

DESCONEXÃO LABORAL: ANÁLISE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

Marlon Dályson Francelino de Arruda¹

Marcelo Mauricio da Silva²

RESUMO

Trata-se de uma análise do recém consagrado direito à desconexão laboral, expondo a evolução histórica da jornada de trabalho, seus limites e a importância do disposto na legislação. Retrata-se, ainda, a influência da tecnologia na relação empregado-empregador, tida como um fator que auxilia o empregador à manter o funcionário conectado ao trabalho ininterruptamente. Nota-se que é um tema muito relevante, devido tratar-se de um direito intrínseco ao empregado, pois, a Constituição garante que todos possuem o direito à vida privada e ao lazer, sendo o descanso diretamente ligado a saúde do trabalhador. Aqui, faz-se também necessário, uma análise da inconstitucionalidade do art. 62 da CLT. Por fim, conclui-se que o sobrelabor pode gerar um dano existencial, que tem o dever de ser reparado, segundo jurisprudências sobre o tema. Diante da temática exposta, tem-se como problemática, mostrar de que forma o empregado que está conectado ininterruptamente ao trabalho sai prejudicado. Como metodologia, será utilizado o método dedutivo, pois, parte-se da análise da Constituição Federal e da CLT para só então chegar ao caso concreto, concluindo-se que, o presente trabalho traz uma temática em evidência atualmente, mostrando que o direito ao não trabalho é direito fundamental do trabalhador e que deve ser respeitado por todos os empregadores.

Palavras-chave: Relação de emprego – Jornada de trabalho – Tecnologia – Desconexão – Direitos fundamentais do trabalhador.

LABORIST DISCONNESS: ANALYSIS OF A FUNDAMENTAL RIGHT OF THE WORKER

ABSTRACT

It's an analysis of the recently established right of work disconnection, showing the historical evolution of working, its limits and the importance of the legal provisions. The influence of technology on the employee-employer relationship, considered as a factor that helps the employer to keep the employee connected to work uninterruptedly, is also portrayed. It is noted that it is a very relevant issue, because it is an intrinsic right to the employee, because, the Constitution guarantees that everyone has the right to a private life and leisure, the rest is directly linked to the health of the worker. Here, it is also necessary, an analysis of the unconstitutionality of article 62 of the Brazilian Labor Law. Finally, it is concluded that the overworking can generate existential damage, which must be repaired, according to the

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: Marlon_59@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: marcelomauricio@unirn.edu.br

jurisprudence on the subject. In the face of the exposed theme, one has as problematic, to show how the employee that is connected without interruption to the work is impaired. By methodology, the deductive method will be used, because it starts from the analysis of the Brazilian Federal Constitution and the Brazilian Labor Law, only then arriving at the concrete case, concluding that, the present article brings a thematic in current evidence, showing that the right to do not work is fundamental to the worker and must be respected by all employers.

Keywords: Employment relationship – Working journey – Technology – Disconnection; Employee fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O direito à desconexão é o efetivo direito ao não trabalho. É um assunto totalmente pertinente à época vigente, tendo em vista os avanços tecnológicos e o “vício” existente na população de estar 24 horas por dia conectado, seja através dos *smartphones*, *tablets* e/ou *notebooks*.

Além disso, entende-se direito ao não trabalho como sendo direito do obreiro de, ao final da sua jornada de trabalho diário, poder efetivamente, se desconectar da sua relação empregatícia sem que tenha prejuízo quanto a isso. Então, o direito ao não trabalho seria uma espécie de balança entre a jornada justa de trabalho e o direito fundamental à vida privada.

Diante disso, a relação trabalhista também recebe os referidos avanços, sendo importante analisar o impacto causado por estas tecnologias na relação empregado-empregador. Pois, atualmente, todos estão grudados com o celular durante todo o dia, assim, sendo necessário uma análise, para saber se os empregadores estão abusando de seus empregados e deixando de respeitar o direito à desconexão, quando subordina ou mantém o empregado ligado ao trabalho de forma excessiva, através dos referidos meios tecnológicos.

A limitação da jornada de trabalho foi o primeiro passo dado em caminho da desconexão laboral, pois, historicamente, era comum a exaustiva jornada de trabalho, onde o trabalhador não tinha direito à uma vida “fora” do trabalho, vivendo para trabalhar e trabalhando para viver. Com o surgimento das primeiras legislações que tinham como intuito limitar as jornadas laborais, é que os operários começaram a ver que se podia ter uma vida fora das fábricas e, que esse tempo livre trazia uma vantagem enorme ao empregador, pois, quando o empregado voltava para o trabalho, estava mais disposto e, conseqüentemente, produzindo mais.

Diante disso e com o advento da internet, o que era para ser um direito de descanso do trabalhador passou a ser uma jornada de trabalho ininterrupta, tendo em vista que os meios telemáticos e informáticos existentes atualmente, muitas vezes fazem com o que o trabalhador continue em sua jornada de trabalho mesmo após o seu término, devido à necessidade e/ou vontade do empregador.

Ademais, levando-se em consideração a temática do trabalho, se tem como problemática mostrar de que forma o empregado que está conectado ininterruptamente ao trabalho sai prejudicado, tendo em vista a ausência de descanso muitas vezes existentes para estes empregados que, em decorrência da exigência e demanda emanada por seus superiores, continuam ligados ao trabalho, mesmo quando deviam estar descansando. Pois, como será melhor explicitado no decorrer do trabalho, o descanso do trabalhador está intimamente ligado à sua qualidade de vida e saúde.

Em decorrência disso, levando em consideração a contextualização do problema, se tem como objetivo geral do presente trabalho a abordagem do direito à desconexão laboral, analisando o seu conceito, a sua forma de aplicação na legislação trabalhista, os impactos que a ausência de desconexão pode causar, o comparativo entre abordagem dada sobre o tema pela Constituição Federal e Consolidação das Leis do trabalho e o entendimento da jurisprudência à respeito do tema.

Dessa forma, em decorrência da natureza da problemática, a pesquisa é qualitativa, relativa à dogmática jurídica, pois, conjugou tais elementos de cunho bibliográfico por partir da análise de literaturas existentes sobre o assunto através de livros, artigos acadêmicos, e dissertações. Será ainda, Constitucional Trabalhista, pois, explica o problema através da análise da Constituição Federal e da CLT. Por fim, o presente trabalho utiliza como método, o dedutivo, por partir da análise Macro para a Micro, ou seja, partindo-se da análise da Constituição Federal, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho, para só então, se atingir o caso concreto.

Sendo assim, o presente trabalho está estruturado em dois capítulos.

O primeiro capítulo, destina-se a realizar uma evolução histórica da jornada de trabalho, desde as primeiras normas trabalhistas surgidas no mundo até a sua chegada no Brasil e, subsequentemente, a sua forma nos dias atuais.

Ainda no primeiro capítulo, o primeiro tópico trata sobre as evoluções tecnológicas, trazendo a conceituação do que são os meios telemáticos e os meios informáticos, mostrando

definições e funções desempenhadas por estes meios atualmente, traçando um paralelo sobre o “poder” que estas máquinas possuem e de que forma influenciam o direito à desconexão laboral.

Continuando o primeiro capítulo, o segundo tópico trata das horas extraordinárias, trazendo a definição delas e a forma como são aplicadas no Direito do Trabalho, mostrando como o trabalhador deve ser remunerado e conceituando a forma de “remuneração” denominada banco de horas.

O segundo e último capítulo, se preocupa em realizar a conceituação e explanação sobre o direito à desconexão laboral, mostrando um apanhado histórico de quando se teve a necessidade de criação deste instituto e mostrando a importância do presente tema no âmbito trabalhista atualmente, devido ao enorme avanço tecnológico existente no século XXI.

Seguindo o segundo capítulo, o primeiro tópico retrata um tema bastante polêmico no âmbito trabalhista, que é, a inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT, mostrando que o artigo em comento, desafia a supremacia da Constituição Federal ao criar um novo “direito” diferente do que fora emanado de forma clara pela Carta Magna.

Ainda no segundo capítulo, o segundo tópico trata sobre o dano existencial, realizando a sua conceituação e explicação sobre a forma de aplicação e ainda realiza um apanhado jurisprudencial mostrando como os tribunais (TST) vem se pronunciando a respeito da problemática do presente trabalho.

2 JORNADA DE TRABALHO

Para que se possa iniciar o estudo, faz-se necessário conceituar o que é jornada de trabalho. Para Delgado³ é “lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato”.

A jornada de trabalho tem como principal intuito trazer proteção aos trabalhadores, coibindo abusos como os que eram comumente cometidos no século XIX. Entenda:

O abuso por parte dos empregadores da força de trabalho dos empregados no Século XIX é de notório conhecimento mundial. À época, existiam jornadas extenuantes tanto de homens, como de crianças e mulheres, as quais eram possíveis pelo alto número de trabalhadores à disposição e pelo espírito não interventor do Estado Liberal, no qual o contrato particular era “lei entre as

³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 900.

partes”. E se o empregado se irresignasse quanto ao estipulado, existiam tantos outros dispostos a tomar seu posto de trabalho.⁴

Resta evidente que, as jornadas de trabalho no passado eram extremamente abusivas e os empregados aceitavam sem se rebelar, pois, tinham receio de perder seus empregos e, assim, não ter como sustentar suas famílias. Com o passar dos anos, a Revolução Industrial⁵ foi ganhando força e os operários não mais suportando tamanho abuso praticado por seus empregadores, por isso, começaram a se unir e reivindicar seus direitos assim surgindo as primeiras normas que tinham como função limitar a jornada de trabalho.

Com o “despertar” da classe trabalhadora durante a Revolução Industrial, se tem a ideia de regulamentação de direitos que garantissem condições dignas de trabalho⁵.

Silva⁴ cita em seu artigo que a França e a Inglaterra foram os países pioneiros na criação de um limite para a jornada de trabalho, passando de 18 horas de trabalho diário para 12 horas para os homens e 10 horas para mulheres e crianças. Assim, ficando claro que se teve uma melhoria na jornada de trabalho, mas, isto não significa, que passou a ser uma jornada ideal, sendo ainda, uma jornada de trabalho abusiva.

Segundo Delgado⁶ o direito do trabalho possui quatro fases históricas:

A fase da formação estende-se de 1802 a 1848, tendo em seu momento inicial no *peel's Act*, no início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *manifesto* comunista de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como instauração da liberdade de associação e a criação do ministério do trabalho. A terceira fase (da consolidação) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a conferência de Berlim (1890), reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a encíclica católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência a necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da autonomia do direito do trabalho, tem início em 1919, entendendo-se as décadas posteriores do século XX. Suas

⁴ SILVA, William Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. 1 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - Femargs Escola Superior do Ministério Público - Fmp, Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵ MOREIRA, Helmer. **Evolução Histórica do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3065>>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 94.

fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).

Como se pode notar, a transição enfrentada pela classe operária para aquisição de direitos e garantias foi demasiadamente longa e todos possuíam o mesmo desejo: passar menos tempo à disposição do patrão e, assim, possuir uma vida social de forma saudável.

Ao final do século XIX e início do XX, o clamor por uma jornada de trabalho mais justa começou a se intensificar. De acordo com Nascimento⁷, após a *Rerum Novarum*, a jornada de 8 horas diárias foi se popularizando e alguns países como: Finlândia (1917), México (1917) e Alemanha (1918), adotaram-na como a jornada de trabalho padrão.

Na Inglaterra, a classe operária intensificava seus protestos sociais tendo como *jingle* a seguinte canção: “*Eight hours to work / eight hours to play / eight hours to sleep / eight shillings a day*”⁸ Então, só em 1919 a Inglaterra passou a adotar a jornada de 8 horas diárias de trabalho.⁷

No Brasil, a criação e desenvolvimento de direitos trabalhistas foi um processo demasiadamente demorado. Começou com a Lei Áurea (1888)⁹ pois, não se tem como falar em direitos trabalhistas quando ainda existia escravidão.

Entre 1888 (ano da abolição da escravidão) e 1930 ficou identificado no país como a fase das manifestações incipientes ou esparsas, que eram:

Período em que a relação empregatícia se apresenta, de modo relevante, apenas no segmento agrícola cafeeiro avançado de São Paulo e, principalmente, na emergente industrialização experimentada na capital paulista e no Distrito Federal (Rio de Janeiro), a par do setor de serviços desses dois mais importantes centros urbanos do país.¹⁰

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 293.

⁸ TRADUÇÃO DIRETA: “**Oito horas de trabalho / oito horas para jogar / oito horas para dormir / oito Shillings por dia.**”. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR#en/pt/%E2%80%9CEight%20hours%20to%20work%20%2F%20eight%20hours%20to%20play%20%2F%20eight%20hours%20to%20sleep%20%2F%20eight%20shillings%20a%20day%E2%80%9D>. Acesso em: 11 out 2016

⁹ A **Lei Áurea** determinou o fim da escravidão do Brasil em 13 de maio de 1888. Foi a culminação de um lento processo de abolição que se iniciou no Brasil ainda em 1850. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/lei-aurea/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, P. 107

O período supracitado teve como principal característica o movimento dos operários em busca de melhores condições de trabalho, porém, ainda era um movimento bem primitivo, sem uma devida organização e forma de pressionar os empregadores.

Por consequência dos movimentos promovidos pelos empregados, as primeiras legislações com intuito de trazer garantias às classes trabalhadoras foram surgindo. Porém, apenas em 1932, surgiu a primeira legislação brasileira que tratava sobre a jornada de trabalho. O decreto de número 21.186, de 22.03.1932, fixou a jornada de trabalho de 8 horas diárias para os comerciários e, cerca de dois meses depois, esta fixação foi estendida aos industriários.¹¹

As Constituições de 1934 e 1937 foram um marco para evolução do Direito do Trabalho, pois, foi a partir delas que os direitos trabalhistas ganharam forma e força. Com a Constituição de 1934, se teve a instituição do salário mínimo, jornada de 8 horas, férias anuais remuneradas e a proibição da diferença salarial para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

A Constituição de 1937 ficou marcada para o Direito do Trabalho como a Constituição Social. Segundo Barros¹², a Constituição ganhou esta indicação por ter assegurado todos os direitos de subsistir mediante seu trabalho honesto, o qual é um bem que o Estado deve proteger.

Como se pode notar, até chegar a Constituição de 1988 se teve uma grande jornada. Jornada esta, que foi de extrema importância para o Direito do Trabalho, pois, trouxe garantias não apenas na relação empregado-empregador, mas sim, em todo âmbito social que o Direito do Trabalho se insere. Ainda de acordo com Barros¹³, este âmbito social acima citado ganhou força com a Constituição de 1946 que teve como principal marco a estruturação de forma minuciosa do princípio da isonomia para o direito do trabalho. Assim, trazendo uma relação mais igualitária não só na pequena esfera empregado-empregador, mas também, abrangendo a sociedade como um todo de forma a deixar evidente que abusos não seriam mais aceitos, porque não estaria apenas afetando a relação de emprego, mas sim, toda uma sociedade em volta daquele trabalhador. Portanto, fica nítido que a “cabeça” dos trabalhadores estava mudando e que isso vinha refletindo não só nos empregadores, mas também, os próprios legisladores já vinham percebendo que a mudança era necessária para que se encontrasse uma forma de agradar ambos os lados de uma forma igualitária. Pois, como era comum a época, o único realmente beneficiado

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, P. 112

¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010. P. 72

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010. P. 75

era o empregador que explorava a mão-de-obra de seu empregado, remunerando-o de forma mínima e, ainda por cima, com uma jornada de trabalho abusiva.

Em 1943 foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o decreto que limitava a jornada de trabalho em 8 horas diárias foi absolvido pelo diploma normativo. Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, que em seu artigo 7º visa dar garantias e proteger a integridade física e mental dos trabalhadores, elencando direitos de todos independente de classe ou salário, dentre estas garantias, o direito a uma jornada de trabalho justa foi definitivamente confirmado, assim, reiterando o que já havia sido definido na CLT. Entenda:

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

XIII – Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.¹⁴

Fica claro que, com a criação da CLT (1943) foi disciplinado que a jornada de trabalho não deve ultrapassar 8 horas diárias, expressado em seu artigo 58º. E, posteriormente, em 1988, a Constituição Federal em seu artigo 7º, veio para avigorar e confirmar o que já havia sido garantido pelas Constituições anteriores e consequentemente pela CLT, tornando uma norma constitucional. Todo esse desenvolvimento das normas referentes à jornada de trabalho, de 1932 até 1988, tem como único intuito realizar a positivação normativa trabalhista protecionista que seria, mostrar à classe operária bem como à classe empregadora, que a saúde do trabalhador é importante não apenas para o indivíduo que trabalha, mas sim, para todo o meio que ele está inserido. Pois, se o trabalhador se sente bem, logo, ele irá produzir mais, trabalhar com mais vontade, se relacionar melhor e ter uma melhor qualidade de vida tanto para ele como para seu familiar que está inserido. E, como consequência disto, o empregador também ficará feliz, pois, seus empregados terão uma satisfação maior quanto aos seus empregos, uma taxa de produção mais alta e não terão motivos para entrar em greve, por exemplo.

Assim, provando que toda esta evolução protecionista desde a primeira norma trabalhista, em 1932, até a CLT e Constituição de 1988 teve como intuito trazer benefícios e

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

garantias à todos as classes, pois, a partir do momento que a relação empregado-empregador passa a trabalhar de forma igualitária e justa, todos saem ganhando.

2.1 MEIO TELEMÁTICO E MEIO INFORMÁTICO

Com o passar dos anos, a classe trabalhadora teve seus direitos positivados, para assim, ter a garantia de um emprego sem exploração por seus patrões. Porém, com o avanço tecnológico surgiram novas formas de controle e subordinação fazendo com que os empregados trabalhassem ou se mantivessem subordinados à seus superiores mesmo fora da sua jornada de trabalho.

Os meios Telemáticos, segundo Pinheiro:

A telemática pode ser definida, então, como a área do conhecimento humano que reúne um conjunto e o produto da adequada combinação das tecnologias associadas à eletrônica, informática e telecomunicações, aplicados aos sistemas de comunicação.¹⁵

Então, pode-se perceber que os meios telemáticos são todos aqueles relacionados à telefonia (celulares, satélites, cabos, fibras óticas entre outros). Os meios informáticos¹⁶ não são diferentes, sendo a ciência que estuda a transferência e processamento de informações pelos meios digitais.

A tecnologia tem como principal função facilitar a vida de quem a utiliza. Porém, quando se trata de Direito do Trabalho mais precisamente, o impacto destas tecnologias na relação de emprego e, principalmente, fora do ambiente de trabalho, é uma situação que deve ser amplamente discutida. A consolidação das leis do trabalho em seu Artigo 6º, expressa o seguinte:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

¹⁵ PINHEIRO, José Mauricio Santos. **Quem é o Profissional de Telemática**. Disponível em: <http://www.projetoderedes.com.br/artigos/artigo_quem_eh_o_profissional_de_telematica.php>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁶ VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática: Conceitos Básicos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 1.

Parágrafo único. 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 trabalho¹⁷.

Os meios telemáticos e informáticos estão presentes em todos os lugares atualmente, e, quando o assunto é Direito do Trabalho não é diferente. As pessoas que trabalham fora do ambiente da empresa não deixam de ser supervisionadas e subordinadas, não sendo, então, necessária a presença física do patrão para que isto ocorra, como deixa claro o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho. Este controle acontece a partir dos meios eletrônicos, como o computador.

De acordo com Livi e Silveira¹⁸, o computador é a junção de duas partes. São elas o *Hardware* e o *Software*. O primeiro é o conjunto de componentes eletrônicos, mecânicos e elétricos que formam a parte física do computador. O segundo é o conjunto de programas, procedimentos e documentações que fazem com que seja possível utilizar a capacidade disponibilizada pela parte física do computador (*Hardware*).

Com a elucidação técnica do que seria um computador, resta claro que este equipamento com acesso à internet, que é uma rede mundial que tem como função interligar os computadores ou outros meios que também possuam acesso à internet como *tablets* e *smartphones*, tem “poderes” de dar ao empregador total controle sobre seu empregado, tendo em vista, que mesmo estando fora do ambiente da empresa, continua sendo “observado” e subordinado pelos empregadores. Mas, pode-se pensar o seguinte, uma pessoa não fica 24 horas no computador, assim, não tem como o empregador continuar controlando e subordinando após o fim da jornada de trabalho. Desse modo, nasce outro problema: as redes sociais.

Segundo Cabral¹⁹, “rede social é uma estrutura composta por pessoas ou organizações conectadas por um ou vários tipos de relações que partilham valores e objetivos comuns”. Nos dias de hoje, todos possuem celulares (mais conhecidos como *smartphones*) com acesso à

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁸ SILVEIRA, José Carlos Scarpellini; LIVI, Maria Aparecida Castro. **INF01210 - INTRODUÇÃO À INFORMÁTICA**. 2006. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Informática Aplicada, Departamento de Informática Aplicada, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2006. Disponível em: <<http://www.inf.ufrgs.br/~alvares/INF01040/ApostilaConceitosBasicos.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁹ CABRAL, Glauber Halt. **O que são redes sociais?**. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/marketing-pessoal/o-que-sao-redes-sociais>>. Acesso em: 23 out. 2016.

internet e, conseqüentemente, à redes sociais. O normal é que se esteja com o celular 24 horas por dia, porém, se um empregador utiliza uma rede social (*Whatsapp, Facebook, Messenger, E-mail*, entre outras) como forma de se manter em contato com seu empregado, isso quer dizer que este empregador está cometendo abusos se estiver mandando mensagens delegando atribuições fora do horário de trabalho daquele empregado, por exemplo.

Como se pode notar, a tecnologia proporciona aos usuários uma grande facilidade quanto ao trabalho, pois, hoje em dia, é plenamente possível, através da internet, trabalhar com pessoas que estejam espalhadas ao redor do mundo. Porém, esta mesma internet tem tornado os empregados “reféns” de seus próprios empregos. De acordo com o artigo supracitado em seu parágrafo único, os meios telemáticos e informáticos podem ser usados como forma de subordinar os empregados, tendo estes as mesmas capacidades dos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho. Contudo, o celular, computador, *pagers, tablets* e outros meios de comunicação, estão em posse das pessoas 24 horas por dia, assim, surgindo um grande problema que será debatido mais à frente.

2.2 HORAS EXTRAORDINÁRIAS

Não se tem como analisar uma jornada de trabalho digna sem levar em consideração as horas extraordinárias e, conseqüentemente, sua remuneração. De acordo com Delgado²⁰, horas extraordinárias são aquelas em que o empregado permanece à disposição do empregador mesmo após o término de sua jornada padrão, ou seja, são as horas em que o empregado permanece trabalhando, recebendo e/ou continuando atribuições, não sendo necessário, para sua caracterização, que este esteja inserido no ambiente da empresa.

A Constituição Federal de 1988 abordou sobre as horas extras em seu artigo 7º incisos XIII e XVI, tendo como intuito, positivar as normas para que pudesse coibir possíveis abusos por parte dos empregadores.

XIII – Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
(...)

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, P. 960

XVI – Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;²¹

Conclui-se que o texto constitucional veio para suprir lacunas que existiam no passado permitindo que o funcionário trabalhe em regime de horas extraordinárias sem que haja um acréscimo na remuneração ou alguma vantagem devida. Em contrapartida, a CLT, em seu artigo 59º parágrafo 2º, expressa a possibilidade de utilização de um “banco de horas” que seria uma forma de garantir a existência de horas extraordinárias sem que tenha um acréscimo na remuneração. Barros define que:

Instituindo-se o chamado “banco de horas”, o qual permite por acordo ou convenção coletiva, a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia, pela correspondente diminuição em outro dia, de modo que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho, tampouco ultrapasse o limite de 10 horas por dia.²²

Com a alteração do parágrafo 2º do artigo 59 da CLT através da medida provisória de N. 2.164-4²³, ocorreu a inclusão de uma nova forma de compensação dos empregados que possuam horas extras, porém, esta nova forma de compensação traz mais benefícios aos empregadores que funcionários, pois, com a instituição do banco de horas, através de acordo ou convenção coletiva, o empregado passará a não receber o adicional de hora extraordinária, podendo utilizar estas horas a mais trabalhadas em um dia para trabalhar a menos em outro. Porém, esta alteração no parágrafo segundo do referido artigo não é de todo benéfica para os empregados como pode-se constatar com o citado por Silva em seu artigo:

Em decorrência deste regramento, é indevidamente retirado do obreiro seu direito constitucional a perceber acréscimo remuneratório de 50% em virtude da realização de serviços extraordinários, bem como é possibilitada a compensação de jornadas dentro do prazo de até um ano, desmoralizando as ordens emanadas

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, 677 p

²³ Medida Provisória n. 2.164-4, de 14 de agosto de 2001, alterou a redação do § 2º do art. 59 da CLT.

pela Carta Magna. Equipara assim, referido artigo, hora extraordinária e hora normal.²⁴

É nítido que a instituição do chamado “banco de horas” tinha função de trazer mais uma oportunidade ao trabalhador de exercer suas horas extras e ser “remunerado” por isso, mas, na prática não é o que tem acontecido, se tornando um instituto muito mais benéfico ao empregador que para o empregado.

3 DIREITO À DESCONEXÃO

Desconexão, segundo o dicionário, significa “ato ou efeito de desconectar”²⁵, este, por sua vez, significa “desfazer a conexão de algo ou perder a conexão”²⁶. Logo, o direito à desconexão laboral é o direito do homem não trabalhar ou, mais comumente conhecido como, o direito de se desconectar do trabalho.

Não se tem como falar sobre direito à desconexão sem citar Jorge Luiz de Souto Maior²⁷ que foi o responsável por todo o entendimento sobre o direito ao não trabalho que se tem atualmente. Segundo ele, este não é apenas um direito de quem trabalha, mas, também, daquele que não consegue emprego em virtude de outro trabalhar exaustivamente. Assim, prejudica sua própria saúde ao se sacrificar para cumprir suas obrigações e ainda faz com que outro “trabalhador” fique sem emprego.

²⁴ SILVA, William Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. 1 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - Femargs Escola Superior do Ministério Público - Fmp, Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

²⁵ DESCONEXÃO, in **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**, Linha 1, Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues>>. Acesso em: 04/11/2016

²⁶ DESCONECTAR, in **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**, Linha 1, Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues>>. Acesso em: 04/11/2016

²⁷ Professor livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (desde 2002); coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital – GPTC; membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e da Seguridade Social – RENAPEDTS; e Juiz do Trabalho (desde 1993), titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP (desde 1998). Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/sobre-o-autor.html>

Historicamente, o homem sempre vislumbrou melhores condições sociais, é algo intrínseco do homem. De acordo com Souto Maior²⁸, o homem se vê forçado a trabalhar até mesmo para não ser discriminado socialmente, porém, o desejo de todos é ficar rico sem trabalhar ou trabalhar almejando parar no futuro. Como citou o Barão de Itararé: “o trabalho enobrece o homem, mas depois que o homem se sente nobre não quer mais trabalhar”. Souto Maior tem a intenção com o citado acima, mostrar a realidade da sociedade, ou seja, é um desejo global ser rico não apenas para saciar desejos materiais, mas sim, para deixar de trabalhar ou, caso ainda tenha que continuar trabalhando, seja por paixão a profissão e não por necessidade.

Cassar²⁹ cita em seu livro que: “O trabalhador tem direito à ‘desconexão’, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado”. Fica claro que, com o avanço tecnológico, o direito ao não trabalho foi prejudicado pois, como já citado anteriormente, as tecnologias disponíveis atualmente facilitam que os empregadores exerçam subordinação à seus empregados mesmo fora de sua jornada de trabalho.

A Constituição Federal em seu artigo 6º, Caput, deixa claro que é direito social de todos os cidadãos o lazer e a vida privada. Sendo nítido que, com o empregado tendo que portar qualquer meio de comunicação, ainda que de forma ocasional, para ser chamado pelo seu superior hierárquico, não será a melhor forma de ter o seu Direito Constitucional respeitado. Pois, como cita Silva³⁰ em seu artigo, alguns minutos a mais na jornada ou tirados para responder mensagens do chefe são, na verdade, minutos retirados da finitude da vida do trabalhador.

A desconexão pode ser entendida como uma etapa necessária para a concessão do direito fundamental ao lazer, direito este, que não está ligado apenas a definição da palavra lazer, mas sim, de uma forma mais ampla ao direito fundamental do empregado ter sua vida privada, sem que tenha prejuízos em sua relação empregatícia para isso.

²⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas/SP, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+23-2003.pdf/ed9eb1b7-d973-4a33-95b9-289e6875e9cd>>. Acesso em: 05 set. 2016.

²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 660

³⁰ SILVA, William Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. 1 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - Femargs Escola Superior do Ministério Público - Fmp, Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

De acordo o artigo 66º da CLT, “entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”. O artigo 67º, Caput, que é uma réplica do exposto no artigo 7º, XV, da Constituição Federal “Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte”, tem como principal função dar pleno direito ao que foi emanado pela Carta Magna em seu artigo 6º acima citado. Conclui-se que, se a legislação possui normas para garantir ao trabalhador o direito ao não trabalho, para que possa descansar e recuperar suas energias, é nítido que um trabalhador que não tem seus direitos de desconexão respeitados, necessitando estar “24 horas” ligado ao seu trabalho, estará propenso a um esgotamento físico e/ou mental, bem como, vulnerável ao surgimento das chamadas doenças funcionais³¹.

Segundo Silva³³, a primeira norma positivada criada com o intuito de garantir aos funcionários o direito à desconexão foi, a já citada e debatida acima, jornada de trabalho, pois, a partir da devida limitação da jornada se teve a aquisição do direito ao não trabalho e a possibilidade de se ter uma vida social, assim, dando sentido a tão famosa frase “o trabalho dignifica o homem”, pois, o trabalho excessivo acaba por retirar a dignidade que, em tese, seria inerente ao labor despendido.

3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62 DA CLT

O artigo 62³² cita dois “tipos” de empregados que, segundo o legislador, não devem ser abrangidos pelas normas contidas no capítulo II da CLT, denominado Jornada de Trabalho, pois as funções exercidas por estes funcionários não são compatíveis com o elencado no capítulo.

³¹ Doença, geralmente crônica, na qual não são encontradas evidências de alterações orgânicas, apenas das funções. Os sintomas funcionais correspondem a alterações no funcionamento do órgão, do aparelho ou do sistema sem nenhuma alteração orgânica. 15 a 20% dos doentes são portadores de doenças funcionais e toda doença orgânica costuma ser acompanhada de sintomas funcionais. Sintomas e doenças funcionais estão relacionadas com o estresse e com as fragilidades orgânicas individuais. Disponível em: http://www.medicinapsicossomatica.com.br/glossario/doenca_funcional.htm

³² Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; 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. Parágrafo único - O regime previsto neste 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% (quarenta por cento). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html> Acessado em: 05/11/2016

Porém, o expressado neste artigo é motivo de inúmeros embates jurídicos tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo em comento.

O previsto no artigo supracitado não engloba apenas o controle de jornada, mas sim, todos os regramentos previstos no capítulo. Assim, tornando ainda mais claro a inconstitucionalidade do artigo tendo em vista que uma norma infraconstitucional está sobrepondo o exposto na Carta Magna.

De acordo com Silva³³, as Constituições anteriores à 1988 possuíam aplicabilidade contida, ou seja, poderiam ser limitadas por normas infraconstitucionais, porém, com a promulgação da Constituição de 1988, o legislador não deixou lacunas ou margens para interpretações infraconstitucionais capazes de retirar de qualquer trabalhador os direitos resguardados pela Carta Maior.

Em síntese, os legisladores equivocaram-se ao recepcionar o artigo em comento quando se teve a promulgação da nova Constituição, tendo em vista que, a Carta Magna deixa bem claro em seu texto que o exposto no artigo 7º engloba todos os trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais. Assim, sendo totalmente incompatível que uma norma infraconstitucional venha a tratar de forma diferente o que foi definido pela Constituição Federal.

Como a Carta Maior (1988) é posterior à CLT (1943), os artigos presentes na norma infraconstitucional deveriam passar por uma análise minuciosa para saber se poderiam ou não ser recepcionados pela “nova” Constituição. Novelino segue este mesmo entendimento:

Ao ser promulgada uma nova Constituição, duas situações poderão ocorrer. As normas infraconstitucionais anteriores materialmente *compatíveis* com a Lei Maior ganham um novo fundamento de validade e são recepcionadas por ela. As normas materialmente *incompatíveis* perdem seu fundamento de validade e deixam de ter vigência (***incompatibilidade material superveniente***). Por não admitir a convivência simultânea de normas materialmente incompatíveis entre si, o *princípio da unidade do ordenamento jurídico* impede a recepção de tais normas pela nova Constituição.³⁴

³³ SILVA, William Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. 1 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - Femargs Escola Superior do Ministério Público - Fmp, Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em: <[http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf](http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 173 EPUB.

Como se pode notar, é nítido que o artigo 63 da CLT não poderia ter sido recepcionado pelo ordenamento, tendo em vista que não possui uma compatibilidade material com a Constituição Federal. Assim, sendo necessário uma nova análise nos ordenamentos que existiam antes da Carta Magna de 1988 (como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943), para que possíveis abusos, como o artigo em comento, deixem de possuir validade e eficácia.

Seguindo o mesmo entendimento, Severo afirma que:

A ordem constitucional instaurada em 1988 fixa parâmetros a partir dos quais toda legislação vigente deve ser interpretada e aplicada. Desse modo, a partir das premissas ali fixadas, teríamos como alternativa a compreensão de que o artigo 62 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional ou pelo menos, de que seria aplicável apenas nos limites compreendidos, a serem sempre examinados com muita cautela.³⁵

Conclui-se que, apesar do artigo em comento ainda ser amplamente aceito por parte da doutrina e jurisprudência, se faz necessário uma análise minuciosa do que acontece na realidade com os trabalhadores, que devido possuírem cargos de gerentes ou ter jornada externa incompatível com a fixação da jornada de trabalho vivem sempre subordinados e sob uma carga de estresse e pressão extremamente elevada.

O argumento utilizado pela doutrina e jurisprudência para aceitar o artigo 62 é que, não se tem como controlar ou fixar a jornada de trabalho dos funcionários inseridos no rol do artigo 62. Porém, com a tecnologia existente atualmente, se tem a plena possibilidade de realizar o controle através de computadores e/ou sistemas de rastreamento, como acontece com os trabalhadores de telemarketing (supervisão através dos computadores) e caminhoneiros (supervisão através dos tacógrafos e sistema de GPS). O tratamento dado pelo artigo se torna ainda mais esdrúxulo quando se trata dos funcionários que exercem cargo de confiança que apenas por receberem gratificação da função perdem o direito de possuir o direito a desconexão laboral, pois, este tipo de funcionário passa a não ter mais horário fixo de trabalho sendo acionado pelos seus superiores muitas vezes de forma abusiva e, assim, perdendo totalmente o seu direito ao lazer e vida privada.

³⁵ SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. Porto Alegre, Fabris, 2009, p. 76-77.

Corroborando com o que já fora afirmado acima, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do trabalho³⁶ em seu Enunciado de número 17 deixou claro que:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.³⁷

Resta evidente, que já existem posicionamentos na doutrina e até mesmo na jurisprudência que corroboram com a inconstitucionalidade do artigo 62. O posicionamento da jornada de direito material deixa isso claro, porém, a utilização do artigo em comento continua sendo feita de maneira irrestrita trazendo prejuízos para os trabalhadores que perdem o direito ao descanso e, acabam por “viver” em função de seu labor. Souto Maior³⁸ cita a importância destes períodos de descanso e o prejuízo trazido para o trabalhador que não tem este direito respeitado ao afirmar que o período de descanso é uma pausa no trabalho e que este período somente será cumprido quando devidamente se tiver a desvinculação do trabalho. Afirma ainda que, a inobservância deste período pode causar prejuízos não só a vida do trabalhador, mas sim, à toda sua família:

Para levar esta discussão a um nível inimaginável, pense-se o presente tema sob a perspectiva de um filho que não vê seu pai por dias inteiros, porque este diuturnamente está voltado ao trabalho. A sua preocupação, a do pai, pode ser a mais nobre possível (oferecer meios de subsistência e conforto ao filho), mas pode ser também que a sua vinculação ao trabalho, de forma incessante, não

³⁶ 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do trabalho, realizada em 23 de novembro de 2007 - Durante três dias foram debatidos temas ligados à competência da Justiça do Trabalho pós-Emenda 45, de 2004. O amplo debate entre os operadores do direito sobre as matérias sujeitas à competência da Justiça do Trabalho, bem como a aproximação jurídica entre as instâncias foi o objetivo central do evento. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/noticia_crudman.do?evento=Editar&chPlc=429387. Acessado em: 11/11/2016

³⁷ 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>. Acessado em: 11/11/2016

³⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas/SP, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+23-2003.pdf/ed9eb1b7-d973-4a33-95b9-289e6875e9cd>. Acesso em: 05 set. 2016.

passar de um vício, o vício provocado pela tela do computador ou pela vaidade de galgar posições cada vez mais altas e vencer na concorrência do mundo do trabalho. Pois bem, será que este filho não tem um bem jurídico a ser preservado judicialmente? Será que não tem ele o interesse jurídico para pleitear em juízo que seu pai cumpra o dever de lhe oferecer a sua presença? Será que não se pode pensar no direito a uma indenização para o trabalhador que, por estar subordinado de forma ilimitada ao trabalho, como consequência da rede de produção que lhe impõe seu empregador, acaba negando este direito a seu filho e aos seus demais familiares?⁴¹

Como se pode notar, a utilização do artigo em comento traz insegurança à toda a sociedade, pois, como é perceptível pelo citado acima, o funcionário não é o único prejudicado, mas sim, toda a sociedade em que ele está inserido, devendo o ordenamento atuar coibindo situações como as descritas acima. Diante de toda a explanação realizada, fica evidente que o artigo 62 está totalmente ultrapassado e a sua continuação em vigência seria um retrocesso, assim, os legisladores devem declará-lo inconstitucional.

3.2 DANO EXISTENCIAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A reparação de dano existencial é uma forma de o trabalhador ser indenizado pelo excesso cometido pelo empregador. De acordo com Belloti, dano existencial é:

O dano existencial consiste na violação dos direitos fundamentais da pessoa, direitos estes garantidos pela CF, que resulte algum prejuízo no modo de ser ou nas atividades executadas pelo indivíduo.

Em outras palavras, o dano existencial trata-se de um dano que decorre de uma frustração que impede a realização pessoal do trabalhador, reduzindo sua qualidade de vida. É uma forma de frustração de projetos (não profissionais) ou relações sociais dos trabalhadores, causadas por condutas ilícitas praticadas por seus empregadores.³⁹

Como se pode notar, o trabalhador que não tem o direito à desconexão respeitado acaba por ter prejuízos em sua vida privada, prejuízos estes, que muitas vezes são irreversíveis (deixar de estar presente, de dar atenção ao filho ou deixar de dar atenção a sua esposa, acarretando o fim do casamento, por exemplo) e só acontecem pelo fato de estarem 24 horas por dia ligados

³⁹ BELLOTI, Aline Carla Lopes. **Indenização por dano existencial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207483,51045-Indenizacao+por+dano+existencial>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

aos seus empregos, sem desconexão, sem momento de lazer, sem vida privada, assim, gerando uma perda social que deve ser reparada de alguma forma pelo empregador. Como não existe máquina do tempo para voltar os momentos importantes e fazer com que o empregado esteja presente neles, o ordenamento criou a reparação por dano existencial para que atue como uma indenização pecuniária ao funcionário que perdeu momentos de sua vida privada pelo excesso de subordinação e trabalho.

Diante do exposto acima, faz-se necessário entender que, apenas a existência do excesso de jornada ou, então, do abuso por parte do empregador, não é suficiente para que se tenha a caracterização do dano existencial e, como consequência, o dever de indenizar. Para que fique caracterizado é necessário que se prove o dano que este trabalho em excesso causou à vida pessoal do empregado.

Seguindo o mesmo entendimento, a Justiça do Trabalho se posiciona:

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente - art. 6º - e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho.⁴⁰

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora.⁴¹

⁴⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. Recurso ordinário 01924201111303002 0001924-09.2011.5.03.0113. Desembargador Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves. 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124080509/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1924201111303002-0001924-0920115030113/inteiro-teor-124080519>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. DANO EXISTENCIAL. Recurso ordinário 0001533-23.2012.5.04.0006. ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A. e Gisele Hidalgo. Relator: Desembargador André Reverbel Fernandes. 10 de setembro de 2014. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:VoKCl51vPiIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D50>

Resta claro que, a Justiça do Trabalho como um todo se posiciona de maneira a coibir o excesso de jornada para que, assim, o trabalhador possa ter sua vida social e a plenitude dos direitos que lhe são garantidos constitucionalmente. O dano existencial não foi criado exclusivamente para o Direito do Trabalho, mas, é de extrema importância, pois, visa punir o empregador pelos abusos e tenta amenizar com a indenização as perdas dos funcionários.

A jurisprudência ainda se pronuncia corroborando com o exposto durante todo este artigo quando se trata do direito à desconexão puro e simples. O entendimento dos tribunais trabalhistas é de proteção ao trabalhador, coibindo abusos. Segue jurisprudências:

ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Em que pese o artigo 244 da CLT referir-se à categoria dos ferroviários, quanto ao adicional de sobreaviso, nada impede a sua aplicação a empregados que exercem outras atividades, por analogia, ainda mais que se trata de norma de proteção à saúde e higidez do empregado. Nestes termos, inclusive, a súmula nº 428 do c.TST. A qualquer cidadão é garantido o direito constitucional ao lazer, ao descanso, sendo este imprescindível inclusive para a higidez física e mental de qualquer ser humano. Assim, manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria estar descansando, os colocando à disposição do trabalho por meio de aparelho móvel, fere o que modernamente vem sendo chamado de direito à desconexão do empregado.⁴²

HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Tempo livre é aquele no qual a subjetividade do trabalhador se distancia dos problemas, questões e compromissos - potenciais ou efetivos - concernentes ao mundo do trabalho permitindo-lhe -esquecer- e descansar, repousar e usufruir de seu direito ao lazer (CRFB, Art. 6º). Em contraponto, o tempo em que o empregado deve permanecer conectado à empresa, ainda que por meio do aparelho celular, é tempo de trabalho e deve ser remunerado. As horas de sobreaviso, diante da desterritorialidade do trabalho no mundo contemporâneo, não se definem pela exigência da fixação a um local aguardando ordens, mas pela fixação a um aparelho móvel que aprisiona seu portador às demandas potenciais do empregador. A utilização da analogia é admitida expressamente pelo art. 8º da CLT e se constitui em importante recurso de integração das lacunas surgidas diante das transformações tecnológicas e produtivas e se constitui em importante

388090++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-01-01..2016-11-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 12 nov. 2016

⁴² RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Recurso ordinário 0001609-74.2012.5.01.0024. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139202950/recurso-ordinario-ro-16097420125010024-rj>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

modo de atualização do Direito do Trabalho e uma das razões para a permanência da CLT. Recurso patronal a que se nega provimento.⁴³

Conclui-se que, a jurisprudência já deixa claro seu posicionamento com o intuito de proteger o obreiro do trabalho ininterrupto. Assim, tentando garantir que os empregados, de uma forma geral, tenham seu direito à desconexão plenamente respeitado. Quando se trata dos funcionários inseridos no rol do artigo 62, bem como os que trabalham em regime de sobreaviso, a jurisprudência vem atuando de forma mais incisiva, pois, para reconhecer e impedir abusos relacionados a estas profissões, se torna mais difícil pela diferença no desempenho delas, como já exposto no tópico a respeito da inconstitucionalidade do art. 62.

Deve-se levar em consideração também, que a tecnologia avançou de forma extraordinária no século 21 e, que tanto a CLT como a Constituição Federal, foram feitas com base no existente no século 20, então, é necessário que se tenha uma limitação desta tecnologia na relação empregado-empregador para que, assim, as subordinações excessivas e contínuas possam diminuir. Fica evidente também, que ainda se tem a necessidade de um grande avanço, pois, certos abusos ainda acontecem de forma demasiada e o direito ao não trabalho por muitas vezes ainda é ignorado por parte dos empregadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, observa-se que o direito à desconexão vem sendo amplamente discutido atualmente, tendo em vista que, o avanço tecnológico alcançou níveis, antes inimagináveis, devendo os legisladores atuarem de modo a coibir possíveis abusos que existam na relação de trabalho em virtude destes avanços.

Sendo assim, o obreiro tem o direito à se desconectar do trabalho, para que assim, seja possível o seu convívio social pois, aquele que passa 24 horas por dia conectado ao trabalho não consegue ter uma vida social, ou seja, não consegue ter os direitos que lhe são garantidos constitucionalmente.

⁴³ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Recurso ordinário 0153800-54.2009.5.01.0204. Relatora: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183765442/recurso-de-revista-rr-1538005420095010204-rj>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Conclui-se, ainda, que a limitação da jornada de trabalho é a principal aliada do direito à desconexão. Uma vez que, como se pode notar, através da evolução histórica realizada no presente trabalho, já desde as primeiras relações empregatícias, os assalariados almejavam serem submetidos à uma jornada de trabalho justa e, conseqüentemente, digna.

Além disso, a ambição por parte dos empregadores, de sempre querer mais produção e, conseqüentemente, mais dinheiro, faz com que acabem esquecendo e/ou ignorando os direitos trabalhistas. Assim, prejudicando os trabalhadores que muitas vezes não conseguem se desligar dos empregos e, por conseguinte, necessitam trabalhar em jornadas extraordinárias, muitas vezes sem receber a devida remuneração exigida pela CLT, como tratado ao longo do trabalho.

Em decorrência disso, para que se tenha um pleno direito ao não trabalho, que venha a englobar todas as classes trabalhistas de forma igualitária, é necessário que seja revisto o exposto no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. Pois, é inadmissível que uma norma infraconstitucional se sobreponha ao exposto na Constituição Federal e seja amplamente utilizado.

Do mesmo modo, o artigo acima referenciado cita que os trabalhadores que exercem cargo de confiança (gerentes) ou que exerçam função incompatível com a fixação de horário de trabalho, não são abrangidos pelas normas expostas no capítulo II da CLT (capítulo responsável por definir as normas da duração e jornada de trabalho, onde em seu artigo 58 cita que a jornada diária não pode ultrapassar o limite de 8 horas diárias). Porém, a Constituição Federal deixa evidente em seu artigo 7 (elencar os direitos dos trabalhadores, entre eles, o direito a jornada de 8 horas diárias) que as normas contidas no texto Constitucional são aplicáveis a todos os trabalhadores, sejam eles, urbanos ou rurais. Então, sendo uma afronta, uma norma infraconstitucional sobrepor o exposto na Carta Magna, sendo assim, deve-se o artigo 62 da CLT ser declarado inconstitucional.

Ademais, a forma encontrada pelo ordenamento para tentar minimizar os efeitos dos abusos cometidos pelos patrões, é a já explicitada, qual seja, reparação por dano existencial. É uma forma de reparar o empregado, em pecúnia, por ter perdido momentos com seus familiares em decorrência dele estar ligado ao trabalho de forma incessante. Porém, como é possível perceber através das jurisprudências citadas, é necessário que se tenha a efetiva comprovação do dano sofrido pelo trabalhador, que seria provar que em decorrência da conexão ininterrupta ao trabalho, deixou de estar presente em momentos importantes de sua vida íntima. Diante disso, a

reparação por dano existencial não traz de volta ao trabalhador os momentos perdidos em sua vida privada, mas, é uma forma de tentar reparar pecuniariamente tal perda, mostrando que o ordenamento está preocupado não só com a qualidade de vida do trabalhador, mas também, em punir os empregadores que impossibilitam a desconexão dos seus empregados.

Conclui-se que o presente trabalho tenta mostrar que o direito à desconexão é de muita importância para a vida do trabalhador. Pois, através da análise das jurisprudências citadas, pode-se notar que o ordenamento vem se preocupando bastante em coibir os abusos e mostrar aos empregadores que o trabalhador, exercendo o seu direito ao não trabalho, quando volta para sua jornada de trabalho vem com mais disposição, empenho e determinação. Assim, trazendo benefícios tanto para o trabalhador, que poderá exercer seus direitos ao lazer e a vida privada, como para o empregador, que terá um funcionário mais empenhado e consequentemente produzindo mais e melhor.

Sendo assim, pelos motivos expostos e pelas razões explanadas no presente trabalho, conclui-se que o direito à desconexão laboral é um direito intrínseco do trabalhador e, deve ser respeitado por todos os empregadores, devendo o ordenamento tipificar na forma de artigos na CLT, positivando de uma vez por todas o direito ao não trabalho, com o intuito de limitar as tecnologias utilizadas pelos patrões, para que assim, os empregados possam ter sua jornada de trabalho justa, bem como, o seu horário de descanso plenamente respeitado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.11.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 72.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e

55º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BELLOTTI, Aline Carla Lopes. **Indenização por dano existencial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207483,51045-Indenizacao+por+dano+existencial>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CABRAL, Glauber Halt. **O que são redes sociais?**. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/marketing-pessoal/o-que-sao-redes-sociais>>. Acesso em: 23 out. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 660.

COSTA, Helcio Mendes da. **Evolução Histórica do Direito do Trabalho, geral e no Brasil**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4553>. Acesso em: 11 out. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 900.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Lei Áurea**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/lei-aurea/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas/SP, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+23-2003.pdf/ed9eb1b7-d973-4a33-95b9-289e6875e9cd>>. Acesso em: 05 set. 2016.

MARETO, Elisangela Belote. **Do direito à Desconexão do Trabalho**. Disponível em: <<http://drwelitonrogeralton.jusbrasil.com.br/artigos/111560645/do-direito-a-desconexao-do-trabalho>>. Acesso em: 26 set. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. Recurso ordinário 01924201111303002 0001924-09.2011.5.03.0113. Desembargador Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves. 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124080509/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1924201111303002-0001924-0920115030113/inteiro-teor-124080519>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MOREIRA, Helmer. **Evolução Histórica do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3065>>. Acesso em: 11 out. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 293.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 173 EPUB.

PINHEIRO, José Mauricio Santos. **Quem é o Profissional de Telemática**. Disponível em: <http://www.projetoderedes.com.br/artigos/artigo_quem_eh_o_profissional_de_teleomatica.php>. Acesso em: 05 out. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Recurso ordinário 0001609-74.2012.5.01.0024. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139202950/recurso-ordinario-ro-16097420125010024-rj>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. HORAS DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Recurso ordinário 0153800-54.2009.5.01.0204. Relatora: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183765442/recurso-de-revista-rr-1538005420095010204-rj>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. DANO EXISTENCIAL. Recurso ordinário 0001533-23.2012.5.04.0006. ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A. e Gisele Hidalgo. Relator: Desembargador André Reverbel Fernandes. 10 de setembro de 2014. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:VoKCl51vPiIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.bairar%3Fc%3D50388090++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-01-01..2016-11-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. Porto Alegre, Fabris, 2009, p. 76-77.

SILVA, William Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários**. 2015. 1 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - Femargs Escola Superior do Ministério Público - Fmp, Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVEIRA, José Carlos Scarpellini; LIVI, Maria Aparecida Castro. **INF01210 – Introdução à informática**. 2006. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Informática Aplicada, Departamento de Informática Aplicada, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2006. Disponível em: <http://www.inf.ufrgs.br/~alvares/INF01040/ApostilaConceitosBasicos.pdf>. Acesso em: 23 out. 2016.

VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática: Conceitos Básicos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 1.