



AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO (TIC) E O DIREITO À DESCONEXÃO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹
Franciele Bonho Rieffel²

RESUMO

Trata-se de pesquisa documental, bibliográfica, jurisprudencial acerca do direito humano e fundamental à desconexão no Brasil que deve ser assegurado ao empregado, após cumprimento diário da jornada de trabalho, para a fruição do descanso e de tempo livre para desenvolvimento pessoal, inclusive mediante o gozo do direito ao lazer, impedindo que, por meio dos efeitos nocivos do uso das novas Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC), ocorram violações de direitos e, dessa maneira, retrocessos na relação de emprego, gerando conflitos que afetem à vida e à dignidade em favor de uma suposta exigência de estado ininterrupto de disponibilidade laboral.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Direito à desconexão; Dignidade da pessoa humana; Novas Tecnologias; Jornada de trabalho;

NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (ICT) AND THE RIGHT TO DISCONNECT AS HUMAN AND FUNDAMENTAL LAW IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

ABSTRACT

It is a documentary, bibliographical, jurisprudential research on the human right and fundamental to the disconnection in Brazil that must be assured to the employee, after daily fulfillment of the working day, for the enjoyment of rest and free time for personal development, including through the enjoyment of the right to leisure, preventing the harmful effects of the use of the new Information and Communication Technologies (ICT) from occurring violations of rights and, thus, setbacks in the employment relationship, generating conflicts that affect to life and dignity in favor of a supposed requirement of uninterrupted state of labor availability.

Keywords: Human rights; Right to disconnect; Dignity of human person; New technologies; Working time;

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Trata-se de análise pautada no paradigma dos direitos humanos e fundamentais

¹ Graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC, doutora em Direito pela Universidade de Augsburg – Alemanha, pós- doutoranda em Direito pela PUC-RS e pela Universidade de Hamburgo- Alemanha, é advogada e professora da graduação e do mestrado em Direitos Humanos da Uniritter- RS.

² Graduada em direito pela PUC-RS, pós-graduada em Direito Público pela ESMAFE/UCS, pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio e mestranda em Direitos Humanos pela Uniritter-RS, é advogada no Estado do Rio Grande do Sul.



assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, mediante emprego de metodologia qualitativa, jurisprudencial, bibliográfica, descritiva e exploratória, sobre o direito à desconexão do trabalho no cenário atual. Pressupõe a consagração e afirmação dos direitos do empregado não ser obrigado a permanecer conectado ao ambiente laboral e, dessa maneira, disponível a todas demandas após o devido cumprimento da regulamentar jornada de trabalho. Consiste em uma reflexão situada em um panorama de excessivo emprego de Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC) que se reflete nas relações entre os empregados e os empregadores para envidar esforços no sentido da recomposição de uma relação de emprego compatível com os direitos humanos e fundamentais assegurados no ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se, no entanto, que atualmente as organizações necessitam cada vez mais alcançar resultados satisfatórios em termos de lucratividade e, nesse sentido, cumprir com os diversos compromissos contratuais dentro de prazos e das metas afim de executar os serviços pontualmente e com a máxima eficiência, em especial se agravadas as condições em razão do atual momento recessivo. Em rigor, há uma produção de demandas e de tarefas que, em razão da urgência, do imponderável, do ambiente econômico recessivo, e, acima tudo, em razão do fenômeno atual de conexão e de dependência das mídias e das novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) acarretam uma espécie de alteração dos horários ditos comerciais ou de expedientes ordinários¹, gerando uma forma de violação aos direitos trabalhistas essenciais em razão do desrespeito à delimitação da jornada de trabalho e, desse modo, atropelando as mínimas condições que normalmente possibilitam à manutenção de um quadro funcional adequado que, no gozo de direitos humanos e fundamentais, possa se planejar minimamente e a partir disso preservar os horários e os períodos de descanso e, assim, usufruir do direito à desconexão.

Com efeito, verifica-se que algumas empresas necessitam atender ou prestar serviços ininterruptos durante as vinte e quatro horas do dia e durante todo o ano, ou seja, sem exceções de datas, feriados e finais de semana, gerando contratação própria e a manutenção de um regime de trabalho específico com regularidade contratual tendo como base uma jornada de trabalho e descansos diferenciados em conformidade com a legislação. Assim,

¹ Neste artigo, expedientes ordinários são aqueles os quais não superam 8 horas diárias e 44h semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme dispõe artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988.



consistem em exceções e, portanto, torna-se plausível assumir uma postura de disponibilidade fora do ambiente habitual de trabalho e em horários bem distintos.

No entanto, no momento atual não é mais incomum muitas empresas manterem os trabalhadores em regime de disponibilidade integral, de certa forma dissimulada e velada mediante o incremento de práticas voltadas a tornar o ambiente extremamente competitivo e pelo o uso excessivo das Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC), sem os reconhecer e os remunerar como integralmente acessíveis, inclusive durante os períodos que deveriam ser resguardados para o descanso. Essa realidade se aplica de modo disseminado aos serviços manuais, técnicos, intelectuais e ou de consultoria. Nesse regime de sobreaviso, em que o trabalhador permanece à disposição, mesmo que para chamados eventuais, não há descanso, em particular pela necessidade de resguardar um estado de prontidão e, desse modo, de ansiedade e de inquietude fruto da possibilidade real de vir a ser chamado a qualquer momento. As novas tecnologias e seu uso nocivo fomentam e facilitam a comunicação a qualquer hora, assim a ordem ou pedido acabam por determinar uma demanda pela realização de tarefas a qualquer momento, tendo sido agravada a situação com o advento dos *smartsfones* e principalmente pelo manejo de ferramentas singulares das mídias sociais.

Nesta linha prospectiva, verifica-se a urgente necessidade de se analisar o âmbito de proteção do Direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo deste estudo é, a partir da teoria dos direitos humanos e fundamentais e, assim, tendo como escopo o direito constitucional após os trinta anos da Constituição de 1988, mormente no que toca à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, perscrutar as ocorrências de violações derivadas das ações empreendidas pelas organizações privadas em relação aos seus funcionários e colaboradores fora do contexto da obrigação contratual e além do que pode ser instituída no local e no horário de trabalho.

2.O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.

A sociedade contemporânea está em constante evolução, ou seja, no ritmo advindo da aceleração e da evolução das novas tecnologias e, assim, em um contexto em que continuamente são forjadas novas necessidades. As tecnologias, vez que não são neutras, apresentam dualidades, ou seja, há sempre pontos positivos e negativos detectáveis em sua



evolução. Indiscutível considerar como pontos positivos a facilidade de termos acesso informacional, desvendando novos saberes e, assim, oportunizando o conhecimento expandido de novas culturas e das alteridades outrora distantes.²

As tecnologias em evidente evolução e disseminação facilita a vida das pessoas em algumas áreas específicas e, inclusive, torna mais fáceis a execução de tarefas do cotidiano, particularmente por estreitar laços pela diminuição das distâncias entre as pessoas. Assim, ao serem oportunizadas as novas modalidades de comunicação, por meio do emprego das tecnologias, ficou muito mais fácil conversar com pessoas em locais diferentes, vez que a comunicação atualmente ultrapassa fronteiras limítrofes. E, dessa maneira, tem criado facilidades, bem como prejuízos. Com o incremento das mídias sociais, isto é, com a criação dos Aplicativos Whatsapp, Instagram e Facebook, os internautas passaram a usufruir da capacidade de estar em constante comunicação uns com os outros e assim, acabou gerando efeitos positivos, mas, produzindo igualmente uma vasta gama de efeitos nocivos, seja em relação ao universo das relações privadas seja em função da necessidade de se redesenhar as relações no âmbito público, sobretudo a partir dos efeitos projetados pelas experiências no mundo virtual sobre o novo espectro de relações no mundo real.

Nesse sentido, interessa, e.g., salientar que para Lévy (1996, p.16) o virtual se contrapõe ao atual e não ao real. De fato, ele enfatiza que o virtual é um complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação fática e que procura um processo de solução, o qual é denominado de atualização. Assevera, ainda, que a atualização é compreendida como a resolução que não estava contida de forma prévia ao enunciado.

Para um nível de compreensão mais amplo, Jorente (2012, p. 22) esclarece que a internet é composta por uma rede de computadores que atua como conjuntos de ambientes digitais de aprendizado e de entretenimento. Salienta ainda que a atuação ocorre a partir dos aspectos de cooperação e de empoderamento ao propiciar participação, contextualização,

²Segundo Marcelo Neri (2012, p. 57) – utilizando os dados do Gallup World Poll – em relação ao acesso à Internet, o Brasil está na 33ª posição num total de 154 países mapeados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Em relação ao gênero os homens apresentam mais chances de conectividade domiciliar em relação às mulheres. Em relação ao uso caseiro da internet, os homens utilizando cerca de 14.74% e as mulheres utilizam cerca de 12.5% (queda de 15.1%). No que se refere, de forma geral, ao acesso ao computador, no cenário básico – os homens utilizam 21.79% da internet, enquanto as mulheres utilizam 19.24% (queda de 11.7%). Ou seja, as mulheres acessam menos computadores proporcionalmente acessam ainda menos a Internet. O autor (2012, p. 62) aduziu que a rede está relacionado a liberdade de expressão em escala global.



autoarquivamento, conversação, agregação de dados e, nessa ordem, de grandes potenciais para transmissão da expressão da diversidade cultural, desenvolvimento de educação de prestação de serviços.

Conforme pesquisa elaborada e publicada por Teixeira e Somsen (2010, p.3) em site no Google sob título evolução dos meios de comunicação, depreende-se que a internet surgiu no século XX como uma rede global que reúne todos os dispositivos ligados e, daí, permite a comunicação e o compartilhamento de informação em nível mundial. A internet primeiramente começou a atuar como uma rede virtual que interligava dezenas de computadores, tendo como objetivo primordial facilitar o trabalho nas empresas pela comunicação entre seus funcionários e, posteriormente, se destacara a noção de interação social.

Na atualidade a Internet permite a comunicação global, desde websites com seus “e- commerces”, etc. Estrutura-se igualmente como negócio notadamente lucrativo, segundo o informativo no site na Google, sendo dominado pelas empresas mais poderosas do Mundo, ou seja, a própria Google, a Apple e a Microsoft, mas contando igualmente com a participação, embora que em menor escala, por uma quantidade enorme de pessoas que compõem corporações grandes, médias e pequenas com múltiplas e diversas finalidades.

Em geral, trata-se de um novo *modus vivendi* que, ao impor novos padrões, impõe necessariamente novas formas de regulamentação e de reestruturação da vida em sociedade, ou seja, a partir de demanda por uma nova estrutura ética que deve contemplar aspectos inovadores, agregando sentido ao outrora existente, mas, em especial implicando na garantia da aplicabilidade de regras jurídicas já consagradas pelo rol de direitos humanos e fundamentais nesse contexto totalmente diferenciado.

Para bonavides (2009, p. 575) os aferidores da validação de todos os poderes sociais, políticos e individual são os direitos humanos. Assim, a quebra da garantia de qualquer um dos direitos humanos gera um prejuízo para toda sociedade organizada democraticamente. Isto é, assegurar a legitimidade dos direitos humanos é assegurar os direitos de uma sociedade como todo.

Morais (2007, p. 3) ensina que a constitucionalização dos direitos fundamentais não seria um simples enunciado formal de princípios, mas uma integral positivação de direitos e que a partir dessa ordem constitucional qualquer cidadão poderá exigir sua tutela junto ao Poder Judiciário e no reconhecimento e estabelecimento da plena democracia.



Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 269) aborda que a aplicabilidade e a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais são plenas e imediatas - conforme a disposição do artigo 5º da CF 1988- observando, ainda, que este ordenamento constitucional tem sido atribuído à influência de outras ordens constitucionais sobre nossos constituintes, salientando entre esses exemplos, a Constituição Portuguesa.

Braga Júnior (2012) aborda tema dos impactos da Tecnologia da Informação (TI) na sociedade contemporânea, destacando que hodiernamente nenhum homem urbano ou rural vive sem ela por fazer parte da vida de todos e, assim, asseverou que a tecnologia causou grandes mudanças e impactos. Informa igualmente que muitas pessoas se deparam com dificuldades para manuseá-la, pois para dominá-la é imperioso uma espécie de acompanhamento minucioso para não ficar fora deste novo mundo tecnológico. Dentre os benefícios cita, a título de exemplo, a agilidade e a precisão na área empresarial que gera benefícios no setor negócios. Ponderou ainda que os benefícios e os malefícios dependem da gestão destes recursos tecnológicos, os quais surgiram para facilitar a vida humana. Abordou, ainda, no que se refere ao impacto da TI nas organizações, o aspecto de que por meio delas acaba-se exigindo do trabalhador mais qualificações e mais habilidades para, em um ambiente exageradamente competitivo, manter um cargo ou assumir outro, podendo, inclusive, sofrer os riscos de viver em clima instável, isto é, vivendo um temor de ser demitido, ou seja, de virar estatísticas de tipos de mão de obra substituída por novas métodos tecnológicos.

O autor esclarece ainda que a vida social sofreu grandes transformações com o surgimento do ciberespaço que é o espaço virtual onde as pessoas interagem e, destacadamente, da cibercultura representada pelo conjunto de crenças e valores criados a partir da tecnologia da informação (TI). Dessa maneira, resulta a ideia de que a vida na contemporaneidade está por um clique, tanto no que favorece ao livre desenvolvimento da personalidade quanto ao aniquilamento de seus atributos nucleares.

Interessa destacar que há, sem sombra de dúvidas, problemas daí decorrentes como por exemplo, a falta de horário para a vida real, ou seja, para as refeições e os estudos, isto é, acabando por desencadear vários tipos de dependência das tecnologias. Na área da saúde, salienta-se o surgimento de doenças até então desconhecidas que foram causadas pelo uso nocivo dos recursos tecnológicos, e.g., lesão por esforço repetitivo (LER),



problemas visuais e comportamentos compulsivos diversos, além de comprometimentos motores, hérnias e lombalgias. Incontestemente é, de certa forma, o problema do isolacionismo e da dependência advinda do uso excessivo das tecnologias, sobretudo das redes sociais, podendo ser, inclusive, comparado ao vício do álcool, do cigarro, entre outras drogas.

Para Kohn e Herte de Moraes (2007), a rede forma laços sociais, em que pese fazer parte do contexto de comunicação das organizações. Por essa razão novos padrões de organizações e de público surgiram, os quais exigiram formas de comunicações mais evoluídas. Foi necessário construir uma nova relação de comunicação em que se estabelece um contato de envio e de recebimento imediato, caracterizada pela resposta instantânea. Estar sempre conectado à Internet pode, dessa forma, gerar ansiedade, depressão, bem como outras doenças associadas à dimensão psíquica. E o grau de adoecimento é diretamente proporcional à perda da capacidade da pessoa de reagir às situações próprias do mundo real, destacando-se o aspecto elementar de compreender e de aceitar a passagem do tempo e sua função cronológica que, ao se refletir sobre os fazeres humanos, projeta as dimensões de passado, de presente e de futuro e, portanto, pontua e dá sentido à existência humana.

E, daí então, acaba convergindo esse quadro eivado de profunda ansiedade para uma forma de exagero que atinge um ambiente de trabalho em que o empregador, mesmo após o término da jornada de trabalho, passa a enviar diversas mensagens que, em apertada síntese, solicitam do empregado soluções e medidas a serem empreendidas, isto é, consistindo em questionamentos relacionados ao trabalho. Essas solicitações após o término da jornada de trabalho geram prejuízos ao empregado? Se geram, quais são? O funcionário pode optar em não responder?

O IBGE (2010) contribuiu bastante para elucidar o tema em razão da pesquisa com abrangência nacional e bienal sobre o uso das Tecnologias de Informação e de Comunicação nas Empresas (TIC- Empresa), vez que os dados contribuem muito para o conhecimento e para análise contextual da situação atual.³

³ Nessa pesquisa (2010) foram Registradas Informações gerais sobre o uso das TIC Em 2010 nas empresas com 1 ou mais pessoas ocupadas nas atividades selecionadas para a pesquisa que abrangeu cerca de 2,8 milhões de empresas. O uso das novas TIC ainda não alcançou a totalidade das empresas brasileiras. Destas, 2,2 milhões (80,8%) utilizaram computador; 2,1 milhões (76,9%) com uso da Internet e 2,3 milhões (83,3%), de telefone celular para trabalhos. As proporções de empresas que usaram computadores e Internet são



elevadas e crescentes e aumentam conforme o porte das empresas. Nessa pesquisa foi considerado o uso do computador de mesa (*desktop*) ou portátil (*laptop, notebook, netbook, tablet*). Fora do espaço físico da empresa, também, desde que no trabalho, incluindo pessoas ocupadas com ou sem vínculo empregatício, mas remuneradas diretamente pela empresa. Observa esse estudo que as possibilidades de comunicação, instantâneas, a partir de qualquer lugar que tenha infraestrutura, está mudando as formas de organização do trabalho nas empresas e as práticas de várias profissões. Sendo possível trabalhar a distância e até em deslocamentos entre lugares. Permite

Observa-se que os resultados destas pesquisas (IBGE, 2010) mostram que a possibilidade da extensão da conexão extraordinária ao trabalho estão configurados com a união e a interpretação dessas informações, na medida em que também exercem pressões para a execução do trabalho, inclusive, além das obrigações contratuais, prejudicando a garantia do direito à desconexão em muitas situações, destacando inclusive algumas situações as quais praticamente se torna impossível desvincular-se das obrigações extra-regulamentares impostas, até por medida de manutenção preventiva do emprego.

No ambiente laboral o problema mais premente questão é, ao fim e ao cabo, a regulamentação efetiva e a aplicação dos cânones normativos para o limite do uso das ferramentas tecnológicas, tanto do empregado que usa a internet para fins particulares na hora de trabalho, mas em particular no caso do empregador que fica em contato com o trabalhador após o término da jornada de trabalho em flagrante desrespeito à determinação da delimitação da jornada de trabalho.

3. O PROBLEMA DO ESTADO DE SOBREAVALO E A DELIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE

O desemprego tem afligido o Brasil de forma dramática, constituindo-se em fator essencial para a análise e para a discussão da questão acerca das condições de trabalho de modo geral e da excessiva conexão laboral e, dessa forma, acerca do direito à desconexão do trabalho. O IBGE mediante Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-

C) publicou que o desemprego voltou a crescer atualmente e informa o contingente de 13,1 milhões de pessoas em busca de ocupação. A taxa de desocupação voltou a crescer, no trimestre de dezembro de 2017 a fevereiro de 2018, atingindo 12,6%. No trimestre encerrado em novembro, a taxa era de 12,0%. Mas representaria melhoria no mercado de trabalho, pois no trimestre anterior do ano anterior o desemprego foi maior (a taxa chegou a 13,2%) alcançou 13,5 milhões de pessoas desocupadas, sendo o pior resultado para aquele trimestre na série histórica. A crise na economia tem sido o principal fator para a queda da atividade econômica, gerando altas taxas de desemprego.⁴



que pessoas ocupadas de uma empresa continuem seu trabalho e interação com a clientela mesmo fora da empresa ou do horário da jornada contratual.

⁴A taxa de desocupação é 12,6% (PNAD-C), divulgada pelo IBGE, representa, em números absolutos, mais 550 mil pessoas em busca de emprego, entre um trimestre e outro, totalizando cerca de 13,1 milhões de desocupados, taxa de 12,0 no trimestre anterior (conforme IBGE seria um crescimento esperado nessa época do ano devido a demissão de trabalhadores temporários (fim de ano e Natal). População ocupada cai para 0,9%,

Segundo Helal (2005), a empregabilidade individual na organização laboral é de suma relevância para o entendimento deste tema. Assim, apresenta as teorias abordando o capital humano, o capital cultural e o capital social no intuito de encetar um entendimento sobre a empregabilidade. Observa que o mercado de trabalho está inserido no contexto social com variáveis não só meritocráticas, mas igualmente por variáveis decorrentes do capital cultural e social.

Por essa razão, Helal (2005) aduziu que os resultados de pesquisas mostram que a sociedade e as organizações não são tão meritocráticas. Na teoria do capital humano já foi comprovado a importância e o valor dado pelo mercado de trabalho às capacidades adquiridas pelos indivíduos (escolaridade e experiência de trabalho). Não obstante, existem, também, outros valores considerados para determinação da empregabilidade nas organizações.⁵

Para Barbosa Filho (2017), ao abordar a crise da Economia no Brasil do período de 2014 a 2017 e as (saídas para a crise econômica) soluções possíveis⁶, afirmou que a perda de capacidade financeira do governo reduziu diversos investimentos da economia brasileira a partir de 2016. E aponta uma indisfarçável redução de consumo e investimento em 2015 e 2016, delineando um cenário recessivo no Brasil. Certamente este estudo traz, também, uma melhor compreensão sobre os fenômenos socioeconômicos que permeiam o devido enquadramento, a aplicabilidade e a efetividade do direito à desconexão do trabalho.

No âmbito do Direito do Trabalho, importa lembrar que a relação entre empregado e empregador é marcada pela desigualdade e que foi no decurso da História e, em rigor, pela afirmação do traço civilizatório, que as normas de direitos humanos e fundamentais foram sendo criadas objetivando assegurar algumas garantias aos empregados e, de certa forma, reestruturar e espancar a radical desigualdade ínsita à relação. Dentre algumas das garantias



redução de cerca 858 mil postos de trabalho(...). Empregados com Carteira de Trabalho assinada ficaram estáveis (33,1 milhões de trabalhadores), porém foi o pior resultado em números absolutos da série histórica iniciada em 2012.

⁵Helal (2005) conceitua ainda que a empregabilidade é uma variável dependente, ou seja, uma probabilidade de estar ou ser empregado por competências agregadas ao indivíduo, sendo definida como uma capacidade de adaptação às exigências do mercado de trabalho nas organizações.

⁶ Segundo Barbosa Filho, a redução da capacidade de crescimento da economia brasileira gerou um custo fiscal elevado. A taxa de crescimento saiu da faixa de 4% ao ano para menos de 2% ao ano. O setor público brasileiro em 2012 tinha superávit primário de 2,2% e gerou em 2016 um déficit primário de 2,7%.

que foram sendo paulatinamente asseguradas aos empregados estão o direito às férias remuneradas, à limitação da jornada de trabalho, às horas extras, ao adicional noturno, ao aviso prévio, dentre outras.

No que se refere à limitação da jornada de trabalho importa enfatizar que se trata de uma garantia constitucional. E, desse modo, merece grifo a previsão do art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988 (doravante CF/1988) de que a duração do trabalho normal não poderá ser superior a oito horas diárias e, pois, de quarenta e quatro horas semanais. A delimitação da jornada de trabalho assegura ao empregado um feixe de direitos correlatos que tem como base a garantia de não trabalhar de forma ininterrupta e, deste modo, reviver situações de escravidão.

Segundo Silva (2007, p. 46), a Constituição Federal de 1988 é rígida. Ou seja, é a lei suprema que rege o Estado. Aduz, ainda, que as normas constantes no ordenamento jurídico brasileiro só serão tidas como válidas se estiverem em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Para Barroso (2009, p. 139) as disposições constitucionais são constituídas de força normativa e capaz de produzir efeitos concretos, os quais independem de regras posteriores. A pesar de parecer clara essa questão, diversas Constituições modernas tiveram que declarar expressamente a imediata aplicabilidade das normas constitucionais, conforme demonstrados no §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual declara explicitamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Para Barros (2010, p. 723) o descanso semanal obrigatório tem fundamentos de ordem social, biológica e econômica. Isto porque, o repouso do trabalhador evita a fadiga ocasionada pelo trabalho exercido durante a semana, oportunizando, assim, maior



liberdade ao empregado para ter convívio familiar e social. Além do que, o mediante o repouso o trabalhador descansado poderá ter o seu rendimento e produção de trabalho aumentado, trazendo, dessa forma, lucro à empresa.

Consoante Gomes e Gottschalk (2006, p. 296), a duração da jornada de trabalho é limitada, do ponto de vista moral, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo que este princípio deve ser mantido por se tratar de norma constitucional, conforme inciso III do Artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

A limitação da jornada de trabalho está, portanto, correlacionada aos direitos humanos e às garantias fundamentais assegurados na CF/88, em rigor, se refere diretamente aos direitos sociais, tais como, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. A propósito, o direito ao lazer está igualmente previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XXIV que prevê que “Todo ser humano tem direito a repouso e ao lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e às férias remuneradas periódicas.”.

É direito humano e fundamental do empregado dispor de tempo para descansar ou para fazer o que quiser. O direito ao lazer é uma das formas de promoção social, conforme dispõe o §3º do art. 217 da Constituição Federal, o qual condiz que o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social. Sem dúvidas, trata-se de proteção igualmente depreendida do teor do inciso IV do artigo 1º da CF/88 na forma da proteção aos valores sociais do trabalho em franca conjugação com a livre iniciativa e, dessa maneira, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Para Calvete (2006, p. 4), na origem do capitalismo, buscou-se, por meio da extração da mais-valia absoluta, pelos empresários no aumento da jornada de trabalho o aumento da lucratividade. Posteriormente, o objetivo foi a extração da mais-valia relativa, por intermédio da intensificação do trabalho dentro da jornada de trabalho permitida em lei ou convenção coletiva. Isso ocorreu quando os trabalhadores e a sociedade organizaram-se e exigiram regras que limitassem o período de trabalho dos empregados. Em rigor, o processo de maturação da sociedade, em especial no ocidente, foi no sentido de passar a abominar qualquer ato que possa tangenciar a exorbitância na relação de emprego, evitando qualquer retorno ao trágico momento em que a escravidão foi admitida e até



protegida.

4.O DIREITO À DESCONEXÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Necessário reforçar que, à guisa de exemplificação, Brenno Grillo (2017) esclarece que a Lei da Desconexão foi aprovada na França e se encontra em vigor desde 2017 e, dessa forma, assegura aos empregados franceses o amparo legal para não responderem mensagens após horário de expediente laboral. A referida lei é válida para empresas com 50 trabalhadores ou mais, porém permite a negociação com empregadores acerca do uso da comunicação fora do expediente por e-mails e *whatsapp*. Conforme a constatação da maioria

dos sindicatos franceses esse diploma legal se tornou imprescindível na medida em que as novas tecnologias impuseram uma carga de trabalho não declarado que extrapolava o horário previamente pactuado.

No Brasil, a Lei Nº 12.551/2011 alterou o artigo 6º da CLT ao dispor que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Além disso, do parágrafo único do artigo ora citado aduz-se que 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.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3), julgando recurso de ação trabalhista negada em 1ª instância, condenou uma ex-empregadora a pagar uma indenização ao trabalhador cujo pedido por danos morais se baseou na sustentação de que era acionado para retornar ao trabalho durante as madrugadas, finais de semana e até nas férias. O pedido foi inicialmente indeferido em 1ª Grau, tendo o magistrado entendido que não houve provas de danos morais, vez que o reclamante detinha o cargo de Gerente Administrativo, posição de confiança, e, portanto, poderia administrar seus horários, sendo essas condições de trabalho inerentes ao seu cargo. Em nível recursal foi reformada a decisão, condenando a ré por dano moral existencial. O Relator reconheceu o extenuante regime de trabalho imposto ao trabalhador que comprometeu a sua liberdade, a sua



convivência familiar e social com inegável frustração de seu projeto de vida em razão da impossibilidade de desconexão ao trabalho, causando danos e prejuízos.

Nessa medida de reconhecimento das possibilidades de dano e da evidente necessidade de assegurar proteção apropriada aos riscos e prejuízos provenientes da excessiva disponibilidade no ambiente de trabalho, destaca-se ainda que,

Importa evidenciar que, segundo o relator, ocorreu afronta ao princípio da dignidade humana previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88, vez que o empregado não pôde se dedicar ao desfrute de sua vida privada em função da imposição do trabalho excessivo. E, nesse sentido, restou caracterizado o inegável prejuízo às atividades pessoais e às relações intersociais.

Interessa mencionar que a sociedade industrial pós-moderna se caracteriza por produtividade, qualidade, multifuncionalidade, pelo “*just in time*”, disponibilidade “*full time*”, competitividade, excessivo número de metas a serem atingidas sob comando direto e indireto em um ritmo gradativamente cada vez mais intenso e profundo. E, portanto, se torna cabível nessa situação segundo a moderna doutrina, o entendimento de que há inúmeras possibilidades de que no decurso da extraordinária e contínua demanda dos superiores ser causado dano existencial de natureza extrapatrimonial a despeito de possível dano moral.

Essencial é sublinhar o posicionamento de Souto Maior (2003, p.1) que observa que falar em desconexão importa traçar um paralelo entre a utilização das tecnologias e o direito de não trabalhar, “*ipsis literes*”, o direito a se desconectar do trabalho. Souto Maior (2003, p.1) enuncia ainda que o tema acerca da desconexão apresenta contradições, vez que ocorre em um mundo marcado pela inquietação, fruto do atual momento recessivo e do aumento dos índices de desemprego, em que as tecnologias tanto se prestam para o incremento do mercado e do aprimoramento profissional quanto para justificar várias demissões na medida em que há a substituição do Humano pela máquina.

Outro aspecto digno de nota é que, a depender do uso, a tecnologia pode escravizar o Homem aos meios de informação, transformando o prazer em necessidade de estar informado e, nessa medida, sempre atualizado para se manter no mercado de trabalho. O direito à desconexão seria, pois, dentre outras, uma derivação direta do direito à saúde e do



direito à integridade física e psíquica, pautado em uma principiologia constitucional em que se destaca a dignidade da pessoa e a garantia aos valores sociais do trabalho.

O autor supracitado (SOUTO MAIOR, 2003, p.5) ponderou em análise da arguição da Súmula n. 269, do TST que dispõe que empregado eleito para cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego, discutindo e salientando a sua exclusão dos direitos ao limite da jornada de trabalho, notadamente em razão da observância de períodos de descanso (inter e entrejornadas), do respeito ao descanso semanal remunerado e ao adicional noturno, por previsão do art. 62, II, da CLT. Ainda abordou a questão da duração do trabalho, especificamente quanto à exclusão dos gerentes, cargos de gestão e empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Souto Maior argumenta outrossim (2003, p. 7-9) que o inciso XV do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e, portanto, a pretendida exclusão contida no art. 62, II da Consolidação das Leis do Trabalho, neste aspecto, mostra-se inconstitucional. Note-se, a propósito, que a própria Lei n. 605/49, que tratou do direito ao descanso semanal remunerado, não excluiu de tal direito os empregados dos altos escalões.

Ora, inevitavelmente, torna-se clarificada a conclusão de que o art. 62, II, da CLT, é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7º CF conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho. O artigo em questão, portanto, é inconstitucional, ainda mais quando iguala aos gerentes os “chefes de departamento ou filial”. Observa-se que, em razão da incidência do texto constitucional que dispõe no artigo 7º, XIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, que a duração do trabalho normal não deva ser superior a oito horas diárias e, daí, a quarenta e quatro horas semanais.

Quanto ao Teletrabalho, ou Trabalho à distância, que, apontado como uma forma nova de prestação de serviços, não se configura como uma relação de emprego. Nesta modalidade a residência se torna o local de trabalho, inserindo-se o trabalho na vida particular e íntima e, com isso, prejudicando a vivência na esfera privada, dentre outros aspectos. O direito ao não-trabalho neste caso, de fato, resta agredido (2003, p.12-13).



Incontestemente é que, de fato, a falta de reconhecimento da existência da relação de emprego nesse caso tem gerado uma exploração velada e irresponsável do capital sobre o trabalho.

Destaca-se o teor do artigo 6º. da CLT que veda a diferenciação entre trabalho interno e externo de empregado. Detectada a relação de emprego, o efeito concreto referente ao direito ao não-trabalho, é o da declaração do direito à limitação da jornada de trabalho. Caberia ao empregador estabelecer o limite da jornada de trabalho, contrariando o pretexto de dificuldade de quantificação que, em rigor, seria apenas uma dificuldade instrumental de mensuração. Assim, torna-se perceptível que o avanço tecnológico apresenta a paradoxal complexidade de permitir que o trabalho seja exercido à distância, possibilitando, inclusive o seu controle pela produtividade ou por outras formas de aferição. Desta maneira, não resta dúvidas que a exigência de cumprimento de horas extras não remuneradas é uma das mais atuais e comuns violações de direitos.

No que toca à redação da Súmula 428 (2012), é imperioso evidenciar o teor do inciso I que dispõe que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso. Desta feita, evidencia-se que uso de celular não configura o direito a horas extras ou ao enquadramento em regime de sobreaviso. O inciso II, por outro lado, reconhece ao empregado o regime de sobreaviso quando houver controle patronal à distância por instrumentos telemáticos ou informatizados e em regime de plantão ou equivalente quando aguardar chamado de serviço a qualquer momento (estado de disponibilidade) durante o período de descanso.

A propósito, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (2017) decidiu favoravelmente ao empregado no processo nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464. No caso em tela, foi interposto Agravo de instrumento pela empregadora, o qual foi negado provimento. A 7ª Turma decidiu em manter a Responsabilidade civil do empregador e, pois, reconheceu danos morais causados ao empregado, sobretudo a partir da caracterização do Direito à desconexão por horas de sobreaviso.

Restou, dessarte, clara a posição do Tribunal Superior no que tange ao reconhecimento do direito à desconexão como direito fundamental, devendo ser garantido a todos os trabalhadores, sob pena de ofensa à Carta Magna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS



O presente artigo permitiu ampliar e esclarecer o entendimento acerca do tema e, nesse sentido, oportunizou a percepção do mapa de violações de direitos humanos e fundamentais, sobretudo após a reflexão acerca do contexto atual vivenciado no Brasil e no mundo, particularmente em razão da clivagem cultural efetuada pelo advento e pelo uso excessivo das tecnologias de informação e de comunicação.

Em rigor, face à realidade atual das organizações privadas, demonstrou-se a urgência de reconhecimento do direito à desconexão como direito humano e fundamental e, nessa ordem, restou pacificado esse entendimento na medida em que se pode inferir o seu âmbito de proteção a partir da delimitação da jornada de trabalho e de um feixe de outros direitos individuais e sociais, plenamente consagrados na CF/88.

Assim, apesar de tantos fatores favoráveis, o incremento no emprego das tecnologias de informação e de comunicação, também ocasiona traumas e inquietudes, como a necessidade de manter a empregabilidade, a atualização e contínuo aprendizado para acompanhar um mundo em transformação vertiginosa. Necessidade de estar “*on line*” não pode ser critério que altere a empregabilidade, vez que quando o empregado finaliza a sua jornada de trabalho, deve ser garantido o descanso totalmente livre e remunerado. Este direito deve ser respeitado pelo empregador, apesar das supostas demandas emergenciais.

É primordial, no entanto, que seja fomentado um amplo debate de estudiosos, visando buscar soluções eficazes que sanem situações de inconstitucionalidade em que são cometidos atos velados contra o direito fundamental à desconexão do trabalho.

Ao fim e ao cabo, foi possível constatar que o direito à desconexão do trabalho já é reconhecido, inclusive no que se refere a esta nova fenomenologia de acontecimentos que vem, gradativamente, aumentando em razão da amplitude da utilização da tecnologia da informação e de sua utilização instantânea pelo uso dos smartphones, computadores e das mídias sociais utilizadas para a comunicação instantâneas e transações de requerimentos de tarefas para o trabalhador.

Conclui-se, também, que o Poder Judiciário tem estado atento e prolatado decisões favoráveis para o resguardo do instituto da desconexão do trabalho. Contudo, pode-se ainda aferir que existem milhares de trabalhadores que não conseguem assegurar o pleno



direito à desconexão do trabalho. Existem categorias de trabalhadores, tais como, executivos e outras categorias profissionais que não têm a delimitação da jornada de trabalho assegurada e, dessa forma, estão excluídos desse pleno direito de desconexão no âmbito do trabalho, ficando integral e ininterruptamente à disposição da organização. Em rigor, a garantia do direito à desconexão do trabalho é uma garantia que atualiza os diversos modos de expressão dos direitos humanos e fundamentais na medida em que assegura ao ser humano a possibilidade de ser reinventar em um ambiente eivado de riscos, expressos e velados, de violações de direitos que já se encontram amplamente consagrados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas-limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. atual. e ampl. São Paulo: Editores Malheiros, 2009.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 28 de março de 2018.

_____. **Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> acesso em 28 de março de 2018.

_____. **Lei 12.551 de 15 de dezembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm acesso em 28 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 605 de 05 de janeiro de 1949**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1940-1949/lei-605-5-janeiro-1949-367115-normaatualizada-pl.pdf>> acesso em 28 de março de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 269**. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-269> acesso em 28 de março de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 428**. Disponível em



<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#S-UM-428> Acesso em 28 de março de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2058-43.2012.5.02.0464**. Ministro Relator Cláudio Brandão. Publicado em 27/10/2017.

Disponível em

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2058&digitoTst=43&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0464&submit=Consultar>> acesso em 28 de março de 2018.

_____.Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Violação ao direito à desconexão do trabalho gera indenização por danos morais**. Disponível

em<<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2015-2016/violacao-ao-direito-a-desconexao-do-trabalho-gera-indenizacao-por-danos-morais-28-10-2015-06-02-acs>> acesso em 27 de março de 2018

CALVETE, Cássio da Silva. **Redução da Jornada de Trabalho: uma análise econômica para o Brasil**. Disponível em

<http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/285607/1/Calvete_CassiodaSilva_D.pdf> acesso em 24 de março de 2018.

FILHO, Fernando de Holanda Barbosa. **Saídas para a crise econômica/A crise econômica de 2014/2017**.Disponível

em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142017000100051> acesso 04 de abril de 2018.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRILLO, Brenno. **Aprovado na França, direito à desconexão é discutido em tribunais brasileiros**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/aprovado-franca-direito-desconexao-discutido-brasil>> acesso em 27 de março de 2018.

HELAL, Diogo Henrique. **Flexibilização organizacional e empregabilidade individual: proposição de um modelo explicativo**.

Disponível

em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512005000100006> acesso em 31 de março de 2018

IBGE. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nas**



Empresas. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9137-pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nas-empresas.html?=&t=o-que-e>> acesso em 30 de março de 2018

_____. **Desemprego volta a crescer com 13,1 milhões de pessoas em busca de ocupação.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20674-desemprego-volta-a-crescer-com-13-1-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-o>> acesso em 04 de abril de 2018

_____. **Pnad Contínua: taxa de desocupação foi de 12,6% no trimestre encerrado em fevereiro.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20675-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-foi-de-12-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro.html>> acesso em 04 de abril de 2018

JORENTE, Maria José Vincentini. **Impacto das tecnologias de informação e comunicação: cultura digital e mudanças sócio-culturais.** Disponível em <<file:///C:/Users/Micro/Downloads/12672-19568-2-PB.pdf>> acesso em 26 de março de 2018

JUNIOR, Luiz Carlos Ferreira Braga. **Impactos da tecnologia da informação na sociedade contemporânea.** Disponível em <<https://www.webartigos.com/artigos/impactos-da-tecnologia-da-informacao-na-sociedade-contemporanea/99704#ixzz5AxpCisY0>> acesso em 26 de março de 2018

LEVY, Pierre. **O que é virtual? – Tradução de Paulo Neves.** São Paulo: Ed. 34, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

KOHN, Karen. MORAES, Cláudia Herte de. **O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital.** Disponível em <<https://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>> acesso em 24 de março de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12.ed.rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29ª ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



TEIXEIRA, Miguel; SOMSEN, Pedro. **Evolução dos meios de comunicação para a disciplina de Expressão e Comunicação.** Disponível em <<https://sites.google.com/site/fctunlcomunicacao/evolucao>> acesso em 26 de março de 2018.

NERI, Marcelo Côrtes. **Mapa da Inclusão Social.** Fundação getúlio vargas, centro de políticas sociais, Rio de Janeiro. 2012. Disponível em <file:///E:/MID_texto_principal.pdf%20fgv.pdf> acesso em 30 de março de 2018.

ONU. **Declaração universal de direitos humanos de 1948.** Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> acesso em 24 de março de 2018.