

ESTUDIOS

Teletrabalho e inobservância do direito à desconexão

Teleworking and inobservance of the right to disconnect

Adelmo José Pereira 

Universidade Cidade de São Paulo, Brasil

RESUMO O trabalho tem como objetivo verificar quais são os tipos de danos causados e as suas respectivas consequências na hipótese de não observância do direito à desconexão do trabalhador. Para tanto, por meio do método dedutivo e com o propósito de se estabelecerem as premissas necessárias, partiu-se das normas contidas na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho, na legislação trabalhista de países como Chile, França e Portugal e, também, de estudos desenvolvidos pela doutrina sobre o tema. Ao final, concluiu-se que a inobservância do direito à desconexão dá margem à ocorrência de danos ao patrimônio material e imaterial do trabalhador que tem, como consequência disso, respectivamente, o direito de exigir o pagamento de horas extras e de uma indenização pelos prejuízos sofridos.

PALAVRAS-CHAVE Teletrabalho, direito à desconexão, inobservância, danos, consequências.

ABSTRACT Work aims to determine which types of damage and their respective consequences in the event of non-observance of the employee's right to disconnect. To do so, using the deductive method and with the purpose of establishing the necessary premises, we started from the rules contained in the Federal Constitution of 1988, in the Consolidation of Labor Laws, in the labor legislation of countries such as Chile, France and Portugal and, also, of studies developed for the doctrine on the subject. In the end, it was concluded that the non-observance of the right to disconnect gives rise to damage to the material and immaterial patrimony of the worker, who consequently has the right to demand the payment of overtime and an indemnity for the losses suffered.

KEYWORDS Teleworking, right to disconnect, inobservance, damages, consequences.

Introdução

O teletrabalho já era, até bem pouco tempo atrás, conhecido e realizado por algumas poucas categorias de empregados. Tratava-se de um grupo de pessoas que executava o contrato de trabalho de forma remota, vale dizer, fora das dependências da empresa, e desenvolvia o seu labor por meio de ferramentas tecnológicas de comunicação e transmissão de dados a despeito de inexistir qualquer tipo de norma trabalhista específica a esse respeito no Brasil.

O cenário mudou a partir da edição da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, lei da reforma trabalhista, que inseriu o Capítulo II-A ao Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para o fim de disciplinar uma das formas de execução remota do contrato de trabalho, nomeando-a de «teletrabalho».

No rastro da novidade legislativa, ocorreu a crise sanitária mundial causada pela pandemia da *coronavirus disease 2019* (covid-19) que, ante a necessidade de se limitar a locomoção da população, acabou por promover a adesão ao trabalho remoto de um extenso número de trabalhadores que, antes, sequer cogitavam a possibilidade de isso acontecer.

No entanto, o teletrabalho implica observância rigorosa do tempo à disposição do empregador, de maneira a garantir ao trabalhador um período fora da rotina laboral, ou seja, «desconectado» dos seus afazeres, como forma de preservar o gozo e a fruição de direitos fundamentais como saúde, lazer, vida privada entre outros. É certo, então, que a não observância desse direito à desconexão causa danos ao obreiro e traz consequências patrimoniais para o seu patrão.

Por conta disso, no presente trabalho, objetiva-se analisar quais são os tipos de danos causados e as suas respectivas consequências na hipótese de não observância pelo empregador do direito à desconexão do trabalhador.

O método dedutivo será o utilizado para tanto, uma vez que, a partir da constatação de um determinado problema – a inobservância do direito à desconexão –, buscar-se-á identificar as suas consequências e os instrumentos e institutos jurídicos passíveis de serem utilizados para a sua eventual solução.

Dessa forma, para atingir o objetivo proposto, inicialmente, abordar-se-ão, de forma breve, as formas de execução do contrato de trabalho, sendo certo que se dará especial ênfase ao teletrabalho e as normas que o disciplinam. A seguir, será feita a conceituação do direito à desconexão do trabalhador, oportunidade em que se apresentará a lacuna existente a seu respeito no ordenamento jurídico brasileiro e a forma pela qual o assunto foi tratado pela legislação do Chile, da França e de Portugal. Por fim, verificar-se-ão quais são os tipos de danos causados e as eventuais consequências advindas da inobservância desse mencionado direito à desconexão.

Da execução do contrato de trabalho

Do trabalho presencial no estabelecimento empresarial ao trabalho remoto:
Brevíssimas considerações

O contrato de trabalho pode ser executado de diversas maneiras atualmente. Se, em um passado não muito distante, estar à disposição do empregador para cumprir ordens significava permanecer no seu estabelecimento empresarial, ao longo dos anos, tal situação se modificou bastante até chegar, atualmente, na possibilidade de o pacto laboral ser inteiramente executado sem a necessidade de que o trabalhador se apresente perante o patrão para receber ordens e cumprir com os seus afazeres profissionais.

Com efeito, o art. 4º, da CLT, considera que o período de serviço efetivo é aquele no qual o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando suas ordens. E o art. 6º, da CLT, conforme a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.551, de 16 de dezembro de 2011, estabelece que não há qualquer distinção entre o trabalho realizado i) no estabelecimento empresarial, ii) no domicílio do empregado, bem como aquele realizado iii) à distância, desde que, obviamente, estejam presentes os pressupostos da relação de emprego.

Nessa última hipótese, o parágrafo único desse derradeiro artigo prevê que os instrumentos tecnológicos de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica – e até mesmo para fins de apuração de eventual sobrejornada (Martinez, 2020: 253) –, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A forma mais comum de execução do contrato de trabalho, certamente, é aquela na qual o empregado se desloca até o estabelecimento empresarial – do empregador ou de terceiro por ele indicado – e lá permanece à disposição de seu superior hierárquico para realizar tarefas durante um determinado número de horas.

No entanto, tem tomado forma a execução do contrato de trabalho à distância, ou seja, fora de qualquer estabelecimento empresarial.

É certo que o trabalho desenvolvido fora das dependências da empresa é uma figura conhecida do Direito do Trabalho, tal como ocorre, por exemplo, com os vendedores que cumprem trabalho externo mediante a visita a potenciais clientes de seus patrões ou com os entregadores que passam logo cedo na empresa para retirar os produtos que serão entregues ao longo do dia de trabalho.

Da mesma forma, o trabalho em domicílio, previsto no art. 83, da CLT, é uma forma bastante antiga de execução remota do contrato de trabalho. Isso porque costureiras, alfaiates, entre outros profissionais sempre tiveram a opção de desenvolver as suas atividades laborais em seus domicílios. Algo que não prejudica o reconhecimento a esse tipo de trabalhador de todos os direitos trabalhistas previstos no art.

7º, da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/1988), tendo em vista a inexistência de diferenciação entre eles e os demais trabalhadores (art. 6º, da CLT). De se notar que, mesmo antes da nova ordem constitucional, o art. 83, da CLT, já garantia a esse obreiro o pagamento de – pelo menos – um salário mínimo (Martinez, 2020: 252).

O trabalho à distância, por sua vez, engloba todas as situações passíveis de serem caracterizadas como um labor realizado fora do estabelecimento empresarial, em permanente contato com o empregador e por meio de ferramentas de transmissão de dados. Trata-se do «novel» teletrabalho (Leite, 2020: 244; Calvo, 2020: 33).

A diferença entre ele e o trabalho em domicílio se encontra justamente na possibilidade de, nos dias atuais, mesmo fora do estabelecimento empresarial, o empregado se manter em contato direto com os seus superiores e executar tarefas – por meio de ferramentas tecnológicas de transmissão de dados – que normalmente seriam feitas dentro das dependências da empresa, como ocorre com operadores de telemarketing, advogados, assistentes administrativos, contadores, entre outros profissionais.

Assim, o contrato de trabalho pode ser executado no interior de um estabelecimento empresarial, no domicílio do empregado ou à distância. Nessa última hipótese, estar-se-á diante do teletrabalho, figura recém inserida no ordenamento jurídico brasileiro e cujas características e peculiaridades serão mais bem detalhadas na próxima subseção.

Das características e peculiaridades atinentes ao teletrabalho

O teletrabalho se consubstancia em um tipo de execução do contrato de trabalho fora do estabelecimento empresarial, local no qual o empregado se encontra «virtualmente» presente em virtude de ferramentas tecnológicas que permitem transmissão de dados e interação instantânea.

Ele é mais amplo que o trabalho em *home office* (Martinez, 2020: 253), pois, ao contrário desse, ele não precisa ser executado apenas no ambiente residencial do trabalhador, de forma que pode ser realizado em qualquer local, como, por exemplo, em uma praça, cafeteria ou sala de escritório compartilhada, uma vez que a atividade laboral se desenvolve por meio de uma rede telemática ou até mesmo virtual.

Assim, no teletrabalho, a atividade laboral, em regra, é realizada a distância, ou seja, fora do estabelecimento empresarial; o superior hierárquico distribui a tarefa, mas não tem qualquer controle físico ou direto da sua execução; sendo que essas tarefas são executadas por intermédio de equipamentos de informática e telecomunicações (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 286).

Veja-se, então, que o teletrabalho não é algo exclusivo dessa ou daquela categoria de trabalhadores, de forma que ele pode ser realizado por um profissional autônomo ou por um empregado no âmbito de uma relação de emprego. O que irá identificar no

teletrabalho as características de um trabalho subordinado do ponto de vista jurídico é a forma *in concreto* de como os serviços são prestados, aplicando-se em cada caso o princípio da primazia da realidade (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.183).

Por conta disso, ainda que a subordinação jurídica seja mais tênue no teletrabalho (Leite, 2020: 244), a sua presença é fundamental para a identificação da relação jurídica mantida entre as partes. A sua existência poderá ser aferida, então, por meio de câmeras que controlem o desenvolvimento das atividades do trabalhador, sistema de controle e monitoração de *logon e logoff*, ligações por celulares, rádios, aplicativos de mensagens instantâneas, entre outros meios tecnológicos.

No entanto, deve-se atentar para a forma pela qual se promove o controle das atividades laborais do teletrabalhador, pois o excesso de vigilância pode resultar na invasão à vida íntima e privada do obreiro (Leite, 2020: 247) que indubitavelmente está amparada pelo inciso XXVII do art. 7º, da CF/1988, cujo texto elenca entre os direitos dos trabalhadores a sua proteção em face da automação.

Note-se que, além da impreterível «execução à distância» das tarefas, a existência de tecnologia de transmissão e recebimento de dados é particularmente importante para a caracterização do teletrabalho, algo que não foi ignorado pela legislação de países como Portugal,¹ Chile² e França.³

No Brasil, o teletrabalho passou a ser disciplinado a partir da reforma trabalhista realizada por meio da Lei n. 13.467/2017 que inseriu o Capítulo II-A, composto

1. Em Portugal, o art. 165º, do Código do Trabalho, estabelece que «considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação».

2. No Chile, o artículo 152 quáter G. do Código del Trabajo, inserido pela Ley n. 21.220, de 24 de março de 2020, preceitua que: «Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios». Tradução livre: Trabalho a distância é aquele em que o trabalhador presta os seus serviços, total ou parcialmente, a partir da sua residência ou de outro local ou locais distintos dos estabelecimentos, instalações ou tarefas da empresa. Será denominado teletrabalho se os serviços forem prestados através da utilização de meios tecnológicos, informáticos ou de telecomunicações ou se tais serviços devam se comunicarem por estes meios.

3. Na França, o item «I» do art. L.1222-9, do Code du Travail, estabelece que: «Sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile, le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication». Tradução livre: Sem prejuízo da aplicação, quando tiver lugar, das disposições deste código de proteção dos trabalhadores domiciliários, o teletrabalho se refere a qualquer forma de organização do trabalho em que o trabalho que também poderia ter sido realizado nas instalações do empregador seja realizado por um empregado fora desse local e de maneira voluntária, utilizando tecnologias de informação e comunicação.

pelos arts. 75-A a 75-E, no Título II da CLT. A inserção desses dispositivos teve por finalidade regrar essa nova maneira de execução do contrato de trabalho e amparar tanto o trabalhador quanto o empregador no que diz respeito a determinadas questões controversas que geravam insegurança jurídica (Weigand Neto e Souza, 2018: 51) e frequentemente levavam os sujeitos contratuais a discuti-las perante a Justiça do Trabalho.

A partir da edição desse diploma reformador, o teletrabalho passou a ser legalmente definido no ordenamento jurídico nacional como a prestação de serviços fora das dependências do empregador, desde que não se constituam como trabalho externo, e mediante a utilização de tecnologias de informação e de comunicação (art. 75-B, da CLT) – ferramentas sem as quais não é possível considerar existente o teletrabalho (Calvo, 2020: 34), tal qual ocorre, por exemplo, na França (Gauriau, 2020: 672).

O novel art. 75-C, da CLT, por sua vez, estabelece que esse tipo de trabalho remoto não se presume, de maneira que ele deve constar do contrato individual de trabalho – que, em razão disso, deverá ser feito necessariamente por escrito (Calvo, 2020: 34) –, cujas cláusulas especificarão as atividades a serem desempenhadas pelo empregado.

Essa forma de execução do contrato de trabalho pode, decerto, ser alterada consensualmente pelas partes ou de forma unilateral pelo empregador, mas, nessa última hipótese, apenas quando se alterar do regime de teletrabalho para o presencial, caso em que deverá ser concedido ao obreiro um prazo de quinze dias para fins de adaptação e transição. Em qualquer uma dessas situações, a alteração deve ser realizada mediante a elaboração de um aditivo contratual (§§ 1º e 2º, do art. 75-C, da CLT).

E é também por escrito que se deve fixar a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e da infraestrutura necessária à prestação do trabalho, bem como ao reembolso de despesas suportadas pelo empregado, conforme art. 75-D, da CLT. O parágrafo único desse dispositivo informa que tais itens não integram a remuneração do empregado. A normativa, contudo, poderia até mesmo ser considerada desnecessária, tendo em vista o fato de que, se eles são necessários para a prestação do serviço – e realmente o são –, por óbvio e por definição, não podem ser considerados salário *in natura*⁴ (Martinez, 2020: 255).

A questão relevante dessa disposição legal, entretanto, é a possibilidade de que se

4. Salário pago *in natura* significa que, ao invés de utilizar dinheiro, o patrão disponibiliza utilidades aos seus empregados. Essas «utilidades salariais são bens suscetíveis de apreciação econômica que poderiam ser adquiridos pelos empregados mediante os salários recebidos, mas que, por um ajuste com os empregadores, são-lhes oferecidos como substituintes do dinheiro. [...] Se a utilidade for destinada ao trabalhador além dos limites de seu contrato de emprego, podendo ele usar e dispor dela como se a tivesse adquirido diretamente (uma cesta básica, por exemplo), terá natureza salarial. Se, por outro lado, a utilidade outorgada pelo empregador visar ao serviço em qualquer dimensão ou extensão (uma refeição concedida no intervalo intrajornada, por exemplo), terá natureza não salarial e, conseqüentemente, não poderá ser integrada à remuneração» (Martinez, 2020: 547).

confira ao empregado a responsabilidade pela aquisição desse material para o fim de exercer as suas atividades laborais. A gravidade disso reside no fato de que o risco da atividade empresarial pertence ao empregador, conforme art. 2º, da CLT, e, transferi-lo para o obreiro, subverte o sistema de proteção criado pelas normas trabalhistas constitucionais e legais.

Assim, a permanecer essa regra, o patrão pode oferecer uma determinada remuneração ao empregado que ficará responsável financeiramente pela aquisição e manutenção dos equipamentos necessários para o desenvolvimento da atividade para o qual foi contratado. Isso fará com que ele gaste parte dos seus vencimentos com os meios de viabilizar a atividade empresarial do empregador, diminuindo os valores com os quais sustenta a si e a sua família, algo que pode, inclusive, inviabilizar a assunção do posto de trabalho. Por conta disso, considera-se a disposição contida no art. 75-D, da CLT, como incompatível com a proteção dada ao trabalhador tanto pela CF/1988 quanto pela CLT.

Nesse rumo, então, é de se ressaltar que, sendo o empregador o único responsável pela risco da sua atividade empresarial, conforme art. 2º, da CLT, compete exclusivamente a ele arcar com os custos necessários para o desenvolvimento da atividade laboral, ainda que ela seja exercida em regime de teletrabalho. Assim, por escrito, conforme dispõe o novel dispositivo da CLT reformada, pode-se estabelecer somente a forma pela qual o empregador entregará ao obreiro o equipamento necessário para o labor diário ou fará o reembolso das despesas efetuados com a execução da atividade prevista no contrato de trabalho, jamais poderá, no entanto, impor ao trabalhador a reponsabilidade pela aquisição e manutenção da estrutura necessária para tanto.

Exatamente nesse sentido foram os debates e as conclusões obtidas durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, encontro realizado pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho com o propósito de interpretar as novas disposições trazidas pela reforma trabalhista, e que resultaram no texto do Enunciado n. 7.1⁵ (Feliciano e Miziara, 2017: 11).

O art. 75-E, da CLT, por sua vez, estabelece que compete ao empregador instruir os seus empregados com o objetivo de evitar doenças e acidentes de trabalho e que os obreiros devem assinar um termo de responsabilidade se comprometendo a seguir tais instruções.

Note-se que sempre foi responsabilidade do empregador implementar, orientar e

5. Enunciado n. 7.1 Custos do empreendimento. Teletrabalho. Custeio de Equipamentos. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT (Enunciado Aglutinado n. 1 da Comissão 6).

fiscalizar a observância de medidas de saúde e segurança do trabalho. A novidade, então, está em exigir do empregado a assinatura de um termo no qual se compromete a seguir essas instruções. A lógica da medida reside no fato de que não há fiscalização presencial da forma pela qual o trabalho do obreiro se desenvolve, razão pela qual, após ter conhecimento das medidas de prevenção, é sua responsabilidade segui-las sob pena de, em acontecendo algum acidente, não ser possível responsabilizar o patrão.

Ainda, na esteira das alterações promovidas pela reforma trabalhista, estabeleceu-se no art. 611-A, VI e VIII, CLT, a prevalência de acordos e convenções coletivas de trabalho sobre as disposições contidas na lei e no regulamento da empresa nas questões que envolvam o teletrabalho, algo que, de certa forma, atenua a aplicação do princípio da norma mais favorável.

Derradeiramente, é de se destacar a inclusão do inciso III ao art. 62, CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que exclui o empregado, em regime de teletrabalho, do direito à percepção de horas extras. Esse assunto, especificamente, voltará a ser tratado quando for feita a análise dos danos materiais causados em virtude da não observância do direito à desconexão do obreiro.

Observe-se que, por conta da crise sanitária causada pela covid-19, declarada uma pandemia em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde/World Health Organization (OMS/WHO), o teletrabalho tem se popularizado no Brasil. Isso porque a referida patologia pode ser transmitida por meio do contato com fluidos ou secreções respiratórias (Cabrera, Clavel e Román, 2020: 2) de uma pessoa doente, ainda que ela seja assintomática. Além disso, também é um meio eficiente para a disseminação do vírus o contato com objetos ou superfícies contaminadas (Cabrera, Clavel e Román, 2020: 2) e, especialmente, as aglomerações de pessoas, algo comum nos diversos ambientes de trabalho espalhados pelo país.

Nesse sentido, é oportuno observar que

o meio ambiente do trabalho compreende o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para sua sobrevivência e desenvolvimento por meio do exercício de uma atividade laborativa [e] abrange a segurança e a saúde dos trabalhadores, protegendo-o contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente de trabalho. [...] Na leitura principiológica dos valores protegidos pelo art. 225 do Texto Constitucional, não resta dúvida que entre «todos», inclui-se o ser humano em sua qualidade de trabalhador, pois no exercício desta condição submete diariamente sua saúde e energia vitais a um ambiente que, embora artificialmente construído, deve também proporcionar-lhe sadia qualidade de vida, por meio de controle de agentes degradadores que possam afetar sua saúde em todos os seus múltiplos aspectos (Padilha, 2010: 373-375).

Em razão disso, com o objetivo de afastar ou pelo menos diminuir o fluxo de trabalhadores nas ruas e nos postos de trabalho, houve a adoção de medidas de distanciamento social que culminaram na disseminação do teletrabalho para as mais variadas áreas laborativas, pois «todo empregador é obrigado a zelar pela segurança, saúde e higiene de seus trabalhadores» (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.002), na forma do art. 7º, XXII; art. 200, VIII, ambos da CF/1988, e arts. 16 a 18, da Convenção n. 155, da Organização Internacional do trabalho (OIT).⁶

Assim, apesar dos percalços enfrentados diante da urgência causada pela pandemia, o teletrabalho tem se apresentado como uma relevante forma de execução do contrato de trabalho nestes tempos difíceis. Há empresas, inclusive, que consideram a possibilidade de, uma vez encerrada ou amenizada a referida crise sanitária, continuarem com esse tipo de trabalho fora do estabelecimento empresarial, haja vista a percepção dos exacerbados tempo e gastos com o deslocamento do trabalhador nos grandes centros urbanos, além do dispêndio com a manutenção de uma sede «física» capaz de comportar todo o efetivo de empregados. «Em suma, é uma forma de redução dos custos e aumento da produtividade» (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.182).

Dessarte, apesar de não ter sido tratado adequadamente pela reforma trabalhista, conforme demonstrado alhures, o teletrabalho se consubstancia em uma forma de execução remota do contrato de trabalho que cumpre um papel essencial nestes tempos de crise sanitária, sendo certo que as suas normas devem ser lidas, interpretadas e utilizadas visando a garantia integral dos direitos trabalhistas dos empregados, de maneira que a violação ou a não observância de qualquer um desses direitos permite o aforamento de uma reclamação trabalhista com o fim de buscar em juízo a responsabilização pelos danos causados.

Apresentadas as formas de execução do contrato de trabalho e, mais especificamente, o teletrabalho, a seguir, será abordado o direito à desconexão do trabalhador.

Do direito à desconexão do trabalho

Direito à desconexão é o direito que o teletrabalhador tem de permanecer por um determinado período de tempo afastado dos seus afazeres profissionais, sem receber ordens ou tarefas, com o fim de zelar pela sua saúde, física e mental, desfrutar de momentos de lazer e aproveitar o tempo com a família e amigos.

6. O Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, editado com a finalidade de consolidar os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT, traz, no seu Anexo LI, a Convenção n. 155 da OIT sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho (concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981; aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17 de março de 1992; tendo sido depositada a Carta de Ratificação em 18 de maio de 1992; e entrado em vigor no âmbito internacional em 11 de agosto de 1983 e, para o Brasil, em 18 de maio de 1993, na forma de seu art. 24; e, finalmente, promulgada em 29 de setembro de 1994).

Com efeito, os meios atuais de comunicação e transferência de dados possibilitam manter o trabalhador em ininterrupto contato com os seus superiores hierárquicos que, por sua vez, são capazes de monitorar o tempo e o local em que ele está efetivamente desenvolvendo as atividades previstas no contrato de trabalho.

É certo que entre os pontos positivos do teletrabalho está o fato de que o teletrabalhador tem uma melhor qualidade de vida no que se refere a alimentação, bem estar, tempo livre – pois, se elimina o deslocamento casa-trabalho-casa –, além de ele possibilitar a inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.182), entre outros.

Entretanto, entre os pontos negativos dessa espécie de trabalho remoto podem-se elencar a eventual redução de direitos trabalhistas, a dificuldade de aplicação e fiscalização da legislação laboral, acordos e convenções coletivas de trabalho, confusão das despesas pessoais do empregado com os custos para a realização do labor, problemas de meio ambiente de trabalho inadequado com prejuízos à saúde do obreiro (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.182), extensas jornadas de trabalho entre outras situações.

É justamente em relação a esse último item citado que se encontra um dos maiores malefícios do teletrabalho. Isso porque, nas palavras de João Leal Amado:

Agora, o modelo é o de um trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24 horas, pois a tecnologia permite a conexão por tempo integral (hiperconexão), potencializando situações de quase escravização do trabalhador – a escravatura, diz-se, do *homo connectus*, visto, amiúde, como «colaborador» de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e ilimitada (Amado, 2018: 260).

E essa situação pode ser bastante agravada caso se interprete literalmente o comando contido no art. 62, III, da CLT, que estabelece a não aplicação ao teletrabalho das regras concernentes ao controle de jornada, algo que será mais bem analisado na próxima seção. Por conta disso, corre-se o risco de que o patrão exija do trabalhador o cumprimento irrestrito de suas tarefas, o que pode levar a horas ininterruptas de trabalho e até mesmo dias sem qualquer tipo de descanso.

Da mesma forma, cumprir a jornada trabalho e permanecer de sobreaviso à disposição do empregador com o fim de solucionar eventuais problemas ou tarefas urgentes também é um malefício do teletrabalho que muitas vezes é incorporado à rotina do empregado, que passa, mesmo insatisfeito e ante o temor de perder o emprego, a estar sempre pronto para atender as exigências do seu superior hierárquico.

Essa «ruptura da dicotomia do ambiente laboral ocasionada pelo teletrabalho e pelos meios telemáticos de comunicação» (Scalzilli, 2020: 651) acaba por dificultar ou mesmo impedir a desconexão do trabalhador, de maneira que ele se sente em constante estado de prontidão para atender as demandas do seu empregador.

Surge, então, a necessidade de se distanciar do teletrabalho, chamada pela doutrina de direito à desconexão, assim considerada a possibilidade de, durante um deter-

minado período de tempo, afastar-se dos afazeres laborais, algo que inclui, decerto, não permanecer de sobreaviso. Mais especificamente:

Tem-se por desconexão, o direito que todo e qualquer trabalhador possui de usufruir descansos de seu trabalho diário, seja ele dentro da jornada laboral ou ao término, de estar totalmente desvinculado do cargo ou função que exerce, servindo a restabelecer as energias, a suprir suas necessidades biológicas e fisiológicas, ao sono, restando, disposto para o próximo período laboral (Dutra e Villatore, 2014: 144).

Em Portugal, o Código do Trabalho não faz menção expressa ao direito à desconexão do trabalhador. Não obstante, o seu art. 169º, estabelece que o trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, especialmente no que se refere a «limites do período normal de trabalho».⁷

Por conta disso, segundo João Leal Amado (2018: 262-3), a «desconexão» não se consubstanciaria propriamente em um «novo direito» do trabalhador, de maneira que ele seria apenas uma consequência natural da limitação da jornada de trabalho. Esse direito à desconexão seria, então, *mutatis mutandis*, como uma versão virtual do período de descanso (Amado, 2018: 263), em razão do que os direitos realmente em discussão seriam, então, «o direito ao repouso e aos lazeres, ao descanso semanal, a férias periódicas, à limitação da jornada de trabalho...» (Amado, 2018: 262).

Em trabalho pioneiro sobre o tema, escrito muito antes da tecnologia de transmissão de dados ter atingido os patamares atuais, Jorge Luiz Souto Maior (2003: 298) já antevia a existência de um «direito ao não-trabalho», cujo sentido seria o de:

trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo (Souto Maior, 2003: 298).

Como visto na subseção anterior, a reforma trabalhista inseriu por meio dos arts. 75-A a 75-E, da CLT, os contornos do teletrabalho, entretanto, o legislador reformista perdeu a oportunidade de reger essa nova forma de execução do contrato de trabalho adequada e pormenorizadamente, uma vez que não fez qualquer menção ao direito do trabalhador a se desconectar do seu teletrabalho.

Nesse ponto, observe-se que, na França, o Code du Travail foi alterado pela Lei n. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, para o fim de inserir expressamente o direito à desconexão do teletrabalhador ao seu texto. Atualmente, essa disposição está prevista

7. Código do Trabalho, Lei n. 7/2009, Diário da República n. 30/2009, Série I de 2009-02-12. Versão à data de 2021-04-04. 58. Disponível em <https://rb.gy/oqoeuc>.

no parágrafo 7º do art. L.2242-17, do referido código, cuja redação no idioma original é a seguinte:

Article L.2242-17. La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur: [...] 7º Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.⁸

De se notar que esse direito à desconexão teve como fundamento a preocupação do governo local com «os desafios que a utilização de equipamentos digitais trouxe para o ambiente de trabalho» (Harff, 2017: 63), razão pela qual ele foi inserido no referido código francês na seção concernente à qualidade de vida do trabalhador e não, como se poderia presumir, na que trata da jornada de trabalho (Harff, 2016: 69).

Isso, por si só, demonstra que, para os franceses, desconectar-se do trabalho está relacionado com algo muito mais amplo do que apenas observar e respeitar as horas de trabalho, vale dizer, a desconexão, para eles, diz respeito a direitos fundamentais como vida, saúde, lazer e até mesmo a dignidade do obreiro.

No mesmo sentido, no Chile, o *Artículo 152 quáter J*. do *Código del Trabajo* estabelece que os teletrabalhadores não sujeitos às regras gerais de jornada de trabalho tem o direito à desconexão do trabalho e fixa um tempo mínimo para tanto, conforme se vislumbra a seguir:

Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo

8. Code du Travail, disponível em <https://rb.gy/skjswr>. Tradução livre: Artigo L.2242-17. A negociação anual sobre a igualdade profissional entre homens e mulheres e qualidade de vida no trabalho deverá conter: [...] 7º As modalidades do pleno exercício pelo assalariado de seu direito a desconexão e o estabelecimento, pela empresa, de dispositivos para regular o uso de ferramentas digitais com vista a assegurar o cumprimento dos períodos de repouso e férias, bem como o respeito à vida pessoal e familiar. Na falta de acordo, o empregador deve elaborar uma Carta, após parecer da comissão de trabalhadores ou, na sua falta, os delegados dos empregados. Essa Carta define as modalidades do exercício do direito de desconexão e prevê a implantação, para os funcionários, executivos e direção, de ações de formação e sensibilização para o uso razoável de ferramentas digitais.

de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.⁹

No Brasil, em que pese o silêncio da CLT reformada a respeito do direito à desconexão do teletrabalhador, é certo que o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e os direitos fundamentais sociais previstos especialmente no art. 6º, da CF/1988, são suficientes para que se promova a constatação dos eventuais exaustos concretamente praticados no curso de um contrato de trabalho executado sob o regime do teletrabalho.

A interpretação, realmente, não pode ser diferente disso, pois, o indigitado art. 6º, da CF/1988, elenca entre os direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o lazer e a proteção à maternidade e à infância, direitos que só podem ser concretizados mediante a concessão ao teletrabalhador de um tempo livre das suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

Em razão disso:

Entende-se o direito à desconexão como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico, o qual deriva do direito à privacidade e ao lazer, da limitação da jornada de trabalho, dos períodos de descanso (intervalos intra e interjornada, repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas) e também do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa a preservar o direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, preservando a cidadania (Scalzilli, 2020: 655).

Não obstante, João Leal Amado (2018: 264) considera que se deve, primordialmente, promover o regramento da conduta do empregador para o fim de que ele se abstenha de manter qualquer tipo de conexão com o empregado durante os seus períodos de descanso. Isso porque, na sua visão, trata-se «mais de um ‘dever de não conexão patronal’ do que de um ‘direito à desconexão do trabalhador’» (Amado, 2018: 264).

Independentemente de ser um dever do empregador ou um direito do empregado, a sua não observância permite o ingresso em juízo para o fim de obter o reconhecimento da realização habitual de jornada de trabalho em horário extraordinário

9. Código del Trabajo, Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el decreto con fuerza de ley n. 1, de 2002, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, disponível em <http://bcn.cl/3ozsc>. Tradução livre: No caso de trabalhadores remotos que distribuem livremente o seu horário ou teletrabalhadores excluídos da limitação do horário de trabalho, o empregador deve respeitar o seu direito à desconexão, garantindo o tempo em que não será obrigado a responder às suas comunicações, ordens ou outros requisitos. O tempo de desconexão deve ser de pelo menos doze horas contínuas em um período de vinte e quatro horas. Da mesma forma, em nenhum caso o empregador pode estabelecer comunicações ou formular ordens ou outras exigências em dias de descanso, licenças ou férias anuais para os trabalhadores.

e, em consequência disto, pleitear a condenação do patrão ao pagamento das horas extraordinárias não pagas, juntamente com seus reflexos nas demais verbas trabalhistas, e, também, do dano moral ou existencial causado ao trabalhador.¹⁰

Dessa forma, o direito à desconexão a ser exercido no âmbito do teletrabalho se relaciona diretamente com direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, de maneira que a sua não observância pelo empregador implica danos ao patrimônio material e imaterial do trabalhador e tem como consequência o dever de reparar todos os prejuízos causados, conforme será mais bem apresentado na próxima seção.

Da inobservância do direito à desconexão: Danos causados e respectivas consequências

Danos materiais

A inobservância do direito à desconexão viola normas que compõem o sistema de proteção do trabalhador criado pela CF/1988 e pela CLT e, em razão disso, causa danos materiais – também chamados de danos de natureza patrimonial – ao obreiro cuja consequência deve ser a responsabilização do empregador e o reconhecimento do seu dever de reparar os prejuízos causados.

Com efeito, o inciso XIII do art. 7º, da CF/1988, estabelece que são direitos dos trabalhadores laborar em uma jornada de trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários. Note-se que o comando constitucional não faz concessões, vale dizer, as partes do contrato de trabalho não podem estabelecer livremente a jornada diária ou semanal de trabalho além daquilo que está previsto na Carta Magna.

Assim, em havendo algum tipo de controle, a jornada no teletrabalho deve se limitar ao que está previsto no referido dispositivo constitucional, sendo certo que as horas que extrapolarem esse limite devem ser pagas como horas extraordinárias, cujo valor deve ser, no mínimo, cinquenta por cento superior ao da hora normal trabalhada, conforme inciso XVI do art. 7º, da CF/1988.

Por conta disso, o inciso III do art. 62, CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, que exclui as pessoas que laboram em regime de teletrabalho do direito à percepção de horas extras, deve ter a sua aplicação cuidadosamente feita de acordo com o princípio da primazia da realidade dos fatos e em conjunto com as nuances do caso concreto, de forma a considerar *a priori* que o referido dispositivo legal fixa apenas uma pre-

10. Em sentido contrário, Luiz Marcelo Góis (2015: 543) afirma que nem o reconhecimento de horas extras nem a fixação de uma indenização por danos morais são suficientes para reparar os danos causados pela não observância ao direito à desconexão do trabalhador, em razão do que ele desenvolve um estudo no qual sugere a prefixação de valores por meio de um «adicional de desconexão» que teria a mesma finalidade dos adicionais de insalubridade e periculosidade previsto nos arts. 189-97, da CLT.

sunção relativa passível de ser desconstituída por prova em sentido contrário (Delgado, 2017: 132).

Isso porque é plenamente possível que um teletrabalhador tenha a sua jornada de trabalho controlada pelo seu superior hierárquico, exceda o tempo de labor contratual e, em razão disso, faça jus ao recebimento de valores concernentes à sobrejornada.

Exemplificativamente, esse controle pode ser feito por meio da análise da carga diária de tarefas dadas aos teletrabalhador; do tempo que ele levou para realizar cada tarefa; do prazo estipulado para a entrega do serviço pronto; do número de toques dados no teclado do computador; da existência de programas de controle de acesso ao ambiente virtual de trabalho, entre tantas outras formas de controle de produtividade (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 1.188). Ou seja, se o empregado for monitorado pelo empregador por quaisquer meios telemáticos e informativos de comando, controle e supervisão, ele terá a proteção prevista na CLT quanto à duração do trabalho, haja vista que o seu teletrabalho é controlado (Cassar, 2011: 716).

Note-se que excluir o teletrabalhador, desde logo, da percepção de horas extras como faz o mencionado inciso III do art. 62, da CLT, autoriza a utilização dessa forma de trabalho remoto para fraudar direitos trabalhistas (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 645), uma vez que se permite ao empregador exigir do obreiro dedicação sobre-humana ao trabalho sem qualquer limitação de horas e sem o pagamento da devida contraprestação.

No que diz respeito às horas de sobreaviso no teletrabalho, o empregado terá direito à sua percepção sempre que forem constatadas a necessidade de atender e responder qualquer comunicação do patrão, bem como «a imposição de plantões, escalas de trabalho ou figuras equivalentes pelo empregador para os períodos de descanso do trabalhador» (Jorge Neto e Cavalcante, 2019: 289).

Esse direito do teletrabalhador ao recebimento das horas laboradas em regime extraordinário, além do direito ao repouso semanal remunerado, foi devidamente debatido durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e, ao final, reconhecido por meio da edição do Enunciado n. 7.2¹¹ (Feliciano e Miziara, 2017: 11-12). Naturalmente, o referido enunciado não tem força vinculante em relação aos órgãos judicantes da Justiça do Trabalho, entretanto, ele aponta uma tendência

11. Eis a sua redação: Enunciado n. 7.2 Duração do trabalho. Teletrabho. Horas extras. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o art. 7º, «e», «g» e «h» protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais («Protocolo de San Salvador»), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT. (Enunciado Aglutinado n. 2 da Comissão 6).

intelectual e doutrinária acerca do assunto que também pode vir a servir como fundamento para decidir a questão controversa.

Nesse rumo, a discussão judicial a respeito desses direitos trabalhistas impagos pode ser feita por meio de ações individuais ou mediante a propositura de uma ação coletiva. Significa dizer, então, que, com fundamento no inciso XXXV do art. 5º, da CF/1988, cada um dos trabalhadores lesados tem a faculdade de ajuizar uma reclamação trabalhista para o fim de obter a declaração do direito violado e a condenação do seu empregador a pagar o *quantum debeatur* devidamente apurado.

Da mesma forma, em se tratando de direitos transindividuais,¹² também poderá ser proposta uma ação civil pública¹³ tanto pelo Ministério Público do Trabalho quanto pelo sindicato da categoria profissional cujos direitos estão sendo prejudicados pela conduta de uma determinada empresa, tendo em vista a legitimação prevista nos incisos I e V, respectivamente, do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985. Nessa hipótese, em havendo condenação, os valores pagos a título de indenização devem ser revertidos a um fundo financeiro e utilizados na reparação dos bens jurídicos lesados (art. 13, da Lei n. 7.347/1985).

Em razão de tudo isso, havendo controle de jornada e trabalho desempenhado em horário extraordinário, o não adimplemento dos respectivos valores pelo patrão implica a ocorrência de danos materiais ao trabalhador e, em virtude disso, ele e os entes legitimados para a propositura de uma ação civil pública podem comparecer perante o órgão jurisdicional competente para o fim de pleitear a condenação do empregador ao pagamento das horas extras trabalhadas e dos seus reflexos nas demais verbas trabalhistas, nos termos do art. 7º, XIII, da CF/1988.

Danos ao patrimônio imaterial do trabalho

A não observância do direito à desconexão do empregado acarreta em sobrecarga de trabalho e, por conseguinte, na diminuição do seu convívio social com amigos, parentes e familiares, algo que resulta na ocorrência de danos ao seu patrimônio imaterial na modalidade danos existenciais.

Inicialmente, observa-se que os «danos ao patrimônio imaterial» se tratam de um gênero que tem como espécies o assédio moral e os danos morais e existenciais.

O primeiro deles, o assédio moral, é «uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, e que consiste na prática de gestos, atos, palavras e comporta-

12. A categoria dos direitos transindividuais é composta pelos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos, respectivamente, nos incisos I a III do parágrafo único do art. 81, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

13. Meio processual hábil para a defesa de direitos transindividuais e cuja titularidade para a propositura pertence a determinados entes legitimados expressamente na forma do art. 5º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

mentos humilhantes, onde acabam constringendo de forma sistemática e prolongada» (Alkimim, 2008: 36) o trabalhador.

Assim, ele é uma espécie de terror psicológico realizado de forma repetitiva que atinge as suas vítimas física e mentalmente. Reações corporais como cansaço e dores de cabeça, além de quadros de depressão e ansiedade são comuns nos trabalhadores que sofrem esse tipo de assédio. Ele pode ser praticado pelo próprio empregador, pelo superior hierárquico do empregado, por um colega de trabalho ou até mesmo por um subordinado, tudo com a finalidade de, mediante discriminação e perseguição sistemática, eliminar a vítima do ambiente de trabalho.

Não há uma lei específica no Brasil que preveja o assédio moral e discipline os seus contornos, sendo certo que as violações e os excessos cometidos, quando constatados no âmbito de um processo judicial, são sancionados mediante a fixação de uma indenização apta a reparar os prejuízos sofrido pelo obreiro.

Em Portugal, diferentemente, o art. 29º, n. 2, do Código do Trabalho, dispõe de forma expressa que:

Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.¹⁴

Ao analisar o direito à desconexão do empregado em cotejo com o dispositivo acima transcrito, João Leal Amado (2018: 265) afirma que, «perante a amplitude desta previsão legal de assédio, que abrange práticas discriminatórias ou não e que abrange práticas intencionais ou não», a inobservância do direito à desconexão do trabalhador configura, em tese, assédio moral do empregador.

Apesar do ordenamento jurídico nacional não fazer qualquer tipo de previsão acerca desses dois institutos jurídicos – direito à desconexão e assédio moral –, entende-se que, no Brasil, não é algo adequado caracterizar a pura e simples inobservância do direito à desconexão como uma hipótese de assédio no trabalho, tendo em vista a definição desse último apresentada anteriormente.

No entanto, quando a violação ao direito à desconexão decorrer de um excesso de trabalho exigido pelo empregador mediante o exercício de pressões psíquicas – que podem ser traduzidas como, por exemplo, ameaças de mudança de setor ou dispensa, limitação de acesso a determinado sistema ou mesmo o bloqueio de senhas, tudo feito com o objetivo de obter maior produtividade do teletrabalhador –, não há dúvida de que se estará diante de uma situação caracterizadora de assédio moral.

14. Código do Trabalho, Lei n. 7/2009. Diário da República n. 30/2009, Série I de 2009-02-12. Versão à data de 2021-04-04. 14. Disponível em <https://rb.gy/oqoeuc>.

O dano moral, por sua vez, atinge os direitos da personalidade¹⁵ (Nader, 2016: 90; Tartuce, 2020: 426) de um determinado indivíduo ou grupo, tais como vida, liberdade, integridade física, honra, dignidade, intimidade, imagem, bom nome. Ele se consubstancia em atos ou palavras «que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana» (Nader, 2016: 29) entre outros direitos passíveis de compor o patrimônio imaterial do(s) sujeito(s) lesado(s).

Veja-se que o dano moral atinge o trabalhador na sua esfera íntima, ofende a visão que ele tem de si mesmo e a maneira pela qual a sociedade o enxerga. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrão acusa um de seus empregados de furto sem apresentar qualquer tipo de prova do fato, algo suficiente para causar vergonha ao obreiro e estigmatizá-lo perante os demais colegas de trabalho. A demonstração da falsidade da afirmação é o bastante para caracterizar o dano moral e impor a sua reparação ao ofensor.

Decerto a inobservância do direito à desconexão do trabalhador também não pode se configurar como dano moral, tendo em vista o conceito acima desenvolvido.

A derradeira espécie a ser tratada é o dano existencial. No âmbito de uma relação de emprego, ele se consubstancia em uma lesão que:

Decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal (Alvarenga e Boucinhas Filho, 2013: 243).

É exatamente o que ocorre quando o empregado tem uma jornada de trabalho sem qualquer limitação ou quando, apesar de limitada, ele deve se manter «conectado» tanto com os afazeres profissionais quanto com os seus superiores hierárquicos, algo que atrapalha a sua vida íntima e social.

Por conta disso, a discussão quanto a desconexão do teletrabalhador envolve necessariamente aspectos concernentes ao excesso de tempo da jornada de trabalho e, por conseguinte, à supressão do seu tempo de descanso e lazer, de maneira que se ofendem direitos fundamentais do obreiro (Scalzilli, 2020: 656).

Assim, a não observância do direito à desconexão acaba por violar a saúde física e mental do trabalhador, além de impedir que ele tenha momentos de descanso e lazer com os seus amigos e a sua família ou faça um determinado curso, seja ele profissionalizante ou meramente recreativo. Ademais, o excesso de jornada faz com

15. Os direitos da personalidade estão previstos nos arts. 11 e ss., do Código Civil, diploma promulgado por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

que o obreiro perca oportunidades profissionais ou negociais, entre outras situações que configuram danos decorrentes justamente da falta de tempo livre ou, no mínimo, desconectado do trabalho.

Em razão disso, ao contrário do que ocorre em Portugal, onde a inobservância do direito à desconexão pode ser enquadrada como assédio moral, no Brasil, a sua não observância por parte do empregador se configura como um dano existencial.

A reparação desse dano existencial deve ser buscada no âmbito do Poder Judiciário mediante a propositura de uma reclamação trabalhista pelo trabalhador lesado, sendo que, uma vez demonstrado o dano, é de rigor o arbitramento e a condenação do empregador ao pagamento de uma indenização para o fim de promover a reparação de todos os prejuízos causados ao obreiro.

Ainda, se o desrespeito a esse direito fizer parte da política da empresa, de maneira que ela afeta direitos transindividuais dos trabalhadores, assim como ocorre com os danos materiais, o Ministério Público do Trabalho e o sindicato da categoria profissional também têm legitimidade para propor uma ação civil pública com o fim de buscar a condenação do empregador a reparar os danos causados àquela coletividade, determinada ou não, de empregados.

É de se anotar que, em relação à reparação dos danos imateriais discutidos na presente seção, a reforma trabalhista perpetrada pela Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 223-G, § 1º, I a IV, na CLT, cujo conteúdo se consubstancia em uma «tabela de valores máximos» a serem observados pelo magistrado no momento de arbitrar a reparação pelas lesões causadas.

Isso ocorrerá mediante o pagamento de uma indenização que terá como base de cálculo o último salário contratual da vítima dos danos. Tem-se, desse modo, que, se a ofensa for de natureza: i) leve, a indenização será de até três vezes o último salário contratual do ofendido; ii) média, até cinco vezes a mesma base de cálculo; iii) grave, até vinte vezes; e, finalmente, iv) gravíssima, até cinquenta vezes. E em caso de reincidência havida entre as mesmas partes, o valor apurado, qualquer que seja, poderá ser elevado até o dobro (art. 223-G, § 3º, da CLT).

Inicialmente, observe-se que a falta de legislação específica sobre o tema contribuiu ao longo dos anos para a proliferação de decisões díspares e incongruentes (Venosa, 2020: 772), de sorte que a reparação dos danos ao patrimônio imaterial, independentemente da área de conhecimento, seja ela cível ou trabalhista, acabou por se transformar em uma verdadeira «loteria», na qual uma vítima poderia ser indenizada com um valor muito alto e outra, em situação idêntica, com um muito baixo.

É compreensível, por conta disso, que o legislador, ao elaborar a reforma trabalhista, tenha tentado disciplinar as reparações dessa espécie de danos causados durante a relação de emprego. Ao se estabelecer uma base de cálculo para o fim de fornecer parâmetros indenizatórios – o derradeiro salário contratual do obreiro –,

objetivou-se, em última análise, acabar tanto com as indenizações irrisórias quanto com as exorbitantes.

Ocorre que os parâmetros estabelecidos, em determinadas situações, não permitirão a reparação integral dos danos causados, em virtude do que «a tarifação ou qualquer estudo matemático não é critério adequado para danos morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça» (Venosa, 2020: 772), uma vez que não permite a análise individualizada dos danos sofridos nem a fixação de um valor indenizatório que, de fato, promova a sua efetiva reparação e, ao mesmo tempo, tenha caráter pedagógico.

Assim, «se a indenização [por danos ao patrimônio imaterial] decorre da violação e se esta é a medida daquela, não há falar-se em tabelas fechadas ou em parâmetros circunscritos» (Martinez, 2020: 280) para balizar a dosimetria da indenização a ser fixada pelo magistrado trabalhista sob pena de se tolher a atividade judicial.

Portanto, o comando legal que «tarifa» os danos morais do trabalhador devem ser considerado flagrantemente inconstitucional (Leite, 2020: 71; Calvo, 2020: 408) e, em razão disso, ao julgar o processo, o órgão jurisdicional deve levar em consideração três fatores que se mostram indissociáveis para fins indenizatórios, quais sejam, compensação, dissuasão e punição (Venosa, 2020: 776). Anote-se que cada um desses fatores tem a sua particular importância no percurso a ser seguido para o fim de apurar o valor da reparação, de sorte que, a depender da situação, um pode eventualmente se sobressair aos outros. Entretanto, isso, por si só, não permite o desprezo de qualquer um deles, de maneira que todos devem ser levados em consideração pelo magistrado da causa (Venosa, 2020: 776).

Demais disso, não se pode perder de vista o fato de que as regras contidas no art. 223-G, § 1º, I a IV, da CLT, sem qualquer fundamento plausível, discriminam os trabalhadores com fundamento no salário recebido, algo que também resulta na sua irremediável inconstitucionalidade, ante a ofensa direta ao princípio da isonomia (Leite, 2020: 71), previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988.

Dessarte, a não observância do direito à desconexão tem o condão de causar danos aos patrimônios material e imaterial do teletrabalhador, situação que autoriza a propositura de uma ação – individual ou coletiva – para o fim de promover a responsabilização do empregador e, conseqüentemente, a sua condenação a reparar de maneira integral todos os prejuízos causados em virtude da supressão parcial ou total do tempo livre do(s) obreiro(s).

Considerações finais

O contrato de trabalho pode ser executado presencialmente no estabelecimento empresarial, no domicílio do trabalhador ou a distância, sendo certo que o teletrabalho se enquadra nessa última hipótese.

Com efeito, o teletrabalho se consubstancia na execução do contrato de trabalho à distância mediante a utilização de ferramentas tecnológicas capazes de permitir o recebimento e o cumprimento das atividades laborais e, também, manter o empregado em constante contato com os seus superiores hierárquicos.

A facilidade de comunicação e de troca de dados deu início à discussão acerca do tempo em que o trabalhador fica conectado ao seu labor e a necessidade de lhe conceder um período de tempo desconectado, ou seja, completamente livre de qualquer tipo de contato ou atividade laboral.

Em que pese a reforma trabalhista ter inserido o teletrabalho na CLT, ela não disciplinou expressamente o direito à desconexão, tal qual o fez, por exemplo, as legislações trabalhistas do Chile e da França. A despeito do silêncio da CLT acerca desse direito à desconexão, é certo que uma interpretação sistemática das regras protetivas contidas na CF/1988 e na própria legislação consolidada permite concluir que a sua inobservância dá margem à ocorrência de danos ao patrimônio material e imaterial do trabalhador.

No que diz respeito aos danos materiais, uma vez superado o tempo limite da jornada de trabalho, qual seja, oito horas diárias e 44 semanais, o empregador deve pagar horas extras ao obreiro nos termos previstos no art. 7º, XIII, da CF/1988, direito que lhe poderá ser exigido no bojo de um processo judicial.

Nesse rumo, o texto do art. 62, III, da CLT, que afasta o teletrabalhador da proteção da jornada de trabalho, consubstancia-se em um grave equívoco do legislador reformista, uma vez que despreza de antemão a realidade na qual o contrato de trabalho está sendo executado. Em razão disso, se houver algum tipo de controle ou monitoramento, é de rigor a observância ao limite da jornada de trabalho, sendo que qualquer excesso de tempo resulta no dever de pagar horas extras.

Em relação aos danos imateriais ou extrapatrimoniais, o excesso de jornada de trabalho dá margem à configuração de dano existencial, tendo em vista a supressão do tempo livre do trabalhador, algo que prejudica a sua saúde e vida social, e de assédio moral, caso a extrapolação da jornada seja decorrente de pressões psíquicas realizadas pelo empregador com o intuito de aumentar a produtividade do obreiro. Ambas permitem o aforamento de uma ação, cumulativamente ou não com os danos materiais, para o fim de pleitear a condenação do patrão ao pagamento de uma indenização com o fim de reparar os prejuízos sofridos.

Nesse ponto, é de se ressaltar que essa demanda pode ser uma reclamação trabalhista, proposta individualmente pelo próprio trabalhador lesado, ou uma ação civil pública, caso haja ofensa a direitos transindividuais dos trabalhadores, aforada pelos entes legitimados que, *in casu*, são o Ministério Público do Trabalho e o sindicato da categoria profissional.

Assim, uma vez que o teletrabalho é desenvolvido por meio de ferramentas tecnológicas que monitoram o desenvolvimento das tarefas realizadas, deve ser garantido

ao empregado o direito de se desconectar do trabalho com o fim de que ele possa descansar, cuidar da saúde, usufruir da companhia da sua família e de amigos, ter momentos de lazer, enfim, recompor as suas forças para, posteriormente, voltar aos seus afazeres profissionais.


Dessa forma, as partes do contrato de trabalho devem estabelecer um determinado período de tempo para o cumprimento das tarefas contratuais e, uma vez atingido esse limite, não se pode permitir a continuidade de qualquer tipo de atividade laboral sob pena do empregador ser obrigado a pagar ao obreiro horas extras, tendo em vista a ocorrência do dano material, e uma indenização, em decorrência do dano existencial que lhe foi provocado.

Referências

- ALKIMIM, Maria Aparecida (2008). *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (2013). «O dano existencial e o direito do trabalho». *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 79 (2): 240-61. Disponível em <https://rb.gy/fbrkp6>.
- AMADO, João Leal (2018). «Tempo de trabalho e tempo de vida: Sobre o direito à desconexão profissional». *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região*, 52 (jan./jun.): 255-68. Disponível em <https://rb.gy/ebgbcd>.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães e Raphael Miziara (org.) (2017). *Enunciados da 2ª jornada de direito material e processual do trabalho: Organizados por assunto*. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, DF. (9 e 10 de outubro): 1-39. Disponível em <https://rb.gy/f86zco>.
- CALVO, Adriana (2020). *Manual de direito do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- CASSAR, Vólia Bonfim (2011). *Direito do trabalho*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Impetus.
- DÁVILA CABRERA, Sergio Felipe, Luis Leonel Martínez Clavel e Marvin Alexis Hernández Román (2020). «COVID-19: Visión del anestesiólogo». *Revista Cubana de Cardiología y Cirugía Cardiovascular*, 26 (1) 1-5. Disponível em <https://rb.gy/cyoesd>.
- DELGADO, Maurício Godinho (2017). *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários da Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr.
- DUTRA, Silvia Regina Bandeira e Marco Antônio César Villatore (2014). «Teletrabalho e o direito à desconexão». *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9 Região*, 3 (33): 142-149. Disponível em <https://rb.gy/hvzskb>.
- GAURIAU, Rosane (2020). «Teletrabalho em tempos de COVID-19: estudo comparado franco-brasileiro». *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região*, edição especial, II (jul.): 665-684. Disponível em <https://rb.gy/hnird2>.

- GÓIS, Luiz Marcelo (2015). «Adicional de desconexão: O tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa». *Suplemento Trabalhista LTr*, 51 (106): 537-544. Disponível em <https://rb.gy/8alizn>.
- HARFF, Rafael Neves (2017). «Direito à desconexão: Estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês». *Revista eletrônica: Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações*, 13 (205): 53-74. Disponível em <https://rb.gy/etivbi>.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2019). *Direito do trabalho*. 9.a ed. São Paulo: Atlas.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra (2020). *Curso de direito do trabalho*. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- MARTINEZ, Luciano (2020). *Curso de direito do trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- NADER, Paulo (2016). *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.
- PADILHA, Norma Sueli (2010). *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier.
- SCALZILLI, Roberta (2020). «O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia». *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região*, edição especial, II (jul.): 643-664. Disponível em <https://bit.ly/3a8NagS>.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (2003). «Do direito à desconexão do trabalho». *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região*, 23: 296-313. Disponível em <https://rb.gy/nyj5hi>.
- TARTUCE, Flávio (2020). *Responsabilidade civil*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- VENOSA, Sílvio de Salvo (2020). *Direito civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 20.ª São Paulo: Atlas.
- WEIGAND NETO, Rodolfo Carlos y Gleice Domingues de Souza (2018). *Reforma trabalhista: Impacto no cotidiano das empresas*. São Paulo: Trevisan Editora.

Sobre o autor

ADELMO JOSÉ PEREIRA é graduado em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Legale (LEGALE). Especialista em Direito da Seguridade Social pela Faculdade Legale (LEGALE). Advogado. Seu endereço de e-mail é adelmo_pereira@yahoo.com.br.  <https://orcid.org/0000-0001-8967-245X>.

La *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* es una publicación semestral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que tiene por objetivo el análisis dogmático y científico de las instituciones jurídico-laborales y de seguridad social tanto nacionales como del derecho comparado y sus principales efectos en las sociedades en las que rigen.

DIRECTOR

Luis Lizama Portal

EDITOR

Claudio Palavecino Cáceres

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Eduardo Yañez Monje

SITIO WEB

revistatrabajo.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

pyanez@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)