

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 família¹.

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 descanso².

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 disciplinar³.

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 exigidas⁴. 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.⁵

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.⁶

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.