a sujeição jurídica do trabalhador ao poder diretivo do empregador. Poder que é exercido pela definição do modo pelo qual o trabalho deverá ser realizado (poder regulamentar),

reconheceu a validade do contrato de parceria. Por conseguinte, motorista parceiro do Uber é um trabalhador autônomo. Destacou os seguintes elementos para fundamentar a inexistência de subordinação:

- houve livre adesão ao contrato de parceria;

- havia autonomia no desempenho das atividades/na prestação dos serviços: na definição do horário e da jornada de trabalho, podendo ficar *off line* quando desejasse; podendo, inclusive, determinar os locais que desejava atuar e quantidade de clientes que pretendia atender por dia;

- e enfim, o elevado percentual de repasse da cota parte da parceria.

### **B/ O poder diretivo do empregador**

#### **O entendimento da Cour de cassation francesa:**

Para a *Cour de cassation*, Uber, por meio de seu aplicativo tem o controle direto e indireto do trabalho do motorista parceiro. Esse controle se traduz por meio de ordens e diretrizes relativas à organização do trabalho, supervisão de sua execução e sanção de suas eventuais faltas. Assim, Uber organiza o trabalho e detém poder diretivo e disciplinar.

.....  
pela fiscalização da realização do trabalho (poder fiscalizador) e pela punição do trabalhador no caso da não observância do modo de realização do trabalho previamente estabelecido (poder punitivo). Na relação de emprego o trabalhador coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador em troca de salário e se submete às suas ordens em relação ao modo pelo qual o trabalho será prestado. O modo da prestação de trabalho envolve a definição de que trabalho deverá ser prestado, onde, quando e como (o que inclui o tempo para a sua realização) a prestação de trabalho deverá ocorrer, sujeitando-se o trabalhador a punição (advertência e suspensão) e até a dispensa (art. 482, letras ‘e’ e ‘h’, da CLT) no caso do descumprimento das determinações do empregador”. RR-185700-61.2009.5.03.0087, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 13/03/2020.

### **O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:**

A possibilidade de organização do trabalho, avaliação do motorista parceiro pelos usuários e vice-versa, e de sanção das faltas do motorista parceiro não caracteriza o controle direto ou indireto por parte da plataforma, pois essas medidas visam assegurar a qualidade e a confiabilidade da prestação de serviços aos usuários.

A seguir vamos examinar como as Cortes francesa e brasileira examinaram o eventual poder diretivo da plataforma Uber, por meio do controle direto (1) e controle indireto (2):

#### **1/ controle direto**

##### **- por meio da fixação de preços/ tarifas e itinerários**

#### **O entendimento da Cour de cassation francesa:**

Extrai-se do *decisum* da *Cour de cassation* que as tarifas e itinerários eram determinados pela plataforma Uber por meio de algoritmos preditivos que deveriam ser seguidos pelo motorista; que correções tarifárias eram aplicadas caso ele seguisse um trajeto ineficaz; e que o destino final da corrida, às vezes, não era conhecido pelo motorista. Logo, ele não tinha liberdade para determinar suas condições de trabalho, para escolher o itinerário ou preços/ tarifas que lhe convinha.

Assim, segundo a *Cour de cassation*, por meio do aplicativo, a plataforma exercia um controle sobre o comportamento do motorista, em relação aos padrões por ela pré-estabelecidos, podendo excluí-lo e privar-lhe de trabalho, se ele não preenchesse os critérios de qualidade e prestação de serviços, o que lhe permite exercer intenso controle sobre o trabalho prestado, deixando pequena margem

de autonomia e decisão para o motorista.

Por tais motivos, o Uber organiza o trabalho e detém poder diretivo e disciplinar.

#### **O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:**

Infere-se do julgado do Tribunal Superior do Trabalho que a impossibilidade de negociar preços/tarifas é inerente a um contrato de parceria; que o reclamante aderiu livremente aos de serviços de intermediação digital prestados pela plataforma; que o Uber após a retenção de sua cota parte repassava ao motorista entre “75% a 80%” dos valores percebidos dos clientes; e que tal percentual seria suficiente para caracterizar uma relação de parceria entre as partes.

Portanto, segundo o TST, não restou caracterizada a direção, coordenação e fiscalização da prestação dos serviços, por parte do Uber. Não há que se falar, pois, em poder disciplinar ou diretivo do empregador.

Vale ressaltar, que o Tribunal Regional do Trabalho concluiu no mesmo sentido da *Cour de cassation*: para aquela Instância não havia autonomia na fixação dos preços e tarifas, tampouco do itinerário que o motorista parceiro deveria seguir na execução do seu trabalho. Ademais, se o autor desse um desconto ao cliente, o percentual de taxa de serviços seria o mesmo e não incluiria o desconto ofertado pelo motorista ao cliente, razão pela qual “não se pode cogitar de plena autonomia na medida de que a taxa de serviços não pode ser alterada”.

*In verbis*:

“Quanto à existência de total autonomia do motorista, o próprio depoimento da preposta ouvida em Juízo à fl. 1102, revela que o valor a ser cobrado pelo usuário é ‘sugerido’ pelas empresas e que o motorista pode dar desconto a

ele. Entretanto, no caso de concessão de desconto pelo motorista, o valor destinado às empresas permanecerá calculado sobre aquele por elas sugerido. De acordo com a preposta ‘...o valor das viagens é sugerido pela UBER: tempo x distância; que o percentual da taxa da uber varia de 20% a 25%, de acordo com a categoria; que o percentual recebido não inclui o desconto ofertado pelo motorista ao cliente...’. Portanto, não se pode cogitar de plena autonomia na medida de que a taxa de serviços não pode ser alterada.”

## 2/controle indireto:

- **despesas com veículo/internet/telefone**

### O entendimento da Cour de cassation francesa:

A *Cour de cassation* considerou que as obrigações relativas à posse de um determinado tipo de telefone, de veículo, de seguro, o aluguel do veículo de trabalho de parceiros do Uber, bem como uma série de injunções indiretas, por meio de um sistema de classificação que determina e controla a performance e o comportamento dos motoristas (por exemplo, obter uma pontuação mínima de 4,6/5 para evitar o desligamento), caracteriza um controle indireto da organização do trabalho.

### O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

Infere-se do julgado do Tribunal Superior do Trabalho que o autor arcava (tal como o motorista do Uber França) com despesas relativas ao aluguel do veículo, despesas com sua manutenção, combustível, telefone celular e provedor da internet, seguro, a fim de atender as exigências estabelecidas unilateralmente

pela plataforma. Todavia, para o TST, tais exigências não caracterizam controle indireto do trabalho do motorista porque inerentes ao contrato de parceria firmado entre as partes.

### - organização do tempo de trabalho

### O entendimento da Cour de cassation francesa:

Extrai-se do *decisum* da *Cour de cassation* ser indiscutível que o motorista que firmou um contrato de parceria com o Uber tem liberdade de se conectar ao aplicativo sempre que quiser. Mas essa liberdade de conexão é um elemento que não pode, por si só, afastar todos os outros indícios que caracterizam a subordinação (“*l’intégration à un service organisé*”, v. *supra*). De modo que, apesar da ausência de obrigação de realizar um mínimo de corridas e da possibilidade que o motorista tem de escolher livremente seu horário de trabalho ou de permanecer *off line*, na realidade, não havia autonomia necessária na organização do trabalho que caracteriza o trabalhador independente.

Isso porque, o fato de poder escolher os dias e horas de trabalho não exclui, de *per se*, o vínculo de subordinação, pois quando um motorista se conecta à plataforma Uber, ele integra um serviço organizado (“*l’intégration à un service organisé*”).

Ademais, a existência de controle -por meio de geolocalização e da fixação dos preços e tarifas- permitiu concluir, como visto anteriormente, que a liberdade e autonomia do motorista eram, na verdade, falaciosas.

### O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

Em sentido diverso, o Tribunal Superior do Trabalho concluiu que a possibilidade de ficar *off line*, sem delimitação de tempo



e a ampla flexibilidade na organização da jornada de trabalho são incompatíveis com o reconhecimento de uma relação de emprego porque ausente a subordinação. Consignou, ainda, que o reclamante admitiu expressamente a possibilidade de ficar *off line*, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços; a flexibilidade em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais em que deseja trabalhar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação seria incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação.

Vale salientar o entendimento divergente do Tribunal Regional do Trabalho, no mesmo sentido daquele sustentando pela *Cour de cassation*, a saber, havia um controle indireto da jornada laboral e da organização do trabalho. O autor recebia incentivo e premiações se atingisse o número de 45 clientes por semana. Ademais, havia um limite de cancelamento de corridas, sob pena de desligamento da plataforma, o que demonstra que o motorista não era “tão livre” para manter-se desconectado quando desejasse, *verbis*:

“Do mesmo modo, a afirmação de que o motorista pode ficar ilimitadamente off-line e recusar solicitações de modo ilimitado também não condiz com a necessidade empresarial e com a realidade vivenciada na relação empresa/motorista/usuário. Fosse verdadeira tal afirmação, o próprio empreendimento estaria fadado ao insucesso, pois as empresas correriam o risco evidente de, em relação a determinados locais e horários, não dispor de um único motorista para

atender o usuário.

Ademais, as empresas se valem de mecanismos indiretos para obter o seu intento de disponibilidade máxima do motorista às necessidades dos usuários por elas atendidos. De acordo com o depoimento do demandante, sem contraprova das demandadas ‘...o depoente recebia incentivo se atingisse o número de 45 clientes por semana; que se não atingisse não recebia apenas o incentivo; que podia deixar o telefone off line; (...) que podia cancelar corrida, porém recebia informação de que a taxa de cancelamento estava alta e que poderia ser cortado; que existia um limite de cancelamento, mas não sabe informar qual era esse limite...’ (fl.1101).

Também não aproveita às demandadas o argumento de que o motorista é livre para exercer uma segunda atividade profissional, pois a exclusividade não figura como requisito da relação de emprego”.

### 3/ O poder disciplinar

#### O entendimento da *Cour de cassation* francesa:

Como já mencionado anteriormente, o poder disciplinar da plataforma Uber exercia-se :

- por meio da possibilidade de desconexões temporárias, após três recusas de corridas pelo motorista;
- pelas correções tarifárias aplicadas, se o motorista escolhesse uma trajeto/itinerário ineficaz;
- ou pelo desligamento da plataforma, no caso de relatórios de comportamento inadequado/ problemático do motorista, informado pelos usuários, pouco importando se os fatos alegados eram comprovados ou se

sanção era proporcional à falta imputada.

Razões pelas quais, a *Cour de cassation* concluiu que o motorista trabalhava sob a autoridade de um empregador -plataforma Uber- a qual tinha o poder de organizar o trabalho por meio de diretrizes, de controlar e supervisionar sua execução e de aplicar sanções.

### **O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:**

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu de modo diverso: a simples possibilidade de avaliação do motorista pelos usuários do serviço de transporte e vice versa, e mesmo seu desligamento por performance insuficiente, o controle ou o *feedback* não autorizam o reconhecimento do vínculo de emprego, porque ausente a subordinação jurídica. Consequentemente, não há que se falar em poder disciplinar ou diretivo do empregador, pois não restou caracterizada a direção, coordenação e fiscalização, mas apenas e tão somente controle de “confiabilidade e qualidade dos serviços prestados”. *In verbis*:

“Convém ressaltar, ademais, que a possibilidade de avaliação dos motoristas pelos usuários, e vice-versa, sequer tangencia com a presença de subordinação, consubstanciando, em verdade, ferramenta de feedback para os usuários finais quanto à qualidade da prestação de serviços do condutor, de interesse de todos os envolvidos. Nesse passo, o fato da empresa se utilizar das avaliações, promovendo o descredenciamento do motorista mal avaliado, convém não apenas à reclamada para sua permanência no mercado, mas especialmente à coletividade de usuários, a quem melhor aproveita a confiabilidade e qualidade dos serviços prestados”.

Vale destacar que o Tribunal Regional do Trabalho concluiu no mesmo sentido da *Cour de cassation* francesa: as avaliações dos usuários eram decisivas para a manutenção do cadastro do motorista. Aliás, a preposta ouvida em audiência admitiu que o autor foi desligado exatamente por ter avaliação abaixo da média. Isto é, a avaliação negativa do motorista pelo usuário foi fator determinante de seu desligamento, sendo claro que havia um poder de sanção/de disciplina exercido pela plataforma Uber, em razão do desempenho insatisfatório do motorista.

### **Consequências**

Essas decisões, evidentemente, tratam dos casos particulares submetidos às Cortes francesa e brasileira. Revelam dois julgamentos díspares sobre a mesma questão e traduzem bem mais do que questões de Direito ou de política judiciária, do que meras diferenças culturais, econômicas ou sociais entre a França e o Brasil: elas nos interrogam sobre as consequências de julgamentos desta relevância e de escolhas que privilegiam o neoliberalismo, a globalização, a livre concorrência, em detrimento do trabalho e do trabalhador, sobretudo à luz das circunstâncias atuais impostas pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Mais uma vez, os trabalhadores das plataformas são duplamente prejudicados: não podem reivindicar a proteção legal (trabalhista e previdenciária) oferecida pelo Direito e não podem ou têm dificuldades para trabalhar. Muito provavelmente, eles serão as primeiras vítimas do mundo pós-coronavírus (COVID-19), se não o são, no momento presente...

Se Uber é uma alternativa de trabalho, como entendeu o julgado do Tribunal Superior do Trabalho, ele será mais do que nunca, a única,

para milhares de trabalhadores, que aceitarão essa e outras formas ainda mais precárias de trabalho para sobreviver.

A dificuldade dos trabalhadores de plataforma de pararem de trabalhar durante a pandemia demonstra a precariedade e a vulnerabilidade da situação em que se encontram. Caso fiquem doentes, impossibilitados de trabalhar por um período de tempo, haverá um impacto na renda, o que ilustra a forma desigual com que o vírus atinge o mercado de trabalho<sup>24</sup>.

Isso porque, para reduzir a propagação do vírus, empresas do mundo todo adotaram o teletrabalho e isso só foi possível graças à proteção legal- ao emprego e ao empregado, tantas vezes fustigada pelo *diktat* “político-econômico-neoliberal”, que permite que os empregados fiquem em casa, sendo remunerados e trabalhando remotamente (teletrabalho). É justamente essa proteção que assegurará que os contaminados ou suspeitos de contaminação tenham faltas justificadas (com remuneração e repouso) para não replicar o contágio comunitariamente (DUTRA, 2020), ou garantido o emprego e a renda durante o período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus – COVID-19<sup>25</sup>.

24 GAGLIONI, Cesar. Informalidade e coronavírus: as medidas dos apps e a renda em xeque. Disponível em : <https://www.nexojornal.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2020. CARELLI, Rodrigo. Há relação entre coronavírus, ganhadeiras da viradouro, domésticas e trabalhadores de app?. Disponível em. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ha-relacao-entre-coronavirus-ganhadeiras-da-viradouro-domesticas-e-trabalhadores-de-app-08042020>. Acesso em 13 abr 2020.

25 Cf. , principalmente: Medidas Provisórias nºs 935, 936, 927 e 946/2020; Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020; Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Já o trabalhador de plataforma terá, como não poderia ser diferente, bem menos proteção legal...No Brasil ele terá direito, sob condições, ao auxílio emergencial de R\$ 600,00 durante três meses, a contar do mês de abril de 2020<sup>26</sup>. Na França, várias medidas foram adotadas suspendendo o pagamento de impostos e contribuições sociais desses trabalhadores. Uma ajuda excepcional (“*fonds de solidarité*”) de até 1500 euros, respeitadas certas condições, lhes será destinada, em princípio, nos meses de março, abril e maio de 2020<sup>27</sup>.

Vale ressaltar que a plataforma Uber<sup>28</sup>, nos dois países, concedeu aos motoristas parceiros - que saliente-se a plataforma não reconhece como empregados!!- um auxílio financeiro destinado ao motorista diagnosticado com o COVID-19, ou com suspeita de contaminação, ou que tiver quarentena solicitada por uma autoridade de saúde pública, durante até 14 dias, enquanto sua conta estiver suspensa- essas iniciativas geralmente oferecem alívio por apenas 14 dias e exigem que os motoristas enviem documentação difícil de obter em tempos de crise.

Tais medidas confirmam a precariedade e a vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores de plataformas e alertam para a urgência de uma legislação trabalhista no Brasil, de um estatuto jurídico que lhes garanta um sistema universal de direitos sociais, individuais e coletivos, como, por exemplo, a garantia de remuneração mínima, normas de higiene, proteção à saúde e integridade física

26 Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020.

27 Ordonnance n° 2020-317 du 25 mars et Décret n° 2020-971 du 30 mars 2020.

28 Disponível em : <https://www.uber.com/fr/en/coronavirus>. Acesso 6 abril 2020.

do trabalhador, proteção contra acidentes de trabalho ou doença profissional, períodos de repouso semanais e anuais, aposentadoria e direitos sindicais. Em última análise, é também responsabilidade das autoridades públicas garantir a responsabilidade social das plataformas digitais.

### Considerações Finais

Sem dúvida, em nosso mundo atual, global e conectado, precisamos de métodos de trabalho flexíveis e dinâmicos, mas que devem respeitar garantias mínimas (trabalhistas e previdenciárias) aos trabalhadores. Todo trabalhador tem direito ao trabalho em condições dignas e decentes, bem como à valorização de seu trabalho. Uma economia de mercado não pode permitir, em nome da liberdade contratual, *zones grise de non droit* (AZAÏS, DIEUAIDE e KESSELMAN, 2017), de ausência de legislação e de proteção social *a minima*.

Se o Uber conquistou milhões de pessoas é sobretudo porque atendeu a necessidade de uma parte da sociedade: novas relações de trabalho entre profissionais e os atores da sociedade civil. No entanto, quando consideramos que essas relações foram historicamente moldadas por desigualdades de gênero, classe e raça, torna-se crucial perguntar até que ponto as plataformas - como novos modelos de trabalho e de acumulação de capital - reproduzem essas desigualdades existentes ou criam novas vulnerabilidades, exacerbando a desigual distribuição de oportunidades em nossas sociedades marcadas pela erosão das garantias do Estado do bem-estar social<sup>29</sup>.

Mesmo quando a pandemia global

causada pelo COVID-19 estiver finalmente sob controle, é provável que nem todos sejam afetados da mesma maneira e na mesma extensão. Alguns grupos sociais terão acesso aos recursos necessários para enfrentar a futura crise econômica ou até lucrar com ela, enquanto muitos outros vão simplesmente tentar sobreviver, não importando os meios ou os recursos. Assim, o COVID-19 poderá intensificar e acelerar as desigualdades mencionadas, aumentando o número de trabalhadores precários e vulneráveis.

Até que ponto esse estado de exceção se tornará a regra? Essa situação ímpar gerada pelo COVID-19 revela nossas falhas e nossas “urgências”: o Direito do Trabalho deve apresentar soluções jurídicas a fim de proteger os trabalhadores de plataforma e garantir-lhes os direitos sociais previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição do Brasil, bem como, assegurar às empresas a livre iniciativa e a atividade econômica, conforme os arts. 170 e seguintes da Constituição do Brasil.

Finalmente,

“o discurso neoliberal, que artificialmente ignora as condições sociais impostas a cada grupo por suas trajetórias históricas e de classe, raça e gênero, atribuindo a quem vive do trabalho a responsabilidade de “bem-sucedido” em uma sociedade desigual, esvazia-se diante da realidade: não é possível sobreviver ao coronavírus individualmente; não é possível fazê-lo sem o compromisso forte do Estado; não é possível sacrificar os mais frágeis nem mesmo por cínica indiferença, porque a exposição dos vulneráveis é a exposição de toda a sociedade”(DUTRA, 2019).

29 Disponível em : <https://platformlabor.net>.

Que o COVID-19 seja o sinal de alarme para a intervenção do legislador.

### Referências bibliográficas

ABDELNOUR, Sarah . MÉDA, Dominique. *Les nouveaux travailleurs des applis*. PUF coll. La vie des idées, septembre 2019, 120p.

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, Valparaíso, v. 18, n. 3, p. 41-51, nov. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>. Acesso em: 07 abr. 2020.

ANDRÉ, Robson Gomes; SILVA, Rosana Oliveira da; NASCIMENTO, Rejane Prevot. Precário não é, mas eu acho que é escravo: análise do trabalho dos motoristas da Uber sob o enfoque da precarização. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, n.18, p. 7-34, 2019. DOI: 10.21529/ RECADM.2019001. Acesso em: 21 mar. 2020.

AZAÏS, C., DIEUAIDE, P. e KESSELMAN, D. *Zone grise d'emploi, pouvoir de l'employeur et espace public : une illustration à partir du cas Uber*. *Relations industrielles*, v.72, n.3, p. 433-456, 2017. Disponível em : <https://doi.org/10.7202/1041092ar> . Acesso em: 21 mar. 2020.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 83, n. 1, p. 330-362, jan./mar. 2017.

BILIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do

empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, Valparaíso, v. 18, n. 3, p. 41-51, nov. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>. Acesso em: 07 abr. 2020.

DUTRA, Renata Queiroz. *A pandemia e a sociedade do trabalho*. Disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/4024-a-pandemia-e-a-sociedade-do-trabalho>. Acesso em: 11 de abr. 2020.

FABRE, Alexandre. *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés? Premières réponses frileuses des juges français*. *Dr. Soc.* 547. 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Uberização e trabalho autônomo. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 83, n. 10, p. 1162-1166, out. 2019.

GAIA, Fausto Siqueira. *A relação de trabalho da pós-modernidade: a UBER e os motoristas*. In: *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 211-248.

GAURIAU, Rosane. Precarização e Direito do Trabalho: quid novi? = Precarious working conditions and labor law: quid novi? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 85, n. 4, p. 116-137, out./dez. 2019.

GOMES, Barbara. *La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail*. *Actuel Marx*, n. 63, p. 86-96, 2018/1. DOI 10.3917/amx.063.0086.



MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely Ester. O futuro das relações entre empregado e empregador = The future of employee-employer relations. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 85, n. 4, p. 19-32, out./dez. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Motorista do Uber e relação de emprego. *Repertório IOB de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 7, p. 247-245, abr. 2018.

MOULY, Jean. *Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat*. Dr. Soc. 2016. 859.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2018. Disponível em: [http://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET\\_WEB-compressed.pdf](http://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET_WEB-compressed.pdf). Acesso em: 30 mar. 2020.

SAMUEL, Pedro Alberto Cardoso. Breve análise sobre a uberização da relação de trabalho dos motoristas por aplicativo. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 36, n. 429, p. 45-59, set. 2019.

SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism (Theory Redux)* Wiley. Kindle Edition. 2017.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão no Processo C-434/15*. Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AO->

J.C\_.2018.072.01.0002.01.FRA. Acesso em: 4 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Luxemburgo, 20 de dezembro de 2017. *Acórdão no Processo C-434/15*. Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136pt.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2020.

YONE, Frediani. A subordinação estrutural nos contratos de trabalho: a experiência brasileira = Structural subordination in employment contract: the brazilian experience. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 44, n. 190, p. 173-181, jun. 2018.

# CIBERTRABALHO: A ERA DIGITAL E AS RELAÇÕES DE TRABALHO. DESAFIOS PARA UMA COEXISTÊNCIA CONSTITUCIONAL HARMÔNICA

Thiago Leão Nepomuceno

**RESUMO:** O Estado assumiu constitucionalmente o comprometimento de agasalhar o desenvolvimento econômico, essencial a existência da sociedade, e as garantias básicas dos trabalhadores que, por sua vez, são peças fundamentais a estruturação dos fatores de produção que impulsionam o próprio desenvolvimento econômico. Tem-se, assim, um movimento cíclico onde o desenvolvimento econômico depende do trabalhador para se efetivar, sendo que, a lubrificação dessas engrenagens é desafio do próprio Estado, por meio do seu poder regulamentador. Assim, ao ente Estatal cabe a missão de encontrar o meio termo que atenda as necessidades inerentes ao desenvolvimento econômico, e conseqüente geração de trabalho e sua proteção, com a garantia dos direitos mínimos dos trabalhadores, que não podem ser desrespeitados em nome do pleno desenvolvimento econômico. É assim que ocorre com as mudanças proporcionadas pelo avanço tecnológico, onde o Estado precisa

movimentar para localizar o fiel da balança, para que o avanço tecnológico e as inerentes mudanças na forma como as atividades são prestadas não afetem os trabalhadores, ocasionando um eventual descompasso. Em homenagem ao neoconstitucionalismo, a análise da situação proposta precisa partir do prisma Constitucional para o social-trabalhista, com o objetivo de buscar a harmonização dos direitos fundamentais em colisão, valendo-se do método hipotético dedutivo, com inevitável conclusão a respeito da necessidade de concordância prática, de harmonização constitucional.

**Palavras-chave:** Evolução tecnológica; constitucionalismo; direitos trabalhistas.

**ABSTRACT:** The State assumed constitutionally or compromised the economic development, essential to the presence of society and the basic conditions of the workers, who, in turn, are fundamental pieces for the structuring of the



Thiago Leão Nepomuceno

Advogado, professor de Direito Constitucional na Faculdade de Ciências e Tecnologia da Bahia e pós-Graduado lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-GO.

factors of production that drive or the economic development itself. There is, therefore, a cyclical movement where economic development depends on the worker to carry it out, and the lubrication of these gears is challenging and challenging by the State itself, through its regulatory power. Thus, the state's status fits into the mission of finding the middle ground that requires the needs inherent to economic development, and the consequent generation of work and its protection, with guarantee of the legal rights of workers, which cannot be disrespected in the name of the economic program. This is how it happens with changes provided by technological advancement, where the State needs to move to locate or maintain the level of balance, for whom technological advancement and how inherent changes the way activities are provided without affecting workers, causing an eventual mismatch. In homage to neoconstitutionalism, an analysis of the proposed situation needs to start from the Constitutional point of view for social-labor, with the objective of seeking a harmonization of fundamental rights in the collision, using the hypothetical deductive method, with inevitable use of improper practical agreement, constitutional harmonization.

**Keywords:** Technological evolution; constitutionalism; labor rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Na maioria das vezes o trabalhador é a parte mais fraca da corda de trança as relações de trabalho, tanto que, o brocardo latino *in dubio pro misero* tornou-se uma verdadeira máxima em nosso sistema.

Por isso, há muito já se preocupa com os efeitos que os mais diversos eventos sociais ocasionam nas relações de trabalho, principalmente na parte que diz respeito ao avanço tecnológico e a afetação do trabalhador, esse polo mais fraco da relação.

Tanto que, em estudo sobre a degradação real do trabalho virtual, Antunes e Braga (2009, p. 07) já mencionavam:

Anunciada por André Gorz no fim dos anos 1970 e desenvolvida teoricamente por importantes sociólogos e filósofos pós-marxistas como Clauc Offe, Jürgen Harbermase e tantos outros, a tese do fim da centralidade do trabalho advogou que o trabalho vivo em sociedades capitalistas avançadas tornara-se residual como fonte de sociabilidade e criação de valor. Dessa forma, a classe trabalhadora também tenderia a ser superada pelos novos estratos sociais oriundos das atividades comunicativas e pelo avanço tecnocientífico.

É a partir desse ponto que a presente análise se desenvolverá, notadamente, no que diz respeito ao grande desafio que Estado enfrenta para traçar as normas mínimas capazes de proporcionar uma harmonização entre o avanço tecnológico e os direitos básicos dos trabalhadores, partindo do pressuposto que ambos são essenciais ao desenvolvimento social e econômico do país.

Ao Estado é atribuído a missão de zelar pela convivência harmônica dos mais diversos e antagônicos interesses jurídico, sociais, econômicos e culturais, sendo nesse antagonismo que reside o grande desafio estatal, consistente na busca de equilíbrio.

Diante disso, num primeiro momento a

necessidade de ressaltar a importância de ambos os direitos constitucionalmente tutelados, quais sejam, desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como, direitos básicos dos trabalhadores. Talvez por isso a delicadeza da situação, pois o Estado e a sociedade precisam de ambos para a plena e saudável coexistência social.

Essa necessidade demanda, mesmo que utopicamente, que essas citadas garantias constitucionais caminhem lado a lado de maneira harmônica, sempre com observância da proporcionalidade. Diz-se utopicamente porque o Estado vem lutando arduamente para localizar e demarcar o fiel da balança entre eles, tamanho seu antagonismo.

Por conta disso, far-se-á uma análise constitucional a respeito da situação dos trabalhadores que materializam os serviços proporcionados pelo desenvolvimento tecnológico, notadamente pela tecnologia das plataformas/aplicativos.

Será necessário analisar a tendência evolutiva e quais caminhos prováveis o Estado percorrerá com o intuito de apresentar a solução.

Para tanto, partirá do pressuposto de que enquanto o desenvolvimento econômico e tecnológico são essenciais ao desenvolvimento da sociedade e do próprio Estado, os direitos dos trabalhadores enquadram-se como direitos humanos fundamentais que não podem ser relegados a segundo plano, sob pena de o Estado causar um verdadeiro descompasso social e não conseguir atingir seu fim precípuo, qual seja, o bem estar-social equilibrado.

Por fim, apresentará uma proposta de solução parcial e temporária fornecida pelo Direito Constitucional.

## 2. CIBERTRABALHO. A ERA DIGITAL E A AFETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

É fato que o avanço da tecnologia alcançou patamar irrefreável, com afetação profunda de todos os campos básicos da vida e do cotidiano das pessoas, famílias, empresas e governos. Chega a ser clichê afirmar que todos os dias surgem novas tecnológicas que proporcionam facilidades na maneira como desempenhamos as mais diversas atividades do nosso dia-a-dia.

Estamos vivenciando uma verdadeira era digital, onde o avanço tecnológico proporciona uma indescritível evolução na sociedade em geral, que atingiu tamanho desenvolvimento ao ponto de estarmos experimentando o ápice de uma verdadeira “vida digital”, com afetação intensa em todas os setores e as áreas do saber.

Tem-se a impressão que o limite da inovação – evolução – está apenas na imaginação de quem a idealiza, podendo ser qualquer um. A tecnologia acaba se tornando democrática, por proporcionar que qualquer um contribua para o seu avanço.

Sem dúvida, isso se dá graças ao computador e a internet que estão entre as invenções mais importantes da história moderna, tanto que:

Assim como a combinação de motores a vapor e de processos mecânicos ajudou a fomentar a Revolução Industrial, a combinação do computador com as redes de distribuição levou à revolução digital que permitiu a qualquer um criar, disseminar e acessar informações a partir de qualquer lugar. (ISAACSON, 2014, p. 5)

Ao lado do computador e internet, talvez na mesma proporção de importância, tem-se os smartphones e seus milhares de aplicativos ou plataformas digitais, que popularizaram o acesso a informação e trouxeram ferramentas que facilitam a execução das mais diversas atividades cotidianas.

Não é exagero afirmar que vivemos o ápice da época da economia dos aplicativos.

De maneira simplista, só para exemplificar, a era digital mudou a forma como nos comunicamos, nos relacionamos social e amorosamente, nos alimentamos, nos locomovemos, realizamos compras, aprendemos etc. Os aplicativos de mensagens, assim como o e-mail, facilitaram de forma quase que banal o modo como nos comunicamos e trocamos conhecimentos, fazendo próximos indivíduos que estão geograficamente distantes. As relações sociais e amorosas são iniciadas e construídas por meio de redes sociais e aplicativos de namoro/relacionamento. Nos alimentamos e nos locomovemos através de aplicativos que ligam a nossa forma ou necessidade de ir do ponto A ao ponto B a outras pessoas que fornecem comida ou transporte, a um custo ridiculamente acessível.

A realização de compras por meio da internet, utilizando como meio de ligação os computadores ou celulares, representam uma grande parcela da movimentação econômica dos países. Qualquer um pode comprar quase qualquer coisa de quase qualquer lugar. Da mesma forma, a tecnológica, por meio das ferramentas de educação a distância, popularizou o acesso ao conhecimento, isto é, trouxe a possibilidade de realização de diversos cursos, inclusive superiores e de pós-graduação, bem como de idiomas, por meio de plataformas

de ensino a distância.

Tamanha gama de serviços via aplicativos demanda uma grande atuação de trabalhadores que, gravitando entre as empresas que operacionalizam os serviços e os usuários, acabam dando vida e concretude a esse fenômeno tecnológico e social.

Sem dúvida, o fraco desempenho da economia e o forte índice de desemprego fizeram com que empresas como o iFood, Uber, Rappi e 99 ganhassem decisivo papel, tornando a principal ou única fonte de sobrevivência de diversos brasileiros, fomentando, ainda mais o avanço da economia dos aplicativos.

Em um momento de crise econômica e alta do desemprego, os aplicativos de serviços como Uber, iFood, 99 e Rappi atraem desempregados e pessoas que têm dificuldades para se inserir no mercado de trabalho com a perspectiva de obter alguma renda. No mês passado, um estudo do Instituto Locomotiva, publicado pelo jornal O Estado de S.Paulo, apontou que quatro milhões de pessoas trabalham para essas plataformas no Brasil hoje - 17 milhões usam os serviços regularmente. (MACHADO, 2019)

No presente escrito não há espaço para análise do perfil competitivo dessas empresas, que operam de maneira altamente eficiente com o objetivo de reduzir ao máximo os custos e atrair cada vez mais usuários com seus preços atrativos, buscando assim, cada vez mais os serviços desses trabalhadores para ver atendido a demanda empreendida pelos usuários. A discussão aqui centrada diz respeito a relação que se forma entre os operadores dessas plataformas digitais e as próprias plataformas.



É irrefutável que o avanço tecnológico propicia profundas benesses para a sociedade em geral, contudo, possui um prisma não tão positivo, notadamente no que diz respeito aos operadores que materializam e efetivam essas tecnologias, isto é, ao elemento humano, a mão de obra em si, como verdadeiro fator de produção responsável por concretizar e dar vida a essas tecnologias.

Isso acontece porque nos bastidores de toda facilidade tecnológica há a necessidade de incontáveis operadores/trabalhadores que viabilizam a operacionalidade dessas ferramentas tecnológicas, para que possam ser usufruídas por todos.

Não se trata do risco para os postos de trabalho afetados a todo momento pelas novas tecnologias, inclusive com extinção e desaparecimento, está sim a falar dos novos postos de trabalho que as ferramentas tecnológicas criam e dependente para sua concretude e subsistência, demandando um grande esforço por parte do trabalhador que na grande maioria encontra condições de trabalho extremamente inadequadas e que são desprezados por estarem nos “bastidores”.

Dando uma amplitude maior a situação, Yuval Noah Harari escreveu no The Guardian sobre o significado da vida em um mundo sem trabalho, ocasião na qual consignou:

O problema crucial não é criar novos empregos. O problema crucial é a criação de novos empregos que os humanos apresentam melhor desempenho do que os algoritmos. Conseqüentemente, até 2050, uma nova classe de pessoas poderá surgir – a classe desocupada. Pessoas que não estão apenas desempregadas, mas desempregáveis. [...] O problema

real será, então, manter as massas ocupadas e o conteúdo. As pessoas devem se envolver em atividades propositadas, ou ficam loucas. Então, o que a classe desocupada irá fazer o dia todo? (HARARI, 2019)

Imagine-se, por exemplo, os aplicativos de carona e aplicativos de entrega de encomendas, sem os motoristas e sem os entregadores, o sistema simplesmente não funcionaria, por isso, as tecnologias afetam direta ou indiretamente não só a vida da sociedade como um todo, mas também, a vida desses profissionais que, através de uma relação de trabalho, viabilizam de maneira relevante o sucesso – ou fracasso – dessas tecnologias.

Com base nisso vem percebendo que o avanço tecnológico, por meio da tecnologia de aplicativos que busca um acirrado potencial competitivo com redução máxima de custo dos serviços, está acarretando relevantes alterações na relação de trabalho existente entre esses trabalhadores e essas novas ferramentas tecnológicas, gerando, de certa forma, imensuráveis perdas aos trabalhadores que, modernamente, tem sido nomeados de **cibertrabalhadores**.

São prejuízos ligados a exigência ou prática espontânea de longas jornadas de trabalho, desrespeito ao direito a desconexão do trabalho, horas de trabalho efetivamente trabalhadas, sem margem para absenteísmo, etc.

Demonstrando o que aqui se alega, a BBC News Brasil, analisando situações reais registrou, em relevantes reportagens, que:

Por volta das 6h, Rafaela Machado, 32, se despede das duas filhas e abre a

porta da casa ainda em construção no bairro de Guaianases, periferia da zona leste paulistana.

Seu marido, Elisangelo Sena, 35, aguarda do lado de fora do carro. Os dois se cumprimentam: “Oi, como estão as coisas? Tudo certo, beijo, tchau, manda mensagem”. Ele passa a chave do veículo para ela, colocando fim em uma jornada e iniciando a outra. Rafaela e Elisangelo formam uma família de motoristas de aplicativos de transporte. Todos os dias, eles dividem um carro alugado para fazer duas jornadas diárias em sequência — 12 horas para cada um.

Ela começa no horário de pico da manhã, quando milhões de paulistanos se deslocam ao trabalho. Dezenas de viagens depois, Rafaela volta para casa por volta das 18h.

Encontra Elisangelo na garagem e passa a chave do carro para ele, repetindo a cena de horas antes. E começa tudo de novo, dessa vez com ele ao volante.

Entre os motoristas ouvidos pela reportagem, há um consenso de que as longas jornadas em sequência prejudicaram as relações familiares.

Rafaela, por exemplo, conta que conviveu pouco com o marido no último um ano. “Parece que a gente vive em países diferentes, tipo namoro à distância”, diz. Elisangelo concorda: “Só nos vemos na garagem. É assim: ‘oi, como estão as coisas?, tudo certo, beijo, tchau’. A gente conversa pelo WhatsApp, não temos lazer, não saímos mais no fim de semana”, afirma. (MACHADO, 2019, B)

Já o entregador que usa bicicleta, por sua vez, vive uma espécie de paradoxo: por mais que a tecnologia faça a roda do delivery girar, o trabalho dele depende essencialmente da força física. Quanto mais ele pedalar, quanto

mais quilômetros percorrer pela cidade, maior será sua remuneração.

Por isso, os ciclistas ouvidos pela reportagem relataram fazer jornadas de mais de 12 horas diárias, trabalhar muitas vezes sem folgas e até dormir na rua para emendar um horário de pico no outro, sem voltar para casa.

Em média, eles conseguem uma renda mensal de R\$ 2 mil, segundo relatos. As empresas não revelam dados sobre o perfil de seus colaboradores, mas, em uma semana de conversas, a reportagem constatou que grande parte pertence às classes mais baixas, mora em bairros periféricos e tem dificuldade para conseguir empregos no mercado formal.

Um deles é Carlos Henrique Lima, de 18 anos, de Cotia, cidade da Grande São Paulo. Todos os dias, ele pedala os 30 km que separam sua casa do bairro de Pinheiros. “Isso é só na ida, parça”, afirma. Contando ida, volta e entregas, ele percorre por volta de 80 km diários, diz.

Sai de casa às 9h, pedalando pela rodovia Raposo Tavares até chegar à capital, às 10h30. Como a maioria, ele não usa - e as empresas não fornecem - equipamentos de segurança, como capacetes.

Depois, Carlos participa de um programa do iFood conhecido como “OL” - os entregadores chamam de “onda”. Das 11h às 13h, ele trabalha para apenas um restaurante. Ganha R\$ 20 por esse período e mais R\$ 1,50 por refeição entregue. Também recebe uma marmitta para almoçar. (MACHADO, 2019)

Por conta disso é consenso que as relações de trabalho estão cada vez mais afetadas pela tecnologia, ora extinguindo postos de emprego,

ora criando novos postos de emprego, ora mudando, profundamente, a maneira como a prestação do trabalho é desempenhada. Está é, sem dúvida, uma das principais afetações que a era digital traz para as relações de trabalho. Até mesmo porque, quem faz a tecnologia girar e ser concretizada são os cibertrabalhadores.

A mesma reportagem aponta que:

Para a pós-doutoranda Ludmila Costhek Abilio, pesquisadora do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp, a chamada “uberização” é uma tendência no mercado de trabalho. “Esse processo é de informalização, que vem tirando as garantias e proteções. Agora, é o trabalhador quem entra com os meios de produção, além de arcar com os custos e com os riscos da atividade”, explica.

“Supostamente, a pessoa trabalha onde e quando quer, mas a verdade é que ela está trabalhando cada vez mais. O que estamos estudando é como esses trabalhadores estão subordinados aos algoritmos, às regras de cobrança, às comissões e às metas de produtividade. Não me parece que as escolhas sejam tão amplas assim”, diz Costhek Abilio. (MACHADO, 2019)

Nítido, assim, que o discurso acerca dos efeitos do avanço tecnológico sobre o trabalhador acaba sendo relegado a segundo plano, tudo em nome do desenvolvimento econômico proporcionado pela evolução da tecnologia. Por isso, cada vez mais se demanda uma postura de posicionamento do Poder Público.

### 3. TENDÊNCIA EVOLUTIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO OU TRABALHO AUTÔNOMO?

Tradicionalmente, as relações de trabalho estão estruturadas através de um centro de análise ligada a subordinação no sentido de que, quanto mais subordinação ao tomador dos serviços possui o prestador, mais próximo estará de uma relação emprego, ao passo que, quanto menos subordinação possuir, mais próximo se estará do trabalho autônomo.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 35) pondera que:

Existem, do ponto de vista clássico, dois tipos principais de trabalho humano: o prestado por conta própria e o prestado por conta alheia. Há quem prefira falar em trabalho autônomo e trabalho subordinado. Surgem, no entanto, novas formas de trabalho que se situam em zonas intermediárias entre o subordinado e o autônomo, como trabalho parassubordinado. (Leite, 2019, p. 35)

Assim, diante da ausência de disposição normativa específica, qual a tendência de solução que o futuro reserva? Reconhecer o vínculo de emprego dos cibertrabalhadores com as plataformas ou afirmar tratar-se de trabalho autônomo?

Eis aqui o grande foco da recente discussão a respeito da afetação do avanço tecnológico nas relações de trabalho, isto é, como enquadrar o cibertrabalhador nessas categorias delimitadoras, como trabalhador autônomo ou como empregado?

Mesmo com o caráter multidimensional da subordinação, em verdade, tem-se percebido que o modelo atual de delimitação das relações

de trabalho não é adequado a definição de encaixe dos cibertrabalhadores.

Como individualizar, nos moldes tradicionais de definição, uma situação fático-trabalhista moderna e característica da era digital, segundo a qual, clientes interessados comparecem a internet em busca de uma plataforma que preste um serviço demandado, por meio um trabalhador parceiro, um cibertrabalhador.

Evidentemente, há a necessidade de alocação de uma definição moderna, que só pode ocorrer com a movimentação estatal, do ponto de vista do legislativo, para que seja instituído os parâmetros básicos de definição e delimitação dessa intrincada relação de trabalho tecnológica.

Apesar disso, até o momento, a tendência está inclinando a consideração do trabalho prestado pelos cibertrabalhadores como autônomos, inclusive decisão da 37ª Vara do Trabalho de São Paulo, julgou improcedente a ação civil pública de n. 1000100-78.2019.5.02.0037 que objetivava o reconhecimento de vínculo empregatício entre o iFood e os entregadores que usam a plataforma.

Da mesma forma, o julgando o primeiro Recurso de Revista sobre o tema, RR-1000123.89.2017.5.02.0038, a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou o reconhecimento do vínculo de emprego entre o Uber e um motorista. Na sessão, o ministro Douglas de Alencar, presidente da quinta turma, ponderou que:

não é possível tentar enquadrar essa nova realidade de emprego nos conceitos clássicos de empregado e empregador previstos nos artigos 2º e 3º da CLT. No entanto, a seu ver, isso não significa que esses trabalhadores

não devam merecer algum tipo de proteção social. “É preciso que haja uma inovação legislativa urgente”, concluiu.

Analizando prospectivamente o que se pode esperar do futuro Geogenor de Souza Franco Filho (2019, p. 62), ressalta que:

Com efeito, com a modernização flagrante das relações de trabalho, a precarização do emprego, e a busca por melhores condições de vida, poderá ensejar a existência do chamado *Crowdsourcing* ou *Crowdwork*, caracteristicamente trabalho autônomo, aliado ao *word-on-demand*, fruto dessa *GIG Economy* que domina o mundo e dominará ainda mais futuramente.

Vê-se, pois, que há uma gritante carência de delimitação normativa. Enquanto isso, diante de muitos entendimentos antagônicos, cabe aos Tribunais e a mais balizada doutrina a árdua missão de agasalhar os interesses gerais que garantam o desenvolvimento econômico e a preservação da qualidade do trabalho dos cibertrabalhadores, sob pena de se gerar um verdadeiro descompasso social.

A subordinação permite um multiverso de olhares, nessa senda, assim como a parasubordinação<sup>1</sup> e subordinação estrutural<sup>2</sup>

1 É uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado. (NASCIMENTO, 2008, p. 460)

2 Se expressa pela inserção do trabalhador

foram criadas e estruturadas pela doutrina e jurisprudência pátria, talvez fosse o caso do desenvolvimento de uma nova modalidade de subordinação capaz de harmonizar os interesses de todos os envolvidos.

Portanto, os modernos conflitos e inseguranças experimentadas atualmente ocorrem pelo fato de que as concepções tradicionais de trabalho subordinado (com todas suas vertentes) ou autônomo não são capazes de trazer solução a situação dos cibertrabalhadores e dos tomadores, tem-se a necessidade de estruturação teórica (doutrinária) prática (legislativa e jurisprudencial) de uma nova modalidade de subordinação, uma subordinação tecnológica/digital/virtual.

Inclusive, há quem proponha uma nova leitura da situação com a aplicação de uma nova concepção sobre a subordinação, a subordinação integrativa. É o que depreende das lições de Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 253):

A partir da conjugação da noção de subordinação objetiva com os critérios excludentes da autonomia, Lorena Vasconcelos Porto apresentou o conceito de subordinação integrativa, que se faz presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma

.....  
na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado a dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, 2016, p. 314)

organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, a organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade (PORTO, 2009, p. 253).

É fato que o impacto social-trabalhista proporcionado pelo avanço tecnológico, e aqui se refere especificamente a econômica de aplicativos, precisa ser urgentemente enfrentado e regulamentado pelo Estado, sob pena da ocorrência de graves prejuízos a sociedade, a economia e aos trabalhadores. É preciso promover o debate saudável com análise dos impactos e consequências da regulamentação legislativa do tema (ou da ausência dela).

#### 4. O DIREITO AO TRABALHO DIGNO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Seja qual for o posicionamento que será consolidado, assim como, independentemente da modalidade de trabalho, devemos tratá-lo como um verdadeiro direito humano essencial a dignidade da pessoa humana.

Do ponto de vista macro, vários instrumentos internacionais levam a objetiva percepção de que o trabalho é considerado um direito inerente a humanidade, um verdadeiro direito humano. Nesse sentido, o art. 23<sup>3</sup> da

.....  
3 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana



Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948). Também, o art. 14<sup>a</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Assim como, o art. 6<sup>o</sup>, itens 1 e 2<sup>o</sup> do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

O reconhecimento internacional da importância do trabalho evidencia, sem a menor sombra de dúvidas, de que o trabalho é um verdadeiro direito humano.

No Brasil, o trabalho é um dos principais pilares que estruturam o desenvolvimento do nosso Estado Democrático de Direito, tanto que, logo da primeira disposição Constitucional, contida no art. 1<sup>o</sup>, IV, extrai-se que o trabalho, como verdadeiro valor social, é um fundamento da República que também é tido como princípio fundamental, em virtude da sua localização topográfica na Constituição Federal (Título I).

.....  
e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

4 Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

5 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Rúbia Zanotelli Alvarenga (2009, p. 140) expõe que:

Os Direitos Humanos Sociais do Trabalhador foram entronizados na Constituição Federal de 1988 para receberem o status de direitos essenciais do homem, ligados à vida digna por intermédio do exercício do trabalho, por estarem intrinsecamente relacionados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho brasileiro.

Vê-se, portanto, que o trabalho se compõe como importante corolário de concretude da dignidade da pessoa humana, por isso, é necessário que seja desenvolvido de forma decente que proporcione ao indivíduo a dignificação de sua humanidade.

Por conta dessa relevância transcendental, modernamente, o trabalho tem sido considerado concomitantemente um direito humano e fundamental, isto é:

O direito do trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente o nosso sistema jurídico, porquanto positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1<sup>o</sup>, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6<sup>o</sup> e 7<sup>o</sup>); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego (CF, arts. 170, VIII). (LEITE, 2019, p. 41)

Se o trabalho assume toda essa conotação de importância atrelada a dignidade da pessoa humana, como conceber a afetação do trabalho gerada pelo avanço da tecnologia, sem um posicionamento estatal a altura? Notadamente em um Estado que elevou o trabalho a um dos pilares que lhe dá sustentáculo e que assumiu o compromisso de proteger o trabalhador, haveria a necessidade de uma atuação mais enérgica, com o fito de traçar os principais parâmetros que agasalhassem os interesses de todos.

Dignificando o trabalho como valor essencial ao desenvolvimento humano, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 41), pontua:

É preciso esclarecer, desde logo, que não é qualquer trabalho que deve ser considerado um direito humano e fundamental, mas apenas o trabalho que realmente dignifique a pessoa humana. Fala-se, assim, em direito ao trabalho digno ou ao trabalho decente como valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social.

Percebe-se assim, que o trabalho, como verdadeiro direito humano fundamental, deve ser aquele trabalho decente e digno e a grande questão a ser debatida é se o trabalho estruturado pela tecnologia dos aplicativos, prestado pelos cibertrabalhadores, é um trabalho decente ao ponto de dignificar a pessoa humana.

Não se pode associar a decência do trabalho prestado pelos cibertrabalhadores ao reconhecimento da relação de emprego, assim como, a indecência ao reconhecimento do trabalho como autônomo.

A discussão é mais complexa está centrada na forma atual como está ocorrendo a relação

dos aplicativos com os trabalhadores e a inércia normativa que acaba, muitas vezes, ferindo a dignidade do trabalhador por submetê-lo a condições de trabalho que não amoldam aos direitos humanos e a obrigatoriedade de o trabalho ser decente.

É necessário partir da premissa que a preservação de direitos básicos não pode ocorrer a qualquer custo, refrear a inovação tecnológica, bem como o desenvolvimento econômico, da mesma forma, que os direitos básicos dos trabalhadores também não podem ser drasticamente reduzidos em nome do avanço tecnológico que cunham novas formas de monetização das relações.

## **5. DESAFIOS PARA UMA COEXISTÊNCIA CONSTITUCIONAL HARMÔNICA ENTRE OS DIREITOS TRABALHISTAS MÍNIMOS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PROPORCIONADO PELO AVANÇO TECNOLÓGICO**

O Estado atraiu para si o árduo papel de agasalhar harmonicamente vários valores e bens que, naturalmente, em algum momento conflitam entre si. Devidos aos inúmeros traumas sociais, políticos, econômicos etc., a CF/88, quanto a sua extensão, acabou assumindo uma postura prolixa (analítica), abarcando em seu bojo, os mais variados temas.

Nesse contexto, o art. 170 da Carta Magna, institui que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, continuamente, o mesmo dispositivo consagra em seu parágrafo único que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer

atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, em 20 de setembro de 2019, houve o advento da Lei 13.874 que, dentre outras coisas, dentre outras coisas, institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado.

Na outra ponta, o Texto Constitucional também estabelece no art. 7º, XXVII que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: a proteção em face da automação, na forma da lei.”

Evidentemente uma norma constitucional de eficácia limitada que carece de instrumento normativo que lhe garanta plena efetividade e que lhe atribua uma ampla aplicabilidade social.

Nessa senda, extensivamente, podemos atribuir uma interpretação elástica a essa disposição constitucional (art. 7º, XXVII), com o objetivo de concluir que o Estado deve proteger os direitos dos trabalhadores não só contra a automação efetiva, mas sim, contra todo o avanço tecnológico nefasto que de alguma forma ameace ou atinja os direitos básicos dos trabalhadores, incluindo, a economia de plataforma e inteligência artificial.

Diante disso, percebe-se, ao menos indiretamente, que no campo da proteção constitucional, assim como, na seara social, a visualização de um aparente conflito entre o desenvolvimento econômico encampado pelo avanço tecnológico da economia de plataforma, com a necessidade de respeito aos direitos mínimos desses trabalhadores, quais sejam, os cibertrabalhadores.

A solução desse aparente conflito

necessita ser bem administrada pelo Estado porque, na mesma proporção de vozes que afirmam que a economia dos aplicativos degrada as relações de trabalho, também se levantam vozes que ressaltam a importância dessa ferramenta em virtude das novas formas de trabalho que cria, por exemplo:

Outros motoristas elogiaram o setor como uma espécie de “salvador da pátria”, mesmo que também apontem problemas. Isso porque eles encaram a atividade como uma renda certa em momentos de dificuldade financeira. Ou seja, se você tem acesso a um carro e internet, basta colocá-lo para rodar, ligar o celular e as corridas vão aparecer.

“Graças a Deus que eles existem e que tenho esse trabalho. Cinco anos atrás, o que uma família desempregada como a minha faria? A gente não teria nada. Hoje, pelo menos o básico eu tenho graças ao Uber. Nós temos de agradecer”, diz Daniane, que continua fazendo entrevistas em sua área original.

Seu filho Eduardo concorda: “O ponto positivo é que você consegue ter uma renda se estiver desempregado”, diz. (MACHADO, 2019, B)

Hodiernamente a sociedade e seus integrantes se deparam com novas ferramentas tecnológicas que proporcionam incontáveis facilidades e benefícios para todos, por exemplo, conexões ultrarrápidas a *internet*, aplicativos que permitem a comunicação instantânea com qualquer pessoa do globo, variadas redes sociais, aplicativos que facilitam a vida financeira, robôs investidores, inteligência artificial, serviços de atendimento ao cliente com base em programas autônomos,

aplicativos de transporte de pessoas, aplicativos de entrega de encomendas, etc.

É inegável que o Estado, através da sua função legislativa e regulamentar, não acompanha com a celeridade e eficiência necessária o avanço que a tecnologia traz, causando, na maioria das vezes, uma série de lacunas legislativas – anomias – que geram um descompasso entre as realidades e acabam por causar um limbo para a sociedade, repleto de insegurança jurídica.

Foi justamente esse fator ligado a dificuldade de o Estado acompanhar as mutações tecnológicas e os imensos avanços ocasionados para, conseqüentemente, promover adequadas políticas e medidas de regulamentação, controle e combate as arbitrariedades promovidas pelo avanço tecnológico inconsequente, que faz despontar cada vez um aparente conflito entre bens juridicamente tutelados.

Como visto acima, *verbi gratia*, a mídia já relata casos de motorista de aplicativos que estão laborando 12 horas diárias consecutivas, de segunda a segunda, para que possam obter um número de passageiros e corridas mínimas capazes de cobrir as despesas próprias decorrentes da operação e gerar algum tipo de lucro com o intuito de promover o seu sustento e de sua família.

A constância de tamanha carga horária de trabalho proporciona uma profunda afetação a saúde e ao ritmo circadiano do trabalhador, que inevitavelmente se tornará uma pessoa enferma incapaz de continuar sendo um membro útil da sociedade e demandará o amparo do Estado, por intermédio do Sistema de Saúde e gozando benefícios previdenciários ou sociais (nesse último caso dificilmente terá acesso, pois, não se trata de contribuinte obrigatório, como os

empregados).

Em virtude disso o Estado precisa assumir uma postura mais ativa promovendo uma adequada regulamentação para proporcionar uma coexistência de ambos os interesses.

A opinião doutrinária dominante no Brasil sustenta que o princípio de proteção proporciona ao trabalhador subordinado um nível de civilização invejável. É à proteção dispensada pelo próprio direito do trabalho ao empregado que se deve o nível de civilização em que se encontra o trabalhador brasileiro.

Sem a proteção, o empregado estaria na rua da amargura. Por ser protegido pelo direito do trabalho, o trabalhador brasileiro pode gabar-se de ostentar um nível de civilização incomparável, se confrontado com o nível civilizatório alcançado pelos trabalhadores de outras nacionalidades.

Realmente: é a proteção outorgada pelo direito do trabalho que concede ao empregado os benefícios aptos a garantir-lhe o nível de civilização que desfruta. Sem proteção, o nível de civilização em que se encontram os trabalhadores de inúmeras nacionalidades é, certamente, muito baixo, senão nulo. (ROMITA, 2015, p. 51)

O prognóstico é a ampliação irrefreável da economia de plataforma, pois, cada vez mais fornecedor e cliente se encontram mutuamente na internet e esses fornecedores, através do modelo de trabalho conhecido como *crowdworking*, demandarão e oferecerão trabalho a membros previamente cadastrados, impondo, as condições que lhes forem convenientes e adequadas.

Como visto, as relações de trabalho modernamente existentes são tuteladas pelo Direito do Trabalho, notadamente reconhecido como um legítimo Direito Humano essencial ao desenvolvimento pessoal e social, tanto que a Constituição Federal, já no seu art. 1º, eleva os valores social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Isso se dá graças ao reconhecimento do Direito do Trabalho como legítimo Direito Humano, merecendo toda sorte de tutela, inclusive:

Não é só com embasamento jusfilosófico ou doutrinário que se defende que o Direito do Trabalho é um legítimo Direito Humano; vários instrumentos internacionais ajudam a corroborar este entendimento. Para demonstrar isso, traz-se ao pálio em questão, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que assevera em seu artigo XXIII que: 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, a livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (NEPOMUCENO, 2015, p. 144)

Com isso, por expressa disposição Constitucional deve o Estado, como *summa potestas*, valer-se de seu poder soberano para proteger o trabalhador, e conseqüentemente a sociedade, dos avanços nefastos que a tecnologia pode acarretar.

Por essa razão, no advento da Constituição Federal em 1988, já havia a preocupação que a interferência maléfica da tecnologia poderia ocasionar nas relações de trabalho,

estabelecendo, já naquela época, que a proteção contra autonomia seria um direito de todos os trabalhadores (art. 7º, XXVII, CF). Proteção essa que deve ser aplicada de maneira elástica para abarcar qualquer modalidade de ingerência tecnológica que traga prejuízo ao trabalhador, e não apenas a automação propriamente dita.

Alie-se a isso o fato de o Estado ser “um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, e isso é que justifica a existência do Estado.” (AZAMBUJA, 2005, p. 122). Tem o Estado, portanto, a finalidade precípua de fomentar o bem público, assim, o fim do Estado é realizar para seus integrantes uma vida melhor.

Com isso, mesclando o Direito do Trabalho com a necessidade de o Estado alcançar o seu fim precípua – bem público –, o Ente Soberano deve fomentar, intervir, regulamentar e promover o adequado exercício e desenvolvimento das relações de trabalho, principalmente no que diz respeito a proteção contra os efeitos indesejados que o avanço tecnológico acarreta, sob pena de não haver o atingimento de suas metas, destinadas a proporcionar uma vida melhor a seus integrantes, que constituem elemento subjetivo de sua formação e existência.

Nesse sentido é que está instalado o verdadeiro desafio, pois, a revolução tecnológica experimentada nos últimos anos proporciona, de um lado, profundas alterações nas mais diversas áreas, trazendo inegáveis avanços, incontáveis vantagens e facilidades, porém, de outra banda, ocasiona uma interferência negativa nas mais variadas relações sociais e jurídicas, atingindo em cheio as relações de trabalho.

Desse modo, o Estado tem o desafiador papel de evitar que esse tipo de prejuízo aos



trabalhadores alcance patamares alarmantes, capazes de evidenciar a grande degradação direta aos operadores dessas plataformas tecnológicas e indiretamente a sociedade.

A grande incógnita consiste no que fazer para agasalhar as duas situações (desenvolvimento econômico *versus* proteção contra automação) que o Estado se comprometeu a tutelar e possibilitar uma coexistência harmônica, partindo do pressuposto de que são situações interdependentes.

Quando se trata da econômica de plataforma, momentaneamente os discursos se limitam a fomentar o reconhecimento do trabalho autônomo, privilegiando o desenvolvimento econômico, ou o reconhecimento da relação de emprego, beneficiando o trabalhador.

Apesar da ausência de consenso, sem dúvida precisa o Estado intervir rapidamente, por intermédio de políticas públicas, para minimizar os efeitos negativos que as ferramentas de tecnológica podem ocasionar na relação de trabalho.

Não se pode omitir a situação e só intervir após a ocorrência de estragos, é imprescindível que se inicie, no bojo estatal, ao menos o debate social e produtivo sobre o tem, para que se possa ouvir todas as vozes afetadas pela situação e possa se chegar a um ‘consenso normativo’.

Enquanto o Estado-Legislator não se movimenta, uma proposta de solução seria a análise da situação conflitante com base na **proporcionalidade**, assim como, na efetiva aplicação da **concordância prática ou harmonização** que, como propagado pelos constitucionalistas, enseja a conciliação dos bens que estão em conflito. Sobre isso, Dirley da Cunha Junior (2018, p. 199) leciona que:

O princípio da concordância prática ou harmonização serve a esse propósito, pois impõe ao interprete a coordenação e harmonização dos bens jurídicos-constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Este princípio decorre do princípio da unidade da Constituição e tem sido invocado largamente para resolver colisões entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O que fundamenta este princípio é a ideia de que todos os bens jurídicos-constitucionais ostentam igual valor, situação que impede a negação de um em face do outro ou vice-versa e impõe limites e condicionamentos recíprocos de modo a alcançar uma harmonização ou concordância prática entre eles, através de uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto.

Importante registrar que a força normativo-imperativa dos princípios já é conhecida e plenamente aceita. É tanto que, Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 451), em clássica passagem do seu Curso de Direito Administrativo, consignou que os princípios consistem em “mandamento nuclear de um sistema”.

Por isso, é necessário ponderar as disposições constitucionais que propagam ser “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: proteção em face da automação, na forma da lei” (art. 7º, XXVII) e pregam que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça

social”, bem como, “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (Art. 170, *caput* e parágrafo único).

## 6. CONCLUSÃO

Restou evidenciado que a situação do cibertrabalhador assume contornos dramáticos diante da ausência de manifestação e imposição normativa estatal sobre o tema. Teme-se que quando o Estado movimentar-se para decidir sobre o assunto, seja tarde demais e nefastos efeitos tenham atingido a sociedade.

Assim, para que isso não ocorra, atualmente cabe aos operadores do direito e ao Poder Judiciário em geral, diante da anomia normativa, apontar as soluções mais adequadas e proporcionais, harmonizado constitucionalmente os interesses que se contrapõem.

Nesse ponto, o Poder Judiciário, principalmente a Justiça do Trabalho, mais uma vez assume o papel de protagonista e atua no sentido de agasalhar os interesses antagônicos decorrente da situação social não regulamentada pelo Legislativo. Sem dúvida o Judiciário Trabalhista é o órgão estatal mais sensível e competente para apresentar uma solução provisória, mas não é a instituição constitucional adequada para solucionar definitivamente o conflito aqui abordado, porém, mesmo não sendo sua função constitucional precípua, o Judiciário destaca-se e cumpre o seu árduo papel de pacificador social.

Diante disso, a única solução que consegue visualizar, através de uma análise limitada pelos seus próprios fundamentos peculiares, é a

que centra na aplicação principiológica sobre o tema, com o objetivo de se agasalhar os interesses conflitantes enquanto aguardamos a atuação do Estado no sentido de normatizar a situação.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (org.). *Infoproletários - Degradação Real do Trabalho Virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curo de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Uberização e Trabalho Autônomo*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. vol. 52, n. 103, jul./dez. 2019. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2019.

HARARI, Yuval Noah. *O significado da vida em um mundo sem trabalho*. The Guardian. Disponível em: <https://www.pensarcontemporaneo.com/yuval-noah-harari-uma-nova-classe-de-pessoas-deve-surgir-ate-2050-a-dos-inuteis/?fbclid=IwAR0NrQkPlClghUuJY04pRamjlxh>

HIAK0xeQY6pkC1\_MG811N9I6TB9AW8Q8. Acesso em 29 jan. 2020.

ISAACSON, Walter. *Os Inovadores: Uma Biografia da Revolução Digital*. São Paulo: companhia das letras, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A Uber e o Direito do Trabalho*. O Globo. 01 fev. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-uber-o-direito-do-trabalho-23418490>. Acesso em: 17 jan. 2020.

MACHADO, Leandro (A). *Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos*. 22 mai. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340?xtor=AL-73-%5Bpartner%5D-%5Bmicro soft%5D-%5Blink%5D-%5Bbrasil%5D-%5Bbizdev%5D-%5Bisapi%5D>. acesso em 29 jan. 2020.

\_\_\_\_\_(B). *‘Só nos vemos na garagem’: as famílias que dividem o carro para trabalhar 24h por dia em apps de transporte*. 25 nov. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50383388>. acesso em 29 jan. 2020.

TST. *Uber: Quinta Turma afasta reconhecimento de vínculo de emprego de motorista*. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/25103977](http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/25103977). Acesso em 05 de fev. 2020.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de*

*Direito do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEPOMUCENO, Thiago Luann Leão. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: É possível levar uma ofensa ao Direito do Trabalho à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. n. 47, jul./dez. 2015. Campinas. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

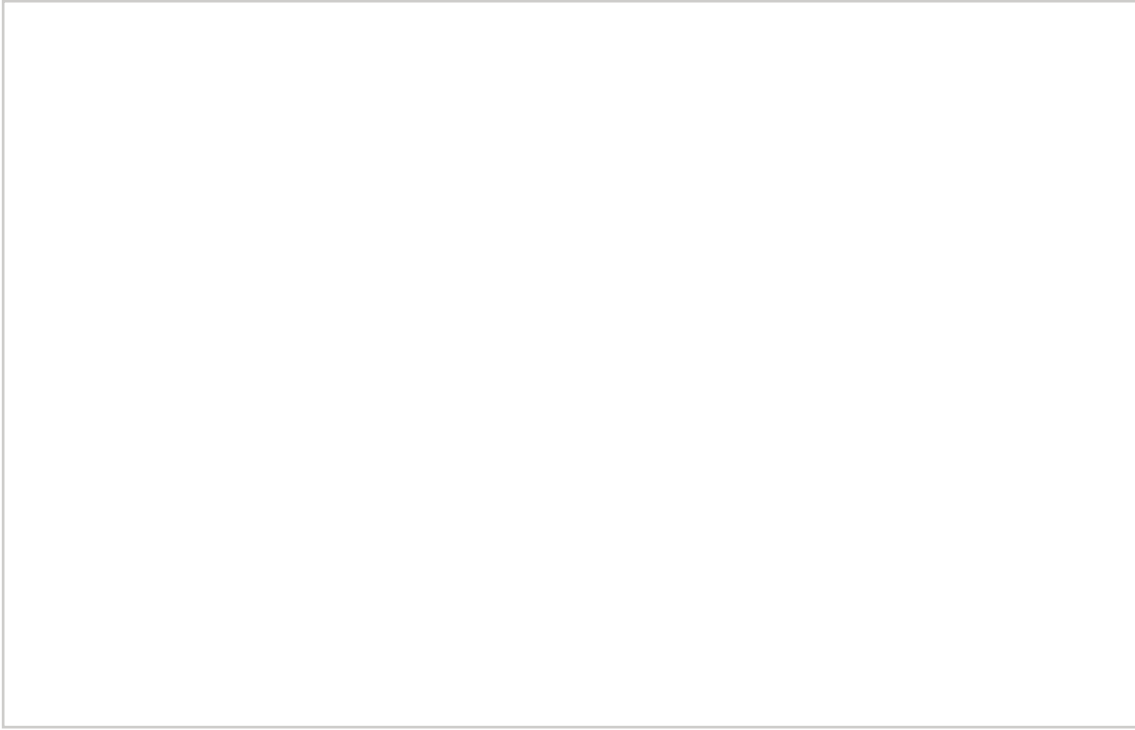
OLIVEIRA, Med Brazão de. *O STJ, o Uber e a relação de trabalho no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5916, 12 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76464>. Acesso em: 17 jan. 2020.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação do contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *Proteção e Nível de Civilização*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. vol. 48, n. 95, jul./dez. 2015. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2015.

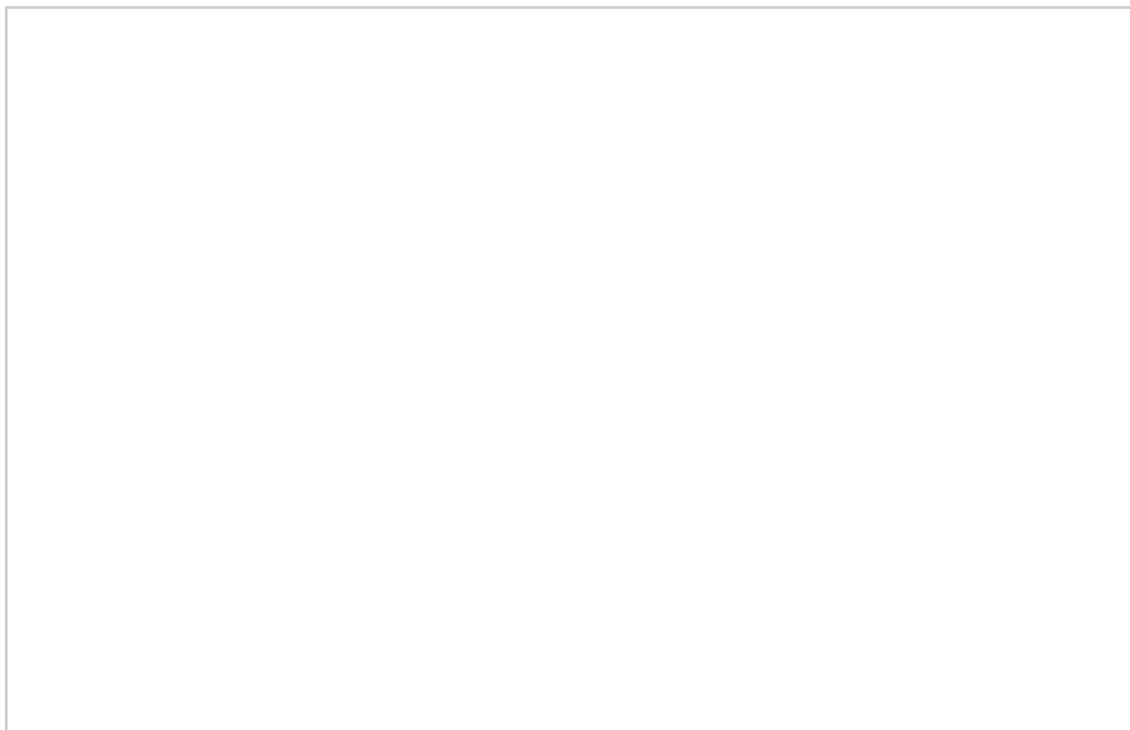
SANTOS, RAFA. *Decisão acende debate sobre vínculo trabalhista na economia de aplicativos*. CONJUR. 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/decisao-acende-debate-vinculo-economia-aplicativos>. Acesso em 29 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



**COBRANÇAS EXCESSIVAS FORA DO AMBIENTE  
DE TRABALHO É DESTAQUE NO JORNADA**

<https://youtu.be/mzqeDRI3-8U>



**COBRANÇAS DO PATRÃO VIA WHATSAPP  
PODEM GERAR JORNADA EXAUSTIVA**

<https://youtu.be/pvhavbf8PhA>



## ANALISTA DE SUPORTE CONSEGUE NA JUSTIÇA RECONHECIMENTO DO DIREITO À DESCONEXÃO

Analista de suporte consegue na Justiça reconhecimento do direito à desconexão

Um analista de suporte da Hewlett-Packard Brasil Ltda. obteve, na Justiça do Trabalho, o direito de ser indenizado por ofensa ao “direito à desconexão”. Segundo a decisão, ele ficava conectado mentalmente ao trabalho durante plantões que ocorriam por 14 dias seguidos, e, além de cumprir sua jornada, permanecia à disposição da empresa, chegando a trabalhar de madrugada em algumas ocasiões.

O assunto é novo para a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que julgou na última semana um agravo da empresa contra a condenação. Os ministros entenderam que o direito ao lazer do trabalhador foi suprimido em virtude dos plantões e mantiveram a indenização de R\$ 25 mil.

O empregado sustentou na reclamação trabalhista que o sistema de sobreaviso imposto pela empresa o privou do direito ao descanso e ao lazer e à desconexão ao trabalho. “Toda noite eu era acionado em média três vezes e não podia dormir corretamente, pois o celular ficava ligado 24 horas”, afirmou.

Para a Hewlett-Packard, houve equívoco na caracterização do sobreaviso, já que apenas o plantão e o uso de aparelhos telemáticos não são suficientes para a sua caracterização. “É preciso que o empregado fique à disposição da empresa e exista manifesta restrição de sua liberdade de locomoção”, argumentou.

### Desconexão

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização, entendendo que o trabalhador não estava impossibilitado de se locomover durante os plantões. Mas o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região proveu recurso do analista e condenou a empresa. “Não há como se ignorar que havia uma expectativa de o trabalhador ser chamado a qualquer momento durante esses dias”, afirma o Regional. “Esta expectativa retira dele a energia e a concentração que deveriam estar voltados para a sua vida privada”.

Para o TRT, o direito de se desconectar do trabalho visa à preservação da intimidade da vida privada e da saúde social do empregado. “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”.

## Precarização

No agravo pelo qual tentou trazer o caso ao TST, alegando violação a dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil, a HP argumentou que não era possível identificar propriamente um dano, mas “dissabores”, que não caracterizariam danos morais. “A prestação de horas extras, mesmo habitual, por si só, não significa obstáculo ao lazer do trabalhador a ponto de ensejar-lhe reparação”, sustentou.

O relator do agravo, ministro Cláudio Brandão, reconheceu que a evolução da tecnologia refletiu diretamente nas relações de trabalho, mas que é essencial que o trabalhador se desconecte a fim de preservar sua integridade física e mental. “O avanço tecnológico e o aprimoramento das ferramentas de comunicação devem servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador”, ressaltou.

Segundo Brandão, trabalhos a distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática ou de regimes de plantão pode representar uma precarização de direitos trabalhistas. Lembrou ainda que o excesso de jornada já aparece em 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”, concluiu.

Por unanimidade, a Turma desproveu o agravo de instrumento.

(Ricardo Reis e Carmem Feijó)

Processo: **AIRR-2058-43.2012.5.02.0464**

[http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/id/24465019](http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24465019)

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Calibri corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 12 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRT-9ª REGIÃO**  
**Escola Judicial**