



INSTITUTO
UNIVERSITÁRIO
DE LISBOA

Impactos da tecnologia nas relações laborais: da urgente necessidade de regulamentação do Direito à Desconexão Digital

Talita Corrêa Gomes Cardim

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor António Monteiro Fernandes, Professor Catedrático Convidado -
Instituto Universitário de Lisboa

Junho, 2021

Impactos da tecnologia nas relações laborais: da urgente necessidade de regulamentação do Direito à Desconexão Digital

Talita Corrêa Gomes Cardim

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor António Monteiro Fernandes, Professor Catedrático Convidado –
Instituto Universitário de Lisboa

Junho, 2021

Agradecimentos

O sucesso é o resultado da prática constante de fundamentos e ações vencedoras. Não há nada de milagroso no processo, nem sorte envolvida. Quando temos um propósito, suportamos todo o esforço, a dedicação, disciplina e a renúncia de muitas coisas! E as pessoas que nos acompanham neste momento são essenciais.

Agradeço a Deus, sempre comigo, preparando meus caminhos. Os planos Dele para mim sempre foram muito maiores que os meus e me capacitou para concluir este ciclo, com um nítido viés social e humanitário.

Especial agradecimento ao meu orientador, Catedrático António Monteiro Fernandes, a quem tenho imensa admiração, pelos brilhantes ensinamentos, reflexões e direcionamento para o desenvolvimento e conclusão do presente trabalho e me incentivou e se fez presente desde o primeiro momento em que propus o estudo de um tema tão atual e complexo. Me sinto honrada em tê-lo como orientador.

Agradeço a minha família, por todo apoio e incentivo nesta jornada longe de casa. A minha mãe Aparecida e minha irmã Larissa, por compreenderem minha ausência física e me darem todo o suporte. Sem vocês não teria chegado tão longe. Ao meu pai Ruben, que certamente estaria muito orgulhoso de minhas conquistas, pessoais e profissionais.

Ao Fábio, por compartilhar sua vida e experiências comigo, tornando esta jornada mais leve e enriquecedora.

Aos queridos amigos do Brasil, que mesmo tão longe se mantiveram perto e não me deixaram sozinha neste percurso.

A “família de amigos” que ganhei em Portugal e Espanha, pelo grande acolhimento.

A Rayana Sally, que com o seu propósito de vida, me incentivou a ir atrás do meu e eu pude voar!

A todos aqueles que acreditaram no meu potencial mesmo quando eu não o conseguia enxergar e torceram verdadeiramente pelo meu êxito.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf Von Ihering, jurista alemão.

Resumo

A introdução das novas tecnologias nas relações laborais e seu uso crescente sem regulação trouxe impactos ao trabalhador e inúmeras novas questões complexas a serem respondidas pelo direito do trabalho. Dentre as problemáticas encontradas, o objeto de estudo centra-se nas relações laborais à distância, especificamente o teletrabalho em domicílio, realizando reflexões sobre a subordinação jurídica, choque entre os poderes do empregador e a defesa da privacidade, igualdade de tratamento entre teletrabalhador e trabalhador presencial e o debate sobre do tempo de trabalho do teletrabalhador. A seguir, foram abordados os impactos destas questões na saúde do trabalhador e os riscos psicossociais, estudando a telepressão, escravidão digital e novas doenças laborais. O último capítulo foi dedicado ao estudo do direito à desconexão digital como um novo direito do trabalhador, pontuando debates sobre o tema no direito comparado, se trata-se de um direito do trabalhador ou obrigação do empregador, possível repetição de um direito existente, ineficaz regulação atual, problemas jurídicos enfrentados para seu reconhecimento e por fim, um possível caminho para a efetividade do direito, com as conclusões finais. Foi utilizado para o desenvolvimento do trabalho a metodologia sistêmica, bem como pesquisa bibliográfica, chegando-se a conclusão da urgente necessidade de regulação do direito à desconexão como um novo direito do trabalho. A inovação trazida no presente trabalho consiste em um estudo que aborda de maneira ampla as questões jurídicas mais atuais sobre a matéria, com o objetivo de alertar para a importância da regulamentação do direito à desconexão e propor soluções normativas.

Palavras-chave: Teletrabalho; Direito à desconexão; Tempos de trabalho; Novas tecnologias da informação e comunicação; Riscos ocupacionais; Convenção Coletiva.

Abstract

The introduction of new technologies in labor relations and their increasing use without regulation brought impacts to the worker and numerous new complex questions to be answered by labor law. Among the problems encountered, the object of the study focuses on distance labour relations, specifically teleworking at home, conducting reflections on legal subordination, clash between the employer's powers and the defense of privacy, equal treatment between teleworker and face-to-face worker and the teleworker working time debate. Next, the impacts of these issues on workers' health and psychosocial risks were addressed, studying telepresence, digital slavery and new labor diseases. The last chapter was devoted to the study of the right to digital disconnection as a new worker's right, punctuating debates on the subject in comparative law, whether it is an employee's right or employer's obligation, possible repetition of an existing right, ineffective current regulation, legal problems faced for its recognition and finally, a possible path to the effectiveness of law, with the final conclusions. Systemic methodology, as well as bibliographic research, was used for the development of the work, reaching the conclusion of the urgent need for regulation of the right to disconnection as a new labor law. The innovation brought in this work consists of a study that broadly addresses the most current legal issues on the subject, with the aim of alerting to the importance of the regulation of the right to disconnection and propose normative solutions.

Keywords: Telework; Right to disconnect; Working time; new information and communication technologies; Occupational risks; Collective regulation.

Índice

Agradecimento	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Índice	ix
Glossário de Abreviaturas	xi
Introdução	1
CAPÍTULO 1	3
O trabalho na era digital	3
1. A Quarta Revolução Industrial e as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)	3
CAPÍTULO 2	5
Questões jurídicas no trabalho à distância com o uso das NTIC	5
2.1. Diferenciação entre trabalho à distância autónomo e subordinado.	5
2.1.1 Trabalho autónomo	5
2.1.2. Contrato de Trabalho subordinado	6
2.2. Primeira questão. Configuração da subordinação jurídica no trabalho à distância.	7
2.2.1. Teletrabalho em domicílio	7
2.2.2. A questão da subordinação jurídica no teletrabalho à distância. Problemática.	9
2.3. Segunda questão. Privacidade.	14
2.3.1. Direito à privacidade, um direito fundamental dos trabalhadores. Proteção no direito internacional e no ordenamento jurídico Português	14
2.3.2. Questões jurídicas. Poder de vigilância e controlo do empregador no teletrabalho	17
2.3.3. Gravação de imagens e som através do instrumento de trabalho.	18
2.3.4. Instrumentos de trabalho e instalação de programas.	20
2.3.5. Inviolabilidade virtual do domicílio.	21
2.4. Terceira questão. Igualdade de tratamento.	24
2.5. Quarta questão. Tempo de trabalho.	25
2.5.1. Tempo de trabalho e tempo de descanso -noções básicas	26
2.5.1.1. Tempos de trabalho	26
2.5.1.2. Tempos de descanso	27
2.5.2. Tempo de disponibilidade do trabalhador à distância. Teledisponibilidade.	28
2.5.2.1. Jurisprudência	30
CAPÍTULO 3	33
Impactos da tecnologia e diluição do tempo de descanso e vida privada nas relações laborais.	
Riscos psicossociais	33
3.1. A hiperconectividade e eliminação da barreira entre tempo de trabalho e vida privada.	33
3.2. Telepressão	36
3.3. Escravidão Digital	37
3.4. Novas doenças profissionais. Doenças “modernas” do trabalho.	39

CAPÍTULO 4	43
Do direito à desconexão	43
4.1. Conceito	43
4.2. Um novo direito fundamental do trabalhador?	46
4.3. Legislação do direito europeu	48
4.3.1. França	49
4.3.2. Espanha	50
4.3.3. Itália	52
4.3.4. Bélgica	53
4.3.5. Portugal	53
4.3.6. Brasil	54
4.3.7. O Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu.	55
4.4. Questões jurídicas enfrentadas.	58
4.4.1. O direito a desconexão é um direito do trabalhador ou uma obrigação do empregador?	58
4.4.2. Um direito já existente?	60
4.4.3. Regulação ineficaz. Implementação e fiscalização do direito à desconexão digital	61
4.5. Negociação coletiva. O caminho para a efetividade do direito.	64
4.5.1. Regulações Coletivas.	66
Conclusões	71
Referências Bibliográficas	75

Glossário de Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – artigo

Arts. – artigo

CT – Código do Trabalho

CC- Código Civil

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CID – Classificação Internacional de Doenças

CLT- Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil)

CP- Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

LO- Lei Orgânica

LOPDPGDD - Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais

NTIC- Novas Tecnologias da Informação e Comunicação

OCDE- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS - Organização Mundial da Saúde

Proc.- Processo

Ss -seguintes

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TIC- Tecnologias da Informação e Comunicação

UE- União Europeia

Introdução

As relações de trabalho estão desde os primeiros registos na história em constante transição. Nos dias atuais houve uma aceleração na rapidez das mudanças associadas as novas tecnologias da informação e comunicação, que ainda não estão conceituadas e regulamentadas no direito do trabalho.

As tecnologias trouxeram inúmeros benefícios e ao mesmo tempo grandes reflexos negativos no ambiente de trabalho, sendo a grande questão jurídica atual como conciliar estas duas realidades distintas, conforme será estudado nos capítulos a seguir.

Há uma mudança na sociedade que acarretou os problemas que serão expostos e o objetivo do presente estudo é identificá-los, entende-los e buscar soluções para sua resolução.

Não há mais como se falar na sociedade atual sem associar as NTIC. Isso porque, a tecnologia está em todos os ambientes, laboral ou de lazer. Neste momento, o presente trabalho está sendo escrito utilizando um instrumento de tecnologia, um computador com acesso a internet, uma rede wi-fi, com um simples comando se pode acessar de forma remota a base de dados de uma biblioteca e realizar pesquisas aonde quer que se encontre. A tecnologia utilizada de forma regulada, equilibrada em um meio ambiente saudável é o objeto da revolução tecnológica. Contudo, se utilizada de forma desenfreada, sem regulamentações, estaremos hiperconectados, doentes, utilizando os dispositivos móveis desde o despertar até o último minuto do dia, tornando os indivíduos e trabalhadores escravos da tecnologia e doentes, perdendo totalmente a noção e comando do seu tempo de vida.

Passaremos adiante a estudar as alterações nas relações de trabalho influenciadas pelo uso das novas tecnologias, uma realidade que veio para ficar e como podemos utilizá-las a favor dos trabalhadores e empregadores.

Para tanto, foram problematizadas as seguintes questões jurídicas como reflexo udo das NTIC: como configurar a subordinação jurídica nesta modalidade, sem desconfigurar uma relação laboral entre as partes? Pode-se falar em um telesubordinação? Ora, como garantir a subordinação valendo-se dos poderes empresariais de controlo e vigilância sem invadir a privacidade do trabalhador?

Se pensarmos que para que o empregador garanta que o trabalhador se desconecte e usufrua do tempo de descanso, há de controlar o horário de trabalho e como controlar este horário à distância sem infringir leis de proteção de dados com verificações nos instrumentos de trabalho, sem invasão da privacidade ou invasão virtual ao domicílio, entre outros? Percebe-se desse já, que todas as questões e problemas jurídicos que serão estudados, estão intimamente ligados e por isso devem ser respondidos e buscar uma solução normativa para todas as questões, para que um direito seja efetivamente e integralmente garantido.

Consideramos que para a garantia do tempo de trabalho e tempo de vida privada e consequentemente da desconexão digital, deve-se debater, atualizar e regular os novos tempos de trabalho digital, o uso dos novos instrumentos de trabalho que são ligados a tecnologias da comunicação e informação, quais são os novos limites e poderes do empregados para controlo e vigilância, quais são os alcances e reflexos do teletrabalho em domicílio na situação atual, é preciso estabelecer até onde vai a igualdade de tratamento entre os trabalhadores, entre outras questões. E todos os problemas encontrados convergem para o tempo de trabalho e desconexão, por isso, não se pode responder apenas um e deixar os demais em abertos, sem repostas.

E ainda não há respostas claras sobre estes temas, devido a sua atualidade e é o que se procura responder no trabalho.

A seguir, não se pode deixar de considerar os impactos da ausência de regulamentação das questões mencionadas na saúde do trabalhador, eis que com as novas questões para o direito do trabalho, também surgem novos riscos da hiperconexão. Como regular as novas doenças laborais intimamente ligadas ao uso desenfreados das tecnologias no ambiente de trabalho? Esta reflexão e respostas serão abordadas em capítulo próprio.

Ao final, como prevenir os riscos estudados? Após profunda pesquisa no tema, chegou-se a conclusão de que o direito a desconexão pode vir como prevenção a maior parte dos questionamentos, sendo neste momento uma solução e uma garantia a muito tempo esperada.

O estudo dos impactos da tecnologia nas relações de trabalho, em específico no trabalho à distância e seus reflexos no tempo de trabalho e saúde do trabalhador, culminando no direito à desconexão justifica-se em razão da sua complexidade e atualidade, sendo objeto central de aprofundamento deste trabalho e o objeto de estudo centra-se nas relações laborais à distância, especificamente o teletrabalho em domicílio, a fim de contribuir com reflexões e ponderações para que se possa chegar a melhor tutela para a garantia de direitos fundamentais do trabalhador, bem como a sua integridade psíquica. Passemos ao estudo da matéria e proposição de reflexões e soluções normativas sobre o tema.

CAPÍTULO 1

O trabalho na era digital

1. A Quarta Revolução Industrial e as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)

Com o início da quarta Revolução Industrial¹ surgiu a sociedade digital da era do conhecimento, sendo esta revolução digital muito associada ainda ao termo da Indústria 4.0².

Na esteira do que afirma Klaus Schwab, houve uma disruptura na sociedade com a introdução das novas tecnologias que alteraram completamente conceitos existentes até então nas relações de trabalho³. Um dos grandes desenvolvimentos no mundo atual do trabalho foi o aparecimento das plataformas digitais de trabalho, que operam em quase todos os setores, permitindo o labor de forma remota.⁴ O desenvolvimento da tecnologia nos trouxe inúmeras influências sobre o meio ambiente do trabalho, com muitos benefícios, contudo, há também gerou reflexos negativos ao trabalhador em razão da extrema conexão digital.

Na esteira do que afirma Maria Regina Redinha, pela primeira vez na história o crescimento econômico e uma revolução industrial são impulsionados pela era da informação, não se tratando mais de uma ideia de um futuro distante, mas uma realidade com inúmeros efeitos que não passam despercebidos. A quarta revolução da indústria se assenta na automação e digitalização do setor empresarial, econômico e tecnológico. A expansão destas novas tecnologias transformou tanto a economia mundial, quanto a maneira como vivemos e trabalhamos, trazendo inúmeras novas questões que ainda não foram tuteladas pelo Direito. “Perante esta realidade, os juslaboralistas defrontam, constantemente, novas questões, para as quais os ordenamentos positivos, sobretudo os de matriz legislativa, nem sempre dispõe de resposta sensível e imediata.”⁵

¹ Para uma melhor compreensão do contexto histórico das revoluções industriais anteriores, recomenda-se a leitura do capítulo 1, P. 9 e seguintes: SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Rui Candeias. 2 ed., Levoir 2019.

² O termo "indústria 4.0" foi criado em um evento realizado na Alemanha no ano de 2011, chamado Hannover Messe. Para maiores informações sobre o evento, SCHWAB, Klaus., Op. cit., P. 10.

³ SCHWAB, Klaus; Nicholas Davis. Moldando a quarta revolução industrial. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019. P. 13.

⁴ A transição entre o final do século XX e o início do século XXI trouxe importantes transformações e impactos para o mundo trabalho, podendo a globalização e o uso de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) ser consideradas como uma das principais, tendo um grande alcance em sua dimensão, uma profunda complexidade e rapidez. ALMEIDA, José Paulo Pereira de Gouveia Lopes de. Variações sobre o trabalho moderno / Paulo Pereira de Almeida. - 1a ed. - Lisboa: Mundos Sociais, 2012. P. 13.

⁵ REDINHA, Maria Regina. Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho – Algumas Questões, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coordenador António Moreira- Coimbra: Almedina, 2002. Pág. 115.

As tecnologias digitais e as TIC alteraram significativamente os conceitos tradicionais de trabalho e tempos de trabalho, surgindo assim inúmeras questões jurídicas que merecem solução normativa, conforme será objeto deste estudo. A introdução de novas tecnologias trouxe benefícios para o trabalhador prestar seu serviço sem a necessidade de sair de sua casa e a possibilidade de laborar em qualquer lugar que se encontre, no qual a interação física no relacionamento de trabalho é substituída para um trabalho remoto.

O teletrabalho em domicílio como será exposto em capítulo próprio, requer níveis de trabalho mais intensos e aumenta a probabilidade de conflitos trabalho-descanso-vida privada. Ora, se por um lado estes novos empregos permitem que os trabalhadores gozem de horários de trabalho mais flexíveis, por outro, a ausência de uma regulamentação efetiva traz importantes preocupações relativamente ao baixo nível de proteção, deixando o trabalhador de se beneficiar de segurança e saúde no trabalho.

A sociedade atual se encontra hiperconectada e as novas tecnologias criaram uma nova organização no meio ambiente de trabalho, como a possibilidade de exercer o labor de forma remota.

Existe assim uma “crise do Direito do trabalho”, com inúmeras questões jurídicas e riscos psicossociais, que “sendo este uma metodologia do relacionamento humano, custa a ser valorizada, porque não é uma resposta direta virada ao culto da tecnologia”.⁶

⁶ “De se pontuar que esta nova “crise” é de facto muito profunda. As novas tecnologias estão a alterar profundamente a forma de trabalhar”. CABRAL, Fernando A. “O direito do trabalho e as novas tecnologias”. In II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias / II Congresso Nacional de Direito do Trabalho; coord. António Moreira. Coimbra: Almedina, 1999. P. 121.

CAPÍTULO 2

Questões jurídicas no trabalho à distância com o uso das NTIC

Surgem com a nova realidade tecnológica, não só novas profissões, como também novas questões para o Direito do Trabalho. Diante de todo o exposto até aqui para que se pudesse compreender a importância do tema tratado e os reflexos na saúde do trabalhador, nos deparamos com as questões jurídicas sobre as quais não há uma definição clara, necessitando de soluções normativas urgentes.

Os problemas jurídicos mais relevantes identificados que serão tratados daqui por diante são: primeiramente diferenciar o trabalho autónomo do trabalho subordinado à distância, na modalidade do teletrabalho em domicílio, para que se possa responder ao grande primeiro questionamento jurídico: como poderá ser configurada a subordinação jurídica no trabalho à distância, eis que o trabalhador está em seu domicílio? Veremos os problemas jurídicos encontrados na nova realidade.

A segunda questão jurídica proposta entra na esfera da privacidade do trabalhador, eis que há um choque entre os poderes normais do empregador de dirigir e supervisionar o trabalho e a defesa da privacidade. A seguir no presente estudo nos deparamos ainda com a problemática do princípio e garantia de igualdade de tratamento entre o teletrabalhador e o trabalhador presencial. A quarta questão surge com relação a noção de tempo de trabalho. O tempo de disponibilidade do trabalhador à distância seria ou não tempo de trabalho? É preciso definir uma noção de tempo de trabalho própria do trabalho a distância?

É o que veremos a seguir, pontuando e equacionando as questões jurídicas aqui elencadas.

2.1. Diferenciação entre trabalho à distância autónomo e subordinado.

2.1.1 Trabalho autónomo

A primeira questão significativa no teletrabalho é identificar se estamos perante trabalhadores subordinados, sujeitos à tutela do CT, ou verdadeiros trabalhadores independentes, já que o trabalho autónomo é muitas vezes compatível com o recebimento de orientação e fiscalização.

Há traços de um trabalhador autónomo no teletrabalho em domicílio, sendo necessário de início distinguir as duas modalidades de trabalho ⁷ ⁸. Isso porque, apenas a segunda modalidade aqui descrita é regida pelo Código do Trabalho e será o objeto deste estudo.

⁷ Importante ressaltar que neste estudo não se entrará na discussão acerca de possíveis simulações de um contrato autónomo e de uma fuga ao direito do trabalho em tais situações, eis que não é o objeto da discussão proposta, mas tão somente se tratará as definições das duas modalidades de prestação de serviços para que se possa compreender a importância da lacuna jurídica sobre a configuração da subordinação em domicílio de um teletrabalhador com contrato de trabalho regido pelo CT (em que pese nos dias atuais a desproteção ao trabalhador autónomo não ser mais justificável) e as reflexões que poderão nos trazer a um novo conceito a ser assegurado em legislação.

⁸ Aqui será tratada apenas a modalidade do teletrabalho em domicílio.

O trabalho autónomo é regido pelo CC, artigo 1.154⁹ e seguintes, trazendo a definição de contrato de prestação de serviços em uma contraposição do resultado do trabalho à atividade que caracteriza o contrato de trabalho.

No trabalho autónomo interessa o resultado. O trabalhador presta serviços por conta própria e trabalha por conta alheia do empregador. Este trabalho pode ser prestado a distância, assim como o trabalhador subordinado no teletrabalho, contudo, o que irá os diferenciar é a subordinação jurídica. Aqui, a escolha dos meios, organização do tempo de trabalho e espaço, cabe ao prestador do serviço.

No trabalho à distância autónomo não há subordinação jurídica e este desenvolve sua atividade com independência.¹⁰ Ainda, poderá o trabalhador autónomo ter dependência económica, sendo conduzido a figura do trabalho no domicílio.

Como bem pontua Bernardo Lobo Xavier, “a distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço assenta em dois elementos essenciais: o objeto do contrato (prestação de atividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia). Na prática, as distinções nem sempre são fáceis de fazer.”¹¹ A imaterialidade da prestação torna pouco nítido os índices de subordinação, mas encontraremos critérios quantitativos.

2.1.2. Contrato de Trabalho subordinado

O conceito de contrato de trabalho está disposto nos artigos 11 do CT¹² e 1.152 do CC e há diversas modalidades de contrato de trabalho, sendo elas a contratação a termo, o contrato temporário, contrato em comissão de serviço, contrato de trabalho intermitente, a tempo parcial, com pluralidade de empregadores e o teletrabalho.¹³

O primeiro elemento que nos fornece a lei para a distinção do contrato de trabalho subordinado e o trabalho autónomo é a atividade e a disponibilidade do trabalhador.

⁹ Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição. Os tipos contratuais da prestação de serviço são o contrato de mandato, contrato de depósito e o contrato de empreitada, sendo este último realizado com mais frequência e proximidade as características de um contrato de trabalho, sendo ténue a linha que os diferencia, e assim, de extrema importância conceituar expressamente em lei o que define a subordinação jurídica no teletrabalho à distância, eis que até pouco tempo atrás não havia a prestação de serviços em teletrabalho puramente a domicílio, e assim o conceito atual de subordinação jurídica possui uma lacuna quando se trata desta modalidade de labor à distância.

¹⁰ Ainda que exista a figura do trabalhador autónomo com dependência económica, sendo conduzido a figura do trabalho no domicílio, a qual não será objeto de estudo neste trabalho. Para mais informações sobre o trabalho autónomo com dependência económica: FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019

¹¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. colab. P. Furtado Martins. 3ª ed. - Lisboa: Rei dos Livros, 2018, P. 355.

¹² Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

¹³ Para aprofundamento de cada modalidade, recomenda-se a leitura da obra Direito do Trabalho, de António Monteiro Fernandes.

O trabalho à distância já ocorria em diversas situações como nos serviços de vigilância fora das instalações do empregador. O que diferencia neste momento com o teletrabalhador é que este segundo está fora das instalações do empregador laborando em seu domicílio e assim temos a dificuldade de configuração do poder de direção, vigilância, subordinação, entre outros.

Resumidamente, o teletrabalhador subordinado exerce a sua atividade por conta de outrem, estando à disposição da sua entidade empregadora; não assume os riscos da atividade empresarial; recebe a sua retribuição, em regra, com uma periodicidade mensal, não obstante o seu valor poder estar dependente dos resultados apresentados. Por seu turno, o teletrabalhador independente exerce uma atividade por conta própria; assume os riscos inerentes a essa atividade; obriga-se a apresentar resultados ao beneficiário da sua atividade e é remunerado nesse momento. Mais ainda, tem a liberdade de trabalhar onde e quando quiser, não estando sujeito a quaisquer ordens e instruções; interessa apenas o resultado da sua prestação nos moldes e nos termos acordados entre as partes.¹⁴

2.2. Primeira questão. Configuração da subordinação jurídica no trabalho à distância.

2.2.1. Teletrabalho em domicílio

Muito embora o paradigma de contrato de trabalho tenha sido o de trabalho prestado nas dependências da empresa, no teletrabalho houve a criação de subtipos alternativos ao trabalho executado na própria empresa¹⁵.

No final do ano de 2019, foi descoberto o novo agente do Coronavírus na China, que provoca a doença chamada COVID-19. Devido ao seu grande potencial de contágio, em pouquíssimo tempo, o vírus ultrapassou as fronteiras daquele país revelando-se extremamente difícil de ser contido.

Diante disso, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou como principal medida preventiva, o distanciamento social, o isolamento da população e a paralisação de todas as atividades não essenciais. Este fato foi um divisor de águas no direito do trabalho, excetuando a normalidade.

No contexto atual, as modalidades laborais que antes eram secundárias, se tornaram a solução para muitos problemas¹⁶. Ora, é certo que o trabalho remoto não é uma novidade no direito do trabalho, contudo, o trabalho à distância com o uso das NTIC ainda é considerado extremamente novo e não tem uma regulamentação adequada.

¹⁴ GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes / coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. P. 650.

¹⁵ Aqui, o deslocamento físico do empregado é substituído pelo deslocamento da informação com as TIC.

¹⁶ A atual pandemia determinou a maior experiência mundial de teletrabalho e isto foi possível em razão das tecnologias nas relações de trabalho e o uso das NTICs.

Portugal foi o primeiro país europeu a regular este regime jurídico para o setor privado e o teletrabalho foi inserido pela primeira vez no CT de 2003 tendo por base o Acordo-Quadro Europeu de 16.07.2002, como um contrato de trabalho especial.¹⁷ Atualmente esta regulamentação, que possui inúmeras lacunas é prevista em poucos artigos que não esgotam a matéria.

O legislador conceituou o teletrabalho como a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação, conforme prevê o artigo 165º do Código do Trabalho¹⁸.

Trata-se de um contrato sujeito a regime especial. Nesse sentido, Menezes Leitão sustenta que uma das características desta modalidade é o reconhecimento de que certas relações de trabalho possuem especificidades que justificam regimes distintos do regime geral. O desenvolvimento da atividade laboral à distância é assegurada pelo uso de TIC, ou seja, a partir de um local que não é o espaço físico do empregador, o que nos traz inúmeras novas questões jurídicas a serem objeto de reflexão e tutela.¹⁹

Leal Amado destaca dois elementos que caracterizam o teletrabalho, quais sejam, o elemento geográfico que é o trabalho prestado a distância e o elemento tecnológico, no qual se utilizam ferramentas de trabalho a partir de tecnologias de informação e de comunicação²⁰.

Monteiro Fernandes, destaca que ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço e de forma presencial, o teletrabalho subordinado em suas palavras, “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se acham na presença um do outro”²¹.

O contrato de teletrabalho pode ser originário ou superveniente. Ainda, há modalidades de teletrabalho, como o realizado em domicílio, em centros satélite e teletrabalho móvel.²²

¹⁷ GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Op. cit.

¹⁸ Em paralelo, no Brasil, anteriormente a vigência da Lei n. 13467/2017, o teletrabalho era um regime não regulamentado. Apenas a partir da reforma trabalhista do ano de 2017, o novo artigo 75-B da CLT passou a contemplar esta nova modalidade de labor, consolidando na legislação um regime de trabalho que se afasta do controle de jornada. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Principalmente ao excepcionar o teletrabalho da aplicabilidade das regras do capítulo que regulamenta a duração normal da jornada e se aproxima do controle por atividade que se extrai da leitura do inciso III do artigo 62 da CLT, na qual os teletrabalhadores não possuem o direito à horas extraordinárias, noturnas e intervalos quando houver a incompatibilidade das atividades com o controle de horário.

¹⁹ Outra característica do regime em discussão é que as comunicações de trabalho são efetuadas com recursos de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), sendo possível realizar o teletrabalho *offline*, que ocorre quando o trabalhador não se encontra em conexão em tempo real com o empregador durante a prestação de sua atividade e teletrabalho *online*, no qual se encontra ligado em rede em tempo real. Temos ainda o teletrabalho *offline* e *online*, sendo aqui objetos das questões jurídicas o teletrabalho em domicílio realizado de forma online.

²⁰ AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 121.

²¹ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho, 18ª edição*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 210.

²² Sobre estas matérias, mais detalhadamente: MOREIRA, Teresa Coelho. *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016. Pp. 132 e 133.

E como o contrato de trabalho individual é configurado pela subordinação jurídica por parte do trabalhador, iniciamos a primeira questão jurídica em discussão: como se configura a subordinação jurídica no trabalho à distância se este trabalhador permanece durante todo o período de trabalho em seu domicílio? É o que será exposto a seguir.

2.2.2. A questão da subordinação jurídica no teletrabalho à distância. Problemática.

A subordinação jurídica²³ é uma característica da prestação do trabalho e corresponde ao poder diretivo do empregador e não deve estender-se para além do exercício da obrigação assumida pelo contrato. Essa sujeição não inclui a vida privada e/ou a atividade extralaboral.

José Abrantes defende que

“quando, ao celebrar o contrato, transmite ao empregador a disponibilidade da sua força de trabalho, o trabalhador assume também o compromisso de se submeter a uma vontade alheia quanto à sua aplicação, dando origem a uma relação de dependência. Sendo a força de trabalho um conjunto de atributos da personalidade do seu detentor, o seu uso por outrem passa necessariamente pela vontade deste: a sua efectiva disposição pelo empregador implica o dever de obediência do trabalhador, elemento caracterizador essencial do trabalho subordinado ou hétero-determinado.”²⁴

A subordinação jurídica é de geometria variável e constitui uma tarefa delicada a determinação da sua configuração no trabalho à distância.

Há necessidade da sua reconfiguração passando a valorizar elementos que em outras modalidades passaram a ser menos importantes e aqui representam uma importância superior. Isso porque, o trabalhador autónomo trabalha no seu tempo e apresenta um resultado ao prestador de serviços. Embora no trabalho subordinado, ainda que isso possa acontecer naturalmente, terá o esquema de início da atividade, fim da atividade mesmo que não haja o controlo por vigilância, mas há um “prestar contas”. São os vestígios de “dar conta” ao empregador que devem ser observados.

As novas formas de organização conferem cada vez mais autonomia ao trabalhador e atenuam o sistema hierárquico, contudo, não rompem com a ideia de subordinação. A regulação atual é insuficiente em alguns aspectos e o conceito de subordinação deve ser flexibilizado e evoluir, não poderá ficar restrito ao conceito de uma fábrica, como fordista.

²³ “A subordinação jurídica consiste numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem. quanto mais o trabalho se refina e assume caráter intelectual, mais difícil é estabelecer uma nítida diferenciação, porque a subordinação tende a atenuar-se cada vez mais, na relação de trabalho subordinado, e a avizinhar-se daquela genérica supervisão, por parte do empregador, que se encontra também na relação de trabalho autónomo e que corresponde a um direito do comitente.”. FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 145 e 146.

²⁴ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra Editora, 2005. Pp. 44 e 45.

Aqui, há um conflito entre os artigos 12º do CT com a definição clássica de presunção de contrato de trabalho²⁵, o artigo 166 do CT²⁶ e a nova realidade.

A subordinação jurídica, entendida nos moldes clássicos, se encontra hoje consideravelmente enfraquecida, quer por força da especialização de funções, quer em virtude das novas formas de organização e intervenção dos trabalhadores nas empresas.

Como bem pontuou Monteiro Fernandes, ainda em 1984²⁷, reflexão a qual podemos trazer a realidade do mundo laboral nos dias atuais: “salta aos olhos, por outro lado, que a intensidade da subordinação diminui, ao menos aparentemente, embora cresça o grau de hétero-disponibilidade- tantas vezes expresso pela existência de isenção de horário de trabalho”.

Eis uma lacuna no ordenamento jurídico atual. A noção de subordinação deve experimentar uma evolução para se adaptar à realidade. Bernardo Lobo Xavier refere-se a esta lacuna como a “crise do conceito da subordinação”.²⁸ A relação telelaboral se assemelha ao trabalho independente, ao trabalho autónomo. O direito do trabalho deve superar esta “crise” no direito, respeitando todos os direitos fundamentais.

O presente estudo propõe possíveis soluções normativas para sair da zona cinzenta que a subordinação jurídica no trabalho à distância se encontra e assim garantir uma tutela jurídica adequada. Inicialmente, deve existir uma conexão entre teletrabalhador e empregador durante o período de trabalho que revele a subordinação virtual.

O CT adota a presunção *iuris tantum* para a existência de um contrato de trabalho, sendo que até então o conflito surgia quando se estava diante da figura de um falso trabalhador independente. Nestes casos, para a determinação do regime jurídico, a jurisprudência²⁹ utiliza o método indiciário. Ocorre que no teletrabalho será preciso enaltecer alguns indícios e desconsiderar outros que são utilizados de base nos dias atuais, para se ajustar a nova realidade e para que possamos chegar a um novo conceito de subordinação jurídica ao teletrabalhador, tal como realizada pelos tribunais para qualificar a relação entre as partes em uma possível situação de “fuga ao direito do trabalho”³⁰.

²⁵ São elas: a atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; o prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma; o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

²⁶ Que define o regime de contrato de prestação subordinada de teletrabalho.

²⁷ FERNANDES, António Monteiro. Temas laborais. Coimbra: Almedina, 1984. Pp. 39 e 46.

²⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. colab. P. Furtado Martins. 3ª ed. - Lisboa: Rei dos Livros, 2018, Pp. 386 e ss.

²⁹ Neste sentido, o AC. SJ200807100011624 do STJ de 10.07.08 lista de uma forma robusta os indícios da existência da subordinação jurídica.

³⁰ A expressão significa utilizar meios para ocultação de um verdadeiro contrato de trabalho, sob a forma de recibos verdes, por exemplo.

Dentre os indícios³¹ utilizados pela doutrina e jurisprudência, serão listados aqui os que merecem maior atenção, que em uma situação “normal” não configurariam trabalho por conta de outrem, mas diante da nova realidade, merece reflexão e atenção do legislador para incluir as novas possibilidades na lei, configurando a subordinação jurídica.

Vejam os choques entre as presunções de um contrato de trabalho subordinado do artigo 12º do CT e a realidade atual.

a) A atividade seja realizada em local pertencente ao beneficiário ou por ele determinado. Aqui, o trabalho é prestado no domicílio do trabalhador, não se tratando de um local pertencente ao empregador e ainda que a determinação do artigo 12º remeta a um local diverso, mas não era intenção do legislador que este local fosse o domicílio do empregado. Ocorre que atualmente o fato de a prestação dos serviços ser realizada no domicílio não pode desconfigurar a existência de subordinação jurídica.

b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade. Este conceito não foi formulado para a realidade do teletrabalho. Em regra, os instrumentos de trabalho são fornecidos pelo empregador, mas atualmente tem-se utilizado o instrumento do empregado. Este conceito é perfeitamente aplicável às relações normais de trabalho e aqui não se está refletindo que a definição do artigo se encontra ultrapassada, mas não poderá ser aplicado às relações de teletrabalho em domicílio com o uso das TIC, sob pena de se desconfigurar uma subordinação jurídica nesta modalidade.³²

Para indícios de subordinação jurídica no trabalho à distância, deve-se considerar que os instrumentos de trabalho se encontram sujeitos a novas regras. Segundo Bernardo Lobo Xavier, na prática a subordinação tem geralmente tradução na forma como se configuram determinados aspectos da relação de trabalho: porque o trabalho é executado sob a autoridade do empregador, porque este é quem normalmente organiza a prestação ou fica um horário dentro do qual o trabalho é realizado. Se o instrumento pertence ao trabalhador é autonomia, se ao empregador é subordinação³³.

³¹ Estes “indícios de subordinação” são, entre outros, a determinação pelo beneficiário do local onde é prestada a atividade, a fixação por este de um horário de trabalho, a remuneração paga periodicamente e calculada em função do tempo, a pertença dos instrumentos de trabalho ao beneficiário, o controle por este da prestação de atividade em todas as suas fases (através de ordens, instruções e supervisão), a inserção na organização do beneficiário (expressa na sujeição às respectivas regras de organização e disciplina do trabalho), a impossibilidade de recurso a colaboradores e/ou de substituição na realização da prestação.

³² Em comparação, na legislação brasileira, a CLT em seu artigo 75-D, prevê que “as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.”, abrindo uma lacuna e brecha na lei para que se entenda que os instrumentos de trabalho não necessariamente serão fornecidos pelo empregador, desde que conste no contrato de trabalho.

³³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Op. cit. Pp. 369 e 370.

Ocorre que este conceito encontra-se obsoleto e não foi escrito na realidade do teletrabalho e é perfeitamente compreensível esta distinção. Os indícios como são conceituados hoje, nem sempre constituem as características de subordinação ou de autonomia no trabalho à distância. Se o trabalhador está em casa, tendencialmente poderá se utilizar os seus instrumentos particulares, até porque não há obrigação de fornecimento de instrumentos pelo empregador no teletrabalho, quando estipulado em contrato, até porque o próprio artigo 168, 1 do CT prevê que os instrumentos não necessariamente serão do empregador.

c) O prestador de atividade observe horas de início e de término da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma. Ora, um dos problemas jurídicos nesta relação é a vinculação a um horário de trabalho, a delimitação de um período normal para o trabalhador digital. Discute-se uma nova “concepção de tempo” introduzida com o teletrabalho.

Glória Rebelo pontua que “no teletrabalho, a ideia do ajuste entre o período normal de trabalho do trabalhador e o período de funcionamento da empresa aparece relacionada com o início e o termo do período norma de trabalho diário”.³⁴ Se este teletrabalhador deve cumprir uma carga horária, ainda que flexibilizada, está configurada a subordinação jurídica para o trabalhador digital.

d) existência de controlo externo do modo de prestação do trabalho e organização. Esta é a nova zona cinzenta. Em que pese a maior autonomia na prestação do trabalho, que o assemelha ao trabalhador autónomo, se o trabalhador não assume os riscos do resultado final, também está configurada a subordinação jurídica.

Em que pese a maior autonomia na prestação do trabalho, se este não assume os riscos do resultado final, aí está configurada a subordinação jurídica.³⁵

Na era digital, os trabalhadores e principalmente os que executam atividades intelectuais, mesmo em um contrato de trabalho, ao ser executado em seu domicílio, naturalmente adquirem maior ou total autonomia na organização do seu trabalho e o empregador tendencialmente nos dias de hoje cobra apenas o resultado, mas o trabalhador está em sua residência, longe dos olhos do empregador e pode na prática se organizar como bem entender e ainda assim entregar o trabalho esperado pelo empregador. O que interessa ao empresário é a entrega do trabalho esperado e isso não poderá, repita-se, desconfigurar a subordinação jurídica.

³⁴ REBELO, Glória. Estudos de direito do trabalho 1a ed. Lisboa: Sílabo, 2019. P. 216

³⁵ Obviamente apenas a presunção não é um meio de prova da subordinação jurídica e ainda há de se considerar que a parte que se beneficia da presunção só terá assegurada a existência desta relação jurídica se a presunção for *juris et de jure*. Sendo *juris tantum*, admite-se prova em contrário. Gama Lobo faz uma importante reflexão, ainda que não seja específica do teletrabalho em domicílio, contudo, podemos utilizar por analogia. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. colab. P. Furtado Martins. 3ª ed. - Lisboa: Rei dos Livros, 2018, Pp. 377 a 379.

Se o trabalhador se organiza da forma como melhor lhe cabe em seu domicílio e entrega o resultado da atividade, ainda assim está presente a subordinação jurídica. Em um ambiente fora do domicílio, este fato poderia configurar trabalho autônomo, mas o fato do trabalhador prestar o serviço em casa, traz uma nova realidade para este conceito, que não poderá ser deixada de lado, até para se evitar que empresas se utilizem desta autonomia do teletrabalhador para desconfigurar um contrato de trabalho. Esta é uma questão importante para que seja definida e contemplada pelo legislador.

A realidade é que com a utilização das NTIC, os teletrabalhadores ficam mais dependentes dos empregadores e sujeitos a um mais apertado poder de direção do que se estivessem no local da empresa. Há na verdade uma falsa autonomia da organização de trabalho pelo trabalhador no domicílio.

Resume Palma Ramalho que será subordinado sempre que o teletrabalhador se sujeitar ao poder diretivo e ao poder disciplinar do empregador, nos termos dos artigos 1152 do CC e 11 do CT. Evidentemente que por si só, o afastamento do trabalhador das instalações da empresa dificulta a verificação do seu estatuto de subordinação ou de autonomia do vínculo. Assim, no método indiciário, os indícios de local de trabalho e inexistência de um horário pré-definido e controle devem ser desvalorizados.³⁶

Não é que se deve alterar por completo os conceitos existentes hoje, eis que se aplicam aos trabalhadores nas instalações da empresa. Mas devera ser regulamentado novos conceitos para o teletrabalhador.

É preciso esta renovação, eis que estes indícios tem uma relevância muito grande para caracterização de vínculo de emprego ou não, para que se evite uma fuga ao direito do trabalho em massa com a nova realidade, bem como para que este teletrabalhador tenha as garantias normativas que neste trabalho se discute para evitar os impactos da tecnologia em sua saúde e usufrua do direito a desconexão.

Nesta nova realidade e modalidade contratual, não cabe mais apenas a aplicação inicial da presunção de laboralidade, prevista no artigo 12 do CT e do método indiciário como é aplicado hoje. É preciso um conceito de presunção específico para o teletrabalhador da era digital, podendo ser melhor utilizada neste contexto do teletrabalhador o termo “presunção de subordinação jurídica” do teletrabalhador à distância.³⁷

Conforme decisão do STJ de 20.06.2001, Relator Almeida Deveza, Proc. n.º 01S1060, “a subordinação jurídica existirá sempre que ocorra a mera possibilidade de ordens e direção, bem como quando a entidade patronal possa de algum modo orientar a atividade laboral em si mesma, ainda que só no tocante ao lugar ou ao momento da prestação”.

³⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2003. P. 205.

³⁷ A inclusão de um conceito para este regime, constituirá um significativo progresso de um novo conceito de laboralidade expressa na subordinação jurídica do teletrabalhador.

A fechar esta problemática, o trabalho, concebido à distância e inserido no contexto empresarial de outrem, revela uma subordinação estrutural³⁸. O conceito para a subordinação estrutural seria uma possível solução para esta questão no que se refere ao teletrabalho. Assim, pondera-se utilizar a corrente doutrinária como forma de resolver os conflitos que envolvem a questão da subordinação jurídica, para que o trabalhador tenha os seus direitos reconhecidos e seja possível a aplicação do Direito do Trabalho de modo a regular as relações quando restar comprovado o vínculo empregatício.

2.3. Segunda questão. Privacidade.

Chegamos a terceira questão jurídica de extrema importância, a privacidade do trabalhador que presta sua atividade em seu domicílio com o uso de TICs.

A lei proíbe os meios de vigilância à distância, conforme artigo 20º do CT, embora com desvios. Contudo, se há subordinação no trabalho à distância como visto, há um choque entre os poderes normais do empregador de dirigir e supervisionar o trabalho e a defesa da privacidade do trabalhador. Deve englobar a lei a possibilidade de vigilância à distância?

O trabalho à distância subordinado favorece a ocorrência da invasão de privacidade do trabalhador e assim se torna necessário uma regulação com normas e regras que respeitem os poderes de organização do trabalho pelo empregador e também a privacidade do trabalhador.

Um dos principais problemas jurídicos atuais é como conciliar o teletrabalho e a vida privada, incidindo na inviolabilidade do domicílio, vigilância à distância, poder de direção e controlo do empregador. É essa a sua problemática central.

É preciso criar regras novas. A inclusão de uma regra específica para o teletrabalho à distância não significa haver a inaplicabilidade dos regimes gerais, como será exposto.

2.3.1. Direito à privacidade, um direito fundamental dos trabalhadores. Proteção no direito internacional e no ordenamento jurídico Português.

³⁸ A subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

O direito à privacidade é tão importante que é objeto de proteção quase na totalidade das Constituições europeias³⁹. Os direitos fundamentais da pessoa humana previstos em Constituição possuem plena eficácia no âmbito da relação de trabalho, sendo que apenas interesses legítimos e relevantes de controlo do empregador impõe limites aos direitos fundamentais, devendo esses limites “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁴⁰

Qualquer restrição aos direitos fundamentais do trabalhador deve respeitar os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso, não podendo ser realizada de forma inadequadas, desnecessária ou excessiva, sob pena de se contrariar o art. 18, 2 da CRP.

No direito internacional⁴¹, temos a garantia deste direito no artigo 12 da Declaração Universal de Direitos do Homem e o artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Existem ainda importantes orientações acerca da proteção da privacidade, a consagrando como um direito fundamental, são eles, a Convenção do Conselho da Europa para a proteção de dados pessoais automatizados e as Linhas Diretrizes Regulamentadoras da OCDE da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia criou um catálogo de direitos fundamentais que favorece a segurança jurídica e constitui um passo muito importante, garantindo no art. 7º o respeito à vida privada.

O artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é talvez um dos mais importantes na União Europeia, já que todas as questões levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴² são decididas considerando esta disposição. O direito à privacidade na jurisprudência do TEDH é analisado com fundamento no art. 8º da CEDH e o que se identifica é o princípio da licitude, da finalidade, do consentimento e o do fundamento legal do tratamento de dados.

³⁹ Há Constituições, como a italiana, que não preveem expressamente o direito à privacidade, contudo, consagram o direito à dignidade da pessoa humana, a tutela da liberdade física e a liberdade moral do indivíduo. Na Itália, há também à proteção ao domicílio, à correspondência e a outras formas de comunicação, atendendo assim um meio para garantir a tutela da vida privada. A primeira lei neste país surgiu em 1996, lei nº 675, regulando a proteção da vida privada. Posteriormente, publicou-se em 01.0.2004 o Codice sulla privacy. Atualmente, pode-se defender que o direito à privacidade faz parte dos direitos constitucionais, entendido como um direito de terceira geração, ou como um novo direito. Para um estudo mais aprofundado sobre o direito à privacidade, MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. Pp. 253 e ss.

⁴⁰ ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho / Pedro Romano Martínez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 18

⁴¹ Serão citadas apenas as normas mais importantes na União Europeia, não esgotando as normas existentes.

⁴² O TEDH é o órgão de garantia da CEDH e tem como objetivo assegurar a proteção dos direitos nela reconhecidos. A noção de vida privada pelo Tribunal é muito ampla, não adotando uma definição exaustiva, utilizando assim o Tribunal o método interpretativo com diferentes fases para chegar a uma decisão.

As novas tecnologias criaram um novo risco para alguns dos direitos fundamentais dos trabalhadores, principalmente para a sua privacidade e em muitos casos encontra-se uma dificuldade natural em se fazer uma clara distinção se as atividades do trabalhador se relacionam ou não com a sua vida profissional. Neste sentido, há uma importante decisão deste Tribunal referente a vida privada no âmbito laboral, trata-se do processo “Niemitz contra a Alemanha”⁴³.

Em Portugal, houve a primeira proteção sobre a intimidade da vida privada no CC de 1966 e posteriormente constou expressamente no art. 26 da CRP de 1976.

No ordenamento jurídico português, a proteção da privacidade não é restrita ao Direito Constitucional, sendo garantida expressamente também no Direito civil, penal e laboral e está sempre acompanhado do direito à dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, justificando-se a sua proteção no Direito do Trabalho⁴⁴.

O CT quando da atualização em 2003, incluiu nos arts. 14 a 22 expressa proteção aos trabalhadores perante as realidades relacionadas com o desenvolvimento tecnológico, mas não há previsão específica para as problemáticas atuais. Ainda, o artigo 170 regula a privacidade do trabalhador no regime de teletrabalho. Este artigo, embora careça de maiores disposições, visa assegurar a proteção da intimidade e vida privada, que se encontram mais ameaçados no caso de teletrabalho em domicílio⁴⁵, sendo necessário estabelecer a separação entre a vida privada e a vida profissional, que antes eram ocorriam em locais distintos e agora confundem-se no mesmo local.

As tecnologias têm um alcance praticamente ilimitado para vigilância e principalmente para a recolha de informações pessoais dos trabalhadores e o uso destas informações poderá ferir a privacidade.

Desde o momento em que se passou a usar em grande escala as NTIC, tornou-se possível uma recolha, armazenamento e gestão de dados sem precedentes, iniciando assim o que pode ser considerado como uma “nova” organização do trabalho que eliminou a barreira entre tempo e espaço com grandes alterações nas relações jurídicas.

⁴³ Esta decisão foi um marco na proteção da inviolabilidade do domicílio, pois o Tribunal reconheceu a existência de um âmbito de privacidade, inclusivamente no contexto das atividades comerciais e profissionais, com uma concepção ampla de vida privada e de domicílio. Disponível em: <[⁴⁴ “Os trabalhadores, enquanto cidadãos, não deixam de o ser quando entram na organização empresarial, tendo pelo direito a exercer os seus direitos fundamentais. Mas pelo fato de celebrarem um contrato de trabalho e estarem numa situação de subordinação jurídica, submetendo-se ao poder diretivo do empregador, os trabalhadores podem ter alguns problemas quanto ao exercício de uma série de direitos que, por não serem especificamente laborais, correm o risco de serem ignorados na organização empresarial.”, Gloria Rojas Rivero apud MOREIRA, Teresa Coelho. Op. cit. P. 333.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2213710/88%22],%22itemid%22:[%22001-57887%22]}>, acesso em 21.11.2020.</p></div><div data-bbox=)

⁴⁵ Neste mesmo sentido: “este artigo concretiza o direito à reserva da intimidade da vida privada, menciona limites a visita ao domicílio, contudo ainda assim carece de maiores previsões normativas que remetam expressamente a outros tipos de violação e controle a distancia”. MARTINEZ, Pedro Romano. Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 427.

Mas este o direito à reserva da privacidade não é absoluto e possui limitações, podendo ser limitado em resultado da sua harmonização com outros direitos constitucionalmente garantidos e protegidos, garantindo assim o princípio da proporcionalidade⁴⁶.

Neste sentido, a Espanha através do Real Decreto-Lei 28/2020 sobre trabalho remoto, art. 17, 1 e 3, já se adequou a nova realidade e certamente é um bom contributo para o direito português, com a ressalva de que não parece que deixar a cargo das empresas estabelecer critérios para a utilização dos meios digitais seja o meio mais adequado para garantir a efetividade dos direitos do trabalhador.

2.3.2. Questões jurídicas. Poder de vigilância e controlo do empregador no teletrabalho

O controlo jurídico está sempre relacionado com parâmetros previamente definidos pelo empregador e conhecidos dos trabalhadores e o juízo de adequação do objeto controlado aos parâmetros sobre os quais se verifica o controlo. Este controlo, desde que respeitador da dignidade humana, é primordial na organização da empresa. Analisando-se as normas principiológicas colidentes, quais sejam, da intimidade e da privacidade do trabalhador e da propriedade, da liberdade contratual e da livre iniciativa do empregador, verifica-se que de fato existe uma colisão entre elas nos casos concretos em que os meios eletrônicos são utilizados no trabalho em domicílio.

Da subordinação do trabalhador que está inserido em uma organização de trabalho, em que pese à distância, decorre o poder de vigilância e controlo do empregador, sendo que o controlo é necessário para o bom andamento da empresa e para formas de execução do contrato de trabalho. Contudo, a ligação permanente entre a ferramenta de trabalho da empresa e dos trabalhadores potencializa o poder de direção e o controle da vida privada do trabalhador por parte do empregador. Os direitos da personalidade, a proibição de qualquer forma de controlo contrárias a dignidade do trabalhador e a separação da vida privada em relação ao trabalho devem ser inexoravelmente observados, com ressalvas ao poder diretivo do empregador⁴⁷.

A questão do controlo colocada aqui, constitucionalmente legítima, não é problematizada ou questionada em relação a sua existência, mas sim quanto a sua limitação e equilíbrio para a não violação a direitos fundamentais.

Ainda que o empregador não tenha intenção de controlar o desempenho ou invadir a esfera privada do trabalhador e queira prevenir riscos, a simples invasão “virtual” ao domicílio esbarra também na questão da inviolabilidade do domicílio e da esfera da vida privada que se confundiu com a vida profissional.⁴⁸

⁴⁶ Nestes termos é a decisão do Ac. n.º 368/2002/T. Processo n.º 577/98. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/1291207>>, acesso em 21.11.2020.

⁴⁷ VEIGA, Fábio da Silva. *"O poder directivo do empregador" versus "o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador."* Jus Societas-JS 2, no. 1, 2011, Pp. 85-96.

⁴⁸ Há uma extensão do âmbito da subordinação para a esfera privada do trabalhador e nesta modalidade existem maiores dificuldades de controlo do respeito pelo trabalhador pelo cumprimento das normas de segurança e saúde

O art. 20 do CT proíbe meios de vigilância a distância no local de trabalho mediante o uso de equipamento tecnológico, com exceções⁴⁹. Acompanhando Gloria Rebelo⁵⁰, questiona-se se no caso do teletrabalho em domicílio se colocam e em quais circunstâncias, essa necessidade de proteção. De imediato não parece esta exceção enquadrar-se no caso do teletrabalho em domicílio, em que a atividade com uso das TIC necessite de proteção do trabalhador ou de bens.

2.3.3. Gravação de imagens e som através do instrumento de trabalho.

Importa de início trazer a decisão do Ac. STJ, 8.02.2006, sobre câmaras de videovigilância nos postos de trabalho, com registo permanente das tarefas executadas:

“a colocação de camaras de vídeo em todos o espaço em que os trabalhadores desempenham as suas tarefas, de forma a que estes se encontrem no exercício da sua atividade sob permanente vigilância e observação, constitui, nestes termos, uma intolerável intromissão na reserva da vida privada, na sua vertente de direito à imagem, e que não se mostra de nenhum modo justificada pelo simples interesse económico do empregador de evitar o desvio de produtos que ali são manuseados. (...) Em qualquer caso, a instalação de câmaras de vídeo, incidindo diretamente sobre os trabalhadores durante o seu desempenho profissional, não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de que gera um sacrifício dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de mero cariz económico que se visava obter. Assim, independentemente da autorização concedida pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (...) a efectiva utilização de Câmaras de vídeo nos termos descritos nos autos é ilícita (...).”⁵¹

Atualmente, surgem a cada dia novas e sofisticadas tecnologias que são utilizadas para a recolha de dados e vigilância à distância, possibilitando ao empregador controlar totalmente os passos da vida do trabalhador, agora em seu domicílio, e já não falamos mais nos meios tradicionais de vigilância e controlo conhecidos até então. Atualmente, quando o empregado está observando o monitor de trabalho, este está ao mesmo tempo observando o trabalhador em tempo real, não é mais preciso uma câmara exposta virada aos trabalhadores.⁵² A decisão ora transcrita, não está ultrapassada e o mesmo conceito deve ser utilizado por analogia adequando-se para a vigilância por câmaras e áudio nos computadores em domicílio.

e a proteção à vida privada no trabalho, horas extras, suplementares, etc. Nos dias de hoje, não há mais espaço para conceitos indeterminados sobre vigilância e controlo com o uso das NTIC no domicílio.

⁴⁹ Que não serão objeto de estudo neste trabalho. Seria o caso de estabelecimentos de venda ao público, bancos, postos de abastecimentos, entre outros, caso seja informado ao trabalhador que esta sob vigilância visando a proteção e segurança de pessoas e bens, quando à natureza da atividade o justifique.

⁵⁰ REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 70

⁵¹ MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 163.

⁵² “O controlo periférico, descontínuo e parcial, realizado pelo homem, está a ser substituído por um controlo centralizado, objetivo, incorporado na máquina que se verifica em tempo real, originando o surgimento de um novo tipo de controlo que consiste na reconstrução do perfil do trabalhador.” MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2011. Pg. 34.

As empresas precisam ter acesso a determinadas informações sobre o desenvolvimento do trabalho, segurança e saúde no labor e a fiscalização nestes casos se tornou uma questão muito difícil, eis que mesmo que o empregador estivesse diante de uma possibilidade autorizada por lei, aqui se tem o conflito com a privacidade e inviolabilidade do domicílio. É preciso encontrar um equilíbrio entre o poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do ser humano e do trabalhador em conflito.⁵³

De pronto, é unânime que a videovigilância oculta no computador viola o art. 20, 1 e 3 do CT. A vídeo e a audiovigilância - e aqui falamos do controlo por câmaras e som do instrumento de trabalho na residência do trabalhador, representam um instrumento que atenta contra a privacidade, até porque o aparelho não irá distinguir a captação de uma conversa e imagem no horário de trabalho e não trabalho.

Com o uso das TIC, é preciso dispor expressamente sobre os novos meios de controle, como softwares, gravações e realização de reuniões de trabalho por plataformas digitais que captam sons e imagens, inclusive com ativação da câmara de forma remota.

Há outra questão que se refere a gravação de reuniões on-line e conservação de dados pessoais, das imagens gravadas e sua manutenção no tempo. No período da reunião poderá haver a invasão do domicílio por vídeo? Se esta reunião de trabalho é autorizada pelas partes a ser gravada, qual o período de guarda deste vídeo? Não se pode dar uma resposta única, na medida em que as imagens nos termos da lei hoje poderiam ser guardadas pelo tempo necessário para cumprir a finalidade pretendida, nos termos do art. 21, 3, CT, mas não se deve deixar de obedecer a norma superior constante no artigo 35 da CRP.

Não se pode desconsiderar ainda que imagens e sons recolhidos no local de trabalho são dados pessoais quando permitem a identificação das pessoas que nela aparecem e a captação de imagens e sons do trabalhador em seu domicílio vai muito mais além da questão da privacidade do trabalhador, atingindo a privacidade de terceiros que residem no mesmo local.

Em que pese a confidencialidade, esta não admite o trabalhador a utilizar os meios de comunicação da empresa para fins estranhos a ela e a atividade prestada e deve-se limitar a videovigilância e gravação de imagens, tendo em consideração a aplicação do dever de boa-fé nas relações laborais.

Teresa Coelho defende a licitude quando observado o princípio da proporcionalidade e da boa-fé constante nos arts. 102 e 126, CT e 762 do CC, com o conhecimento prévio por parte dos trabalhadores. A escolha dos meios de controlo por parte do empregador deverá obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé, devendo o empregador comprovar que escolheu as formas de controlo que têm menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores e que atenda interesses que não ultrapassem os limites da subordinação técnica e através de programas regulados.⁵⁴

⁵³ Ler, ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho / Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. Pp. 7 a 18.

⁵⁴ RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. P. 116.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este possui uma tríplice dimensão, sendo constituído por critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em um sentido estrito ou de ponderação. Caso assim não fosse, este controlo estaria sendo realizado diretamente sobre o trabalhador, sendo invadida a privacidade deste. Tem-se a dificuldade de encontrar um fim lícito para a vigilância através destes novos meios de controlo. Não basta qualquer interesse declarado como lícito do empregador e não se pode esquecer que não é o controlo que lesa a dignidade do trabalhador e sim o *modus operandi* e atualmente, o local de operação.

2.3.4. Instrumentos de trabalho e instalação de programas.

Com as NTIC concentra-se no mesmo instrumento de trabalho a atividade produtiva e o meio de controlo, assim, ao mesmo tempo que o trabalhador realiza as atividades para as quais foi contratado, o empregador através de programas específicos recolhe neste mesmo período uma grande quantidade de dados.

Sempre existiram programas que permitem controlar todos os passos dos trabalhadores não só no local de trabalho, como fora dele e a grande questão é que agora, o local de trabalho é o mesmo local de não trabalho do indivíduo, qual seja, o domicílio. E, se tradicionalmente a vigilância necessitava de intervenção do homem e o consentimento e conhecimento pelo trabalhador, atualmente há formas cada vez menos invasoras e ocultas de controlo, como a captação de imagens e som no computador sem que o indivíduo que opera aquele instrumento tenha conhecimento.

Os novos meios de controlo, muitas vezes silenciosos, convertem-se em um substituto aos meios tradicionais, podendo originar o desaparecimento da privacidade.

O empregador tem o direito de verificar e controlar, a atividade laboral dos trabalhadores e de apurar as faltas passíveis de justificar procedimentos disciplinares e é muito difícil fazer uma separação desta recolha de dados e aí que a legislação deve regular melhor o uso de tais programas, regular os programas que já passaram por uma avaliação de que não ferem princípios constitucionais e que poderiam ser assim utilizados.

E há mais uma questão: se o trabalhador utiliza instrumentos e equipamentos pessoais, a esta situação se aplicaria na íntegra o direito de confidencialidade do art. 22, do CT? Com o trabalho em domicílio e as NTIC, não é possível distinguir com clareza as atividades de um indivíduo que fazem parte da sua vida profissional ou comercial das que não fazem. Ao trabalhar com instrumentos próprios, não pode o empregador obrigar o trabalhador instalar programas de controlo.

Invadir o período de privacidade do empregado, sob a justificativa do exercício do poder de direção, apresentar-se-ia como um verdadeiro abuso do direito de fiscalizar, indo em total desencontro a sua legalidade. E atualmente a vigilância e controlo eletrónico tem ocorrido através da instalação de software específico que permite recolher, tratar e arquivar todos os dados e adquirir perfis dos trabalhadores⁵⁵. A potencialidade e licitude ou ilicitude do controlo está associada ao tipo de programa instalado para controlo e a quais dados são recolhidos e como são utilizados. “Nem tudo que é tecnicamente possível é juridicamente admissível”.⁵⁶

A regulamentação atual não foi pensada de forma alguma para o regime do teletrabalho em domicílio e novamente a Lei espanhola traz um contributo ao prever expressamente esta questão, bem como a Lei Argentina, que é ainda mais específica.

O Real Decreto-Lei 28/2020 espanhol, artigo 17, 2, garante que a empresa não pode exigir a instalação de programas ou aplicativos em dispositivos de propriedade do trabalhador, ou o uso desses dispositivos no desenvolvimento de trabalho remoto.

O ordenamento argentino, Lei nº 27.555/20 regula a proteção de dados e impede o uso de software para vigilância que viola a privacidade do trabalhador. Em seus arts. 15 e 16 há previsão de que os sistemas de controle que visam proteger os bens e informações de propriedade do empregador devem ter participação sindical de forma a resguardar a privacidade da pessoa que trabalha na modalidade de teletrabalho e a privacidade de seu domicílio, bem como o empregador deve tomar as medidas cabíveis, especialmente no que se refere ao software, para garantir a proteção dos dados utilizados e processados por quem trabalha na modalidade de teletrabalho, não podendo utilizar software de vigilância que viola a privacidade.

O fato de o desenvolvimento tecnológico de softwares permitir realizar o controlo não significa que o seu uso seja lícito tendo em atenção os princípios fundamentais do sistema jurídico. Pode-se falar de um eventual “direito à privacidade do trabalhador sobre o “espaço virtual” na memória do computador ou servidor da empresa.”⁵⁷

2.3.5. Inviolabilidade virtual do domicílio.

⁵⁵ Algumas empresas já utilizam programas informáticos vendidos livremente no mercado que além de captarem dados referente ao exercício profissional, acabam por revelar também dados que deveriam ser protegidos pela esfera da intimidade e vida privada. A venda destes programas de software com uma tecnologia extremamente avançada triplicou.

⁵⁶ MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2011. P. 84.

⁵⁷ MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. P. 639.

Em particular no que se refere ao teletrabalho no domicílio, problemas específicos inerentes à atividade laboral preocupam as autoridades de inspeção do trabalho nos países da UE. Não obstante a legislação que possa existir, fixar regras é uma coisa e respeitá-las é outra, e será muito difícil organizar as inspeções de trabalho se o domicílio se torna o local de trabalho.⁵⁸

Durante muitas décadas, o tema da inviolabilidade do domicílio do indivíduo foi estritamente considerada apenas sob o prisma do processo penal e com as regras referentes a prisão. Neste sentido, temos o Ac. n.º 128/92 sobre direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, com o direito de ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, que pode ter seu conceito estendido ainda para o âmbito laboral por analogia a quem estaria invadindo o domicílio.⁵⁹ A tutela do domicílio abrange um domínio mais vasto, tanto na justiça civil, como na justiça do trabalho.

E essa proibição é plenamente justificada, afetando a dignidade e privacidade do trabalhador, ainda mais quando se trata de equacionar o acesso ao domicílio do teletrabalhador.

Não é qualquer direito do empregador que pode sacrificar o direito a inviolabilidade do domicílio. E, ainda que o art. 170 do CT permita a visita física do empregador em certo horário, sendo lícito para certos fins de prevenção. diante das NTIC considera-se que o acesso por vídeos e câmaras de computador a todo tempo seria uma forma violação do domicílio a qualquer horário sem justificativa. Ainda que o empregador não adentre fisicamente no mesmo, a invasão é realizada virtualmente.

Acompanhando Menezes Leitão “a autorização do trabalhador para ser vigiado electronicamente não elide a proibição desta disposição, nos casos em que não haja justificação para a vigilância. Efectivamente, essa autorização deverá considerar-se uma restrição dos direitos de personalidade nula por contrária à ordem pública, conforme art. 81, 1, CC.”⁶⁰

É necessário regular o conceito de invasão virtual ao domicílio e à privacidade.

O controlo através da NTIC do teletrabalhador colide com o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Para complementação do artigo 170 do CT, deverá ser estabelecido um limite geográfico na residência da zona efetivamente de trabalho, observando os princípios já aqui mencionados, sendo um controlo apenas preventivo⁶¹, mas que não está regulado para esta situação de teletrabalho a domicílio.

⁵⁸ Não podemos deixar de lado que o empregador deve controlar os tempos de trabalho, sendo obrigatório conforme decisão do Ac. do TJUE n.º 55/18 de 14.05.2019, para evitar a porosidade de acidentes de trabalho e invasão da fronteira de tempo de vida pessoal e tempo de trabalho. REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 81

⁵⁹ Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9722b7a5b3df07c280256d4300267243?OpenDocument>>, acesso em 24.11.2020.

⁶⁰ LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais: estudos e pareceres. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 103.

⁶¹ É o mesmo caso por analogia de acesso ao e-mail do empregado e constatar que este utiliza de forma diversa da que deveria, mas ainda assim não pode abrir a mensagem do e-mail por configurar violação de correspondência e de privacidade. Neste sentido, Ac. STJ, 05.07.2007. Proc. 07S043, Relator Mario Pereira.

Pode-se utilizar por analogia decisões que reconhecem que a vigilância em locais onde não se executa o trabalho nas instalações físicas da empresa são ilícitas. A exemplo, temos o Ac. do Tribunal Constitucional nº 98/2000, de 1 de abril. O que não se pode permitir é que o teletrabalho com o uso das NTIC seja uma invasão da vida privada do trabalhador em seu próprio domicílio.

Quanto a vida privada e utilização das novas tecnologias, o CT fica longe do que seria desejável e possível, dando um contributo muito tímido, insuficiente, pois já deveria ter fixado princípios orientadores sobre a forma e os meios do alcance sobre o controlo da utilização dos meios de vigilância à distância em domicílio.⁶²

Após análise da matéria em debate, uma solução adequada para garantir direitos e deveres de ambas as partes da relação de trabalho, é a aplicação do princípio da intromissão mínima⁶³, implicando assim a menor captação possível de imagem do trabalhador em relação ao fim legítimo da gravação em uma reunião online por exemplo.

Ainda, o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação de interesses são instrumentos para resolver colisões entre princípios nos casos concretos. Necessário regular uma sistematização dessas hipóteses, com vistas a possibilitar a solução dos casos de colisão entre as normas em debate.

O processo de ponderação deve começar pela estipulação do peso de cada um dos princípios em colisão, que influenciará no peso que cada princípio deve assumir no caso concreto. Como os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade são inerentes à condição humana, possuem sempre um peso maior do que os direitos de propriedade, o princípio da livre iniciativa e da liberdade contratual que são normas de índole patrimonial.⁶⁴

Diante do uso das NTIC no teletrabalho em domicílio, qualquer situação que envolva a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, deverá sempre se pautar pelo princípio da proporcionalidade, tendo-se sempre como parâmetro maior o respeito à dignidade humana do trabalhador.

Conclui-se, no mesmo entendimento de José Abrantes, que a regra permanece sendo de que o direito à privacidade só poderá ser limitado se interesses relevantes o justificarem, não podendo colocar em causa os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proibição do excesso. O empregador só poderá aceder a dados sobre a vida privada que sejam estritamente necessários e relevantes para a execução do contrato.

Cabe ao direito do trabalho do futuro encontrar um equilíbrio entre as novas tecnologias, o direito fundamental à privacidade e o direito ao controlo pelo empregador.

⁶² ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 2005. P. 21.

⁶³ Para maior reflexão sobre o uso deste princípio nas situações de controlo e vigilância, MOREIRA, Teresa Coelho, Op. Cit. Coimbra, Almedina, 2010. P. 258.

⁶⁴ Barros, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Belo Horizonte, 2009. P. 319

2.4. Terceira questão. Igualdade de tratamento.

O art. 169 do CT garante o direito à igualdade no teletrabalho. Mas até que ponto pode existir a igualdade com os trabalhadores presenciais e quando poderá sofrer desvios?

Este artigo garante o direito à igualdade e não discriminação e sendo encontrada na Lei Espanhola o Real Decreto-Lei 28/2020, art. 4º, a mesma garantia, contudo, há legislações que sequer preveem esta garantia, havendo claros abusos de desigualdade⁶⁵ exigindo maior produtividade do empregado que labora de forma remota, o que nos leva a desigualdade de tratamento, conectividade extrema do trabalhador e ausência de períodos de desconexão como será visto mais adiante.

Com relação a produtividade, não é crível que possa existir desvios no tratamento da igualdade entre os trabalhadores, até porque há garantia expressa dos limites do período normal de trabalho. Exigir maior produtividade aos teletrabalhadores, implicaria por certo um aumento do tempo de trabalho, já que não é porque este trabalha em sua residência, com maior dificuldade de controlo do tempo de trabalho que está autorizado laborar por um período superior ao autorizado por lei.

Quanto a formação, nos parece que está autorizada uma desigualdade, na medida em que o trabalhador no espaço físico da empresa não necessita de formação específica para operar instrumentos de TIC em domicílio ou outros aparelhos que sejam necessários para a realização do trabalho à distância. Seria o caso de a igualdade na formação poder sofrer um desvio.

Agora o ponto crucial: quanto a questão tratada anteriormente de acesso ao domicílio, acesso por câmaras e gravação de imagens, claramente incide em um tratamento desigual, eis que os impactos das NTIC são muito mais fortes e devastadores aos teletrabalhadores. Mas não seria o teletrabalho uma modalidade de labor diferente do trabalho na sede do empregador? Sendo uma modalidade desigual, não estaria autorizada a desigualdade na forma de controlo e vigilância?

O entendimento é que sim, mas conforme já mencionado anteriormente, a forma de controlo, de vigilância, de contato com este teletrabalhador, embora seja desigual ao controlo físico, não pode violar direitos fundamentais da pessoa humana e do trabalhador. Seria possível este tratamento desigual, mas jamais na questão de produtividade, salários, acessos à promoção, entre outros, mas tão somente em uma questão de forma de contato que se dará apenas através de aparelhos tecnológicos. Ainda, não parece que o teletrabalhador tenha que receber auxílio transporte, ao contrário do trabalhador que se desloca para o estabelecimento do empregador.

⁶⁵ Como é o caso do Brasil, em que a previsão legal não exige por exemplo que as metas e atividades cumpridas pelos teletrabalhadores sejam mais rigorosas do que para aqueles que não estão em regime de teletrabalho, embora existam Resoluções e Instruções Normativas de Tribunais do Trabalho no Brasil que pregam exatamente o contrário. Instrução Normativa nº 74 de 19.02.19, “Art. 5º: A meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será de, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do CNJ.” Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2825>>, acesso em 24/05/2020.

O princípio da equiparação de tratamento jurídico entre teletrabalhador e trabalhador na empresa garante que o teletrabalhador tenha a mesma expectativa profissional daquele que presta a atividade na empresa, contudo, deve haver uma adequada regulamentação quanto as especificidades do teletrabalho, aquilo que implica em respostas diferenciadas.

Mais um exemplo é garantia da inamovibilidade do local de trabalho do regime geral. Faz sentido ser aplicada a este caso do teletrabalho em domicílio? Será que a obrigação de segurança e saúde do trabalho não deve ser mais clarificada por causa do trabalho ser prestado no domicílio?

O princípio jurídico da igualdade de tratamento não significa exista uma total igualação.

Nesse sentido, acompanha o Ac. de 2007-10-11 (Processo n.º 00029/04), Relator: José Correia⁶⁶, com uma definição plenamente aplicável ao ambiente de trabalho em debate.

Assim, não se pode entender que a igualdade deve ser absoluta, pois haverá situações em que exceções são comportadas, como suscitado acima. Nesse sentido, pontua Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁷ “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.”

Assim, muito mais do que a garantia ao direito de igualdade como já ocorre na legislação, ainda que de forma genérica em um único artigo do CT, o que se necessita de forma urgente é dar uma resposta normativa as formas de desigualdade autorizadas e seus parâmetros, para que não seja uma desigualdade no sentido pejorativo, mas um conceito de tratamento específico aos teletrabalhadores, que prestam a atividade por si só de forma diferente, sendo sua organização de trabalho, subordinação entre outros diversas, mas é preciso que seja efetivamente regulada as situações de “desigualdade” e seus limites, para que não haja abusos e ilicitudes.

2.5. Quarta questão. Tempo de trabalho.

O tempo de trabalho é um tema que ao longo dos últimos anos teve seu estudo intensificado a nível mundial.⁶⁸ A evolução digital, sem prejuízo das suas inúmeras vantagens, tem implicado na alteração de aspectos espaciais e temporais da prestação do trabalho, eliminando as barreiras entre a vida profissional e pessoal do trabalhador.

⁶⁶Disponível em <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/90987375/details/maximized>>, acesso em 02.12.2020.

⁶⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 17.

⁶⁸Para um breve resumo sobre a evolução legislativa da fixação de limite de jornada: REBELO, Glória. Estudos de direito do trabalho 1ª ed. - Lisboa: Sílabo, 2019. Pp. 126 e 127.

Com as novas TIC, surgiu um novo e complexo desafio para o direito do trabalho, eis que possibilitam que o trabalho acompanhe o trabalhador fora do espaço/tempo profissional, invadindo seu tempo de autodisponibilidade, diluindo assim a tradicional fronteira entre vida privada e profissional.⁶⁹

Há claramente um choque entre o artigo 197 do CT e a nova realidade. É necessário confrontar a noção disposta no artigo 197 com a realidade do teletrabalho. Ora, seria o tempo de disponibilidade do trabalhador à distância tempo de trabalho? Qual é o seu tempo de trabalho? É preciso definir uma noção de tempo de trabalho própria do trabalho a distância.

2.5.1. Tempo de trabalho e tempo de descanso -noções básicas

2.5.1.1. Tempos de trabalho

Não será possível esgotar o tema referente a tempo de trabalho, período normal de trabalho e período de descanso, na medida em que o tratamento completo a respeito do tema é muito amplo e não cabe naturalmente, neste espaço, de modo que a seguir será exposto aspectos gerais sobre a matéria, para que se possa entrar na discussão da proposta.⁷⁰

Certo é que a duração do tempo de trabalho condiciona a vida do trabalhador mais do que qualquer outra circunstância, eis que é o que define o seu tempo de disponibilidade.

Existem dois períodos temporais distintos, quais sejam, o tempo de trabalho efetivo, no qual se exerce efetivamente a atividade laboral e os períodos de inatividade no qual o trabalhador permanece sob a autoridade da entidade patronal e adstrito ao cumprimento da prestação laboral, que são equiparados a tempo de trabalho por lei ou instrumento de regulação coletiva.⁷¹

O artigo 198 do dispositivo legal define o conceito de período normal de trabalho⁷² no qual o trabalhador se obriga a prestar no contrato de trabalho, delimitando assim o âmbito temporal da obrigação de trabalhar.⁷³

⁶⁹ AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 119.

⁷⁰ A duração e organização do tempo de trabalho está prevista em quase cem artigos do Código do Trabalho de Portugal, Secção II, artigos 197 a 257. Para mais pormenores, consultar: *O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho: [revisão pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho] / coment. Francisco Liberal Fernandes*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

⁷¹ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. P. 493

⁷² “O período normal de trabalho constitui assim uma condição regular ou permanente do objeto do contrato de trabalho, que anda associada à delimitação de retribuição e à organização da vida pessoal e familiar do trabalhador”. FERNANDES, Francisco Liberal. *O tempo de trabalho : comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho : [revisão pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho]*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 37

⁷³ Neste trabalho não será abordado questões referente a isenção do horário de trabalho, contudo, mesmo para os trabalhadores com isenção e horário, os descansos devem ser respeitados. Deve-se coibir a teledisponibilidade permanente. O que não se pode é ficar sem regulamentação.

A limitação do tempo de trabalho é determinante para a saúde e a segurança do trabalhador, assim como um fator importante da produtividade empresarial. As consequências negativas da prática quotidiana de tempos de trabalho longos já são reconhecidas e veremos adiante nos reflexos da hiperconectividade, tais como a incidências de novas doenças laborais, o karoshi (como é denominado o suicídio laboral no Japão), Síndrome de Burnout, entre outros.⁷⁴

Importante pontuar que há uma grande diferença entre o tempo de trabalho que ultrapassa o período normal e aquele convencionado. O que interessa saber é se trata-se de atividade prestada de acordo com o esquema pré-definido ou à margem dele.

Conforme doutrina especializada,

“não se concebem períodos de trabalho “faz de conta” ou de “trabalho virtual”, sob pena de se admitir reivindicação de trabalho extraordinário com origem nessa “realidade virtual”, puramente imaginária do descanso poder valer como prestação de trabalho. Trata-se duma concepção juridicamente mórbida, susceptível de afectar a saúde laboral das empresas que a praticassem – com inconvenientes evidentes capazes de afectar essas empresas, e por tabela os respectivos trabalhadores.”⁷⁵

O grande problema está na zona cinzenta entre o período normal de trabalho e trabalho suplementar, já que o período no qual o trabalhador agora se encontra em seu local de trabalho é o seu próprio domicílio com chamados fora do período normal em seu tempo de vida privada. Deveria assim para esta nova realidade haver uma definição intermediária e própria, assim como ocorre com os transportadores rodoviários que consagra um tempo de disponibilidade próprio⁷⁶.

2.5.1.2. Tempos de descanso

O artigo 199 do CT não é um preceito meramente declarativo e tem-se nele a oposição ao tempo de trabalho. Ocorre a impossibilidade de ser convencionada uma situação de disponibilidade permanente para o trabalho, sendo que o empregador só poderá interferir no gozo do período de descanso do trabalhador nos casos admitidos pela lei.

Mais adiante, no artigo 214 do mesmo diploma legal, tem-se o marco da separação entre o final do período de disponibilidade profissional e início do período da vida privada.⁷⁷

Liberal Fernandes pontua que “o tempo de descanso possui uma dupla finalidade: permitir um período de não trabalho (dimensão negativa) e possibilitar um tempo de lazer (dimensão positiva)”⁷⁸.

⁷⁴ FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 11

⁷⁵ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. P. 509

⁷⁶ Decreto-Lei n.º 117/2012.

⁷⁷ O descanso diário constitui o período que separa o fim de um dia de trabalho do começo do dia seguinte, condicionando a distribuição diária do trabalho, incluindo o trabalho suplementar, devendo haver ao menos 11 horas de descanso entre uma jornada e outra.

⁷⁸ FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação

O tempo de repouso ou de descanso, corresponde ao tempo em que o trabalhador descansa ou em que pode descansar, incidindo no conceito de vida privada, adquirindo o trabalhador a gestão da sua vida particular.

Neste período o trabalhador deve poder se dedicar livremente aos seus interesses próprios. Pressupõe-se um direito a não ser contactado pelo empregador, um *do not disturb* patronal.⁷⁹ A obrigação de não perturbar é do empregador, recai sobre a empresa.

A impossibilidade de gestão livre da vida particular no período de descanso em razão de contacto do empregador, faz presumir que esse tempo não é de descanso e vida privada. E obviamente, o que não é tempo de descanso, será, necessariamente, tempo de trabalho. Se com as TIC o trabalhador está contactável a qualquer tempo em sua residência, se em algum momento não pode confirmar a sua vida privada com autonomia, não corresponde a tempo de descanso.

Ocorre que atualmente o tempo de descanso não é mais tempo de repouso absoluto e de gestão da vida privada, em razão da ausência de uma norma que regule o tempo de trabalho do trabalhador digital à distância em domicílio, comprometendo o equilíbrio entre trabalho e vida pessoal. Se uma das vantagens do teletrabalho seria a conciliação entre vida privada e profissional, deve haver regulamentação específica acerca de uma nova noção de tempo de trabalho nestes casos.

A obrigação de o trabalhador estar disponível sem quaisquer limites em período subsequente ao do tempo de trabalho acordado, desnatura completamente o conceito de tempo de trabalho e tempo de descanso, violando preceitos constitucionais⁸⁰ e fontes normativas sobre o tempo de trabalho⁸¹.

2.5.2. Tempo de disponibilidade do trabalhador à distância. Teledisponibilidade.

É necessário quantificar o tempo do teletrabalhador, para que se possa garantir o direito ao tempo de vida privada. É preciso controlar assim o tempo de trabalho mesmo sabendo que o art. 20 do CT diz que os meios de vigilância a distância não podem ser utilizados com o intuito de controlar a atividade do trabalhador, embora a norma não tenha sido pensada na época para os casos de teletrabalho. Como enfrentar estes problemas?⁸²

Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 19

⁷⁹ MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 65

⁸⁰ Artigo 59, b, c, d, CRP.

⁸¹ Tem-se como principais fontes normativas sobre o tempo de trabalho, as Convenções da OIT número 1, 4, 6, 14, 30, 89, 106, 171 e 175, a Carta Social Europeia, em seu artigo 2º, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, as Diretivas de Conselho da Europa número e no direito interno de Portugal, as previsões no CT, IRCT e previsões na Legislação especial.

⁸² A limitação ao poder de controlo de modo a proteger a privacidade do teletrabalhador é discutida em item próprio. Negociação coletiva pode procurar regular estes problemas.

Para o futuro, o CT merece ser revisitado, como fez a Espanha no Real Decreto-lei 28/2020, art. 13 e 14, que regula o direito a horas flexíveis, em conformidade com os tempos de disponibilidade obrigatórios e as normas de tempo de trabalho e descanso, a pessoa que desenvolve trabalho remoto pode flexibilizar as horas estabelecidas de prestação de serviços e o direito ao registo de tempo adequado, sendo um contributo que pode ser utilizado para Portugal.

As novas formas de organização do trabalho colocaram em conflito noções existentes até então.

Em Portugal, ainda que o regime seja prestado em teletrabalho no domicílio, permanece o controlo de jornada, diferentemente da lei brasileira, que regula no artigo 62, III da CLT a exclusão do regime de controle de jornada e consequentemente pagamento de horas extras aos empregados em regime de teletrabalho. O caminho para a garantia jurídica de um conceito e regras de tempo de trabalho e tempo de descanso para o teletrabalhador tem um potencial muito maior de efetividade em Portugal.

A teledisponibilidade é a necessidade de o trabalhador estar localizável e contactável para receber ordens e realizar uma tarefa através das TIC, sendo este período denominado como “astreinte” e a duração desta intervenção é considerada tempo efetivo de trabalho. Aqui surge a grande questão jurídica desta nova realidade: como qualificar e quantificar o tempo de trabalho à distância e o tempo em que o trabalhador não está prestando atividade, mas considera-se disponível para o empregador, eis que se utiliza de TICs e está em sua residência, sendo este também o local de trabalho?

Para Supiot, este tempo não é livre e nem de trabalho e sim uma terceira categoria, cuja qualificação e regime jurídico deve ser definida no Direito do Trabalho.⁸³

Nesta situação a teledisponibilidade ganha espaço através da telesubordinação, tornando cada vez mais difícil realizar a separação entre o tempo de trabalho e tempo de repouso, eis que a empresa possui meios através das TIC para contactar o trabalhador a todo momento, sendo esta situação intensificada pelo fato de o trabalhador estar no local de trabalho que se trata de seu domicílio.

Tem sido realidade o tempo de teledisponibilidade ilimitado, que precisa urgentemente ser regulado no ordenamento jurídico para estabelecer limites e regras de remuneração. Ora, se a teledisponibilidade não está hoje regulada, não seria tempo de trabalho e não caberia obrigação por parte da empresa em remunerar esta disponibilidade do trabalhador.

A teledisponibilidade afeta diretamente o tempo de vida privada do trabalhador, estando aí inserida a necessidade da garantia do direito à desconexão como veremos em capítulo próprio.

⁸³ SUPIOT, Alain. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. P. 129

Esta problemática também é identificada por Liberal Fernandes quanto ao tempo de disponibilidade em que o trabalhador não presta atividade⁸⁴. Quando está de prevenção ou chamada deve ser considerado período de trabalho ou de descanso, se o mesmo está em seu domicílio, mas o domicílio é o local de trabalho?⁸⁵

As situações de trabalho efetivo e de disponibilidade para trabalhar devem ser objeto de tratamento pelo legislador, seja para fins retributivos, seja para fins de organização do tempo de descanso e vida privada do trabalhador.

Supiot invoca a discussão acerca da autorregulamentação do tempo, tornando o trabalhador senhor da organização de seu tempo, desde que se submeta aos objetivos fixados pelo empregador. Esta possibilidade traduziria a tão esperada flexibilização do tempo de trabalho no teletrabalho, no trabalho com o uso das TICs, para melhor gestão da vida profissional e vida privada do trabalhador. Contudo, a autorregulamentação poderá ensejar novos problemas.

2.5.2.1. Jurisprudência

Dentre as decisões mais utilizadas como fonte de estudos da matéria de tempo de trabalho no Tribunal de Justiça da União Europeia, temos o Ac. SIMAP de 3-10-2001, Proc. C-303/98, Ac. DELLAS, 1-12-2005, Proc. C-14/04, Ac. VOREL, 11-1-2007, Proc. C-437/05.⁸⁶

Até então tínhamos situações nas quais 1) o trabalhador permanecia fisicamente no local de trabalho exercendo efetivamente a sua atividade⁸⁷; 2) o trabalhador permanecia fisicamente no local de trabalho, disponível para exercer a sua atividade, contudo, não exercendo efetivamente⁸⁸; 3) o trabalhador permanecia fora do seu local de trabalho, estando, no entanto, obrigatoriamente acessível e disponível para eventuais chamadas.

⁸⁴ FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempo de trabalho e tempo de descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 18.

⁸⁵ É preciso esclarecer que aqui, embora com limitação de sua autonomia, se o empregado tem margem que lhe permite fazer outras atividades, não tendo a mesma limitação de como se estivesse dentro do local de trabalho, não é considerado tempo de trabalho. Neste caso, o entendimento majoritário dos tribunais é no sentido de que, havendo margem de liberdade, não é tempo de trabalho. Assim, quando o empregado está no local de trabalho e embora sem prestar sua atividade, por culpa do empregador, aguardando ordens, é considerado tempo de trabalho, eis que está tolhido de sua liberdade.

Esta previsão de tempo de trabalho é diversa da que se encontra no direito brasileiro, em que o trabalhador que permanece em sua residência em sistema de prontidão ou de sobreaviso, tem direito a receber um adicional por este período, que embora não esteja prestando efetivamente sua atividade e tenha margem de liberdade para realizar outras atividades pessoais, é considerado tempo de trabalho. Receberá remuneração por estas horas, eis que se trata de tempo de trabalho conforme artigo 244 da CLT (Brasil).

⁸⁶ O tempo de guarda prestado em regime de presença física no local de trabalho deve ser considerado como tempo de trabalho. Consideram que esses períodos são tempo de trabalho se o trabalhador permanecer nas instalações do empregador ou no respectivo local de trabalho. O entendimento de que a disponibilidade para ser considerada tempo de trabalho exige que o trabalhador esteja no seu local de trabalho, está presente ainda nos Acórdãos STJ 23.02.2005, Relator Fernandes Cadilha, Proc. 04S3164, TR Évora 30.08.2012 Relator João Nunes, Proc. 155/11.9T2SNS.E1 e tantos outros.

⁸⁷ tempo de permanência ativo.

⁸⁸ tempo de permanência inativo.

Contudo, agora o local de trabalho é o domicílio. No teletrabalho em domicílio as regras de limites máximos prescritos em lei não se alteram, contudo, certo é que a coincidência entre o período normal de trabalho e o de funcionamento da empresa encontra-se na prática excepcionado, estando aqui uma questão jurídica a ser tutelado: as TIC modelam largamente esta forma de trabalho que tendem a ser modulares, fazendo com que o trabalho se envolva inevitavelmente na vida privada.

Ora, sendo o horário de trabalho um dos elementos da relação laboral com subordinação, logicamente a supervisão deste horário no teletrabalho torna-se exigente, já que, imagine-se, o trabalhador pode fingir que começa a trabalhar na hora contratada, quando na verdade inicia em uma hora diferente. Mas também pode criar um novo problema, como já existe, qual seja, os teletrabalhadores aumentarem o número de horas e dias quando trabalham em casa, horas suplementares clandestinas, riscos para a saúde e invasão da vida privada, eis que está sempre disponível, pronto para responder a problemas inesperados ou assistir reuniões inesperadas.

Também no teletrabalho, o trabalhador possui um grau de liberdade muito maior para satisfazer seus afazeres pessoais. Não estaremos diante de um novo conceito de horário flexível para estes trabalhadores? Deve-se considerar que essa teledisponibilidade implica uma carga obrigacional para o teletrabalhador, que deve se manter localizável e pronto para trabalhar fora do seu horário normal de trabalho.⁸⁹

No entendimento da doutrina e da jurisprudência, configurando a subordinação jurídica, tal período estará integrado no conceito de tempo de trabalho. Neste sentido, o Acórdão Vorel, acrescentou relação aos demais que em termos retributivos, podendo haver diferentes remunerações entre os tempos de permanência ativos e os inativos.

Não parece crível que não existam atualmente períodos de trabalho virtual, em que é necessário fazer a equiparação de períodos de inatividade a períodos de trabalho efetivo se, na maioria desses períodos, o trabalhador está efetivamente disponível para a prestação dessa atividade e, ainda que nos restantes períodos assim não seja, em todos eles, existe a subordinação jurídica tão basilar à relação laboral.

Com os novos meios de TIC há um novo conceito de subordinação em tais períodos, o de “subordinação virtual”, devendo ser considerado e conceituado como um terceiro tipo de tempo de trabalho, já que da telesubordinação tem-se uma teledisponibilidade de horas de trabalho. A integração do período de disponibilidade do trabalhador em regime de trabalho à chamada ou de prevenção deverá encontrar um alargamento do conceito de tempo de trabalho.

⁸⁹ Aqui não entraremos no mérito da retribuição, apenas chamar a atenção para mais uma problemática. Para mais informações: RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; org. António Monteiro Fernandes. - 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. P. 139.

Nos dias atuais, não se pode mais conceber como premissa que nos períodos de prevenção, o trabalhador encontra-se no seu domicílio e por tal razão poderia dedicar-se livremente à gestão dos seus interesses pessoais, devendo assim receber uma nova noção em lei. Aqui o trabalhador está em seu domicílio apenas porque este se confunde com o local de trabalho e a noção de tempo de trabalho e de disponibilidade deverá receber uma nova valoração e um novo conceito por parte do legislativo nos casos dos teletrabalhadores em domicílio.

Podemos utilizar por analogia enquanto não há nova norma com um novo conceito de noção de tempo e disponibilidade para o caso em debate, decisões de alguns tribunais, em que pesem ainda serem corrente minoritária. Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 15.02.2016, considerou que o período em que o trabalhador está em casa de prevenção é tempo de trabalho, por estar adstrito à prestação de trabalho⁹⁰.

Há uma certa modernidade na decisão, já que o trabalhador se encontra localizável e contactável ainda que virtualmente, e para que a disponibilidade seja integrada no conceito de tempo de trabalho, bastará que o trabalhador esteja disponível e contactável por via das NTIC, apto a responder às solicitações do empregador, quer impliquem uma deslocação ao local de trabalho; quer impliquem em resposta a e-mails, chamadas, etc., sem necessidade de uma deslocação física do trabalhador.

Parece assim ser esta a tese mais defensável.

⁹⁰ “Evidentemente, o trabalhador que está de prevenção não está a trabalhar. Porém, o essencial da colocação da sua força de trabalho à ordem de outrem, núcleo da obrigação contratual laboral, o que determina é que o trabalhador perde a livre disponibilidade do seu tempo para a vida pessoal, para todas as opções que pudesse nesta tomar. Tal como não se discute que nem todos os trabalhadores executam as mesmas funções e nem todos os trabalhadores, quando estão a trabalhar, têm o mesmo ritmo de trabalho – e nada disto desmerece que o seu tempo deva ser pago mediante retribuição – pense-se na balconista de uma loja em que durante todo um dia não recebe nenhum cliente – também não discutirá que o trabalhador com disponibilidade limitada por força de estar de prevenção assim está por força do seu contrato, e que essa menor disponibilidade tem de ser paga. Não se tratando duma contrapartida do modo específico da prestação de trabalho, trata-se duma contrapartida do modo específico de indisponibilidade com a mesma fonte obrigacional.”

CAPÍTULO 3

Impactos da tecnologia e diluição do tempo de descanso e vida privada nas relações laborais. Riscos psicossociais

Como elucida Zenha Martins,

“a tecnologia digital abre novas possibilidades de monitorização do tempo de trabalho e a dispersão de locais de trabalho é progressiva, aumentando as prestações de trabalho marcadamente intelectuais, realizáveis a partir de qualquer lugar. As vantagens oferecidas por novas formas de emprego como o trabalho por carteira e o trabalho móvel com recurso a tecnologias no que respeita às aspirações de uma organização do trabalho mais flexível são contrapesadas por riscos efetivos de aumento do tempo de trabalho, comprometendo-se, com isso, a saúde e a segurança dos trabalhadores”⁹¹.

Estamos diante de novos riscos psicossociais, como o sentimento de ter de estar disponível a qualquer momento e lugar, bem como um maior desequilíbrio entre a vida pessoal e a vida profissional do trabalhador, com maior pressão para realizar menos intervalos, trabalhar por mais horas e correr riscos contra a saúde e segurança no trabalho.⁹²

Os avanços tecnológicos mudaram a forma como transferimos a informação e mantemos relações com outros em nosso trabalho, resultando na realização das atividades laborais utilizando predominantemente tecnologias de informação e comunicação. Desta forma, os benefícios do uso das TIC podem ser diminuídos pelos custos de saúde mental e física dos trabalhadores a médio e longo prazo se não for bem regulamentado.

3.1. A hiperconectividade e eliminação da barreira entre tempo de trabalho e vida privada.

⁹¹ MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 26.

⁹² Os riscos atuais e futuros do uso desenfreado da tecnologia no meio ambiente de trabalho foi amplo objeto de estudo e discussão pela OIT no ano de 2019, considerando ainda que “no futuro, há cada vez mais a probabilidade de as pessoas trabalharem remotamente ou fora dos locais tradicionais de trabalho, podendo coloca-los sujeitos a novos riscos”. Organização Internacional do Trabalho. *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019* / OIT. 1ª ed.: Organização Internacional do Trabalho, 2019.

Houve globalmente impactos importantes nas relações laborais, com a significativa alteração dos meios de trabalho em razão do desenvolvimento da quarta revolução industrial, através da introdução de meios de tecnologia digitais, que certamente jamais permanecerão as mesmas. A exemplo, milhares de trabalhadores em todo o mundo passaram a utilizar ferramentas de trabalho móveis para prestar sua atividade laboral, tais como *notebook*, *smartphone* e *tablets* com programas de acesso remoto, permanecendo conectado todo o tempo e em qualquer lugar que se encontre.

“Com cada vez mais frequência o trabalho é levado para casa e controlado a distância por diversos meios de comunicação, havendo um considerável aumento do tempo de trabalho, redução do tempo de descanso e invasão à vida privada. O fato de atualmente termos tecnologias que nos permitem estar conectados todo o tempo e em qualquer local, bem como o empregado receber ferramentas de trabalho como as citadas no parágrafo anterior, permite que o empregador exerça uma pressão no trabalhador para que este acompanhe em tempo real seus *e-mails*, tarefas e ligações”^{93 94}.

Tem-se utilizado muito a expressão “trabalho *anytime, anywhere*”⁹⁵.

Teresa Coelho Moreira introduz o grande questionamento: qual é o tempo de trabalho de um trabalhador digital? E qual o seu período de repouso?⁹⁶

Diante da revolução digital, a cada dia surgem novos problemas quanto a limitação dos tempos de trabalho e que estão diretamente relacionados com as novas tecnologias e com as novas formas de labor e neste “novo mundo” do trabalho, o tempo de prestação de serviços torna-se cada vez mais flexível.

Se por um lado vislumbra-se a possibilidade de melhor conciliação dos tempos de trabalho e de vida privada, ao mesmo tempo surgem novos problemas com a sua limitação, na medida em que os trabalhadores passaram a ser avaliados pelos resultados e não pelo trabalho que realizam, culminando na intensificação dos tempos de trabalho.

Constata-se assim uma preocupante diminuição progressiva da barreira entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso, em que cada vez mais a subordinação deste trabalhador se estende a sua vida privada, predominantemente através da utilização de instrumentos e recursos tecnológicos que não permitem que o “trabalho fique no trabalho”⁹⁷.

⁹³ CARDIM, Talita Corrêa Gomes. Teletrabalho e o impacto da tecnologia nas relações laborais: da urgente necessidade de regulamentação da desconexão digital. In: VEIGA, Fábio da Silva; MIRANDA GONÇALVES, Rubén (Coords.); GONZÁLEZ, Javier García; LOZANO, Álvaro Alzina; RODRÍGUEZ, Gabriel Martín (Dirs.). *El Derecho Público Y Privado Ante Las Nuevas Tecnologías*. Madrid: Dykinson, 2020, p. 95-104.

⁹⁴ Ora, quem nunca esteve em sua residência em período fora do horário de trabalho, em períodos de descanso, finais de semana e feriados e leu ou enviou um email de trabalho, respondeu a uma mensagem por *smartphone* da empresa, simplesmente por estar acessível com tais dispositivos, tendo a barreira de tempo de trabalho e vida privada eliminada?

⁹⁵ Neste sentido, faz uso da expressão Liberal Fernandes em *Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação*, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. P. 9.

⁹⁶ MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, *Questões laborais*, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, Pp. 7 -10.

⁹⁷ ALVES, Maria Luísa Teixeira Alves. *As foneiras do tempo de trabalho*. In *Estudos de direito do trabalho*; org. António Monteiro Fernandes. - 1a ed. - Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. P. 250

Com o uso das TIC, a sociedade atual está em estado de constante “astreinte”⁹⁸, permanecendo à disposição de eventuais chamadas, sendo que da “telesubordinação”, passamos rapidamente a “teledisponibilidade”⁹⁹.

Com o aumento da pressão para maior produtividade em razão do mercado e de competitividade, obviamente não é possível ao trabalhador cumprir o horário normal de trabalho se recebe como tarefa diária atividades que vão lhe ocupar para muito além das horas normais de trabalho.

Com a conexão extrema e um número cada vez maior de tecnologias de informação e de comunicação, o espaço de trabalho e o tempo deixam de ser relevantes, culminando em uma cultura laboral cada vez mais permissiva.

A Eurofound e a OIT produziram no ano de 2017 um relatório¹⁰⁰ no qual concluíram que a introdução de novas tecnologias acarreta efetivamente uma extensão do horário de trabalho, sem estabelecer quaisquer limites sobre importante de repouso durante as noites, nos fins de semana e feriados. Este relatório é importante, eis que uma nova forma de trabalho nunca poderá em contrapartida refletir em diminuição ou eliminação dos direitos trabalhistas já adquiridos.

Na Espanha, 64% dos trabalhadores confirmam que desenvolvem seu desempenho profissional mesmo durante suas horas livres e 68% confirmam que recebem e-mails e telefonemas relativos fora do horário de trabalho.¹⁰¹

Nos Estados Unidos, constatou-se que 44% dos americanos relatam verificar seu e-mail diariamente durante as férias e 54% o fazem mesmo quando estão doentes.¹⁰²

Como destaca Leal Amado,

“são de todos conhecidas as impressionantes mudanças registadas na nossa forma de viver, de comunicar e de trabalhar, resultantes da informatização, da internet, do email, das redes sociais, dos telemóveis, dos computadores (...). E um dos principais efeitos destes fenómenos consiste, sem dúvida, na diluição das tradicionais fronteiras entre a vida profissional e vida pessoal, entre o público e o privado, sobretudo no âmbito das atividades de cariz intelectual. Agora, em muitos casos, o trabalho (e, por conta disso, o empregador) pode facilmente acompanhar o trabalhador, seja quando for e onde quer que este se encontre.”¹⁰³

⁹⁸ Período durante o qual o trabalhador está à disposição permanente e imediata do empregador.

⁹⁹ “Neste tempo de astreinte, o trabalhador não é inteiramente dono do seu tempo e da sua pessoa”. BAPTISTA, Albino Mendes. “Tempos de trabalho e de não trabalho”. In V Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias / coord. António Moreira, Teresa Coelho Moreira. - Coimbra: Almedina, 2003. P. 185.

¹⁰⁰ Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva. AA.VV., Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Joint ILO-Eurofound report, 2017, p. 22-23. Disponível em: <<http://eurofound.link/ef1658>>, acesso em 22/05/2020.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 21-25.

¹⁰² American Psychological Association, 2013

¹⁰³ AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, P. 119.

Estes problemas da hiperconectividade que são inúmeros e complexos, obviamente não são fáceis de eliminar, contudo, o direito do trabalho neste novo cenário digital (que veio para ficar), deverá ser o mesmo de sua origem, qual seja, de limitar o tempo de trabalho, salvaguardar a saúde do trabalhador e garantir a autodisponibilidade.¹⁰⁴

As novas tecnologias possibilitam uma maior flexibilidade de espaço e tempo de trabalho, contudo, permitem ao mesmo tempo a adoção de horários irregulares, incluindo a prestação de trabalho para além do período normal de labor, cujas implicações a nível da concorrência não podem ser desprezadas.¹⁰⁵

Com isso, o que se pretende é que eles não sejam diluídos as margens do dia de trabalho e que os direitos da coletividade de trabalhadores não sejam absorvidos por reflexos negativos da era tecnológica desenfreada.

Vejam os três dos principais riscos identificados acerca dos reflexos do uso desenfreado e não regulamentado das tecnologias no trabalho para a saúde do trabalhador.

3.2. Telepressão

Embora a acessibilidade forneça às pessoas a flexibilidade para gerenciar relacionamentos e tarefas a partir de um único dispositivo, também pode levar a expectativas maiores de conectividade social e respostas imediatas, mesmo fora do tempo de trabalho.¹⁰⁶

A extrema conexão com o trabalho não permite mais que os trabalhadores usufruam do período de repouso e vida privada entre uma jornada e outra de labor.

Assim, mesmo quando não estão trabalhando efetivamente, os trabalhadores tendem cada vez mais a sentir pressão para responder a mensagens relacionadas ao trabalho que chegam em seus dispositivos, denominada de “telepressão”¹⁰⁷

A telepressão no local de trabalho é descrita como um estado psicológico que incentiva os trabalhadores a se manterem conectados por meio de dispositivos de informação e comunicação.¹⁰⁸

¹⁰⁴ AMADO, João Leal, Op. Cit. P. 126.

¹⁰⁵ O uso das novas tecnologias pelo trabalhador e a eliminação da fronteira entre tempo de trabalho e de descanso, é um tema importante e atual, discutido por grandes juristas, tais como FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, nº 50. Almedina, 2017. P. 13.

¹⁰⁶ Afinal, tem-se com a cultura de que se o trabalhador está com o telemóvel da empresa ou laborando em teletrabalho em domicílio, deve estar contactável a qualquer tempo e local, o trabalhador deve estar inibido de desligar o aparelho fora do horário de trabalho ou de aguardar o dia seguinte para responder a uma mensagem não urgente.

¹⁰⁷ O termo “telepressão” foi criado pelas pesquisadoras do departamento de psicologia da Universidade do Norte de Illinois, Estados Unidos, Larissa Barber e Alecia Santuzzi, que realizaram um profundo estudo médico científico, publicado com o título, ora traduzido livremente do inglês, “Responda o mais rápido possível: Telepressão no local de trabalho e recuperação de funcionários”, sobre a relação entre a obrigação de responder *e-mails* de trabalho a toda hora e o prejuízo na saúde do trabalhador. BARBER, Larissa K.; SANTUZZI. *Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery*. Journal of Occupational Health Psychology, 20(2), 2015. Pp. 172–189.

¹⁰⁸ Neste trabalho, destaca-se a importância de discutir a telepressão no local de trabalho de uma perspectiva de saúde ocupacional do trabalhador, não entrando em outros méritos.

Em resumo, trata-se da pressão exercida sobre o trabalhador para a urgência em responder *e-mails* e mensagens que poderiam ser respondidas na jornada de trabalho seguinte, sob a ideia de estarem sob pressão e vigilância do empregador, culminando na ausência de desconexão.

O estudo apontou fortes indícios de que o fato de estar constantemente conectado com o trabalho fora do horário de labor diminui a produtividade e aumenta as chances de desenvolvimento de problemas de saúde. Isso porque, estar sempre conectado impede que o trabalhador se recupere das atividades profissionais do dia-a-dia.

Em períodos curtos ou moderados de tempo, a telepressão no local de trabalho pode não afetar negativamente os resultados de saúde. Contudo, a exposição de médio e longo prazo pode ter efeitos cumulativos na saúde devido à falta de desligamento contínuo do trabalho.

Em pesquisas recentes, concluiu-se ainda que o aumento da telepressão associa-se ao desenvolvimento da Síndrome de Burnout e tantos outros reflexos negativos de saúde dos trabalhadores. A conexão em tempo integral através de emails, mensagens sempre sob o título de urgentes e relatórios inadiáveis, configura ainda um verdadeiro assédio moral, bem como uma situação de servidão digital, como será exposto a seguir.¹⁰⁹

3.3. Escravidão Digital

Neste “Admirável Mundo Novo do Trabalho”¹¹⁰, a discussão da limitação dos tempos de trabalho é de extrema importância, na medida em que “parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura” que em que pese ser diferente do conceito de escravidão que estamos acostumados até então, coloca em pauta um dos mais antigos direitos dos trabalhadores, objeto de grandes lutas no passado, qual seja, o direito ao tempo de descanso e vida privada entre as jornadas de trabalho.

Houve o surgimento de uma tendência na sociedade que é o de permanecer conectado as ferramentas de trabalho 24 horas por dia, 7 dias por semana, em qualquer lugar que se encontre, com constante pressão, vigilância e cobrança de que o empregado esteja conectado e disponível a qualquer tempo.

As horas de trabalho oficiais perdem o significado quando o trabalho pode ser levado para a casa do trabalhador e continuar a ser realizado sem qualquer controle de limite temporal e ainda mais quando o trabalho é realizado a todo o tempo em domicílio, como no teletrabalho. Houve a eliminação da barreira entre local e tempo de trabalho.

Exige-se que os trabalhadores estejam cada vez mais disponíveis fora do horário de trabalho.

¹⁰⁹ AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 124.

¹¹⁰ Expressão muito utilizada por Teresa Coelho Moreira em suas diversas obras sobre o tema do direito à desconexão. Neste sentido, MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, P. 10.

Tem-se uma maior intensificação de controle digital, embora o trabalhador pareça mais livre. Isso é um risco em concreto e não deve ser desconsiderado ou deixado de lado pelo direito do trabalho.

Estamos diante do fenômeno ao qual se tem classificado como “escravidão digital”. Esclarece-se que não se trata do conceito de escravidão que conhecemos e que é objeto de penalidades no Código Criminal. O atual conceito de trabalho escravo não mais se restringe à privação local de liberdade e de propriedade de um ser humano, como anteriormente. A servidão digital ao invés de ser realizada no mundo físico, é realizado no mundo virtual, através de ferramentas tecnológicas, privando o trabalhador de sua liberdade.¹¹¹

Teresa Coelho Moreira¹¹² e João Leal Amado¹¹³ também refletem a respeito de estarmos vivendo um novo tipo de escravatura, reflexão esta compartilhada pela autora deste trabalho¹¹⁴.

De fato, qual é o trabalhador que atualmente trabalha só no local de trabalho? E nesta nova realidade, na qual muitas vezes o local de trabalho é o próprio domicílio do trabalhador, eliminando a barreira entre local de trabalho e vida privada?

O trabalhador moderno encontra-se em uma situação limite de “exaustão, mas incapaz de desconectar”.¹¹⁵ “Hoje cada um de nós é um trabalhador que se explora a si próprio.”¹¹⁶

¹¹¹ “A liberdade de trabalho parece hoje não ter qualquer papel positivo face à questão do desemprego. Essa liberdade é redutora, reduzida à qualidade de valor de troca pelo contrato de trabalho.” SUPIOT, Alain. Crítica do direito do trabalho; tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Pp. 338 e 339.

¹¹² “De facto, qual é o trabalhador que atualmente trabalha só no local de trabalho? Quantos não trabalham também noutros locais, nomeadamente em casa, quando estão em férias, limitando-se a reagir apenas em tempo real, já que na atual cultura da urgência, do just in time, tudo é urgente, embora nem tudo seja importante? Não estaremos perante um novo tipo de escravatura: a escravatura dos tempos modernos? (...) Será que estas novas tecnologias, em vez de conduzir a uma liberdade reforçada, não acarretam antes uma servidão voluntária? Não originam antes um novo tipo de escravatura, dita moderna, ou, para utilizar uma terminologia mais adequada às NTIC, uma escravatura de última geração, ou escravatura do homo connectus?”. MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, Pp. 114 e 115.

¹¹³ “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), potenciando 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 limitada.”. AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, P. 119.

¹¹⁴ Fala-se em “servidão voluntária”, contudo, que nada tem de voluntária, ao contrário, trata-se de um medo disseminado pela própria cultura da empresa de que o emprego é garantido pela disponibilidade total do trabalhador a qualquer tempo, seja de trabalho ou de descanso, pela maior produtividade, sendo que em muitos casos para se dar conta do aumento de tarefas que em razão do volume não permitem a execução completa dentro do horário normal de trabalho, devem ser levadas para casa através do trabalho remoto, para que este não seja demitido. Deste modo, o próprio trabalhador não mais se permite desconectar em razão da cultura de que se o mesmo permanecer desconectado, estará se recusando a prestar serviço e será substituído rapidamente, ou seja, a “telepressão” o submete ainda a “escravidão digital”.

¹¹⁵ Tradução livre da expressão “exhausted but unable to disconnect”, título de um trabalho de investigação da autoria dos norte-americanos Liuba Belkin, William Becker e Samantha Conroy, de 2016. FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. P. 7.

¹¹⁶ MORGADO, Pedro. Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, P.137.

As exigências expressas e veladas no novo mundo do trabalho impõem uma verdadeira “escravidão”, através da obrigação de acessibilidade e disponibilidade do trabalhador sem quaisquer balizas ou muito para além dos limites da razoabilidade.¹¹⁷

O avanço da tecnologia e a utilização das ferramentas de comunicação no labor devem servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador, e invadir o tempo de vida privada, implicando em graves violações a direitos fundamentais e sociais do trabalhador como a dignidade da pessoa humana, o direito ao lazer, à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio.

Há atualmente a proteção e regulamentação de atividades que não existem mais, que eram uma realidade da época na qual as legislações foram regulamentadas, sendo que não era possível prever em tal época a era digital. A realidade comprova que é preciso realizar a modernização da legislação, para que as novas tecnologias venham auxiliar e não limitar a liberdade do trabalhador, sendo inadmissível que alguns dos direitos que foram objeto de tantas lutas no passado, aos poucos estão sendo deixados de lado de forma consciente.

3.4. Novas doenças profissionais. Doenças “modernas” do trabalho.

Lyon previu no ano de 1992 que diante do surgimento das tecnologias da informação, em 25 anos só seria necessário 10% da força atual de trabalho, com o aparecimento de uma “indústria da felicidade”, onde se incluiriam os tempos livres, atividades do domínio da saúde e bem-estar.^{118 119}

A previsão de Lyon não se concretizou, havendo na verdade a diminuição do tempo livre e a tal indústria da felicidade transformou-se em uma forma de servidão digital. Para Pedro Morgado, “apesar da ilusão de que a automatização dos processos produtivos poderia conduzir à redução das necessidades de trabalho humano com conseqüente aumento dos tempos de lazer e fruição, a verdade é que o trabalho continua a ser um elemento central da vida humana no século XXI”¹²⁰, ainda mais diante das formas remotas de trabalho e extrema pressão imposta ao trabalhador, conforme já exposto.

¹¹⁷ ALVES, Maria Luísa Teixeira Alves. As foneiras do tempo de trabalho. In Estudos de direito do trabalho; org. António Monteiro Fernandes. - 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. P. 250

¹¹⁸ MADRUGA, Regina Maria Simplicio. As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho. Tese mestrado em Sistemas Sócio-Organizacionais da Actividade Económica, Univ. Técnica de Lisboa. Lisboa, 1998. P. 64.

¹¹⁹ Neste sentido, “numa visão ilídica, tende-se mesmo a descrever um mundo em que os teletrabalhadores se encontrariam nas praias com os seus computadores portáteis, realizando a sua prestação entre dois mergulhos”, o que se comprovou pela realidade ser apenas um mito esta visão. GOMES, Júlio. Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, Vol. I, 2007, P. 737.

¹²⁰ MORGADO, Pedro. Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, P. 138.

A alteração das tipologias de trabalho e o constante crescimento da pressão sobre os trabalhadores culminou na mudança dos impactos do trabalho na saúde, que era tradicionalmente centrado nas consequências físicas e passando a aumentar o impacto na saúde mental. Deste modo, observa-se como um dos impactos do uso desenfreado e sem regulamentação específica para os novos riscos no ambiente de trabalho, a alteração dos reflexos que antes eram físicos, para o reflexo mental.

São fatores psicossociais de risco, o aumento da intensidade do trabalho e tempos de trabalho, tais como ultrapassar o horário normal de trabalho, a disponibilidade permanente do trabalhador a qualquer hora, a obrigação velada ou expressa de levar trabalho para casa, para além do horário normal e dificuldades de conciliação entre o trabalho e a vida fora do trabalho.¹²¹

O aumento de horário de labor no teletrabalho e horários de trabalho flexíveis afetam a estabilidade da vida laboral dos trabalhadores e conseqüentemente, a sua segurança e saúde. Atualmente, cerca de um terço da força de trabalho mundial (36,1 por cento) cumpre horários de trabalho excessivos – ou seja, trabalha regularmente mais de 48 horas por semana.¹²²

Destaca-se que desde o ano de 1999 o stress ocupacional foi reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho das Nações Unidas, como uma “epidemia global” que se assume como a causa de consideráveis disfuncionamentos e elevados custos.¹²³

A Síndrome de *Burnout* é um distúrbio psíquico de caráter depressivo, precedido de esgotamento físico e mental intenso, cuja causa está intimamente ligada à vida profissional.¹²⁴

A Organização Mundial da Saúde, incluiu recentemente a Síndrome de *Burnout* na 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças -CID-11, com o código QD85- como um fenómeno ocupacional.¹²⁵ Cumpre esclarecer a Síndrome já estava incluída na CID-10, na mesma categoria que na CID-11, mas a definição está agora mais detalhada, qual seja, “Síndrome conceituada como resultante do estresse crônico no local de trabalho que não foi gerenciado com sucesso”. A OMS reconhece expressamente a relação entre o *Burnout* e o trabalho.¹²⁶

¹²¹ BARROS, Carla. Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje. in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 143.

¹²² Organização Internacional do Trabalho. Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019 / OIT. 1ª ed.: Organização Internacional do Trabalho, 2019, P. 49.

¹²³ Para melhor compreensão do stress laboral e do Burnout do ponto de vista da medicina, recomenda-se a leitura completa da obra: SARAIVA, Dora Maria Ricardo da Fonseca; PINTO, Andrea Silva Santos. Stress ocupacional e Burnout. Vila Nova de Gaia: Euedito, 2014.

¹²⁴ Herbert Freudenberger, psiquiatra psicanalista norteamericano que nos anos 70 definiu a Síndrome pela primeira vez como um conjunto de sintomas médicos, biológicos e psicossociais inespecíficos, resultantes de uma exigência excessiva de energia no trabalho, sendo que Cristina Maslach, psicóloga social desenvolveu e aprofundou este conceito nos anos 80 com a criação de um instrumento de avaliação, o Inventário de Burnout de Maslach. MADRUGA, Regina Maria Simplício. As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho. Tese mestrado em Sistemas Sócio-Organizacionais da Actividade Económica, Univ. Técnica de Lisboa. Lisboa, 1998. P. 39.

¹²⁵ Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f129180281>, acesso em 02.02.2020.

¹²⁶ Já reconhecida também no Brasil como de cunho ocupacional, sendo registada no grupo V, do código internacional de doenças do trabalho no CID 10. Z73.0. Recomenda-se a leitura completa da obra para melhor compreensão do tema. VALIO, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de *Burnout* e a responsabilidade do empregador. São Paulo: LTr, 2018.

Como pontua Carla Barros, a desvalorização dos riscos psicossociais dificulta uma tomada de consciência da sua importância e impede a implementação de políticas e práticas dirigidas à intervenção as condições de trabalho.¹²⁷ Importante ressaltar que a avaliação e a intervenção nos riscos psicossociais são da responsabilidade dos empregadores, devendo estes avaliar e gerir os diferentes tipos de risco de uma forma preventiva e estabelecer medidas e sistemas de implementação.¹²⁸

O relatório de 2019 da Comissão Mundial da OIT sobre o futuro do trabalho declara que: a limitação dos horários de trabalho excessivos reduzirá o número de acidentes de trabalho e os riscos psicossociais associados (OIT, 2019a).¹²⁹

Ainda há um longo caminho a percorrer para a garantia da tutela plena do direito dos trabalhadores à segurança e saúde no trabalho.

¹²⁷ BARROS, Carla. Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje. in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 154

¹²⁸ Tal como estipulado na Diretiva-Quadro 89/391/CEE relativa à segurança e saúde dos trabalhadores.

¹²⁹ Relatório Inicial para a Comissão Mundial sobre O Futuro do Trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_682688.pdf>, acesso em 15.10.2020.

CAPÍTULO 4

Do direito à desconexão

A tecnologia pode facilitar a combinação de momentos de trabalho e vida privada, mas o que ocorre como impacto na vida do trabalhador é que ao se possibilitar o trabalho a todo momento, sem limites, extingue-se qualquer tempo para vida privada e descanso¹³⁰.

Há décadas atrás não era possível imaginar que a tecnologia iria romper determinadas barreiras de tempo e espaço de trabalho na forma como ocorre nos dias atuais. Não obstante, o uso indiscriminado de correios eletrônicos e reuniões virtuais com o uso de plataformas digitais próprias, causa uma sobrecarga nos trabalhadores e tem piorado a sua produtividade. As formas de trabalho mais flexíveis e com maior uso de tecnologia necessitam de uma regulação eficaz para proteger os trabalhadores do uso excessivo dos meios tecnológicos no ambiente laboral.

A linha atual que separa o tempo de trabalho efetivo do tempo de vida privada, lazer e descanso está se tornando cada vez mais tênue.

Diante disso, necessário se faz discutir a regulamentação do direito à desconexão digital do trabalhador e as questões jurídicas, tais como a falta de regulação do uso das novas tecnologias no ambiente de trabalho, se trata-se de um direito do trabalhador ou uma obrigação do empregador, eventual conflito da legislação atual com as novas formas de labor, a fraca regulamentação já existente sobre este direito em alguns países, a dificuldade da fiscalização do cumprimento do direito e o debate se trata-se ou não de um direito que já estaria regulado nas normas de intervalos de trabalho, não sendo possível nova regulamentação.

4.1. Conceito

Conforme doutrina especializada,

“o uso sistemático, no contexto das relações de trabalho, das várias formas de comunicação eletrônica, todas disponíveis por instrumentos portáteis, se, por um lado, contribuiu para uma crescente “desmaterialização” da comunicação no interior das organizações de trabalho (ex. abandono arquivos de papel), por outro passou a permitir, com uma amplitude ilimitada, a interação das hierarquias e dos subordinados, tendendo a eliminar a necessidade da presença física e do contacto pessoal. Esta evolução abre espaço a formas invasivas de relacionamento profissional, caracterizadas pela ideia de que as pessoas devem estar sempre “contactáveis” e “disponíveis”, para além dos limites dos “tempos de trabalho”, sem que os empregadores estejam condicionados por qualquer forma nem tenham que suportar com isso qualquer agravamento de encargos salariais.”¹³¹

¹³⁰ RODRIGUEZ FERNANDEZ, M. L.; PEREZ DEL PRADO, D.: Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo. Fundación para el dialogo, Madrid, 2017, P. 21.

¹³¹ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 541 e 542.

A expressão desconexão digital era vista até pouco tempo atrás como uma barreira ao progresso, eis que o futuro do trabalho irá utilizar os meios digitais. Contudo, esta desconexão tem grande impacto na relação laboral, saúde e segurança do trabalho e cada vez mais este tema se torna atual em razão da atual consolidação do teletrabalho como o “novo normal” das relações laborais em decorrência da pandemia da Covid-19, tendo em vista que provou uma extrema conexão através do uso de instrumentos digitais de trabalho.¹³²

Como já visto, a hiperconectividade constante pode levar ao aparecimento de patologias ocupacionais e invasão ao direito da privacidade. Os riscos psicossociais no teletrabalho são diferentes dos riscos decorrentes do trabalho presencial, como já exposto em capítulo próprio.

Diante dos riscos já expostos e de inúmeras violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com os abusos no uso indiscriminado e sem qualquer regulamentação protetiva na utilização dos novos meios tecnológicos, é preciso que o direito do trabalho estabeleça limites a conexão laboral e ao nível de fadiga digital, com a garantia da sua vida privada, salvaguardando o seu período de autodisponibilidade¹³³, sendo extremamente necessário discutir o direito à desconexão do trabalhador.

“O grande problema para a maioria dos trabalhadores é como exercer, realmente, esse “direito à desconexão”, num tempo de concorrência global e desenfreada. Ora, como ousar desligar e desconectar-se, como premir o botão *off*, numa época marcada pelo excesso de trabalho de alguns, mas também pelo desemprego de muitos?”¹³⁴

O direito à desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de se desconectar do trabalho ao encerrar sua jornada.¹³⁵ É preciso atualizar a legislação laboral, para que as novas tecnologias venham sempre para auxiliar o meio ambiente de trabalho e não para limitar a liberdade do trabalhador.

Importante destacar que não há em nenhuma legislação até o momento uma definição robusta e exata que descreva o conceito de “direito à desconexão”.

Como tão brilhantemente elucida Monteiro Fernandes,

¹³² Há estatísticas que mostram que as pessoas desbloqueiam seus telemóveis cerca de 150 vezes ao dia. “Qué es la “economía de la atención” y por qué tu smartphone te hace parte de ella”. BBC News Mundo. Disponível em: < <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45509092>>, acesso em 14.05.2021.

¹³³ AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, p. 117

¹³⁴ “Vivemos numa era virtual, digital, marcada por múltiplas contradições: preocupamo-nos com o não-trabalho, com o descanso, com o lazer, com o ócio, num mundo marcado pelo desemprego; preocupamo-nos com o desemprego causado pelo avanço tecnológico, num mundo em que a tecnologia não tem deixado de escravizar o homem ao trabalho; preocupamo-nos com a dignificação do homem através do trabalho, num mundo em que a tecnologia pode roubar dignidade ao homem que trabalha, devassando a sua intimidade e perturbando a vida privada...”. AMADO, João Leal, Op. Cit., Pp. 120 e 121.

¹³⁵ ALMEIDA, Almiro Eduardo de, SEVERO; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2ª ed.-São Paulo: LTR, 2016. P. 10.

“o direito à desconexão diz respeito aos períodos em que o trabalhador não tem qualquer obrigação contratual de disponibilidade e visa garantir que o descanso e lazer sejam integralmente respeitados. Significa que o empregador e companheiros de trabalho não podem estabelecer com o trabalhador contactos sobre matéria profissional- e, sobretudo, significa que o trabalhador pode obstar e não atender esses contactos, sem que sejam admissíveis consequências negativas.”¹³⁶

O direito à desconexão é de preocupação mundial e é de extrema urgência a importância de regulamentação deste “novo”¹³⁷ direito do trabalhador, que vem sendo descumprido sob diversos pretextos. Acompanhando a doutrina brasileira:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fato determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido 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 tecnológica.¹³⁸

O direito a desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de se desconectar do trabalho ao encerrar sua jornada.¹³⁹

No direito à desconexão, o trabalhador deixa de estar - e importante, deve deixar de se “sentir” obrigado a permanecer ligado ou disponível durante os seus períodos de descanso para responder às ordens ou solicitações de serviço que lhe são enviadas através dos meios eletrônicos.

O período de vida privada e descanso deve equivaler a um “*do not disturb* patronal”^{140 141}. O direito à desconexão existe como suporte nas normas sobre limites da duração do trabalho, horários de trabalho e direito ao repouso. O que está em causa não é o tempo de trabalho, mas sim o que acontece após o horário de trabalho, o que se faz dele. Um enorme progresso como os meios tecnológicos deverá vir acompanhado de medidas protetivas aos trabalhadores.

¹³⁶ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 541 e 542.

¹³⁷ Embora não seja novo, apenas agora vem sendo tratado como um direito fundamental próprio. ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Op. Cit. P. 37.

¹³⁸ Importante realizar a leitura completa do artigo para que se entenda os paradoxos das novas tecnologias x vida privada. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003, Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_t_rabalho..pdf>, acesso em 03.10.2020.

¹³⁹ ALMEIDA, Almiro Eduardo de, SEVERO; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2ª ed. São Paulo: LTR, 2016. P 10.

¹⁴⁰ Faz uso desta expressão os autores João Leal Amado e João Zenha Martins.

¹⁴¹ “Há que se evitar fazer confusão com certos regimes de prestação de trabalho que implicam obrigações de disponibilidade fora do tempo e local de trabalho, regimes que tem fundamento contratual e implicam, em regra, compensação económica específica para os trabalhadores”. FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 541 e 542.

Sou do entendimento de que na maioria das vezes não é o trabalhador quem não se permite desconectar por livre vontade, como erroneamente se debate na sociedade. Isso porque, mesmo quando não há imposição direta do empregador, é certo que mesmo no limite do esgotamento o trabalhador não se permite desconectar em razão da cultura instaurada de que com isso será desligado da empresa, será mal visto pelo empregador e colegas de trabalho, não irá progredir na carreira, entre outros males.¹⁴² Quando exercido o direito a desconexão pelo trabalhador, este não poderá ser visto como um mal profissional.

Feitas estas considerações, incide a grande questão de como os trabalhadores poderão realmente exercer este direito.

Surge assim a necessidade de regular um novo direito laboral, o direito à desconexão. Não se pretende repor a eficácia plena das garantias ligadas ao horário de trabalho e ao período de trabalho contratualizado, mas antes restringir o uso abusivo das novas tecnologias por parte das empresas.¹⁴³

4.2. Um novo direito fundamental do trabalhador?

Nas brilhantes palavras de Liberal Fernandes,

“Os direitos fundamentais não são fundamentais porque a declaração o afirma; a Declaração o afirma que são fundamentais porque o são, a sua realização constitui um fim em si mesmo. Os princípios e direitos fundamentais no trabalho são também reconhecidos como direitos humanos noutras fontes de direito internacional. Os princípios e direitos fundamentais no trabalho estão consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e em vários tratados nucleares sobre direitos humanos das Nações Unidas.”¹⁴⁴

Para que um direito seja reconhecido como fundamental, é preciso que esteja previsto na Constituição de um país como tal. Os direitos fundamentais estão acima de legislações infraconstitucionais. O direito ao descanso está intimamente relacionado ao repouso e lazer, que são garantidos constitucionalmente nos países estudados no presente trabalho.

Por certo que poderá haver situações pontuais de emergência em que o tempo de desconexão poderá ser sacrificado – tema que não será abordado neste trabalho –, mas sempre de forma excecional e justificada, nunca rotineira.

¹⁴² “Os empregados saem fisicamente do escritório, mas não param de trabalhar. Permanecem amarrados por uma espécie de corrente eletrónica, como se fossem cachorros. As mensagens de texto, os emails e outros invadem a vida dos trabalhadores”. Benoit Hamon (líder socialista francês).

¹⁴³ FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. P 11.

¹⁴⁴ Princípios e direitos fundamentais no trabalho: do compromisso à ação: debate recorrente no quadro da declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa e do seguimento da declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho: relatório VI / 101a Conferência Internacional do Trabalho; trad. A. Jordão, J. Gomes ; [org.] Organização Internacional do Trabalho. - Genebra: Bureau Internacional de Trabalho, cop. 2012 Lisboa: Editorial do Ministério da Educação e Ciência). Pp. 6 e 7.

No artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem¹⁴⁵, há previsão do direito ao respeito pela vida privada e familiar: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. A preocupação com o direito a limitação da jornada e obviamente com o direito a desconexão está previsto também em diversas Convenções da OIT, como as de número 14, 30, 47 e 106.¹⁴⁶

A Constituição de Portugal tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e a vida é o bem maior. É previsto ainda em seu artigo 58, o direito ao trabalho, bem como o CT garante no artigo 170, 1 o respeito ao repouso do trabalhador: “O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico”, sendo uma contraordenação grave a violação desta regra.

Na Constituição espanhola, há previsão expressa deste direito fundamental em diversos artigos como o 10.1 e 2, 18.1 e 4, 43.1¹⁴⁷. O artigo 18 afirma que a lei limita o uso da tecnologia da informação para garantir a honra e a privacidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos.

A Carta Social Europeia dispõe sobre os “direitos laborais”, sendo que o art. 2º garante o exercício efetivo do direito a condições de trabalho justas, devendo as partes fixarem a duração do tempo de trabalho e um descanso semanal.

Este direito fundamental do trabalhador é previsto nas diversas cartas magnas aqui citadas, além de muitas outras, na forma de garantia da dignidade da pessoa humana, limitação da jornada, direito a saúde, segurança no trabalho e lazer. Ora, de nada serve uma previsão constitucional e infraconstitucional que garanta direitos fundamentais se na prática a tornarmos lei morta.

A dignidade da pessoa humana, permite no Direito do trabalho, proteger os trabalhadores contra atividades ou condições de trabalho particularmente excessiva. A política de estar sempre conectado e não poder usufruir do necessário descanso e repouso é um atentado à dignidade humana dos trabalhadores.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>, acesso em 27.09.2020.

¹⁴⁶ Pode-se verificar a que se tratam na P. 26, ALMEIDA, Almiro Eduardo de, SEVERO; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2ª ed. São Paulo: LTR, 2016

¹⁴⁷ De los Derechos y Deberes Fundamentales: Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

Artículo 18 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus dereArtículo 43 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>, acesso em 27.09.2020.

¹⁴⁸ MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, P. 16. “Os trabalhadores não podem perder a vida quando estão justamente a ganhá-la”, Jean-Emmanuel Ray, “La guerre des temps...”, apud, nota nº 38.

Sou da conclusão de que a própria sociedade não entende o descumprimento de direitos fundamentais do trabalhador como grave violação e muito se deve a escassez de vagas de trabalho, substituição de trabalhadores por máquinas, o medo da perda do emprego, entre outros, que faz com que se trate como normal o descumprimento de direitos fundamentais, ou ao menos que os trabalhadores tolerem este descumprimento.

Neste sentido, há diversas decisões nos Tribunais brasileiros tratando como “mero descumprimento” a inobservância de direitos fundamentais, que comprova a inversão de valores e descumprimento das previsões constitucionais.¹⁴⁹

Claro que antes das legislações nos países que a seguir serão estudados, assim como nos que ainda não tem o direito à desconexão regulado, os trabalhadores já tinham uma garantia para o seu direito ao descanso e vida privada, que impede o labor fora do horário de trabalho.

Este sempre foi um direito social fundamental. Conforme a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, existe direito ao descanso efetivo em seu art. 31.2, bem como, de férias anuais já regulamentadas há décadas nos sistemas jurídicos como na Convenção 132 da OIT de 1970.

Há diversas jurisprudências anteriores ao reconhecimento da desconexão, garantindo este direito e não se pode falar em decisões anteriores as primeiras regulamentações e discussões sobre o “direito à desconexão” sem mencionar talvez uma das primeiras sentenças neste sentido. Assim, temos a decisão do Tribunal Superior Nacional -Espanha-de 17.07.1997 (AS/1997/3370) em que se coloca como grave a lesão aos direitos dos trabalhadores que supõe a obrigação da empresa de “manter uma conexão ininterrupta em todos os momentos dos telefones celulares da empresa e de todos os seus clientes. Os poderes normais e regulares da empresa são ultrapassados, nos termos do artigo 20º do Estatuto dos Trabalhadores, se se obrigar aos trabalhadores que exerçam sua atividade profissional ou aguardem a todo momento comunicações, inclusive nos horários não coincidentes com a jornada de trabalho de cada um, pois assim estariam obrigados a manter constante atenção ao celular em todos os momentos”.

Na jurisprudência espanhola temos ainda a Sentença do Tribunal Constitucional de 27 de outubro (rec.192/2003), que indica que “toda concepción que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo del empleado es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción a la persona del trabajador”.¹⁵⁰

Concluo que esta decisão judicial alude ao direito à desconexão, indiretamente no sentido de fortalecer o direito consagrado ao descanso do trabalhador.

4.3. Legislação do direito europeu

¹⁴⁹ Pode-se verificar decisões vide p. 93, ALMEIDA, Almiro Eduardo de, SEVERO; Valdete Souto. Op. Cit.

¹⁵⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P. 57.

Atualmente, existe regulamentação sobre o direito à desconexão apenas em quatro Estados-Membros da União Europeia, quais sejam, França, Itália, Bélgica e Espanha.¹⁵¹ Ainda assim, em outros países esse direito é aplicado, em que pese a ausência de legislação obrigando para tanto, por meio de acordos coletivos em grandes empresas¹⁵².

O objetivo das legislações até o momento existentes é adaptar o direito do trabalho à era tecnológica e não propriamente proibir o uso destas para além dos períodos normais de trabalho fixados de acordo a disciplina vigente, sendo que está em causa evitar abusos por parte das empresas e assegurar o respeito aos tempos de repouso dos trabalhadores.

4.3.1. França

Merece particular destaque a iniciativa, pioneira na Europa, do legislador francês ao instituir o direito à desconexão no ano de 2017 ao regulamentar expressamente o novo direito do trabalhador, através da Lei nº 2016-1088¹⁵³, apelidada de lei “*El Khomri*”.

O art. 55 prevê o sobre o direito de se desconectar e a implementação da empresa de mecanismos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir o respeito aos tempos de descanso, definindo modalidades do exercício do direito de desconexão digital¹⁵⁴. Na hipótese de não haver um consenso conjunto sobre a regras que garantam o direito a desconexão, o empregador terá de redigir uma regulamentação interna sobre esta questão.

A nova regulamentação não impõe que sejam desligados os equipamentos de trabalho imediatamente ao encerrar a jornada laboral, tampouco que seja instalado um programa de bloqueio de acesso ao sistema imediatamente quando atingir as horas diárias de labor previstas – em que pese empresas privadas em diversos países já adotarem tal procedimento, como será visto mais adiante, mas que cada empresa se adequa, preferencialmente por meio de negociações, qual será a forma mais viável para que se cumpra o direito a desconexão.

¹⁵¹ Importante destacar que fora da UE, o Chile (através da Lei 21.2020, art. 152, J, prevê o número de horas de desconexão após um número de horas trabalhadas.) e Argentina (Na Argentina, com a Lei 27.555, que regula o teletrabalho, em seu art. 5º, prevê o direito a desconexão, contudo, sem maior aprofundamento) no ano de 2020 também reconheceram este direito em sua legislação do teletrabalho. A Índia promulgou no ano de 2018 a lei “O direito de desconectar”, que concede ao empregado a liberdade de desconectar-se das redes de comunicação do trabalho nos horários de folga e férias, podendo recusar ligações fora do horário de trabalho.

¹⁵² Para uma lista completa dos acordos coletivos em Espanha até o ano de 2020: REQUENA MONTES, O. Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 2020, Pp. 541-560.

¹⁵³ Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>>, acesso em 03.11.2020.

¹⁵⁴ Em tradução livre: I.:7-os termos do exercício pleno do funcionário de seu direito de desconectar e a implementação da empresa de mecanismos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir o respeito aos tempos de descanso e de licença, bem como a pessoa de vida e a família. Se não for alcançado qualquer acordo, o empregador desenvolve uma carta, após parecer do Conselho de empresa ou, na sua falta, dos delegados do pessoal. Esta carta define estas modalidades do exercício do direito de desconexão e também prevê a implementação, para os funcionários e pessoal de gestão e gestão, de atividades de formação e sensibilização sobre a utilização razoável dos instrumentos.

Esta lei surgiu tanto da experiência convencional como da existência de relatórios que inspiraram seu conteúdo e atribuiu as empresas um papel fundamental na definição dos ambientes e limites através de acordo coletivo ou em sua falta, de um estatuto.

Na referida lei, o direito à desconexão não está previsto como um direito individual com eficácia horizontal imediata, porquanto sua concretização e regulação está remetida para a negociação coletiva e o regulamento da empresa. Temos aqui a primeira problemática, a discricionariedade da lei confere graus diferentes de eficácia, contudo, o legislador francês instituiu um mínimo de obrigação de prevenção dos danos do uso excessivo e desenfreado das novas tecnologias e as, ainda que poucas, soluções que propõe podem servir de referência para outras iniciativas.

Ainda, na falta de acordo coletivo, compete ao empregador elaborar, após consulta dos representantes dos trabalhadores, uma carta que assegure o exercício daquele direito e discipline a forma de utilização pela empresa dos meios eletrônicos de comunicação.

Sou do entendimento de que a legislação francesa não contém indicações concretas sobre o conteúdo do documento para uma regulação coletiva, bem como não se pronuncia quanto a força vinculativa que teria, o que certamente suscitará demandas judiciais a este respeito. Contudo, de qualquer forma, o legislador francês instituiu um mínimo de obrigação de prevenção dos danos do uso excessivo e desenfreado das novas tecnologias. Assim, ainda que seja uma legislação tímida, sendo a pioneira neste sentido foi um grande avanço para o direito do trabalho. O que é necessário neste momento, é que a França supra as lacunas da lei, já se passaram cinco anos desde a sua promulgação e grandes avanços no debate do tema já foram realizados.

Em minha opinião, a principal disposição que deveria ser acrescentada de início na França à Lei existente seria a previsão de penalidades para o descumprimento do direito à desconexão pelo empregador, como uma primeira medida para garantia do direito. Sem penalidades, torna-se lei morta.

4.3.2. Espanha

Desde o final do ano de 2018, a Espanha prevê o direito à desconexão, ainda que em legislação escassa.

A Espanha através da Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais nº 3/2018¹⁵⁵ sobre a proteção de dados pessoais e garantia de direitos digitais, incluiu o direito à desconexão digital no âmbito laboral em seu artigo 88, sendo um avanço, ainda que tímido e fora de uma lei trabalhista. Este artigo é responsável apenas por um reconhecimento básico do direito, transferindo a responsabilidade pela sua configuração para a autorregulação coletiva. Este único dispositivo estabelece um dever para as empresas de realizar uma busca diária de horas de trabalho dos trabalhadores na empresa, na qual deverá constar o cronograma de início e de conclusão do trabalho de cada empregado.

¹⁵⁵ Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>>, acesso em 23.05.2020.

Os artigos nº 88¹⁵⁶ e 90 da LO 3/2018, regulamentaram pela primeira vez o direito à desconexão no local de trabalho e o direito à privacidade na utilização de sistemas de geolocalização e visa potencializar a conciliação da vida laboral e da vida pessoal privada, estando sujeitas ao que for estabelecido em negociação coletiva, ou na sua falta, o acordado entre a empresa e os representantes dos trabalhadores.

Recentemente, o artigo 18 do Decreto-Lei Real 28/2020 garantiu que as pessoas que trabalham remotamente, particularmente no teletrabalho, têm o direito à desconexão digital fora de suas horas de trabalho nos termos estabelecidos no artigo 88 da Lei Orgânica 3/2018 e é dever empresarial garantir a desconexão.

Este dispositivo estabelece um dever para as empresas de realizar uma busca diária de horas de trabalho dos trabalhadores na empresa, em que conste o cronograma de o início e conclusão do trabalho de cada um deles, sem prejuízo da flexibilidade de tempo que está estabelecida neste artigo.

A jurisprudência ainda estabelece que o tempo de trabalho no domicílio do trabalhador terá o tempo de trabalho igual ao realizado no local da prestação de serviços. Nestes termos, com base no direito à segurança eficaz e proteção, o artigo 14.1 da Lei nº 31/1995 que sobre Prevenção de Riscos Ocupacionais¹⁵⁷, dispõe que o empregador deverá respeitar os limites do dia de trabalho e descanso, mesmo se o trabalhador prestar o serviço em sua casa.

Portanto, há um reconhecimento no sistema jurídico trabalhista espanhol do direito à desconexão digital. Esse novo direito garante três aspectos fundamentais da vida de cada trabalhador, quais sejam, o direito de conciliação entre a vida laboral e privada, o tempo de trabalho e não trabalho e a prevenção de riscos ocupacionais.

Acrescento que um dos problemas jurídicos identificados é que a lei espanhola, assim com a francesa, não prevê penalidades a serem impostas contra a violação do direito à desconexão, o que não inibe de forma alguma o empregador de descumprir este direito, tampouco tem força suficiente para que o mesmo estipule um regulamento interno de prevenção, mas é importante que se tenha dado este primeiro passo, para que assim a legislação de outros países possam seguir o exemplo e incentivar o debate acerca da matéria.

¹⁵⁶ “Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. (...)

3. (...) En particular, se reserva el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con multas laborales de herramientas tecnológicas.”

¹⁵⁷ Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>>, acesso em 08/06/2020.

Considero que é um tanto quanto incoerente a garantia trabalhista estar regulamentada em uma lei orgânica de proteção dados, mas não se pode menosprezar a boa intenção do legislador espanhol. Para o futuro próximo, surge a necessidade de alteração do Estatuto do Trabalhador para a inclusão do direito a desconexão na Lei do Trabalho e assim como pondero que deverá haver uma atualização na lei francesa, entendo que seria o momento ideal para a Espanha também suprir as omissões e lacunas legais, com a inclusão de mais artigos sobre o tema, prevendo conceitos específicos, penalidades, meios de aplicação e hipóteses de exceção, entre outros. Deve-se aproveitar o momento de grande discussão acadêmica e legislativa sobre a matéria, para um novo projeto de lei.

4.3.3. Itália

Embora a Itália não tenha uma regulamentação específica, regula o uso abusivo das NTIC e do tempo de trabalho, como a *Legge 22 maggio*, n.81, 2017, com medidas para proteger o trabalho autônomo, legislando sobre o “*lavoro agile*”.

Em maio do ano de 2017 apresentou-se o projeto de lei n. 2233-B, no qual se optava por regular apenas a desconexão digital no denominado “*smart working*” ou “*lavoro agile*”. Diferentemente do legislador francês que buscou proteger todas as categorias profissionais, o legislador italiano previu esta garantia apenas aos trabalhadores independentes.

O artigo 15 da lei em debate transfere ao empregador que contrata trabalhadores independentes a responsabilidade de zelar pela segurança e uso adequado das ferramentas tecnológicas atribuídas ao trabalhador para o desempenho da sua atividade. Já o artigo 16 da mesma lei prevê ainda que o acordo entre trabalhador e empregador necessita cumprir determinados requisitos, quais sejam, o acordo dever ser realizado por escrito, deve-se regular a atividade do profissional dentro e fora da empresa e identificar os períodos de descanso do prestador de serviço, assim como garantir o direito à desconexão do trabalhador.

Posteriormente, em junho do mesmo ano foram realizadas alterações, sendo estabelecido medidas para a proteção do trabalhador autônomo e medidas para favorecer a articulação flexível do tempo e lugar da prestação.

Quanto a Lei em Itália, está demonstrado que o legislador italiano identificou a necessidade de imposição do direito à desconexão do trabalhador, contudo o fez de forma precária e claramente autoriza legalmente um tratamento desigual entre os trabalhadores a depender da classificação de sua relação laboral, o que não é aceitável.

Surge neste sentido a urgente necessidade da Itália primeiramente estender a garantia a todos os trabalhadores, independentemente do tipo da sua relação laboral, evitando assim discriminação e um tratamento desigual. Ora, o direito à desconexão deve ser garantido a todo trabalhador que se encontre “conectado”, independentemente do seu tipo de contrato e não entendemos a razão do legislador ainda não ter até os dias atuais estendido a garantia legal.

4.3.4. Bélgica

Alguns meses após a regulamentação em França, a Bélgica, através da Lei de 5 de março de 2017 “*Loi concern le travail faisable et maniable*”¹⁵⁸, regulamentou este direito, com preceitos relacionados ao tempo de trabalho e choques digitais que pode desequilibrar os interesses dos trabalhadores.

Com relação ao direito neste país, o mesmo está relacionado diretamente com o teletrabalho. A legislação de março de 2018¹⁵⁹ é baseada no diálogo social na empresa, uma vez que a aplicação concreta desse direito deve ser negociada e pactuada nos comitês de saúde e segurança, ou seja, nas empresas com mais de 50 funcionários quais são os que podem legalmente constituir esses comitês de representação.

Esta previsão é deficitária, eis que ficará a cargo de cada empresa e comitê de saúde e segurança a pactuação e há empresas nas quais há de facto um diálogo social, mas há muitas empresas em que os trabalhadores ficaram a mercê de fracas representações e não terão qualquer direito garantido de forma eficaz.

4.3.5. Portugal

Como já exposto, ainda não há garantia do direito à desconexão na legislação laboral de Portugal, contudo, existem diversos Projetos de Lei neste sentido.

Partidos políticos elaboraram e apresentaram propostas para uma regulamentação do direito à desconexão, com início no ano de 2017.

O primeiro foi o Projeto de Lei nº. 552/XIII que dispõe sobre o dever da desconexão profissional e fiscalização de horários de trabalho.

A necessidade de uma previsão legal deste direito- ou dever, na expressão daquele Grupo Parlamentar- à desconexão, deve-se à intensificação dos ritmos de trabalho, das horas extraordinárias e do prolongamento informal dos horários de trabalho, muitas vezes possível pelo recurso às novas tecnologias.

Este Projeto propõe três alterações ao Código de Trabalho, quais sejam, garantir o dever de não conexão no período de descanso do trabalhador, que a ausência de desconexão seja considerada uma forma de assédio e dispor sobre a necessidade do envio de um mapa de horário de trabalho por meio de acordo coletivo.

No mesmo ano, houve a proposta do Projeto de Lei nº 640/XIII, conceituando o que seriam os períodos de descanso do trabalhador e o direito a gozar deste período sem chamados do empregador. Dispõe expressamente sobre a garantia do direito à desconexão, com exceção apenas a motivos de força maior que esteja definidos em acordo coletivo de trabalho.

¹⁵⁸ Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2017/03/05/2017011012/justel>>, acesso em 12/04/2021.

¹⁵⁹ Disponível em:

<https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2018032601>, acesso em 03.12.2020.

Ainda no ano de 2017, outro Grupo Parlamentar avançou com o Projeto de Lei nº 643/XIII, inovando ao qualificar como uma contraordenação muito grave a violação pela entidade empregadora do período de descanso do trabalhador, através das NTIC.

Esta previsão de penalidade é de extrema importância, na medida em que se não houver qualquer previsão de punibilidade do empregador no caso de não garantia do direito à desconexão, tem-se um “incentivo” para que o mesmo se iniba em descumprir um preceito legal.

Já o Partido Socialista, em seu Projeto de Lei nº 644/XIII, dispõe que o trabalhador não pode ter o seu período de descanso interrompido pelas NTIC e na ausência de um acordo coletivo, o empregador deve promover em conjunto com a comissão de trabalhadores, a celebração de um acordo que regule esta matéria, aproximando assim ao que dispõe a lei francesa.

No Projeto nº 1085/XIII, há previsão de meio de fiscalização e garantia do respeito ao período de desconexão.

Por fim, no mesmo ano de 2017, houve a apresentação de mais um Projeto de Lei nº 1086/XIII, que recomenda incluir o direito a desconexão tanto no Código do Trabalho, quanto nos instrumentos coletivos de trabalho.

Sou da opinião de ainda que nenhum dos projetos mencionados tenham sido aprovados em Assembleia de República, passos importantes foram dados e claramente ficou demonstrado que o direito à desconexão é uma grande preocupação do legislador em Portugal e que não tardará para que novos projetos sejam apresentados e aprovados.

Cabe agora ao operador do direito, assessorar o legislador para que o próximo projeto de lei seja elaborado da forma mais completa possível, para que não sejam cometidos os mesmos erros das legislações expostas aqui, caso contrário, seria apenas mais uma legislação que prevê de forma genérica um direito que jamais viria a ser efetivamente garantido de forma eficaz ao trabalhador. Não podemos ter apenas mais uma lei em um país, é preciso que seja uma lei que possa se tornar referência para os demais países no que toca ao direito à desconexão. Para tanto, reitera-se as sugestões anteriores para que seja uma lei específica, com tantos artigos quanto forem suficientes para esgotar o tema, com conceitos claros, previsões, sanções e observância e resolução de todos os problemas jurídicos aqui tratados.

4.3.6. Brasil

No Brasil houve somente dois Projetos de Lei efetivamente apresentados para a garantia do direito à desconexão, sendo o primeiro o Projeto de lei n.º 6.038, de 2016¹⁶⁰, não tendo sido aprovado e o segundo, mais recente – quatro anos após a apresentação do primeiro- o Projeto de lei n.º 4.044 de 2020¹⁶¹.

Neste último Projeto apresentado, verifica-se que o tratamento dado ao tema é de que a desconexão seria uma obrigação do empregador para com o trabalhador, como será visto mais adiante. Contudo, o que nos preocupa é que inicia-se a garantia citando expressamente que se aplica aos casos de teletrabalho, o que deixa desde o início margem para discussões no sentido de que não se aplicaria aos empregados presenciais.

O Projeto também prevê que exceções serão previstas por meio de acordo coletivo e que em período de férias, os programas de mensagens instantâneas de trabalho e programa de acesso a e-mails serão excluídos dos instrumentos utilizados pelo trabalhador.

Após anos do primeiro projeto apresentado, este segundo também é ineficiente, contendo apenas três artigos para a garantia do direito, de forma ampla, sem maiores detalhamentos ou previsão de sanções em casos de descumprimentos, sendo que não há mais espaço nos dias atuais para que um novo direito já nasça com inúmeras lacunas e ineficiência.

No Brasil, a discussão sobre o direito à desconexão encontra-se atrasado, havendo, contudo, decisões judiciais que apliquem sanções ao empregador quando do descumprimento do período de descanso e vida privada. Neste sentido, temos a decisão no AIRR n 2058-43.2012.5.02.0464.

É preciso que o Brasil acompanhe as demais legislações, com melhorias para garantir efetivamente a obrigação de cumprimento deste direito

4.3.7. O Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu.

O Parlamento Europeu é o órgão legislativo da UE, sendo detentor de poder legislativo, orçamentário e de supervisão aos Estados-Membros. Nos termos do artigo 46 do Tratado de Lisboa¹⁶², o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta do Comitê Econômico e Social, tomarão, por meio de Diretivas ou de regulamentos, as medidas necessárias à realização da livre circulação dos trabalhadores.

¹⁶⁰ Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ABD82A2FF00AD36D8C5EB537CBA80C1B.proposicoesWebExterno1?codteor=1488226&filename=Avulso+-PL+6038/2016>, acesso em 18/05/2020.

¹⁶¹ Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1598305429608&disposition=inline>, acesso em 18/05/2021

¹⁶² Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>, acesso em 04. 12.2020

Realizada no item anterior notas as poucas legislações europeias existentes sobre a matéria, importa destacar que a Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais do Parlamento Europeu, com fulcro nos artigos 153 e 154 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com a iniciativa garantir de forma eficaz a todos os Estados-Membros a proteção à desconexão do trabalhador, deu início em 2019 a preparação de um relatório de iniciativa legislativa sobre o direito à desconexão, que se aprovado será transformado em uma Diretiva¹⁶³, ou seja, estaremos diante de um marco europeu sobre a matéria.

O Relatório nº 2019/2181¹⁶⁴, ainda que com algumas questões problemáticas como será exposto, é uma importante iniciativa de legislação europeia. A proposta constante do Relatório em debate consiste em uma Diretiva composta por 14 artigos.

Conforme dispõe o artigo primeiro, a garantia é destinada aos trabalhadores que desenvolvem a sua atividade predominantemente no campo digital. O primeiro avanço encontra-se logo neste primeiro artigo, que dispõe que o direito à desconexão aplica-se a todos os setores, público e privado, e para todos os trabalhadores, incluindo trabalhadores sob demanda, intermitente trabalhadores, trabalhadores com base em vouchers, trabalhadores da plataforma, estagiários e aprendizes.

O art. 2º gerou certa discussão, trazendo uma definição de desconexão como “não participar, fora do horário de trabalho, direta ou indiretamente, de atividades ou comunicações relacionadas ao trabalho por meio de ferramentas digitais”. Isso porque, na atualidade não há mais espaço para conceitos de forma ampla e genérica, que incidirão em novas questões de definição após eventual aprovação.

O terceiro artigo é muito bem pensado para fins de garantia da efetiva aplicação do direito. Isso porque, em sua redação, os Estados membros teriam a responsabilidade de assegurar que os empregadores proporcionem aos trabalhadores os meios para exercer o direito de se desconectar, o fazendo de uma forma justa e transparente. É visto como um dever de fiscalização do Estado para que os empregadores cumpram este direito, o que não ocorre nas legislações até então existentes. Caso o Estado não assegure ou fiscalize, poderá ser responsabilizado.

¹⁶³ As diretivas vinculam os Estados, que devem obrigatoriamente seguir as disposições, diferente das Recomendações do Parlamento. Nos termos do art. 288 do Tratado de Lisboa, o Regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A Diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos, já as recomendações e os pareceres não são vinculativos.

¹⁶⁴ Disponível em:

<

Passemos ao artigo 4.º que propõe medidas de aplicação do direito à desconexão. Dispõe que “os Estados-Membros devem assegurar que os trabalhadores possam exercer o seu direito de desligar e que os empregadores apliquem esse direito”. Em uma primeira análise parece replicar a disposição do artigo anterior, mas aqui a diferença consiste em se estabelecer uma série de disposições práticas sobre as condições de trabalho com o objetivo de garantir o efetivo cumprimento do novo direito, incluindo referência à desconexão de potenciais instrumentos de vigilância ou supervisão relacionados ao trabalho ou à forma de registro do tempo de trabalho utilizado pelo empregador, o que é interessante em relação à discussão sobre o registro de horas.

É neste artigo, em conjunto com o art. 7º que incide a questão jurídica mais problemática do Relatório, eis que obriga os Estados membros a estabelecer os critérios que os empregadores possam reivindicar a não aplicação do direito à desconexão.

Ora, esta exceção e a redação do artigo não é clara na forma, bem como em quais circunstâncias permitida sua a inaplicabilidade. Aqui, há margem para uma grave lacuna na qual muitos empregadores poderão se valer de inúmeras formas injustificadas para não aplicar este direito. O artigo 7º dispõe que será transferido ao empregador listar os critérios para derrogação deste direito, o que não parece nem de longe ser o mais adequado.

Deverá ser previsto ao menos um rol taxativo das situações em que se permitiria a exceção para não aplicar este direito e ainda assim, não parece ser prudente constar na diretiva esta possibilidade, na medida em que qualquer exceção deveria ser analisada caso a caso, mediante movimentação do judiciário, para que não se tenha qualquer abuso, bem como os trabalhadores possam gozar de proteção as suas garantias.

Caso estes artigos venham a ser aprovados, seria prudente a alteração da redação, bem como a previsão de que na ausência temporária de aplicação do direito à desconexão, que o tempo conectado fora do horário de trabalho seja remunerado como hora extra, pois aqui incide outra problemática atual, que é a natureza deste período conectado que não é hora de trabalho, hora de descanso, hora de sobreaviso, hora de astreinte, mas sim uma zona cinzenta para fins de discussão sobre remuneração do período.

Pois bem, passemos a um ponto considerado positivo. O artigo 8º dispõe que deverá ser previsto pelos Estados-Membros penalidades aplicáveis às infrações. Atualmente, não há previsão em nenhuma das legislações existentes nos países mencionados de qualquer penalidade em caso de descumprimento. Aqui temos o primeiro passo para a efetiva garantia do direito.

Foram aqui analisados apenas os artigos mais importantes do Relatório e que suscitam maior discussão. Esta nova Diretiva viria para complementar a Diretiva 2003/88/CE sobre a organização do tempo de trabalho. Para o direito à desconexão, que sofre grande pressão do setor empresarial para a sua não aprovação, não há mais espaço para a criação apenas de uma Recomendação do Parlamento Europeu, que não vincularia os Estados e seria uma modalidade menos eficaz na aplicação do direito.

A proposta do Relatório para uma Diretiva demonstra a responsabilidade coletiva por um futuro no qual a inovação e a tecnologia estão centradas, assegurando direitos e garantias fundamentais do trabalhador ao trabalho digno, tempo de descanso, vida privada, saúde e segurança, garantias constitucionais. Por esta razão, se aprovado, concluo que estaremos efetivamente diante de um marco europeu no que se refere ao direito à desconexão, na medida em que vinculará todos os Estados a cumprirem o disposto.

Resta aos juslaboralistas aguardar e acompanhar a evolução da proposta do Relatório nº 2019/2181, uma iniciativa legislativa há muito tempo esperada na União Europeia.

4.4. Questões jurídicas enfrentadas.

4.4.1. O direito a desconexão é um direito do trabalhador ou uma obrigação do empregador?

Em um primeiro momento, parece não ser importante definir se trata-se de um direito do empregado se desconectar ou obrigação da empresa não entrar em contato, desde que se tenha garantida a desconexão. Contudo, é importante termos uma definição clara, na medida em que se não houver obrigação por parte da empresa, sendo apenas um direito do empregado de se desligar, nada iria obstar o empregador de enviar mensagens de trabalho com o título “para o dia seguinte”, fora do horário de trabalho, na medida em que seria uma lista de tarefas a serem realizadas apenas no dia seguinte.

A regulamentação existente atualmente nos países mencionados regula o direito a desconexão como o direito do trabalhador de não responder a um chamado do empregador, mas há debates no sentido de ser direito do trabalhador ou obrigação da empresa de se abster de enviar mensagens ou entrar em contato com o trabalhador.

A doutrina em Portugal pressupõe ser o direito a não ser contactado pelo empregador, um *do not disturb* patronal.¹⁶⁵ A obrigação de não perturbar é do empregador, recai sobre a empresa. Assim, pode-se dizer que o direito à desconexão é muito mais do que o direito do trabalhador de se desconectar do trabalho, é um “dever de não conexão patronal”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional. APODIT; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. P. 65

¹⁶⁶ Neste sentido, AMADO, João Leal. “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 124.

No regulamento espanhol esta garantia configura-se como um direito e não como uma obrigação. Para Trujillo Pons, “la regulación española de la desconexión digital en el ámbito laboral está configurada como derecho y no como obligación, por lo que cabe tanto que el trabajador conteste pese a estar fuera de su jornada laboral, como también que el comunicante-el empresário- envíe o llame fuera del tiempo de trabajo.”¹⁶⁷

Nos parece que o mais adequado seria tratar-se de uma obrigação do empregador de não enviar mensagens fora do horário de labor. Isso porque, o empregado, em seu horário de vida privada, ao receber uma mensagem ou e-mail do empregador com tarefas – ainda que apenas para o dia seguinte e sem a obrigação e responder a mensagem- já teve o seu período de desconexão afetado.

A violação deste direito muitas vezes ocorre pelo próprio trabalhador que, por medo de perder o emprego, termina tarefas fora do seu horário de trabalho, de forma gratuita, já que não se está computando este período como extraordinário com o recebimento de horas extras. Isso ocorre também porque a maioria dos contratos de trabalho na Espanha são temporários (assim como em Portugal há um grande número de contratos a termo), o que faz com que o empregado tenha medo de que a empresa não renove o contrato, caso exerça seu direito à desconexão.

Deste modo, muito mais do que um direito do empregado, a lei deverá regular uma obrigação para o empregador. Ora, na obsta que este envie a mensagem de forma programada para chegar ao correio eletrônico do empregado apenas no dia seguinte dentro do horário de trabalho.

Neste sentido, há uma política interna do IX Acordo-Quadro da empresa Repsol em Espanha, que prevê que “ao enviar e-mails fora do horário comercial, a configuração de entrega atrasada será preferencialmente usada para entregar mensagens dentro do horário comercial do destinatário e essa prática será promovida dentro da organização”.

Simplesmente ao ver a mensagem seu telemóvel ou correio eletrônico, já afeta o período de vida privada e descanso do empregado, já que existe a sensação de urgência na resposta.

Pode-se concluir também que, sendo um direito do trabalhador, como na Espanha através do art. 88 da LOPDPGDD, correlativamente é uma obrigação para a empresa, então, o descumprimento por parte do empregador seria passível de sanção. “Un derecho del trabajador es un correlativo deber del empresário, por lo que sempre há de respetar los descansos de sus trabajadores.”¹⁶⁸

O que ocorre é que neste momento, a lei não proíbe a empresa de enviar email e mensagens neste período. “Si queremos que el derecho a la desconexión digital sea realmente efectivo no cabe reducirlo a la libertad del trabajador para ignorar los mensajes recibidos; al contrario, deberemos incidir sobre la cualidad de la desconexión como obligación empresarial”.¹⁶⁹

¹⁶⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P. 43.

¹⁶⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. Ibidem. P. 46.

¹⁶⁹ REQUENA MONTES, Óscar. “La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés. Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho: uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil, 1ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 243.

Ainda há muito debate a ser realizado até que se chegue a uma definição, contudo, pondero que trata-se de uma obrigação preventiva do empregador e assim, em contrapartida, ao mesmo tempo se garante um direito ao trabalhador. Parece-nos ser esta a reflexão mais razoável após análise das correntes hoje em debate.

4.4.2. Um direito já existente?

Outra questão jurídica que tem atrasado a regulamentação em diversos países é o debate no sentido de que não seria necessário regulamentar um direito à desconexão, já que se trataria apenas de uma repetição da garantia de um intervalo já legislado, como o intervalo entre uma jornada e outra de trabalho, que seria “regular o que já se encontra regulado” e por isso não haveria de se falar em direito à desconexão.

O direito ao desligamento digital, é tido como uma salvaguarda do clássico direito ao descanso, contudo, na era digital, é preciso uma regulação para um reflexo da era digital, que é diverso do intervalo para descanso clássico já previsto na maior parte das legislações laborais.

Novos tempos e novas formas de labor com o uso das NTIC exigem novas regulações, uma regulamentação própria para esta nova situação.

Ora, o direito clássico e tradicional ao descanso consagrado nas regulamentações trabalhistas não significa que não haja outra base normativa existente que a proteja.

O direito clássico já protege o trabalhador fora do horário de trabalho, como jornada de trabalho, descanso, férias, entre outros, que por óbvio impede que os empregados respondam mensagens neste período, contudo, nesta nova era laboral, na qual ainda é preciso regular um novo conceito de tempo de trabalho para o trabalhador digital como já visto, entre outras questões, aqui o que se pretende evitar é que os trabalhadores sofram uma sobrecarga na utilização das TIC.

Parte da doutrina em Espanha como Allecillo Gámez e Molina Navarrete, adota a corrente de que se trata de um antigo direito ao descanso ou um direito simbólico. Contudo, para outra parte da corrente doutrinária em Espanha, é um direito relacionado com a jornada de trabalho e intervalos obrigatórios, contudo, um direito próprio.

Os direitos protegidos pela desconexão digital são a saúde, intimidade, privacidade. Segundo Oriol Cremades Chueca, são protegidos também a liberdade, justiça, dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, igualdade e produtividade.

O direito à desconexão, além de andar em conjunto com o direito fundamental ao descanso, vem acompanhado de no mínimo outros quatro direitos fundamentais, quais sejam “el derecho a la salud, el derecho a la vida y a la integridade física y moral, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ REQUENA MONTES, O. “La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés. Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho: uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil, 1ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 237.

Assim, os bens protegidos pela desconexão são mais amplos do que inicialmente se pensa.

Antes não havia a hiperconexão, eis que os trabalhadores em sua grande maioria laboravam apenas presencialmente e não tinha celular da empresa, notebook, não existia grupos de whatsapp, zoom, entre outros. Ao encerrar a jornada de trabalho, o empregado ia para sua casa e somente tinha meios de se conectar ao trabalho no dia seguinte, presencialmente.

O teletrabalho e a desconexão digital estão intimamente relacionados. É preciso uma regulação que venha a favorecer o teletrabalho, o trabalho remoto e que também se encontre um equilíbrio com a regulação efetiva e vasta do direito à desconexão digital. É preciso uma revisão das normas nos países que já a preveem, pois são dotadas de falhas como visto, são insuficientes.

Certo é que existe uma ausência histórica de uma vasta e completa regulação do teletrabalho. Há previsões de trabalho a domicílio, contudo, não existiam as TIC quando da regulamentação deste trabalho. Deve-se acirrar o debate sobre a atual regulamentação, já que é escassa e insuficiente, ainda mais agora em que o teletrabalho tem sido o “novo normal”.

Há desconexão deve ser real e não apenas uma aparência.

Acompanhando a reflexão realizada por Trujillo Pons,

“es indudable la necesidad de regulación más amplia del derecho a la desconexión digital en el trabajo; es un reto que marca la sociedad y que el legislador há de tomarlo como tal; um derecho incipiente (apenas no llega a dos años de su existencia em el ordenamento jurídico español) que está llamado, en um futuro cercano, a ocupar una posición nuclear em las relaciones laborales. Es um derecho importante em el presente siglo y que tiene una afectación muy grande para la sociedad: afecta a todos los trabajadores, ya sean desde um ámbito privado como público. Y no solo a la población activa, también entorno de las personas trabajadores que trabajan incluso desde casa y que han de lidiar a la vez, com la conciliación de la vida personal y familiar; el hecho de no poder desconectar del trabajo no permite a los empleados ni um descanso de calidad ni relaciones familiares de calidad”.¹⁷¹

Após estudo do debate em tela, considero que não se trata de uma repetição de um direito já existente e, portanto, urgente e necessário se faz a sua regulamentação de forma eficiente. A desconexão pode se aproximar do direito ao intervalo para descanso, contudo, não se trata da mesma garantia. Deve ser considerado como um novo direito decorrente das novas relações de trabalho e uso das NTIC, um direito “digital”, como o classificou a Espanha, ao inserir o direito na Lei de Proteção de Dados Digitais.

4.4.3. Regulação ineficaz. Implementação e fiscalização do direito à desconexão digital

¹⁷¹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P. 83.

As regulamentações pioneiras no direito europeu não esgotam o tema e ainda necessitam de aprimoramento, já que não dispõe sequer sobre eventuais penalidades em caso de descumprimento, mas é extremamente importante que alguns países comecem a caminhar no sentido da regulamentação deste direito, e assim, as legislações de outros países possam seguir o exemplo e aprofundar o debate acerca da matéria.

Ocorre que assim como na França, o legislador espanhol deixou inúmeras questões por resolver, ao não atribuir responsabilidade ao empregador pela fiscalização dos tempos de trabalho e nem estabelecer qualquer penalidade para comportamentos que atentem contra este direito à desconexão. Ou seja, a grande problemática é que este direito à desconexão com o tempo irá tornar-se ineficaz.¹⁷²

Para uma melhor eficácia no cumprimento seria o reforço legal no aspecto da obrigação do empregador, em oposição ao direito do trabalhador, ser considerado falta grave a ausência de uma política de desconexão.

Pondero que o maior problema enfrentado na implementação do direito à desconexão digital está justamente em a própria sociedade não considerar um ponto negativo o uso das novas tecnologias de forma ininterrupta, e ainda a total ausência de previsão de penalidades nas legislações – como em França e Espanha, em casos de descumprimento deste direito pelo empregador. Não podemos ainda desconsiderar a pressão exercida pelo cliente, a pressão interna do empregador, o receio de má reputação junto aos colegas, que levam o trabalhador a voluntariamente não se desconectar.

Ainda que o direito seja previsto em legislação, temos o seguinte ponto a responder: como garantir efetivamente o cumprimento deste direito à desconexão digital na medida em que não há previsão de penalidades em caso de descumprimento?

Em primeiro lugar, a fiscalização neste primeiro momento, dificilmente será eficaz, eis que o número de órgãos fiscalizadores não possui um contingente de profissionais necessários ao trabalho, havendo um número de estabelecimentos empresariais superior a capacidade de serem fiscalizados.

Expressamente o legislador remete para as convenções coletivas ou acordos de empresas as modalidades de exercício deste direito à desconexão digital e atribui a responsabilidade ao empregador que, mediante consulta prévia dos representantes dos trabalhadores, deverá estabelecer uma política para a formação e sensibilização dos trabalhadores para o uso das ferramentas tecnológicas.

Do ponto de vista procedimental, a Espanha aproxima-se do estabelecido pelo legislador francês. Isso porque, a lei espanhola prevê este direito laboral conferindo ao direito coletivo a sua regulamentação e adaptação aos contextos próprios de cada tipo de empresa.

¹⁷² Na Espanha, assim como na França, apenas um artigo de lei prevê a garantia deste direito. Ora, um único artigo não é capaz de garantir ao trabalhador uma eficaz garantia, assim como não há sanção. Se não há penalidades previstas, não há inibição do empregador para descumprimento desta garantia.

A grande questão é que será muito difícil controlar as horas de trabalho e desconexão no teletrabalho, e há uma problemática como já estudado em capítulo anterior sobre vigilância, privacidade, tempo de trabalho. Por essa razão, nos dias atuais, ambas as matérias estão interligadas, ou seja, é necessário discutir a regulação do tempo de trabalho do trabalhador digital, legislar sobre como poderá ser feito controle de jornada no ambiente digital, sem invasão da privacidade ou incorrer em atos ilegais, entre outros, para que a empresa também possa efetivamente prevenir e assegurar que os empregados estão cumprindo as normas de desconexão.

Para que o controle tecnológico empresarial esteja em conformidade com a legislação em vigor, deve-se superar o triplo julgamento de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, que nos termos fixados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu julgamento de 5 de setembro de 2017, passou a ser chamado de “teste Barbuлесcu”¹⁷³, considerando para fins de avaliação das possíveis interferências na vida privada, que os mecanismos de controle tecnológico podem acarretar, o TEDH considera que devem ser respondidas as algumas questões.

Assim, deve-se buscar uma resposta legislativa eficaz para a problemática de como exercer a fiscalização do cumprimento de horário de trabalho no trabalho à distância por exemplo e cumprimento da desconexão digital, sem invadir a privacidade do trabalhador.

A desconexão não é apenas um direito do trabalhador, mas uma função empresarial.

-
- ¹⁷³ Tradução livre TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P. 85: 1. “O trabalhador foi informado da possibilidade de o empregador tomar medidas de fiscalização da sua correspondência e demais comunicações, bem como da aplicação dessas medidas? Embora na prática esta informação possa ser comunicada eficazmente ao pessoal de várias maneiras, dependendo das especificidades factuais de cada caso, o Tribunal considera que, para que as medidas sejam consideradas de acordo com os requisitos do artigo 8o da Convenção Europeia sobre Pessoas Direitos, o aviso deve ser claro quanto à natureza da supervisão e antes do estabelecimento da supervisão.
2. Qual foi o escopo da supervisão do empregador e o grau de intrusão na vida privada do empregado? A este respeito, deve ser feita uma distinção entre o controle do fluxo das comunicações e o de seu conteúdo. Deve-se também levar em consideração se a supervisão das comunicações foi realizada na totalidade ou apenas em parte delas e se foi ou não limitada no tempo e no número de pessoas que tiveram acesso aos seus resultados.
 3. O empregador apresentou argumentos legítimos para justificar a vigilância das comunicações e o acesso ao seu conteúdo? Uma vez que a vigilância do conteúdo da comunicação é, por natureza, um método muito mais invasivo, requer justificativas mais fundamentadas.
 4. Teria sido possível estabelecer um sistema de vigilância baseado em meios e medidas menos invasivos do que o acesso direto ao conteúdo da comunicação do trabalhador? A este respeito, é necessário avaliar, em função das circunstâncias particulares de cada caso, se o objetivo prosseguido pela entidade patronal pode ser alcançado sem que a entidade patronal tenha acesso total e direto ao conteúdo das comunicações do trabalhador.
 5. Quais foram as consequências da supervisão para o funcionário afetado? Como o empregador utilizou os resultados da medida de vigilância? especificamente se os resultados foram usados para atingir o objetivo declarado da medida.
 6. O empregado foi oferecido salvaguardas adequadas, especialmente quando as medidas de supervisão do empregador eram intrusivas? Em particular, estas garantias devem impedir que o empregador tenha acesso ao conteúdo das comunicações em causa sem que o trabalhador tenha sido previamente informado dessa eventualidade”.

Conclui-se que não existem respostas concretas para uma solução efetiva para a problemática encontrada, mas certo é que deverá haver maior atuação de órgãos de representação de categorias e dos empregados, para que seja incluso em convenções coletivas a garantia de direito com sanções em casos de descumprimentos.

Ainda, a ausência de maiores debates neste sentido prejudica o avanço benéfico da tecnologia no meio ambiente de trabalho, eis que não podemos nos esquecer que a tecnologia é uma realidade e que não deverá ser barrada, mas sim caminhar de forma contributiva para um meio ambiente de trabalho sadio.

4.5. Negociação coletiva. O caminho para a efetividade do direito.

Assim como na França, a Espanha atribuiu um papel de destaque aos acordos coletivos para a regulação da desconexão.

A negociação coletiva é uma ferramenta equilibrada, tendo os sindicatos um papel determinante na garantia da desconexão, até pelo fato de que cada empresa poderá adequar este direito a sua rotina e atividades própria.

Para outros direitos já consagrados no Código do Trabalho, os acordos coletivos sempre tendem a melhora-los, já que o CT prevê apenas o mínimo da garantia.

Estabelecidos o propósito da Lei, os meios de implementação em um primeiro momento certamente ocorrerão através de negociação coletiva ou acordo individual entre as partes envolvidas.

A Convenção n. 154 da Organização Internacional do Trabalho¹⁷⁴ dispõe que a negociação coletiva reúne todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e de outra parte, organizações de trabalhadores, cujo objetivo é fixar, regular e disciplinar as condições de trabalho e emprego.

O art. 2º da Convenção citada acima da OIT, assim prevê: “para efeitos desta Convenção, o termo negociação coletiva inclui todas as negociações entre um empregador, um grupo patronal ou uma organização ou organização patronal, por um lado, e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, por outro, com o propósito de:

- a Definir as condições de trabalho e emprego, ou
- b Regular as relações entre empregadores e trabalhadores, ou
- c Regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses fins ao mesmo tempo.”

¹⁷⁴ Disponível em

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312299:NO>, acesso em 25/05/2020.

A negociação coletiva é um acordo dos interesses entre as partes, que debatem e definem os diferentes entendimentos, necessidades e desejos de cada um, para que se possa chegar a uma solução capaz de compor e equilibrar as partes envolvidas. Na negociação coletiva, existe um processo que objetiva a realização de uma convenção ou acordo coletivo, sempre na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica e o mais justa possível para os envolvidos, tanto os trabalhadores, quanto os empregadores.

Cita-se ainda a Recomendação n. 163 da OIT¹⁷⁵ que preconiza a possibilidade de negociação coletiva em três níveis, ou seja, de acordo com os graus da organização sindical, a saber: sindicatos, federações e confederações.

A negociação coletiva é um importante meio para a garantia da defesa de direitos dos trabalhadores representados. É tão valorizada, que no Brasil, a Lei 13.467/2017, mais conhecida como reforma trabalhista, reconheceu no artigo 611-A¹⁷⁶, que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre jornada de trabalho, observados os limites constitucionais e teletrabalho.

Por intermédio desta negociação, para o que for acordado, haverá segurança mútua para as partes. Na ausência de legislação expressa, ou ainda, uma legislação melhor regulamentada com maiores disposições sobre o tema em debate, a negociação coletiva ainda é a melhor forma para compor direitos e obrigações entre empregados e empregadores.

A negociação coletiva deverá prever medidas objetivas, limites e meios concretos de ação, tanto preventivamente através do estabelecimento de políticas de prevenção de riscos ocupacionais, quanto diretamente, qualificando-se como doenças ocupacionais, patologias decorrentes do uso indevido e abuso de dispositivos tecnológicos.

Em que pese a ausência de regulação expressa nos demais países e ausência de previsão de multas em caso de descumprimento na Espanha, empresas privadas começam a dar os primeiros passos para a efetividade da garantia deste direito através na negociação coletiva.

Deve-se reconhecer que a realização concreta e a gestão desse direito não envolve alguns problemas. Do ponto de vista teórico, existem muitas soluções possíveis e muito simples de serem implementadas, tais como, o desligamento imediato de dispositivos como computador, *smartphones* e *tablets* no encerramento da jornada de trabalho.

¹⁷⁵ Disponível em <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312501:NO>, acesso em 25/05/2020.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>, acesso em 09/06/2020.

Pondero que em que pese a regulação coletiva ser atualmente o melhor caminho para a efetividade do direito e que estes parceiros sociais tem um papel de extrema importância para garantias laborais, mesmo as legislações de França e Espanha concedendo aos sindicatos um grande papel, só é possível vislumbrar uma real efetividade em países com uma eficaz trajetória sindical, contudo, há países e regiões nas quais os sindicatos não tem voz, não tem poder, não tem força de atuação e aí o trabalhador estaria prejudicado. Por esse motivo, ainda que defenda a negociação coletiva como essencial, não se pode deixar apenas a cargo deste a garantia do direito, ao contrário, estes devem ser utilizados como aliados de uma legislação, que disponha ao menos diretrizes básicas, como a proibição de discriminação de um trabalhador que suscite e exerça seu direito a desconexão, preveja a sanção em caso de descumprimento, tanto por parte dos empregadores, quanto dos trabalhadores que não se desconectarem mesmo com ordem empresarial, entre outros.

4.5.1. Regulações Coletivas.

Vejamos algumas iniciativas de empresas que já previam o direito à desconexão através de acordos coletivos de forma bem-sucedida, até mesmo antes de seu efetivo reconhecimento em lei.

A empresa alemã Volkswagen desde o ano de 2011, garante através de um acordo coletivo de trabalho, a empregados que não sejam gerentes, o bloqueio de acesso ao e-mail corporativo no celular entre as 18h15 e 07h00.

Na França, a empresa Orange, mantém acordo com os empregados para que não estes não usem o e-mail fora do horário de trabalho. No ano de 2016 a empresa Michelin também na França implementou uma ferramenta para enviar avisos aos trabalhadores que fizeram mais de cinco conexões com a empresa, fora do horário de trabalho, para avisá-los da necessidade de desconexão.

Há ainda o sistema já denominado de "*mail on holiday*", vigente na empresa Mercedes Benz, através do qual, e-mails enviados aos trabalhadores de férias são automaticamente redirecionados para outros contatos disponíveis dentro da empresa, impedindo-os de alcançar seus destinatários durante seu período de férias.

Não menos relevante, importa relembrar a negociação coletiva pioneira¹⁷⁷ na Espanha, antes da regulamentação da LO nº 3/2018, do grupo AXA para o período de 2017 a 2020 que em seu artigo 14, contém o direito à desconexão com as seguintes palavras "É por isso que as partes desta Convenção concordam sobre a necessidade de promover o direito à desconexão digital após o término do dia de trabalho. Consequentemente, exceto por força maior ou circunstâncias excepcionais, a AXA reconhece o direito dos trabalhadores de não responder a e-mails ou mensagens profissionais fora de suas horas de trabalho".

Este foi um dos primeiros acordos coletivos, contudo, previa que direito não é absoluto.

¹⁷⁷Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11622>, acesso em 28/05/2020

No mesmo mês que entrou em vigor o Real Decreto-Lei 28/2020, foi assinado o primeiro acordo coletivo de trabalho à distância entre a Confederação Espanhola de Bancos de Poupança e os Sindicatos, incluindo medidas para garantir que os trabalhadores possam se desconectar (com limite de reuniões fora do horário de trabalho, as reuniões devem finalizar antes das 19 horas e o período de desconexão digital será das 19h às 8hrs).

Entre as mais recentes iniciativas na Espanha, cita-se o Acordo Coletivo da empresa Vueling Airlines¹⁷⁸ que estipula, em sua disposição adicional n. 10, a exclusão da obrigação de revisar o correio durante os períodos de férias, doenças, licenças e dias de folga.

Há ainda uma iniciativa do Banco Santander, de 20 de junho de 2018, na qual o Banco e sindicatos chegaram a um acordo¹⁷⁹ para a aprovação das condições de trabalho dos empregados, estabelecendo medidas para que os trabalhadores possam se desconectar fora do horário de trabalho. Isso significa que os trabalhadores não são obrigados a atender chamadas, mensagens ou e-mails relacionados ao trabalho fora de seu horário.

Tal acordo ainda prevê que a fim de facilitar o direito à desconexão digital, bem como evitar a fadiga, o direito dos empregados de não responder a e-mails ou mensagens profissionais fora de seu horário de trabalho, ou durante o tempo de descanso, é reconhecido, podendo ser alterado apenas em situações excepcionais.

Da mesma forma, o acordo do Banco BBVA¹⁸⁰ datado de 25 de setembro de 2019 sobre o registo de horas e desconexão digital dispõe que para promover um equilíbrio entre a vida pessoal, familiar e profissional, os trabalhadores terão o direito de não responder a qualquer comunicação, quaisquer que sejam os meios utilizados.

É de grande relevância e importância a celebração dos acordos coletivos para as garantias do direito à desconexão. Tanto que em países que não contemplam ainda esta previsão em sua legislação, já se valem da negociação coletiva para esta garantia, a frente do atraso legislativo.

É o caso do relatório anual do Centro de Relações Laborais de Portugal sobre a evolução da contratação coletiva em 2018¹⁸¹, a garantia do direito do trabalhador à reserva da sua vida privada, que vida a separação entre tempo de trabalho e os tempos de não trabalho, usualmente designado de direito à desconexão, encontra-se consagrado em duas convenções¹⁸².

¹⁷⁸ Resolución de 22 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3729>, acesso em 02/06/2020.

¹⁷⁹ Res. DGT 22 de novembro de 2019, no BOE, 3 de dezembro de 2019, n. 290. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17413>, acesso em 28/05/2020.

¹⁸⁰ Disponível em: <<https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20190925-ACUERDO-BBVA-REGISTRO-DE-JORNADA-DESCONEXION-DIGITAL.pdf>>, acesso em 28/05/2020.

¹⁸¹ Disponível em: <<https://www.crlaborais.pt/documents/10182/13326/Relat%C3%B3rio+NC+-+2018/4e1f35d0-65a0-40ab-bfee-628f826e4278>>, acesso em 28/05/2020

¹⁸² O mencionado relatório demonstra que um dos casos diz respeito aos acordos assinados entre o Banco de Portugal e o Sindicato Nacional dos Quadros Técnicos e Bancários e a Federação do Sector Financeiro. Nas duas convenções paralelas do Banco de Portugal, que entraram em vigor no ano de 2019, há a garantia de proibição de o empregador exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso.

O mencionado relatório demonstra que um dos casos diz respeito aos acordos assinados entre o Banco de Portugal e o Sindicato Nacional dos Quadros Técnicos e Bancários e a Federação do Sector Financeiro. Nas duas convenções paralelas do Banco de Portugal, que entraram em vigor no ano de 2019, há a garantia de proibição de o empregador exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso.

Em tais circunstâncias, entende-se que a negociação coletiva tende a ser um instrumento fundamental para a efetividade da garantia do direito à desconexão digital.

Nesse sentido, os acordos aos quais as partes das relações podem chegar a esse efeito por meio de acordos coletivos e outros acordos coletivos tornam a negociação coletiva o meio adequado de proteger essas novas realidades.

Da mesma forma, também no campo da proteção dos direitos fundamentais, é necessário insistir nas medidas protetivas desses direitos nos novos cenários produtivos que têm a ver com a economia colaborativa e os novos modelos de negócios baseados nele, uma vez que a falta de presença do trabalhador em um local de trabalho habitual faz com que o controle empresarial seja feito remotamente e com meios tecnológicos de vigilância muito mais sofisticados.

A proteção imediata dos direitos dos trabalhadores é essencial. Tal proteção pode, portanto, ser tratada por meio de negociações coletivas, além da atualmente prevista em lei, já que deficitária.

Deverá ter uma especial atenção para que o convênio regule efetivamente práticas e medidas para a desconexão e não simplesmente reproduzam o artigo de Lei de forma genérica.

Neste sentido, há em Espanha os seguintes acordos coletivos genéricos: Philips Ibérica, SAL, 2018 n.º. 90014612012003, Inditex 2018 n.º. 90100063102018.

E há ainda empresas como Iberdrola y Endesa que sequer trazem qualquer disposição a respeito.

Não há dúvidas de que a regulamentação francesa resultou em um estímulo aos demais legisladores para conseguir melhorias na organização do tempo de trabalho devido ao uso constante dos meios tecnológicos à disposição das empresas e trabalhadores.

Seja como for, através de negociação coletiva ou uma política interna da empresa, a regulação coletiva sempre será favorável. A problemática seria na questão da fiscalização. Como fiscalizar o cumprimento do direito regulado em cada acordo coletivo.

“Existen posiciones enfrentadas en la doctrina iuslaboralista: por un lado, unas voces (entre otras, Torres García y Todolí Signes) que son la más mayoralistas, destacan este extremo s decir, que la actual regulación está tratada como um simple reconocimiento sin ninguna aportación material, delimitación u obligación expresa, por lo que el legislador español, configura um derecho, que em la práctica, puede devenir ineficaz, heterohéneo y poco respetado; y, por outro lado, otras voces (por ejemplo, Altés Tárrega y Yague Blanco) reconocen que la labor del legislador no há interpretativo desde que el puede reinvidicarse su efectividad para garantizar la tutela de los derechos laborales imbricados.”¹⁸³

¹⁸³ TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. Pp. 64 e 65.

É verdade que a existência do acordo coletivo não garante que ele será cumprido, mas a empresa se empenha em fazê-lo, tende a respeitar o trabalhador e o direito.

No momento atual, a negociação coletiva é certamente a melhor forma de garantir o alcance do direito e sua aplicação efetiva.

Restou demonstrado que a negociação coletiva se reveste de extrema importância na garantia de direitos e proteção aos trabalhadores em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente no cenário atual de fragilidade e lacunas na legislação. Deve assim ser valorizada a negociação coletiva.

Estamos diante de um tema polêmico, com necessidade de maior reflexão crítica, sendo de extrema importância a negociação coletiva para a garantia da efetividade deste direito.

Não se defende um retrocesso em matéria de evolução das empresas, pois elas têm de ser competitivas e essa competitividade passa necessariamente pela sua informatização e pela aquisição crescente das NTIC, que tem inúmeros aspectos positivos. Mas esses objetivos não podem ser alcançados às custas da dignidade dos trabalhadores e de direitos fundamentais que tão duramente foram conquistados, sob pena de nos encaminharmos para um novo tipo de escravatura, muito mais difícil de erradicar e provar.

O direito à desconexão não é apenas necessário; ele é indispensável para garantir ao trabalhador dos nossos dias e também do futuro, uma tutela útil.¹⁸⁴

¹⁸⁴ MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, *Questões laborais*, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, P. 26.

Conclusões

As tecnologias têm influenciado cada vez mais a vida cotidiana e o profissional do direito que é por tendência conservador e atrelado a normas e questões burocráticas pode ter algumas dificuldades de mudar o paradigma e de acompanhar a rapidez das mudanças no ambiente de trabalho, motivo pelo qual é necessária a ampla discussão das atualidades e impactos da tecnologia no trabalho, para uma regulação eficaz.

O estudo científico e prático do direito não deve perder as suas raízes dentro das matérias clássicas e dogmáticas do direito e devem ser conservadas estas essências, porque aí é que está a ciência jurídica, mas deve o profissional do direito entender e perceber que a mudança social e contemporânea em que estamos inseridos, compreender que a tecnologia hoje é o que impulsiona o plano económico e agora o plano político e social.

Essa mudança pragmática no âmbito tecnológico faz com que o profissional do direito perceba e deva perceber que há um contexto muito forte tecnológico e este juslaboralista deve se incorporar nessa mudança, que não significa esquecer o clássico e sim aprender o seu entorno para poder abstrair o melhor conhecimento como na área da engenharia, da inteligência artificial, *blockchain*, *smart cities*, entre outros, que já são impactados pela tecnologia e uma vez que o jurista consiga entender esse contexto, possa abstrair e interpretar as normas jurídicas para a aplicação do direito que venha oferecer soluções perante ordens para decidir os conflitos jurídicos, para que se criem novas normas com legislações que acompanhem as novas mudanças.

O trabalho na era digital só pode ser verdadeiramente um sucesso se estiver em sintonia com as necessidades dos trabalhadores e em conformidade com o conceito de trabalho decente.

Pondero que a solução para as problemáticas expostas deverá partir sempre da observância à dignidade dos trabalhadores e de direitos fundamentais que tão duramente foram conquistados, sob pena de nos encaminharmos para um futuro de incertezas no direito do trabalho.

Conforme reflexão introdutória, na qual as relações de trabalho estão desde os primeiros registos na história em constante transição, atualmente o direito do trabalho deverá se adaptar e criar novos conceitos para as novas situações. Não há como se pensar no futuro das relações de trabalho com uma regulamentação engessada do passado.

Quanto ao primeiro capítulo, no qual foram enumeradas quatro problemas jurídicos dos reflexos da tecnologias no trabalho à distancia, entendo que no que se refere a subordinação jurídica, caso o conceito atual não seja flexibilizado para as situações de teletrabalho em domicílio, haverá um considerável aumento dos casos de fuga ao direito do trabalho, o que é inadmissível, devendo prevalecer a realidade dos novos fatos. Para a segunda questão, sou do entendimento de que as novas tecnologias já invadem a privacidade do ser humano a todo momento mesmo fora do ambiente de trabalho e agora com o teletrabalho já é uma realidade a invasão virtual ao domicílio, a instalação – muitas vezes oculta, de programas espões nos instrumentos de trabalho, sejam estes do empregador ou próprios do trabalhador. Para tanto, a Lei de Proteção de Dados não é suficiente sozinha no ambiente laboral. Isso porque, referida lei protege os dados, contudo, quem, fiscalizará o cumprimento do direito à privacidade? Esta problema cabe ao direito do trabalho. Acredito que para chegar-se a um consenso de quais são os poderes do empregador nesta nova realidade de trabalho e até onde vai o direito a privacidade do trabalhador, deve haver um equilíbrio justo e não nos esquecermos que o direito prevê direitos, mas também dispõe deveres, para ambas as partes da relação contratual.

Para a terceira questão exposta, pondero que sim, o direito a igualdade de tratamento poderá sofrer desvios entre o teletrabalhador e o trabalhador presencial, sendo que o que não poderá ocorrer é discriminação pejorativa na diferença de tratamento. Trata-se de uma premissa antiga, a qual não há uma igualdade absoluta. Deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, contudo, entre os iguais e entre os desiguais, o tratamento não pode ser diferenciado. E nisto não incide desigualdade entre eles, mas em igualdade entre os do mesmo grupo, resguardadas as devidas autorizações legais de diferença de tratamento.

Na quarta questão jurídica sobre o tempo de trabalho e o tempo de não trabalho e que nos parece ser a que incita maior debate, ficou amplamente demonstrado que um dos maiores impactos das NTIC nas relações de trabalho foi sobre justamente no tempo de labor e tempo de vida privada – ou ainda sobre a ausência da barreira que separava ambos até então. Não é exagero concluir que os trabalhadores têm se tornado escravos do tempo de trabalho, que aumenta a cada dia que passa em razão da invasão do tempo de descanso, seja através de um chamado por telefone, seja por uma mensagem classificada como despretensiosa em um grupo de mensagens no telemóvel.

Sou do entendimento de que para que efetivamente o trabalhador possa usufruir da tão almejada flexibilidade laboral e conciliação do trabalho com a vida privada, deva ser regulado um novo conceito de tempo de trabalho e isso não significa deixa para trás os conceitos existentes. Significa criar um conceito de tempo de trabalho específico o trabalhador digital e que seja aplicada a ele. Por óbvio o tempo do trabalhador digital, do teletrabalhador não é mais o mesmo do trabalhador presencial e isso não poderá ser deixado de lado pelo legislador.

Expostos os principais problemas jurídicos que são reflexos das NTIC, passo a classificação dos novos riscos laborais, os riscos psicossociais, eis que tem efeitos graves na saúde física e psíquica do trabalhador e a sua não observância e prevenção atenta contra a segurança e saúde do trabalho.

Após um estudo aprofundado da matéria, concluo que a hiperconectividade e a ausência de regulamentação específica associada a visão de mais lucros por parte das empresas, tem reflexos diretos no estado psicológico do trabalhador com a telepressão, tecnostress, escravidão digital, Síndrome de Burnout, entre outros. E a conclusão que se chega é que em que pese a cada dia que passa haver mais afastamentos do trabalho associados as novas doenças psíquicas, este tema ainda não é tratado com a devida atenção que deveria, não apenas pelo legislador, mas pela própria sociedade. É preciso mais do que uma regulação, é necessária uma ação de conscientização de que os riscos psíquicos são reais, graves, tem impacto direto na produtividade e decorrem da não observância das regras de saúde e de um meio ambiente de trabalho sadio.

O último capítulo foi dedicado ao estudo do direito à desconexão, como um caminho para a salvaguarda e prevenção das questões aqui expostas.

Considero que das legislações existentes até o momento, especificamente França e Espanha, tem extrema importância para o direito do trabalho, sendo como um marco para o direito nesta matéria. Ainda que sejam legislações deficientes, não há dúvidas de que foram os primeiros passos dados na direção correta. Cabe agora, ao operador do direito, estudar, debater e garantir que todas as questões deste trabalho sejam reconhecidas e garantam a melhor proteção ao trabalhador. Não há mais espaço e tempo, nos dias atuais- na velocidade com que as relações de trabalho e tecnologias avançam, para legislações promulgadas às pressas. É preciso que os próximos projetos de lei aprovados sejam completos, com previsões das lacunas ora existentes, previnam os riscos aqui tratados e se adiantem em prever as formas como o direito será aplicado, fiscalizado, exceções autorizadas, alcance das regulações coletivas, penalidades e um conceito claro da desconexão. Por certo que apenas com o tempo iremos nos deparar com novos riscos que não eram possíveis prever, mas é preciso estar atento as rápidas mudanças, para a entrega do direito de forma antecipada.

Acredito que muito mais do que um direito do trabalhador, a desconexão digital é ao mesmo tempo um dever do empregador.

Sou do parecer da urgente necessidade da garantia deste direito nas legislações e também acho que dificilmente se chegará a um consenso, mas a falta de unanimidade não poderá ser uma justificativa para que não se avance com a matéria. Resta claro que não se trata de legislar um direito já existente, mas estamos em novos tempos, novas relações laborais, novas tecnologias e é preciso sim a criação de um novo direito a garantia da vida privada, o direito à desconexão.

A atual incorporação das novas tecnologias no teletrabalho constitui, sem dúvida, um desafio de primeira ordem para o direito do trabalho do futuro, cabendo aos juslaboralistas encontrar um equilíbrio entre os benefícios do uso das novas tecnologias e os direitos fundamentais do trabalhador.

Referências Bibliográficas

ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 2005

ABRANTES, José João. Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões): lição de agregação/ João José Abrantes. - Coimbra: Almedina; Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

ABRANTES, José João. “Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais”. Em Estudos do Instituto de Direito do Trabalho / Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. - Coimbra: Almedina, 2020. Pp. 7 a 18.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016.

ALMEIDA, José Paulo Pereira de Gouveia Lopes de. Variações sobre o trabalho moderno / Paulo Pereira de Almeida. - 1a ed. - Lisboa: Mundos Sociais, 2012

ALVES, Maria Luísa Teixeira Alves. “As fronteiras do tempo de trabalho”. In Estudos de direito do trabalho; org. António Monteiro Fernandes. - 1a ed. – Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. Pp. 165 a 257

AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. Coimbra: Almedina, 2016.

AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, Pp. 113 a 128.

BAPTISTA, Albino Mendes. “Tempos de trabalho e de não trabalho”. In V Congresso Nacional de Direito do Trabalho : memórias / coord. António Moreira, Teresa Coelho Moreira. - Coimbra : Almedina, 2003. Pp. 177 a 191.

BARBER, Larissa K.; SANTUZZI. “Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery”. *Journal of Occupational Health Psychology*, 20(2), 2015. Pp. 172 a 189

BARBER, Larissa K.; SANTUZZI, Alecia M. “Telepressure and College Student Employment: The Costs of Staying Connected Across Social Contexts”. In *Stress and Health*. John Wiley and Sons, n. 33, 2016. Pp. 14-23.

- BARROS, Carla. “Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje.” in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. Pp. 141 a 159
- BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Belo Horizonte, 2009
- BATALHA, António Lopes. A alienabilidade no direito laboral: trabalho no domicílio e teletrabalho. 1a ed. - Lisboa: Edições Universitárias Lusofonas, 2007
- CABRAL, Fernando A. “O direito do trabalho e as novas tecnologias”. In II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias / II Congresso Nacional de Direito do Trabalho; coord. António Moreira. - Coimbra: Almedina, 1999. Pp. 119 a 125.
- CARDIM, Talita Corrêa Gomes. “Teletrabalho e o impacto da tecnologia nas relações laborais”. In: VEIGA, Fábio da Silva; MIRANDA GONÇALVES, Rubén (Coords.); GONZÁLEZ, Javier García; LOZANO , Álvaro Alzina; RODRÍGUEZ , Gabriel Martín (Dir.). El Derecho Público Y Privado Ante Las Nuevas Tecnologías. Madrid: Dykinson, 2020, p. 95-104.
- CARVALHO, António Nunes de. “Duração e organização do tempo de trabalho no código de trabalho. In VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias / coord. António Moreira; colab. Teresa Coelho Moreira. – Coimbra: Almedina, 2004. Pp. 95 a 121.
- CEDROLA SPREMOLLA, G., “El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, en Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo, Vol. 5, n.1, 2017, Pp. 1 a 30.
- FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.
- FERNANDES, António Monteiro. Um rumo para as leis. Coimbra: Almedina, 2002.
- FERNANDES, António Monteiro. Temas laborais. Coimbra: Almedina, 1984.
- FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação. Questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. Pp. 7 a 17.
- FERNANDES, Francisco Liberal. O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197º a 236º do código do trabalho: [revisto pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho. 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempo de trabalho e tempo de descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. Pp. 11 a 23.
- FIOLHAIS, Rui. "Sobre as implicações jurídico-laborais do teletrabalho subordinado em Portugal". Tese mestrado Políticas e Gestão de Recursos Humanos, ISCTE, Lisboa, 1995.
- GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. “Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho”. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes. coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639 a 673.
- GOMES, Júlio. Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, Vol. I, 2007.
- GUERRA, Amadeu Francisco Ribeiro. A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados: as alterações do código do trabalho / Amadeu Guerra. - Coimbra: Almedina, 2004.
- HU, X., SANTUZZI, A. M., & K. BARBER, L. K. “Disconnecting to detach: The role of impaired recovery in negative consequences of workplace telepressure.” Journal of Work and Organizational Psychology, nº 35, 2019, Pp. 9 a 15.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2012.
- LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais: estudos e pareceres. - 1a ed. - Coimbra: Almedina, 2006
- LEITE, Jorge. “Trabalho é trabalho, descanso é descanso ou o modo de ser do direito”. Questões Laborais, n. 12, Ano V, 1998, Coimbra Editora. Pp. 205 a 220.
- MADRUGA, Regina Maria Simplicio. As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho. Tese mestrado em Sistemas Sócio-Organizacionais da Actividade Económica, Univ. Técnica de Lisboa. Lisboa, 1998.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Código do trabalho: anotado, 9ª ed. - Coimbra: Almedina, 2013
- MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT 4- Associação Portuguesa de Direito do Trabalho; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018. Pp. 25 a 67.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista: (Lei n. 13.467/2017). São Paulo: LTr, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador / Teresa Alexandra Coelho Moreira. - Coimbra: Almedina, 2010. (Teses. - Orig.: Tese dout. Ciências Jurídico-Empresariais, Univ. do Minho, 2009)

MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, Pp. 7 a 28

MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2011

MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2016.

MOREIRA, Teresa Coelho. “As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: Um Admirável Mundo Novo do Trabalho”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Coimbra Editora, 2012, Pp. 953 e ss.

MORGADO, Pedro. “Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, Pp.129 a 140.

OLIVEIRA, Matilde Figueiredo Oliveira. Do direito à desconexão no contrato de trabalho. Tese de mestrado, Lisboa, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Princípios e direitos fundamentais no trabalho: do compromisso à ação: debate recorrente no quadro da declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa e do seguimento da declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho. Relatório VI, 101ª Conferência Internacional do Trabalho; trad. A. Jordão, J. Gomes; [org.] Organização Internacional do Trabalho. Genebra: Bureau Internacional de Trabalho, Lisboa: Editorial do Ministério da Educação e Ciência, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório Inicial para a Comissão Mundial sobre O Futuro do Trabalho. 1ª ed., Bureau Internacional do Trabalho, Genebra, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019. 1a ed.: Organização Internacional do Trabalho, 2019

- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 133, 2017, Pp. 343 a 368.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2003.
- RAY, Jean-Emmanuel. “Métamorphoses du droit du travail.” Droit social (Paris), nº 12, Editions Dalloz Sirey, 2011, Pp. 1162-1171.
- REBELO, Glória. Estudos de direito do trabalho 1a ed. - Lisboa: Sílabo, 2019.
- REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. - Lisboa: RH, 2004
- REDINHA, Maria Regina. “Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho – Algumas Questões, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coordenador António Moreira- Coimbra: Almedina, 2002. Pp. 115 a 118.
- REDINHA, Maria Regina. Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão. A Reforma no Código do Trabalho. Coimbra Editora, 2005, Pp. 161-171.
- REQUENA MONTES, Óscar. Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 2020. Pp. 541-560.
- REQUENA MONTES, Óscar. “La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés.” Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho: uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil, 1ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. - 1a ed. -Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. Pp. 89-164.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, M. L.; PEREZ DEL PRADO, D. Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo. Madrid. Fundación para el dialogo, 2017.
- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. “Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell’impresa in via di trasformazione”. In Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e riceche, nº 3, Vol. 27, 2017, Pp. 771 a 790.

- SARAIVA, Dora Maria Ricardo da Fonseca; PINTO, Andrea Silva Santos. Stress ocupacional e burnout. Vila Nova de Gaia: Euedito, 2014.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, jul./dez. 2003, nº 23, Pp. 296-313.
- SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Rui Candeias. 2 ed., Levoir 2019.
- SCHWAB, Klaus; Nicholas Davis. Moldando a quarta revolução industrial. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019.
- SUPIOT, Alain. Crítica do direito do trabalho; tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016
- SUPIOT, Alain. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., TRUJILLO PONS, F., VALERO MOLDES, F., ALEGRE NUENO, M. La desconexión digital en el trabajo. 1ª ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo, Vol. 8, nº 1, 2020, Pp. 210 a 238.
- VALIO, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador- São Paulo: LTr, 2018.
- VEIGA, Fábio da Silva. "O poder directivo do empregador" versus" o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador." Jus Societas-*JS* 2, nº 1, 2011, Pp. 85 a 96.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes. Coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier... [et al.]. Vol. 2. NovaCausa, 2017.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. colab. P. Furtado Martins. 3ª ed. - Lisboa: Rei dos Livros, 2018.