

O DIREITO A DESCONEXÃO COM OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO DO EMPREGADO QUE POSSUI CARGO DE CONFIANÇA.

Rodolfo Ignácio ALICEDA¹

RESUMO: A tecnologia de comunicação está cada vez mais atingindo a todas as camadas sociais, podendo ser encontrado telefones com acesso à internet e aplicativos de conversação instantânea tanto com trabalhadores como com seus empregadores. Esta rápida evolução tecnológica trouxe também novos problemas para a relação trabalhista, como é o caso da eterna conexão do empregado com seu ambiente de trabalho através dos “smartphones”. Todos os empregados possuem direito ao descanso e ao lazer, como prevê a Constituição Federal brasileira, mas essa eterna ligação com o ambiente trabalhista esta privando o trabalhador de usufruir plenamente de seu direito. Os empregados que possuem cargos de confiança em seus empregos necessitam ter uma conexão mais forte com o ambiente de trabalho e com o patrão, tornando seu direito à desconexão menos intensa do que a de um trabalhador comum, mas isto não significa que não possuem o direito de “não trabalharem” quando a lei assim os permitir.

Palavras-chave: Tecnologia. Altos Cargos. Desconexão. Descanso. Intimidade.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução tecnológica e o advento dos celulares com capacidade de utilização de aplicativos para conversação a comunicação entre empregador e empregado ficou cada vez mais fácil.

Hoje é comum e acessível a todas as camadas sociais de trabalhadores a possibilidade de ter um smartphone.

Em virtude da facilidade de possibilidades de comunicação entre os sujeitos da relação do trabalho, é corriqueiro que ocorra algumas lesões ao direito de intimidade, de descanso e de lazer do empregado o uso prolongado destes meios.

Explica Juliana Augusta Medeiros de Barros (2012, p.179)

¹ Discente do curso de pós-graduação em direito do trabalho e previdenciário do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente - SP. E-mail: rodolfo_aliceda@hotmail.com.

Os meios eletrônicos mais comuns e que vêm sendo sede de controvérsias no tocante à violação dos direitos à intimidade e à privacidade do empregador, sejam eles analógicos ou digitais, são polígrafos, os detectores de metais, os telefones fixos e celulares, as câmeras de vídeo e o computador (por intermédio de duas de suas ferramentas, a internet e o correio eletrônico.)

Marcel Leonard (2012, p.29):

Estamos vivendo um momento de transição. A quase totalidade dos operadores de Direito ainda não está suficientemente familiarizada com a Internet, razão pela qual o estudo dos temas jurídicos envolvendo a Rede ainda fica a cargo de especialistas com maior afinidade com a informática e que lidam com a Internet em seu cotidiano pessoal e profissional. No entanto, se desejamos que a nova fronteira digital se torne realmente civilizada, precisamos compreender como o sistema jurídico deve ser aplicado a esse novo domínio da interação humana.

Como explanou o mencionado trecho anterior, é importante começarmos a aprimorar a utilização do direito ao mundo tecnológico e suas ameaças diárias.

Como o uso de smartphones está cada vez mais acessível ao trabalhador brasileiro e, pela própria qualidade deste aparelho telefônico, de possuir diversas formas de comunicação, podemos ter problemas em seu uso.

Esta facilidade na comunicação é utilizada como uma maneira de o empregador poder fiscalizar as atividades de seus subordinados.

Ocorre que, o uso em excesso pode ultrapassar o limite da jornada de trabalho, quando utilizadas nos momentos de descanso.

É comum a prática de troca de mensagens entre funcionários da empresa com seu patrão em momentos que deveriam estar descansando e não ligados ao ambiente de trabalho.

Doutrina muito bem sobre o tema Jorge Luiz Souto Maior (s.d.)

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.

São direitos dos trabalhadores momentos de descanso, sejam esses momentos férias, duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias ou 44 horas semanais, repouso semanal e licenças de diversos tipos.

A nossa Carta Maior de leis prevê diversos tipos de momentos de descanso para o trabalhador.

Constituição Federal (1988)

Artigo 7º : São Direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social:

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

Inciso XV- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

Inciso XVII- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Inciso XIX- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Inciso XIX- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Se a nossa Constituição Federal prevê diversos momentos para o descanso físico do trabalhador, também tutela, por meio de aplicação destes mesmos artigos, o direito de se desconectar dos meios de comunicação com o ambiente de trabalho nestes referidos períodos.

Estar conectado com o trabalho em momentos de descanso pode fazer com que se configure uma jornada eterna.

Esta comunicação é mais exigida para funcionários que ocupam cargos de confiança dentro da empresa, pois, com a confiança que o cargo possui, mais responsabilidades e problemas ele carrega e mais conectividade com o empregador ela exige.

Mas até em que ponto é permitido ao empregado de confiança manter a conectividade com o local de trabalho?

Usamos o método hipotético-dedutivo para chegarmos ao resultado pretendido.

Segundo Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2011, p.110):

- Método hipotético-dedutivo- que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese.

O presente artigo procura entender o que é a “desconexão” do empregado e se é aplicável ao empregado que possui cargo de confiança.

2 SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

Um dos requisitos do contrato de trabalho é a subordinação. É esta qualidade que diferencia um trabalhador comum do trabalhador autônomo.

Explica Sergio Pinto Martins (2012,p.101)

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.

Interpretando o mencionado doutrinador entendemos que a subordinação existe, pois é o empregador quem dirige e determina as atividades realizadas pelo empregado.

Para Lorena Vasconcelos Porto (2009, p.43)

A subordinação foi identificada, assim, com a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com a predeterminação de um horário rígido e fixo de trabalho, com o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e de seus prepostos. A subordinação, em sua matriz clássica, corresponde à submissão do trabalhador a ordens patronais precisas, vinculantes, "capilares", penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação, e a controles contínuos sobre o seu respeito, além da aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento. É essa a acepção clássica ou tradicional do conceito, que podemos sintetizar como a sua plena identificação com a ideia de uma forte heterodireção patronal dos diversos aspectos da prestação laborativa obreira.

Desta maneira, entendemos que a subordinação não é só a força de dirigir do empregador sobre as atividades do empregado e sim a forma de demonstrar quem é o possuidor dos objetos e do fim a que se destina o serviço prestado pelo empregado.

O patrão é o superior na relação trabalhista, podendo punir o subordinado que não respeitar as regras de trabalho imposta, bem como é ele quem vigia e controla os horários e todos os detalhes acordados em contrato de trabalho.

Portanto, subordinação é a qualidade de o empregador exercer a sua vontade e o seu modo de trabalhar para os seus hierarquicamente inferiores empregados, pois é ele o detentor dos meios de produção.

2.1 Nova Interpretação de Subordinação e os Cargos de Confiança

A subordinação do contrato de trabalho evoluiu assim como diversas interpretações que envolvem o mundo do direito.

Desde a revolução industrial muitos conceitos do ramo do direito trabalhista estão em desenvolvimento, e com a subordinação não é diferente.

Ao tratarmos do ato de gerir e fiscalizar o empregado pelo empregador, no tópico anterior, demonstramos uma forma tradicional de visão sobre o tema, mas é claro que existem diversas formas de trabalho e, por conseguinte, diversas formas de estar subordinado ao patrão.

As normas trabalhistas existem para assegurar que não sejam violados determinados direitos dos trabalhadores, e é nesta norma que encontramos os cargos de confiança.

Descreve Lorena Vasconcelos Porto (2009, p.46)

A partir de tais constatações, a doutrina e a jurisprudência mais avançadas buscaram de certo modo, desfazer a sinédoque, buscando depurar a representação jurídica das relações de trabalho—e a noção de subordinação—das referências ao caráter “industrial” que havia em larga medida justificando a emanação das normas trabalhistas. Nesse sentido, podem ser vistas as tentativas de expandir conceito de subordinação, como veremos.

Por este viés, existem os “Altos Empregados”, que seriam pessoas que exercem atividades de confiança do patrão e muitas vezes substituem o empregador na atividade de dirigir uma empresa.

Para Sergio Pinto Martins (2012, p.186)

Exerce cargo de confiança o empregado que tem encargo de gestão, tem parcela delegada de poder do empregador, podendo, por exemplo, admitir, dispensar, punir outras pessoas, exercendo mandato, além de ter padrão mais elevado de vencimentos do que outros empregados.

Assim, é a qualidade do cargo de confiança ser um espelho das decisões do empregador e conseqüentemente possuidor de uma subordinação bem mais flexível do que a de um empregado comum.

Ou seja, a subordinação a que é submetido pelo empregador é bem menor, podendo fiscalizar os hierarquicamente inferiores e realizar o seu trabalho com mais liberdade.

Em alguns casos o funcionário que ocupa um cargo de hierarquia alta na empresa divide os lucros com o próprio patrão.

Desta forma, o empregado de confiança possui um certo poder de subordinar os empregados comuns aos seus mandos e se torna, de certa forma, um “patrão”.

O confiabilíssimo empregado possui pela Consolidação das Leis do Trabalho algumas prerrogativas únicas.

Consolidação das Leis do Trabalho (1943)

Artigo 468 Parágrafo único: Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Artigo 499 Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerencia ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o computo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

§1º Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.

§2º Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança e que contar mais de 10 anos de serviço na mesma empresa, é garantido a indenização proporcional ao tempo de serviço nos termos dos artigos 477 e 478.

Esses são apenas alguns exemplos do tratamento diferenciado que o cargo de confiança possui pela legislação brasileira, restando raciocinarmos se diminui o direito de intimidade deste trabalhador para manter comunicação com o empregador sem horário estipulado, tendo em vista que sua subordinação é menor do que a de empregados comuns e de que a necessidade de comunicação com seu superior deve ser mais intensa.

Apesar de os anteriormente mencionados artigos da Consolidação das Leis do Trabalho serem específicos para as pessoas que possuem cargos de confiança em suas empresas, um artigo em especial deve receber notável atenção para tratarmos o tema pesquisado, que é o artigo 62, inciso II da mencionada legislação.

Consolidação das Leis do Trabalho (1943)

Artigo 62: Não são abrangidos pelo regime previsto neste Capítulo:

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

Paragrafo único: O regime previsto nesta capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do

cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% .

É clara a vontade do legislador, no referido artigo das leis trabalhistas, de tornar os gerentes e pessoas que exercem cargos de gestão, como é o caso dos cargos de confiança, em trabalhadores que não são abrangidos pelo capítulo que trata sobre duração do trabalho.

Ou seja, os trabalhadores que possuem “altos cargos”, por lei, possuem tratamento diferenciado na sua jornada de trabalho, existindo uma brecha para que o empregador possa abusar de sua superioridade, podendo existir uma comunicação e efetiva jornada de trabalho fora dos parâmetros da C.L.T.

3 JORNADA DE TRABALHO

Importante se faz, também, entendermos o mínimo sobre jornada de trabalho.

Conceitua Wagner D. Giglio (1996, p.59)

O termo “jornada” vem do latim *iurnata*, do italiano *giornata*, diário, e é utilizado para designar a parte do dia dedicada ao trabalho. Entenda-se, entretanto, “trabalho” na acepção técnico-jurídica, isto é, prestação de serviços subordinados e remunerados em proveito do empregador.

Juntando todas as informações constantes na classificação feita pelo mencionado professor, resta claro o entendimento de que a jornada de trabalho é todo o tempo em que o empregado fica sobre a subordinação do empregador e recebendo remuneração.

A jornada de trabalho é tipificada no artigo 58 da C.L.T., onde estipula-se 8 (oito) horas diárias para que o assalariado cumpra sua função. Existe, no mesmo artigo, a possibilidade de prolongamento desta jornada.

Consolidação das Leis do Trabalho (1943)

Artigo 58: A duração normal do trabalho para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

Artigo 61: Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de

força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

Ainda, existem outras hipóteses de modificação desta jornada de trabalho, variando do emprego e cargo que possuem cada trabalhador, mas a regra geral é que todo trabalhador deva obedecer às 8 (oito) horas diárias.

Dentro da jornada trabalhista existe o horário de trabalho, que pode ser estipulado pelas partes do contrato, mas em regra é de força do empregador estabelecer este horário.

Wagner D. Giglio (1996, p.65)

O horário de trabalho, ou seja, a fixação do momento do início (e portanto, também do término) da jornada de trabalho, não está previsto na legislação brasileira.

Entende a doutrina que as partes da relação de trabalho são livres para estipular o horário. Mais ainda: entende que faz parte do poder de direção do empregador o direito de mudar, dentro de certos limites, o horário da prestação de serviços, como se verá mais adiante.

A jornada pode ser prorrogada respeitando limites legais, estamos tratando das conhecidas horas-extras, que por artigo 7º XVI da Constituição Federal (1988) devem ser acrescidas de 50%, no mínimo, da remuneração normal.

Ensina Carla Tereza Martins Romar (2013, p.295)

Jornada Extraordinária é aquela prestada além da jornada normal de cada empregado, seja máxima, seja especial. A jornada extraordinária pode ser realizada tanto antes do início da jornada normal como após o seu término, ou ainda, durante a jornada, quando exista trabalho nos intervalos intrajornada remunerados.

Desta forma, é fácil entendermos que a jornada de trabalho pode ser flexível em determinados casos, mas deve ser respeitada, pois sua razão de existir está na necessidade de o ser humano poder ter momentos de descanso e lazer para um saudável desenvolvimento humano e psicológico.

Explica Maíra S. Marques da Fonseca (2012, p. 165), sobre os motivos aos quais se deve diminuir a jornada de trabalho:

Em termos sociais e biológicos, verificou-se a existência de pesquisas voltadas a demonstrar que a diminuição do tempo de exposição à atividade profissional assalariada tem o potencial tanto de assegurar o direito social à saúde aos trabalhadores, reduzindo taxas de infortúnica do trabalho e absenteísmo, bem como à educação, à qualificação profissional, ao convívio social e ao lazer. A qualidade de vida do obreiro, portanto, parece ganhar

efetividade no meio ambiente laboral e no geral por meio de concretização da medida.

Visto este motivo, é fácil entendermos o porquê de a hora-extra ser remunerada baseado em no mínimo 50% e a importância dos momentos de descanso do trabalhador.

A jornada trabalhista existe para que o patrão não ultrapasse os limites humanos de trabalho, tendo em vista a busca desenfreada por lucro que preconiza o capitalismo.

É por assim ser, que temos que lutar pelo respeito ao tempo de serviço que o empregado fica aos mandos de seu patrão, para que a sociedade se desenvolva de uma maneira mais saudável.

Segundo Carla Teresa Martins Romar (2013, p.277)

A obrigação do empregado de prestar serviços como decorrência d contrato de trabalho não pode ser indefinida no tempo, sob pena de serem causados prejuízos inegáveis tanto à saúde física como à saúde mental e, ainda, ser exposto a um considerável risco à sua integridade física decorrente de acidentes de trabalho. Quanto mais cansado estiver o trabalhador em razão de longas horas de trabalho, mais suscetível a sofrer acidentes estará, principalmente quando as atividades que desenvolve dependem de atenção, agilidade de movimentos e reflexos rápidos.

Wagner D. Giglio (1996, p.77)

As razões econômicas constituem, até nossos dias, objeto de discussões doutrinárias. Mas, ao contrário do que se pensava, a limitação da jornada de trabalho tem sido causa de prejuízo para a produção. Na verdade, produz o efeito oposto, de estímulo ao rendimento do trabalho, pois não se pode negar que o trabalhador descansado produz mais e melhor. Além disso, redução da jornada, com a correspondente ampliação dos períodos de descanso, propicia a absorção da mão de obra, evitando o desemprego.

É humano, digno e de direito que o empregado tenha respeitado sua jornada de trabalho.

4 ALTERIDADE

O risco de toda a atividade, segundo o significado da alteridade, que é um dos requisitos do contrato de trabalho, é do empregador.

Leciona Sergio Pinto Martins (2012, p.101)

O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho autônomo.

É fácil relacionar a subordinação com a alteridade. Ambos são requisitos do contrato de trabalho, mas são diferentes entre si e se acumulam em um único sentido:

O sentido de que, por ser o risco do trabalho de inteira responsabilidade do patrão, o empregado é subordinado ao mesmo para que com as suas ordens e vigilância atinja o resultado esperado pelo empregador, que é quem arca com os riscos do negócio.

Esta posição vem modificando-se com o passar do tempo, bem como já mencionamos a subordinação, a alteridade também está flexibilizada nos dias atuais.

Para Lorena Vasconcelos Porto (2009, p.74)

A assunção de determinados risco não é incompatível com o trabalho subordinado. Em nossa ordem jurídica, por exemplo, é perfeitamente possível que a remuneração do empregado seja composta, no todo ou em parte, por comissões, desde que assegurada a percepção do salário-mínimo. Não há, assim, nenhuma incongruência entre o fato de o trabalhador suportar certa álea em sua remuneração e a presença da subordinação. Do mesmo modo, a participação do obreiro nos resultados do seu trabalho não é incompatível com a subordinação, como no caso de invenção e de participação nos lucros.

Após a breve explicação sobre o que é alteridade, é perfeitamente possível imaginarmos que o patrão necessite se comunicar com o empregado de confiança e com o empregado que possui parte dos lucros como sua remuneração, nos momentos em que estes não estão mais em horário de trabalho, pois ambos arcam, de uma certa forma, com os riscos do negócio.

5 CONTROLE E COMUNICAÇÃO DO EMPREGADOR PARA COM O EMPREGADO DE CONFIANÇA E O SEU DIREITO À DESCONEXÃO

Como mencionamos nos capítulos anteriores, a subordinação e a alteridade são alguns dos requisitos do contrato de trabalho, e por assim ser, é comum que o empregador utilize meios de controlar e de se comunicar com o empregado, tendo em vista a sua posição hierarquicamente superior.

A evolução tecnológica nos proporciona, nos dias atuais, a facilidade da comunicação instantânea. Essa comunicação pode ser realizada por aplicativos de comunicação como o “WhatsApp” ou mesmo e-mails.

Conforme essa possibilidade atual é comum que o patrão envie mensagens diárias aos seus subordinados, para que eles estejam sempre em comunicação com a empresa.

O problema acontece quando esta comunicação é realizada fora do horário de trabalho.

Já escreveu sobre o assunto Arnauld Belleil (2001, p.149), antes da existência dos aplicativos de conversação em smartphones:

É hoje um dado adquirido que a internet e, de forma mais alargada, as tecnologias da informação desempenham um papel cada vez mais importante na organização econômica. A partir daí tudo o que contribui para a autoformação dos empregados neste universo pode ser considerado proveitoso.

Faz parte de uma melhora como empregado a introdução da tecnologia, para ajudar o crescimento e formação do assalariado.

Acontece que, essas comunicações, realizadas fora do horário de trabalho, podem afrontar a intimidade do empregado e o direito a “desconexão”, pois, quando o subordinado não está mais em seu horário habitual de serviço ele não necessitaria divulgar o que faz de sua vida e não precisaria estar de prontidão para atender as necessidades de seu chefe.

Arnauld Belleil (2001,p.51) explica que os defensores da vida privada sublinham, sem dificuldades, que as principais ameaças não provem hoje em dia da internet, mas da implementação das tecnologias no mundo real.

A implementação da tecnologia na realidade do ambiente de trabalho estimulou algumas práticas que aviltam contra a vida privada do contratado.

Quando um assalariado comum recebe mensagens de seu superior fora do seu expediente ele pode sofrer uma limitação ao seu direito de intimidade,

pois as atividades que exerce fora do local de trabalho são de seu interesse apenas e não do empregador.

Os empregados que possuem cargos de confiança são mais procurados com mensagens do empregador fora do horário normal de serviço, pela confiança que ocupam é normal que sua comunicação seja mais buscada pelo patrão.

Nesta situação o direito a estar “desconectado” de seu ambiente de trabalho seria mais tênue e poderia não haver uma afronta a sua intimidade

Para responder com mais certeza essas questões, devemos analisar alguns pontos como a intimidade e o que é realmente a “desconexão” do empregado.

5.1. Intimidade do Empregado.

Para chegarmos ao resultado pretendido devemos explicar sucintamente sobre a intimidade que envolve o empregado em uma relação de trabalho.

Segundo Edilson Pereira de Farias (1996, p.105-106)

Os direitos em epígrafe possuem duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico) são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, ‘essenciales a la persona, inherentes a la misma y em principio extrapatrimoniales’. Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito inter privado para só mais tarde alcançar a estatura constitucional.

Os direitos envolvidos neste capítulo são de caráter personalíssimo, ou seja, nascem com todos os seres humanos e são intrínsecos a estes, independente do cargo que ocupem em uma empresa, todos os trabalhadores, por serem humanos, são possuidores destes direitos.

Existe a tipificação constitucional da intimidade como um direito fundamental do ser humano.

Constituição Federal (1988)

Artigo 5º, inciso 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;

Artigo 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e Julgar: Inciso VI- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Assim, fica evidente que quando forem violadas as intimidades dos empregados fica assegurado o direito à indenização moral ou material e que fica a cargo da justiça trabalhista o processamento e julgamento dessas causas.

Explica ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.307)

A Constituição vigente inova ao tornar explícitos os chamados “direitos à integridade moral”, no dizer de Limongi França, conforme já mencionado.

[...] Assim, embora já reconhecidamente consagrados no Direito pátrio, tais direitos explicitados no texto constitucional atual não mais padecerão de quaisquer dúvidas, reforçados ainda pela garantia de indenização.

A intimidade seria o direito de esta só, de poder realizar suas atividades ou o que desejar sem que seja de conhecimento de pessoa alheia.

Escrevem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.214)

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras é o direito de estar só.

Há vários elementos que se encontram ínsitos à ideia de intimidade: o lar, a família e a correspondência são os mais comuns e visíveis.

Com o avanço tecnológico, os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive por meio da rede mundial de computadores (internet), tornaram-se muito comuns.

Utilizando esta explicação de intimidade para o direito do trabalho, mais precisamente para o empregado, seria o direito de o trabalhador não ter suas informações íntimas explicitadas ao conhecimento de outras pessoas de sua relação de trabalho, incluindo seu patrão ou superior.

Seria a intimidade uma forma de manifestação da privacidade.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.214-215)

Também considerada inviolável pelo inciso X do art. 5º da CF, a vida privada é entendida como a vida particular da pessoa natural, compreendendo como uma de suas manifestações o direito à intimidade. [...]O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só.

Sobre a privacidade do contratado, entendemos que, seria a oportunidade de o subordinado exercer seu ofício sem que haja uma forte incidência do supervisor a ponto de extrapolar os limites da atividade laboral e atingir a vida privada do empregado, ou seja, o patrão agir de forma a ofender a intimidade, honra e imagem do empregado em virtude da subordinação.

Quando um assalariado é obrigado a responder mensagens de seu superior fora de seu horário habitual de serviço é uma forma de controle patronal.

Se essas comunicações forem feitas de forma a controlar onde e o que o subordinado está fazendo, fora do âmbito e horário de trabalho, elas podem afrontam a intimidade e privacidade do mesmo.

Maria Aparecida Alkimin(2009,p.86) explica que:

No caso da relação de trabalho, a questão merece uma análise mais detalhada, pois o empregado transfere sua força de trabalho para empregador, entretanto, não transfere seus direitos de personalidade, no caso, não habilita o empregador a exercer intromissão em sua vida pessoal e profissional, lembrando que esses direitos têm como características indisponibilidade e irrenunciabilidade; todavia, esse direito de ordem pública e da esfera individual do empregado conflitua com o direito que integra a esfera do empregador, qual seja: o poder de direção.

5.2 Desconexão do Empregado

A tecnologia utilizada no universo do trabalho, por diversas vezes, pode ultrapassar os direitos inerentes aos trabalhadores.

A revolução industrial demonstrou que as máquinas podem substituir os trabalhadores e deixar a classe operária sem emprego, evidenciando uma forma de transpasse ao direito dos assalariados em virtude da tecnologia.

Quando falamos do direito à desconexão do empregado estamos tratando de mais uma forma de lesão ao direito causado pela tecnologia: lesão ao direito de descanso, lazer e intimidade do trabalhador que, em seus momentos de

“desligamento do serviço”, tem que continuar a responder mensagens e trabalhar, mesmo que distante, por meio de aparelhos de comunicação.

Elucida Jorge Luiz Souto Maior (s.d.)

O que se pretendeu demonstrar com esta abordagem, do direito à desconexão do trabalho, é que a tecnologia tem trazido novos modos de trabalho, mas esta situação está longe de produzir uma ruptura dos padrões jurídicos de proteção do trabalho humano. Aliás, se bem examinada, como se tentou demonstrar acima, a tecnologia revela várias contradições, que, uma vez identificadas, permitem que se aflore a preocupação com a adoção de padrões jurídicos que busquem a humanização do avanço tecnológico. Este novo mundo do trabalho contraditório traz para o jurista o desafio de encontrar estas respostas, que se destinam, também, à preservação da saúde da sociedade. Nesta medida é que o direito a se desconectar do trabalho, como dito inicialmente, não é um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família.

O direito de estar em momentos de descanso, desfrutando de seus afazeres pessoais, sem a interferência de seu superior, é uma proteção à dignidade humana do trabalhador.

Estar “24 horas por dia” conectado ao ambiente de trabalho causa um desgaste psicológico de grande valor no trabalhador, que se vê privado de fazer o que desejar sem a interferência de outra pessoa em momentos de lazer.

Por este motivo existem as jornadas de trabalho, para que naquele tempo específico o empregado esteja a total disposição de seu empregador. Depois deste período ele tem seu direito de ficar “sem trabalhar”.

Para Carla Teresa Martins Romar (2013, p.279)

Jornada é uma medida de tempo no qual se inclui o labor diário do empregado; é a quantidade de trabalho que diariamente o empregado cumpre em favor de seu empregador como obrigação decorrente do contrato de trabalho.

[...] Para a primeira teoria, jornada de trabalho é o período do dia em que o empregado trabalha para o empregador. Segundo esta concepção, somente é computado como jornada o tempo em que o empregado esteja efetivamente trabalhando; os períodos de pausa ou de descanso não podem ser considerados para tal fim. Como ensina Amauri Mascaro Nascimento, de acordo com tal teoria, “ só é remunerável e de trabalho o período no qual o empregado prestou sua atividade. Levando as últimas consequências, toda vez que o empregado, mesmo no local de trabalho, deixasse de produzir, não estaria correndo a jornada de trabalho.

Para a segunda teoria, jornada de trabalho é o período do dia em que o empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, ou seja, mesmo que o empregado não esteja efetivamente trabalhando o período pode ser computado como jornada, desde que esteja, de alguma forma, à disposição de seu empregador. Esta concepção “ fundamenta-se na natureza do trabalho de empregado, isto é, na subordinação contratual, de modo que o empregado é remunerado por estar

sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando.

O critério do tempo efetivamente trabalhado é afastado pelo legislador trabalhista brasileiro, que, adotando a segunda teoria, conceitua jornada de trabalho como sendo o período de um dia no qual o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens. (art. 4º, CLT).

Seguindo as explicitações da mencionada doutrinadora fica claro que a legislação brasileira, em seu artigo 4º da consolidação das leis trabalhistas, estabelece que enquanto o trabalhador estiver aguardando ordens de seu superior ele estará dentro de uma jornada de trabalho.

Assim sendo, o direito a “desconexão” do empregado é seu direito de não estar em uma jornada de trabalho eterna, é o direito de poder efetivamente desfrutar do momento fora da jornada de trabalho.

Para Juliana Augusta Medeiros de Barros (2012, p.208)

Os telefones celulares, por sua vez, ao longo dos últimos anos passaram a ser instrumento de trabalho para vários tipos de trabalhadores, inclusive os empregados, sendo que muitas vezes o aparelho é fornecido pelo empregador para uso profissional e pessoal ou estritamente profissional.

Esses aparelhos móveis possibilitam que os empregados, onde que estejam, possam se comunicar com clientes e com o próprio empregador, e este possa controlar a jornada dos trabalhadores externos, o que facilitou e fomentou intensamente as atividades econômicas.

Não obstante, os telefones fixos e os telefones celulares, concedidos pelo empregador—posto que a interceptação de celulares pessoais pelo empregador viola, sem nenhuma dúvida, a intimidade e a privacidade do empregado--, são objeto de uma discussão que tem como base o controle das ligações realizadas e recebidas e a possível violação às comunicações telefônicas e aos direitos à intimidade e à privacidade dos empregados.

Fato que, existe lesão à intimidade do empregado que tem de estar ligado ao seu patrão a todo o momento, pois, se o trabalhador está “conectado” a todo instante com o seu empregador ele não pode fazer atividades pessoais que iriam ocupar seu tempo sem utilizar aparelhos para conversação, tornando esse fato uma lesão grave a sua intimidade.

Desta forma, para o empregado poder se desligar do aparelho de conversação ele tem de explicar o que irá fazer e avisar que não poderá responder, denegando um direito de poder fazer o que bem entender sem que seja de conhecimento de outros, aviltando uma característica do direito personalíssimo à intimidade que é a não possibilidade de ser disponível.

Segundo Gilberto Haddad Jabur (2000, p.44)

Deveras, não há razão sócio-jurídica para a consagração dos direitos da personalidade sem que lhes reconheça o atributo da essencialidade. É questão de ordem psicofísica. O homem necessita estar, a todo instante, apto a externar e exaurir tudo aquilo que sua constituição somática e psíquica lhe proporciona. A fruição da vida, em sua mais ampla acepção, o desfrute da integridade física incólume, assim como, e ainda exemplificativamente, o respeito devido à honra e à privacidade constituem expressões das quais não pode o ser humano, em princípio abrir mão. Porque é o desenvolvimento da personalidade que estaria comprometido, se fossem tais direitos tomados como prescindíveis. Daí o caráter da vitalicidade a que também estão fortemente jungidos.

O direito de descanso e lazer do trabalhador, previsto em nossa Carta Maior, também é lesionado com a eterna “conexão” do empregado, que vive uma jornada de trabalho eterna com seu emprego.

Não existe um efetivo usufruto do lazer e do descanso se o seu titular está sempre ligado ao trabalho.

A Constituição Federal prevê o direito ao lazer do trabalhador.

Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Inciso IV: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.

Para Carla Teresa Martins Romar (2013, p.312), as férias, que é um exemplo de período de descanso do empregado existe para:

A concessão de férias também tem por objetivo a preservação da saúde e da integridade física do empregado, à medida que o repouso a ser usufruído nesse período visa recuperar as energias gastas e permitir que o trabalhador retorne ao serviço em melhores condições físicas e psíquicas.

Ponderando o que diz a mencionada professora e a constituição federal sobre lazer e descanso, fica claro percebermos que é grave a violação do padrão que utiliza a comunicação por mensagens em momentos fora da jornada normal de trabalho de seu empregado.

O direito a “desconexão” se torna um direito ao “não trabalho”, na medida que visa a efetiva aplicação do descanso, lazer e da intimidade do trabalhador.

É cabível a explicação de Jorge Souto Maior (s.d.)

Devo esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe Domenico de Masi.

Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, 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.

Um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho...

[...]A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social.

Utilizando a explicação do doutrinador anterior, devemos utilizar a tecnologia com responsabilidade social para que não exista mais lesões à direitos alheios.

O empregador deve possuir uma responsabilidade em suas comunicações com seus empregados, não devendo ocorrer fora do horário habitual de serviço, esta atitude é uma forma de continuar a jornada de trabalho do empregado.

Escreve Maíra S. Marques da Fonseca (2012, p.128), sobre o fator social e biológico de uma redução da jornada de trabalho:

Soa pertinente a premissa de que o sujeito submetido à jornada de trabalho menos extensa, de limitação precisa, se vê mais descansado e distante das moléstias acessórias ao estresse laboral, tais como depressão e síndromes das mais diversas.

A redução da jornada de trabalho sugere-se, destarte, como um meio de efetivação aos direitos constitucionais de cidadania, dignidade humana e valorização do trabalho.

Assim sendo, respeitar o direito a desconexão do empregado é respeitar seu momento de descanso, lazer e sua intimidade.

6 CONCLUSÃO

Com a inclusão das novas tecnologias de comunicação para o ambiente de trabalho, muitos avanços e problemas podem ser percebidos.

Atualmente é comum que todas as pessoas, incluindo empregado e empregador, possuam celulares com alta capacidade de comunicação, como exemplo dos smartphones.

Essa facilidade de troca de informações entre todos faz com que novas perspectivas sobre o mundo do trabalho surjam, como é o caso do controle patronal sobre as mensagens que seus subordinados recebem, bem como a comunicação instantânea e simples que ocorrem entre os dois sujeitos da relação de emprego.

Por muitas vezes esse controle pode gerar uma eterna conexão entre patrão e empregado, que em seus momentos de descanso está, por intermédio de tecnologias de comunicação, ligado ao seu patrão 24 horas ao dia.

A conexão eterna com o superior faz com que o trabalhador viva uma jornada de trabalho que nunca se esgota, pois, em seus momentos de descanso está sempre mantendo conversas e abrindo mão de usufruir de um descanso e lazer pleno.

A intimidade do empregado também é lesionada com este problema, tendo em vista que não pode o subordinado fazer algumas atividades que o desligariam da comunicação com seu patrão, lesionando o seu direito personalíssimo à intimidade.

O direito a “desconexão” seria o direito de o empregado não trabalhar e não se manter de nenhuma forma ligado ao seu ambiente de trabalho em seus, legalmente previstos, momentos de descanso.

Seria o direito de poder usufruir de seu descanso e lazer constitucionalmente previsto sem que haja nenhuma interferência de terceiros.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º estipula momentos de descanso para os trabalhadores, como férias, jornada de trabalho, licenças, dentre outros.

Estes momentos também se aplicam as comunicações, que devem ser feitas dentro do horário estipulado para o trabalho.

Devemos estabelecer que, as comunicações realizadas por computadores e outros meios afins, também contam para existir uma jornada de trabalho, se nestas mensagens houver a subordinação e o direito diretivo do empregador.

Ocorre que, existem funcionários com altos cargos, que, como a própria qualidade que a nomenclatura possui, possuem mais responsabilidades e benefícios.

Estes cargos dividem com o patrão as responsabilidades e algumas vezes até os lucros da empresa, tomando para si um poder diretivo e de subordinar outros trabalhadores quase que idênticos ao que o patrão possui.

Desta forma é plausível que, como dividem lucros e responsabilidades parecidas com a do empregador, que seu direito a desconexão seja muito menor do que o de um trabalhador comum.

A lei, em seu artigo 62, inciso II da Consolidação das Leis do Trabalho, já proporciona a possibilidade de o empregado com cargo de gerencia não ser abrangido pela jornada de trabalho, tornando possível que ele viva uma conexão mais intensa com seu patrão.

Esta conexão mais intensa não significa que o alto empregado deva estar 24 horas por dia de prontidão para receber ligações e resolvendo problemas da empresa.

Está prática só traz doenças físicas e psicológicas para este trabalhador.

Mesmo que seu direito a desconexão seja muito menor do que de um trabalhador comum, os empregados que possuem cargos de confiança e gerencia também devem possuir este direito.

É para que o trabalhador se desenvolva física e psicologicamente que existem os descansos, possibilitando um desenvolvimento humano muito maior e diminuindo riscos de acidentes e problemas de saúde.

Portanto, até os trabalhadores que possuem altos cargos devem possuir seu direito a desconexão e este deve ser respeitado.

Não é digno ao trabalhador privar sua intimidade e seu lazer para que viva uma eterna conexão com seu patrão.

Todos devem poder usufruir plenamente de seu lazer, descanso e intimidade, mesmo que seja um tanto reduzido esse usufruto, para que o trabalho e a sociedade consigam obter sempre uma evolução digna, conjunta com a evolução tecnológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na Relação de Trabalho e a Proteção à Personalidade do Trabalhador**. 1º ed; Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros. **A utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

BELLEIL, Arnaud. **@-Privacidade. O mercado dos dados pessoais: proteção da vida privada na idade da internet**. Instituto Piaget, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. **A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1ed.; Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Maíra S. Marques. **Redução da jornada de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze E FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil volume I**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Giglio, Wagner D. Jornada de Trabalho e Descansos Remunerados no Brasil. In BUEN, Nestor De. (coordenador). **Jornada de Trabalho e Descanso Remunerados**. São Paulo: LTr, 1996.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**. 1º d.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEONARD, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Do Direito à Desconexão do Empregado**. Disponível em < <http://portal.trt15.jus.br/documents/15601/121401/Rev23Art17.pdf/4b19b495-4ec1-4dbb-afa2-9a4987810e9b?version=1.0> > Acesso em: 16 de maio de 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28º ed.; São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação do contrato de trabalho.** 1º ed.; São Paulo: Ltr, 2009.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2013.